

UNIRIO – UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CURSO DE DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
NOS CASOS DE DANO ESTÉTICO

Ramon Stefano Estrada Achá

Rio de Janeiro
2014

RAMON STEFANO ESTRADA ACHÁ

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
NOS CASOS DE DANO ESTÉTICO

Monografia apresentada do curso de Direito da
UNIRIO – Universidade Federal do Estado do
Rio de Janeiro como requisito parcial à obten-
ção do título de bacharel em Direito, sob orien-
tação do professor Ricardo Sichel.

Rio de Janeiro
2014

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Curso de Direito
Ramon Stefano Estrada Achá

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
NOS CASOS DE DANO ESTÉTICO

Trabalho apresentado à disciplina
de Direito Civil, como requisito
de avaliação, orientado pelo
professor Ricardo Sichel.

Rio de Janeiro
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RAMON STEFANO ESTRADA ACHÁ

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
NOS CASOS DE DANO ESTÉTICO

Avaliado por: _____

Data: __/__/____

Avaliado por: _____

Data: __/__/____

Avaliado por: _____

Data: __/__/____

DEDICATÓRIA

Dedico esta pesquisa acadêmica a todos os que estiveram ao meu lado e me deram o apoio de que precisei para chegar até aqui. Enfrentei muitas barreiras neste percurso. Dedico aos meus pais, meus avós, ao meu irmão, a minha namorada e aos poucos e bons amigos que tenho.

Dedico, em especial, aos meus avós, que marcaram muito minha vida e estarão para sempre comigo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e avós por acreditarem em mim e me auxiliarem na mudança de cidade para a realização do curso; ao meu irmão, por sempre transmitir uma energia positiva com seu jeito extrovertido; aos amigos, pelos momentos de alegria e compreensão quando precisei me ausentar; a alguns parentes, que serviram como exemplos do que eu não quero para minha vida; a minha namorada, que me deu apoio e motivação para superar minhas dificuldades e concluir este curso.

RESUMO

A presente pesquisa acadêmica tem por objetivo o estudo e aplicabilidade da responsabilidade civil no exercício da medicina especializada na cirurgia estética, abordando dois tipos distintos de intervenção cirúrgica: sendo a cirurgia estética reparadora, ou corretiva, oriunda do próprio dano estético; e também a intervenção cirúrgica para fins pessoais, ou seja, para satisfazer vontades exclusivas, como o ego. Porém, nem sempre é atingido o resultado desejado. Por vezes, o que se obtém de tal cirurgia é uma tragédia pessoal, com deformidades, aumento da feiúra e o surgimento ou agravamento de transtornos psicológicos, como a fobia social.

Em uma sociedade com parâmetros de beleza distorcidos, a beleza humana está ligada direta e unicamente à aparência física. Então, qual é o limite do ser humano na busca da perfeição estética? Até onde o profissional pode ser responsabilizado? Quais as formas de punibilidade?

Palavras-Chave

Obrigação; Cirurgia plástica; Reparação; Punição.

ABSTRACT

This academic research aims to the study and applicability of the liability in the exercise of medicine specialized in cosmetic surgery by addressing two different types of surgery: a reconstructive, or corrective, surgery; and a surgery for personal purposes, ie, to satisfy the ego. However, the desired result is not always achieved. Sometimes what you get for such surgery is a personal tragedy with deformities, increased ugliness and the rise or aggravation of psychological disorders such as social phobia.

In a society with distorted parameters of beauty, human beauty is directly and solely linked to physical appearance. So what is the limit of the human being in pursuit of aesthetic perfection? To what extent can the professional be held responsible? What are the forms of punishment?

Keywords

Obligation; Plastic Surgery; Restitution; Penalty.

SUMÁRIO

<i>INTRODUÇÃO</i>	10
<i>CAPÍTULO I – A RESPONSABILIDADE CIVIL</i>	12
<i>1.1 – DAS RESPONSABILIDADES</i>	17
<i>CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS</i>	26
<i>CAPÍTULO III – O ERRO MÉDICO E O DANO ESTÉTICO</i>	33
<i>CAPÍTULO IV – CASOS DE CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA E CIRURGIA REPARADORA</i>	36
<i>CONCLUSÃO</i>	39
<i>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</i>	41

INTRODUÇÃO

O trabalho acadêmico elaborado pelo estudante tem por parâmetro a atuação do profissional especializado em cirurgias plásticas reparadoras ou estéticas, nas quais o médico, no exercício de sua função, tem toda uma preparação para o fim ao qual deseja exercer seu labor. O acadêmico em medicina estuda por doze períodos, ou seja, seis longos anos e sai com a formação em clínico geral, capaz de diagnosticar, identificar casos clínicos de patologia simples, porém o profissional tema desta pesquisa, passa por todo um processo de especialização, além do longo período como estudante de medicina: residência de especialização, pós-graduação, obtenção de títulos, experiências e qualificações, para, enfim, tornar-se um cirurgião plástico. O Brasil possui profissionais renomados nessa área, como o ilustríssimo Dr. Ivo Pitanguy, reconhecido mundialmente, assim como o falecido Dr. Ox Bismarchi, que podemos dizer que possui um dos casos que se enquadram melhor nos padrões da pesquisa, uma vez que transformou o corpo e rosto de sua própria esposa, Ângela Bismarchi, através de várias cirurgias, para que ela se enquadrasse no padrão de beleza desejado.

Vamos abordar primeiramente a responsabilidade civil, em suas diversas etapas e formas, seja para identificar a existência desta, preenchendo os requisitos de conduta, nexos causal e dano, ou mesmo para determinar as causas em que o profissional pode eximir-se da culpa, seja por *caso fortuito ou força maior; culpa exclusiva da vítima; ou ainda fato de terceiro*.

Abordaremos as espécies de dano provocadas pela assimetria no resultado pretendido, sendo abordado o dano moral, dano material, dano direto ou indireto, patrimonial, dentre as formas possíveis de o indivíduo sofrer um ou mais desses tipos de dano.

Diante de todo aparato utilizado no judiciário, trataremos das formas de responsabilização do profissional, em específico por se tratar de uma obrigação de resultado, abordando de forma direta, com base em toda doutrina e jurisprudência, que enseja o amparo legal da reparação ao dano provocado, a lesão à relação juridicamente tutelada.

Considerando ainda as possibilidades de excludente de culpa, primeiramente a relação médico-paciente é pautada na responsabilidade subjetiva, ou seja, mesmo que o

agente produtor do dano tenha agido com a intenção de provocar o dano, sua culpa deverá ser provada pela vítima, indivíduo que aduz ter sofrido o dano, dependendo, para tanto, da existência de um tripé, que norteia toda relação de responsabilidade civil: a conduta do agente, seja culposa ou dolosa, o nexo de causalidade e o dano.

Esses pontos que serão diretamente abordados, uma vez que, se não conhecidos tais requisitos, não há legalidade na exigência de reparação, de indenização. Desta forma, só ocorrerá a responsabilização se houver uma ponte que ligue os fatos argumentados ao dano oriundo da relação.

Diante de tal inexistência, pode-se entender como conduta da vítima o interesse indevido, configurando o enriquecimento ilícito, sem causa que a justifique.

CAPÍTULO I

A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil norteia as relações na sociedade. O presente trabalho tem por objetivo abordar os aspectos da responsabilidade civil, com sua origem, fundamento legal, tendências jurisprudenciais; a responsabilidade civil do médico e a responsabilidade civil nos casos de cirurgia plástica e a ocorrência do dano, com suas colocações. Abordaremos neste tópico a responsabilidade civil, seu conceito e aplicabilidade.

A responsabilidade civil é utilizada para tutelar as relações sociais, como expressa o código civil, onde “através de um ato ilícito, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

A teoria clássica da responsabilidade civil fundamenta-se, basicamente, no dano, na culpa daquele que causou o dano e na relação de causalidade entre o fato culposo e o dano.

Como enfatiza Adalberto de Almeida Tomaszewski: “*imputar a responsabilidade a alguém, é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas conseqüências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devia ter agido de outro modo*” (Separação, Violência e Danos Morais – A Tutela da Personalidade dos Filhos. São Paulo: Paulistana Jur, 2004, p. 245).

Temos caracterizada neste parágrafo uma abordagem da responsabilidade civil do indivíduo, onde seus atos ilícitos correspondem à extensão do dano causado. Assim sendo, as atitudes contrárias aos costumes sociais são responsáveis por imputar ao indivíduo a responsabilidade de seus atos.

A obrigação de reparar o dano causado está ligada diretamente a previsão legal, assim como é imposta por nosso diploma legal, o Código Civil, que determina expressamente o que são considerados atos ilícitos e classifica a responsabilidade civil e sua obrigação de reparar o dano causado, seja por ação ou omissão, negligência ou imprudência. Para isso, é necessária uma ponte que comprove a relação entre o dano e sua origem, o nexo de causalidade.

A partir do ponto de vista de Sérgio Cavalieri Filho, “*A responsabilidade civil é uma espécie de estuário onde desagüam todos os rios do Direito: público e privado,*

material e processual; é uma abóbada que enfeixa todas as áreas jurídicas, uma vez que tudo acaba em responsabilidade". Por essa razão, como enfatiza Cavalieri, *"tudo acaba em responsabilidade e nisso reside a impossibilidade de se concentrar todas as regras da responsabilidade em um só título, em uma só parte do Código"*. (Responsabilidade Civil no Novo Código Civil. Revista da EMERJ. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 30-47, 2003)

Como posto por Rui Stoco em Nota de Doutrina, *"Distingue-se a responsabilidade de obrigação, sendo esta um dever jurídico originário, enquanto aquela traduz um dever jurídico sucessivo, decorrente da violação da obrigação"* (Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência, - 7.^a Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora. Revista do Tribunais, 2007).

Existe na legislação previsão legal para a Responsabilidade Civil, como abaixo podemos expor:

A) Primeiramente, resalto a conduta que decorre da Ação ou Omissão do Agente: neste caso, podemos entender que existe a intervenção do homem, uma vez que, através deste, uma conduta positiva ou negativa (omissão) resulta em um efetivo dano a outrem.

Para tanto, temos a responsabilidade que decorre da conduta do próprio agente; por um indivíduo que encontra-se sob sua vigilância; ou ainda, a responsabilidade causada por coisas ou animais que estejam sob sua guarda.

Conforme menção de Sérgio Cavalieri Filho em seu livro Programa de Responsabilidade Civil, 9^a Edição, p. 25... *"Só responde pelo fato, aquele que lhe dá causa, por conduta própria. É a responsabilidade direta, por fato próprio, cuja justificativa está no próprio princípio informador da teoria da reparação. A lei, todavia, algumas vezes faz emergir a responsabilidade do fato de outrem ou de terceiro, a quem o responsável está ligado, de algum modo, por algum dever de guarda, vigilância e cuidado"*. Desta forma, resta clara a responsabilidade que decorre das inerentes condutas do indivíduo.

"Para exemplificar o comportamento humano omissivo, que pode oferecer alguma dificuldade de visualização, faz-se necessário que se tenha presente o dever de praticar determinado fato e que do descumprimento deste dever advenha o dano (nexo de causalidade). Esse dever de agir pode decorrer da lei: dever de prestar socorro às vítimas

de acidente; de convenção: pessoa que assume a guarda, vigilância ou custódia de outra; ou da própria criação de alguma situação de perigo: pois, criado o perigo, surge a obrigação de quem o gerou de afastá-lo.” Acesso feito ao <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8771-8770-1-PB.htm> .

A responsabilidade civil, pode se dar por ato próprio ou por ato de outrem, quando o agente é responsável permanente ou temporário. O maior interesse está na responsabilidade por ato de terceiro, porque permite estender a obrigação de reparar o dano a pessoa diversa daquela que praticou a conduta danosa. Tal extensão só se verifica com a presença de uma relação jurídica entre os dois agentes (o causador do dano e o responsável) geradora do dever de fiscalização. A responsabilidade civil com esse caráter consiste no descuido do dever de vigilância (culpa in vigilando) ou do dever de escolha (culpa in eligendo). Segundo o legislador de 1916, tal culpa é presumida, não cabendo à vítima prová-la.

No Código Civil de 2002, a teoria da culpa cede espaço à teoria do risco. De acordo com esta teoria, há responsabilidade apenas pelo fato de ocorrer dano, não sendo necessária a verificação de culpa do agente.

Conforme exposto por Juliana Piccinin Frizzo em sua pesquisa elaborada em 04/2003, *“A responsabilidade civil por ato de terceiro provia da disposição legal, e a jurisprudência a aperfeiçoou, atendendo a segurança da vítima e visando protegê-la. Neste sentido, cita-se o artigo 933 do Novo Código Civil: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.” O artigo acima mencionado refere-se aos pais responsáveis pelos atos de seus filhos, aos patrões responsáveis pelos atos de seus empregados, os donos de hotéis e hospedadas, pelos atos de seus hóspedes.”* Acesso feito ao <http://jus.com.br/artigos/4129/responsabilidade-civil-das-sociedades-pelos-danos-ambientais> – sobre responsabilidade civil por danos ambientais.

B) Culpa ou dolo do Agente: É necessário que haja o elemento culpa para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva.

Com explica Cavalieri “ Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige a concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele

resultante - , enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados.” (p. 31, tópico 8.1 – Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 9ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2010)

Considera-se que o agente agiu com dolo (modalidade mais grave da culpa lato sensu) quando ele , deliberadamente, causou o dano, isto é, quando o tinha como objetivo. A culpa stricto sensu amolda-se ao critério do homem médio, quando esse não se ateuve ao cuidado que lhe era exigido, seja pela falta de vigilância ou pela escolha errada. Ainda, a culpa (stricto sensu) engloba os conceitos de imperícia, imprudência e negligência.

A obrigação de indenizar proveniente da culpa em sentido amplo impele o homem a conviver em sociedade de modo a respeitar os outros seres e seus patrimônios, sendo preciso o comportamento cauteloso de não causar dano a outrem.

Na responsabilidade objetiva, a culpa deixa de ser fundamental para a sua caracterização, pois admite a responsabilização do agente infrator pelo simples prejuízo que trouxe à vítima, sem exigir seu elemento volitivo de culpa lato sensu.

Atendendo estes parâmetros, a teoria do risco elimina a idéia de culpa do conceito de responsabilidade civil. E, seguindo a tendência determinada por algumas leis esparsas especializadas, o Código Civil, no artigo 927, parágrafo único, impõe que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, a regra é que a responsabilidade seja subjetiva, dependendo do elemento culpa, proveniente da vontade do agente causador do dano. Quando a lei determinar ou quando a atividade praticada pelo autor do dano apresentar riscos, a responsabilidade torna-se objetiva. Portanto, as determinações legais especiais, citadas anteriormente, ganharam o respaldo no Código Civil de 2002.

C) Nexos de Causalidade: Conforme dispõe Stoco, *“O nexos causal constitui um dos elementos essenciais da responsabilidade civil. É o vínculo entre a conduta e o resultado. Mas, a determinação do nexos causal traduz-se em uma quaestio facti. Ou, como lembra*

Sérgio Cavalieri Filho – o conceito de nexa causal não é jurídico; decorre das leis naturais, constituindo apenas o vínculo a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.” - Pag. 150, tópico 11, cap. 01 - Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência, - 7ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2007 - Rui Stoco.

A obrigação de reparação civil só surge quando há uma relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido pela vítima. Torna-se obrigatório que o dano seja decorrência clara e explícita da atitude danificadora do agente causador.

A questão traz dificuldades quando não é possível identificar o elo de causalidade entre o ato de uma pessoa e o dano causado, principalmente quando há presença de vários comportamentos, que, de alguma forma, contribuíram para a produção do resultado danoso.

É importante mencionar as excludentes de responsabilidade, como, por exemplo, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e cláusula de não indenizar (correspondente à responsabilidade civil contratual). São situações em que não há obrigação de indenizar por parte do autor do ilícito, pois sua conduta, apesar de danosa não foi a causa direta do prejuízo sofrido pela vítima.

D) Dano: O dano é um elemento fundamental para a imposição da obrigação de indenizar. O principal argumento para tal afirmativa está na finalidade exclusiva da indenização imposta ao autor da conduta ilícita: reparar o dano sofrido.

Conforme nota de Doutrina, *“Segundo Aguiar Dias, o que o prejudicado deve provar, na ação, é o dano, sem consideração ao seu quantum, que é matéria da liquidação. Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante”*. Pag. 148, tópico 11, cap. 01, - Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência, - 7ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2007 - Rui Stoco.

O elemento dano da responsabilidade civil serve igualmente para o conceito de responsabilidade objetiva como para a subjetiva, já que significa lesão a qualquer direito, podendo ser material ou moral.

Quanto à responsabilidade penal, o dano não é estritamente necessário para gerá-la, pois o Direito Penal possui o conceito de tentativa, na qual o direito pode ser violado sem trazer prejuízo para a vítima.

Há que se salientar a existência do dano composto possuindo dois elementos diferenciados, que são o elemento de fato ou prejuízo; e o elemento de direito, a violação ao direito, ou seja, a lesão jurídica.

Assim, deve-se observar não apenas a lesão material ou moral causada à vítima, mas também, senão mais importante, a lesão jurídica deflagrada pela violação ao direito.

Conforme bem abordado por Rui Stoco, *“O dano que interessa ao estudo da Responsabilidade Civil é o que constitui requisito da obrigação de indenizar. Segundo a natureza do bem atingido, pode-se classificar o dano daí decorrente em duas categoria básicas: o dano à coisas e o dano a pessoas. Este último subdivide-se em dano físico ou corporal e dano moral ou anímico”*. - p. 1232, Cap. XIII - Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência, - 7ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2007 - Rui Stoco..

Desta forma, podemos classificar o dano a ser abordado neste trabalho científico acadêmico, oriundo de intervenção cirúrgica estética ou reparadora.

Nas lições de Sergio Cavalieri Filho (Programa de Responsabilidade Civil, 6ª. ed. Malheiros, 2006, p. 23): *“A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano”*.

A doutrina costuma classificar a responsabilidade em diversos segmentos, de acordo com a área que ocorreu o dano, sendo: civil e penal; contratual e extracontratual; objetiva ou subjetiva.

DAS RESPONSABILIDADES

Serão abordados neste tópico, de forma breve, os tipos de responsabilidade, sendo:

I- Responsabilidade Civil e Penal;

II- Responsabilidade Contratual e Extracontratual;

III- Responsabilidade Subjetiva e Objetiva.

I- A Responsabilidade Civil e a Responsabilidade Penal

Conforme Rui Stoco, “ *A responsabilidade civil envolve, antes de tudo, o dano, o prejuízo, o desfalque, o desequilíbrio ou descompensação do patrimônio de alguém. Contudo, sem a ocorrência de dano não há responsabilidade civil, pois consiste esta “na obrigação imposta, em certas condições, ao autor de um prejuízo, de repará-lo, quer em natura, quer em algo equivalente.”* (Geroges Vedel. Droit Administratif. 5. Ed. 1973, p. 325). Desta forma, “*impende ressaltar que, no âmbito penal, para a existência do ilícito desta natureza, o dano pode até ser relevado e, ainda assim, existirá o crime e o agente será responsabilizado com sanção penal. Há figuras típicas penais que não exigem resultado no plano físico, como os chamados crimes formais ou de mera conduta e os delitos de perigo. Entretanto, no plano civil, embora haja ilícito que não causa dano, ou seja, sem o dano não há o que exigir em termos de reparação.*” (p. 118 - Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência, - 7ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2007 - Rui Stoco.).

Já por Cavalieri Filho - “ *A ilicitude – é de todos sabido – não é uma peculiaridade do Direito Penal. Sendo ela, essencialmente, contrariedade entre a conduta e a norma jurídica, pode ter lugar em qualquer ramo do Direito. Será chamada de ilicitude penal ou civil tendo exclusivamente em vista a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. No caso de ilícito penal, o agente infringe uma norma penal, de Direito Público; no ilícito civil, a norma violada é de Direito Privado.*” (p.14 - Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 9ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2010.)

Como podemos distinguir, existe a possibilidade de o indivíduo cometer cumulativamente ato ilícito que configure dano na esfera criminal e na civil. Mesmo ocorrendo absolvição do indivíduo na esfera penal, caberá aos que possuam a devida legitimidade pleitear em juízo a reparação do dano causado, comprovados os requisitos

necessários para a configuração do ato ilícito, que corresponde ao elo entre a conduta dolosa ou culposa, por ação ou omissão, e o resultado, comprovação efetiva do dano/prejuízo, que nada mais é que um elemento essencial, o nexo de causalidade.

II- A Responsabilidade Contratual e a Responsabilidade Extracontratual

Conforme predispõe Rui Stoco em sua obra, *“A responsabilidade civil, desde longa data, vem sendo dividida em sua fonte originária em contratual e extracontratual. Distinguiu a doutrina a responsabilidade decorrente do contrato ou das relações contratuais da responsabilidade decorrente do ato ilícito, ou seja do mau relacionamento entre pessoas e o descumprimento de um direito preexistente. Esta, também designada de responsabilidade aquiliana, divide-se no aspecto subjetivo, ou da vontade, em responsabilidade: objetiva (sem culpa, quando o dever de reparar decorre do só fato do dano, desde que existente o nexo causal); subjetiva, que repousa fundamentalmente no conceito de culpa, sem a qual não nasce a obrigação de indenizar; e quanto ao agente causador, em responsabilidade por fato próprio, por fato de terceiro, pelo fato da coisa ou pelo fato dos animais”*.

A responsabilidade é algo que decorre da própria conduta do ser humano diante da sociedade, que vive regrada por leis diretas que punem de forma severa, e também pelos costumes adquiridos com a evolução social. Desta forma, o direito regulamentou as formas de responsabilização do homem médio por todas as condutas praticadas no âmbito social, ou seja, proporcionou a toda sociedade as formas de reparação diante de condutas reprováveis, seja com fonte em costumes ou objetivadas na Lei.

Cada conduta é classificada e punida, seja no caso de ação direta ou na omissão do cidadão; seja na própria conduta ou por conduta de coisa ou pessoa que esteja, mesmo que temporariamente, sob sua vigilância.

A relação contratual é baseada na autonomia da vontade de ambas as partes, ou seja, decorre de uma simples convenção ou acordo entre as partes. Resta claro, portanto, que um de seus requisitos é a cumplicidade, vontade de ambas as partes para que haja validade nesta relação. Quando houver vícios em tal relação, o contrato será considerado

nulo.

Temos como pressuposto da responsabilidade contratual, evidentemente, a existência de um contrato entre as partes interessadas, podendo ser formal ou mesmo informal. Os deveres estabelecidos em contrato devem ser cumpridos integralmente. Quando do descumprimento, surge o ilícito contratual, o que acaba por gerar frustração e prejuízo a uma das partes.

Como entende Sergio Cavalieri Filho - *“Quanto a natureza do dever violado, a culpa será contratual se esse dever tiver por fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de um contrato... p. 38 Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 9ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2010”*.

A relação jurídica preexistente tem por objeto a relação antes que ocorra o dever ou obrigação de indenizar, já havendo uma relação jurídica estabelecida entre as partes, quando da não execução decorre a lesão a um direito e a obrigação de indenizar.

“processo: 0117162-43.2002.8.19.0001 – apelação – 1ª ementa des. cherubin helcias schwartz – julgamento:27/04/2010 – 12ª camara cível. apelação cível. responsabilidade civil médica. cirurgia estética. danos materiais, morais e estéticos. erro médico. laudo pericial conclusivo. obrigação de resultado não obtido. culpa presumida. responde o profissional médico pelos danos experimentados pela paciente, decorrentes do resultado insatisfatório. danos materiais, morais e estéticos arbitrados em consonância com os ditames da razoabilidade e proporcionalidade. recurso a que se nega seguimento na forma do art. 557 do cpc.”

Como se pode notar claramente, a jurisprudência trabalha de forma a proteger a relação existente entre médico e paciente. Na cirurgia acima mencionada, houve um prévio acordo no qual o médico assumiu uma obrigação de resultado, que não foi obtido, respondendo o profissional pelos danos experimentados pela paciente, oriundos do resultado não obtido. Em tal caso, podem-se observar todos os requisitos necessários à configuração da lesão à autora, sendo a conduta do profissional, o nexo de causalidade e as lesões ocasionadas a paciente.

Desta maneira, resta clara a demonstração de configuração do dano.

Já em se tratando da responsabilidade civil subjetiva, conforme corrente de Sérgio Cavalieri Filho, observo que esta se pauta no pressuposto de uma conduta culposa. “...*mais correto falar em conduta culposa, e isto porque a culpa, isoladamente e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo.*”p. 23 Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 9ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2010

A responsabilidade extracontratual, “*surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto. se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.*”. p. 15 Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 9ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

Assim, de forma clara e objetiva, podemos entender que esta relação decorre de disposições legais presentes em nosso ordenamento jurídico, sem depender da vontade das partes. É regida por dispositivos que vigoram *erga omnes*.

Assim podemos constatar que tal responsabilidade decorre não de um contrato, mas de uma violação a um dever jurídico imposto pela lei. Desta forma, podemos concluir que esta responsabilidade decorre de vários dispositivos legais que afetam diretamente a conduta legal do homem médio.

“processo nº 0145313-77.2006.8.19.0001 – apelação – 1ª ementa des. custodeo testes – julgamento: 21/07/2010 – 17ª camara cível. direito do consumidor. responsabilidade civil imputada à clínica e ao médico, com quem guarda relação de preposição. erro médico. defeito na prestação do serviço. não realização de exame denominado antibiograma, para fins de identificar o agente causador da doença e o antibiótico mais apropriado ao combate da infecção. otite externa maligna. responsabilidade civil objetiva e subjetiva. laudo pericial conclusivo na comprovação da culpa, dos nexos de causalidade e dos danos, a saber: paralisia facial do lado direito,

comprometimento da função auditiva, dificuldade de lubrificação corneana, atrofia da hemilíngua, dificuldade à deglutição e a ausência de membrana timpânica. aplicação da teoria da perda de uma chance. configuração dos danos moral, estético material, dano emergente e lucro cessante – com reconhecimento do direito ao pensionamento vitalício, a defender, contudo, o quantum debeatur, de liquidação de sentença. solidariedade que se impõe aos condenados nos exatos termos do art. 7º, parágrafo único do cdc e art. 942, parágrafo único, do cc/02. precedentes do stj. provimento parcial do recurso”

Na situação acima, temos comprovados os dois tipos de responsabilidade previstos em nossa doutrina, sendo a objetiva, que independe da culpa; e a subjetiva, na qual deve ser averiguada a conduta do agente que praticou o ato lesivo, o que foi devidamente configurado diante do laudo pericial conclusivo.

Diante do exposto acima, com todo o embasamento doutrinário, serve o julgado para demonstrar toda a introdução do estudo acima mencionado, com base no vasto conhecimento do ilustre autor, Sérgio Cavalieri Filho. Abordaremos mais adiante, de forma mais completa, as duas formas de responsabilidade.

III - Responsabilidade Subjetiva e Responsabilidade Objetiva

A responsabilidade subjetiva é aquela que, além do ato lesivo do agente causador da lesão, de o dano estar presente no lesado e do nexos causal estar estabelecido entre a conduta que ocasionou a lesão e a culpa do agente causador do dano. Conforme expresso no art. 186 CC a culpa atua como fundamento da responsabilidade subjetiva, atribuindo-se também o dolo à interpretação de culpa em lato sensu. Ocorre que a vítima somente poderá pleitear a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que, de fato, nem sempre é possível na sociedade atual. O parâmetro utilizado para para a responsabilidade oposta a esta, ou seja, a objetiva, se fundamenta na teoria do risco, consolidada em nossa legislação, Código Civil, Art. 927, parágrafo único, art. 931 e outros.

Conforme leciona Sérgio Cavalieri, “sendo o ato ilícito o conjunto de pressupostos da responsabilidade, quais seriam esses pressupostos na responsabilidade subjetiva? Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos de responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto a saber:

a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão 'aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia';

b) nexa causal, que vem expresso pelo verbo causar;

c) e dano, revelado nas expressões 'violar direito ou causar dano a outrem'.”

Temos neste plano retratada como se configura a responsabilidade subjetiva, decorrente de uma conduta voluntária, pautada na ação ou omissão do agente, que possui capacidade civil, ou seja, pode ser imputado por sua conduta, ou ainda, não podendo ser o agente ser responsabilizado, é responsabilizado o indivíduo responsável pelo agente, direta ou indiretamente pela conduta deste agente. Se a conduta cultivada gera um dano, que conseqüentemente gera o dever de reparação, desta conduta e do dano, há o nexa causal, que serve como uma ponte de ligação entre a ação ou omissão e o dano, sem o qual, não há que se falar em responsabilidade civil do indivíduo.

Em se tratando da Responsabilidade Civil Objetiva, nesta relação em especial, diante da ausência de ato lesivo, do dano no lesado e do nexa de causalidade, não há que se falar em culpa, que deixaria caracterizada a necessidade de indenizar, pois esta decorre da simples conduta do agente e independe da comprovação de culpa, pautada na Teoria do Risco, positivada em nosso ordenamento jurídico, conforme dispõe o art. 927, parágrafo único, art. 931 e outros do Código Civil.

“Art. 927 – Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Direito das Obrigações, p. 212 –

Vade Mecum – Saraiva.

Teoria do risco criado - o parágrafo acima transcrito espousa a doutrina do risco criado, a dizer que, independentemente da culpa, o dano gera responsabilidade. Teoria defendida majoritariamente por nosso douto mestre Caio Mário.

Como acima podemos ver expressamente, a reparação do dano é obrigatória, independente da culpa do agente, nos casos previstos em lei, uma vez que, este objetivamente assume o risco de sua conduta, no exercício de sua profissão, como observaremos mais adiante, no que tange a responsabilidade civil do médico, principalmente nos casos de intervenção cirúrgica estética.

Em se tratando da responsabilidade pelo desempenho de atividade de risco, conforme esboça o ilustríssimo Sérgio Cavalieri Filho, na menção do artigo acima, encontramos a segunda cláusula geral de responsabilidade objetiva. *“...a expressão 'independentemente de culpa' contida nesse dispositivo indica que foi aqui consagrada uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva. Tão ampla e abrangente que, se interpretada literalmente, todos os que exercem alguma atividade de risco passarão a responder objetivamente, até quando estivermos dirigindo nosso veículo particular e formos envolvidos em um acidente. É que na sociedade moderna todas ou quase todas as atividades implicam algum risco.”*p. 172 Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 9ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

Desta forma, com toda a evolução da sociedade moderna, a necessidade de uma ferramenta que regule as relações entre homens foi positivada em nosso ordenamento e toda conduta que resulte em dano, ou mesmo lesão a direitos de outrem, causa a obrigação de reparar à altura do dano causado, que pode ser de forma compensatória, quando da lesão a coisa corpórea, que não pode mais retornar ao status quo ante, ao seu estado de origem, ou mesmo reparatória, quando pelo próprio título, visa reparar o dano causado na sua proporcionalidade, não podendo ser em valor inferior ou superior, o que acabaria por configurar o enriquecimento ilícito e/ou sem causa.

Assim, podemos concluir que, dentre as responsabilidades aplicadas e previstas em nosso ordenamento, temos:

Responsabilidade Civil Objetiva ou Subjetiva, Contratual ou Extracontratual, Civil ou Penal, que abordaremos neste trabalho acadêmico, no que tange a medicina estética, quando se aplica ao profissional que exerce a medicina no âmbito estético, em casos de cirurgia estética com fins de reparo, assim como nas cirurgias realizadas, única e exclusivamente com fins pessoais e estéticos.

Capítulo II

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

Conforme exposto por Caio Mário, em sentido estrito a obrigação pode ser entendida como sinônimo de dever jurídico, representando uma idéia de vinculação. Como pudemos notar no conhecimento acima explicitado, a forma de obrigação com relação à classificação do conteúdo, é uma espécie de obrigação de meio ou de resultado, pelo qual perpassa a atividade médica.

No campo da medicina, a regra é enquadrar a relação entre o médico e o paciente na seara da obrigação de meio. Como podemos desbravar, ao atendimento realizado com emergência em um hospital não será exigida uma obrigação de resultado. Um indivíduo baleado, com ferimentos de natureza grave, não pode entrar na emergência, com a pretensão de ter sua vida obrigatoriamente salva; dentro dos limites e conhecimento empírico, o profissional deverá então agir com toda a diligência necessária, assim como utilizar-se de todos os recursos possíveis para a boa execução. Portanto, obrigam-se os médicos apenas a dispensar a melhor técnica ao tratamento do paciente. Ocorre que, em atividades específicas, podemos considerar a obrigação do médico como um dever de resultado, de forma que entre o profissional e o paciente existe uma vinculação direta, pois este deseja um resultado e o profissional, dentro dos limites objetivos da medicina e da reação do organismo do ser humano, se compromete a cumprir um resultado certo e determinado. Insta salientar que, dentro dos limites da lógica, o paciente possui o direito de exigir indenização se desta relação jurídica advier lesão por conta da não observância e respeito ao contrato firmado.

A responsabilidade civil do médico é decorrente de disposição existente em nosso ordenamento jurídico, amparada no dever de indenizar o paciente, que, por conta de um tratamento médico, venha a sofrer qualquer tipo de prejuízo, seja material ou imaterial, patrimonial ou não-patrimonial. No âmbito deste assunto, os primeiros conceitos são os de uma responsabilidade subjetiva ou objetiva; uma relação contratual ou extracontratual; abarcando ainda os conceitos de obrigação de meio ou obrigação de resultado.

A obrigação de meio é aquela que envolve uma espécie de contrato, onde a obrigação estabelecida neste não tem por finalidade um objeto específico, ou seja, o contratado não se compromete com um objetivo específico ou determinado.

Conforme nota de doutrina, *“Quando se fala em obrigação de meios ou de resultado no campo da responsabilidade civil é comum concluir que se está cuidando da responsabilidade médica. Contudo a chamada teoria do resultado tem aplicação mais dilargada e uma aspecto de abrangência muito maior... Para René Demogue, idealizador de tal teoria a distinção está no estabelecer a quem incumbe o ônus da prova quando essa obrigação for de meio ou quando for de resultado”*. p. 169 Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência, - 7ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2007 - Rui Stoco.

Na obrigação de meio, o profissional responsável, o médico em nossa abordagem, deve atuar com toda diligência, a fim de alcançar o objetivo pretendido, porém não se vinculando diretamente a esta. Para tanto, deverá ser analisada a conduta do profissional e sua relação com o resultado final. O profissional atuou com prudência e diligência necessária, utilizando-se de todos os recursos possíveis para execução de seu ofício? Se, de fato, o profissional observou todos esses procedimentos, não há que se falar em responsabilidade do profissional.

Já com relação à obrigação de resultado, que abordaremos de maneira objetiva nesta pesquisa, esta vincula diretamente o profissional à produção do resultado, uma vez que não há que se falar em análise da sua conduta. Assim, o “paciente” pode exigir a produção do resultado inicialmente pretendido, sem o qual fica caracterizado o inadimplemento da obrigação.

A responsabilidade civil do profissional médico é importante, assim como a demonstração de forma irrefutável, da existência de três pressupostos indispensáveis: o ato ilícito, o dano causado pelo agente e o nexo de causalidade entre o tratamento médico feito pelo agente e o dano experimentado pela vítima, proveniente direta ou indiretamente da conduta danosa do agente. Mesmo na responsabilidade civil objetiva, é imperiosa a demonstração da existência dos pressupostos ensejadores da obrigação de indenizar. Deverá a vítima do dano apresentar em sua peça inicial o maior número possível de elementos que comprovem que o agente cometeu o ato ilícito, através de uma conduta

danosa e que desta conduta resultou ou decorreu o dano, configurando então o dever de indenizar.

Por ser a responsabilidade civil do médico, em regra, subjetiva, há que se verificar um requisito intrínseco, ou seja, a necessidade da análise da culpa, como pressuposto do dever de indenizar. Comprovando-se que o médico observou requisitos essenciais, como a prudência, diligência e perícia de seu ofício, este profissional pode ser isento da responsabilidade pelo resultado diverso, que porventura possa ter ocorrido ao paciente.

Conforme palavras do Procurador de Justiça, professor e diretor presidente da Femperj, José Maria Leoni Lopes de Oliveira: *“A responsabilidade do médico, em geral, é subjetiva e sua obrigação é de meio e não de resultado. O médico, em princípio, deve fazer todo o possível, segundo as técnicas atuais da medicina, para curar e salvar o doente, mas ele não tem essa obrigatoriedade. Por exemplo, em uma cirurgia neurológica, ele faz o possível na intervenção, mas se por acaso o paciente não conseguir sobreviver ou não obtiver o resultado ideal, ele não se responsabilizará por isso, salvo se houver cometido erro. Essa é a regra geral da responsabilidade médica.”* - pág. 97 Introdução ao Direito, 2ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2006 - José Maria Leoni Lopes de Oliveira.

Conforme exposto acima, a relação médico-paciente normalmente é regida pela responsabilidade civil subjetiva e quando ocorrer imperícia, imprudência ou negligência a culpa deste profissional deverá ser devidamente comprovada.

Existem casos em que há ausência do nexos causal na responsabilidade médica, como podemos explicitar em duas decisões abaixo:

“Não é suficiente para a caracterização da responsabilidade civil que aquele que ingressa em juízo tenha sofrido danos materiais e morais em virtude da morte de seu filho, nem que o médico que o atendeu tenha agido com culpa, devendo também reunir-se a esses requisitos a prova de um vínculo de causa e efeito, o qual, se ausente, afasta a obrigação indenizatória” (TAMG – 1ª C. - Ap. 358.506-0 – Rel. Osmando Almeida – j. 30.04.2002 – DOE 04.12.2002 e RT 812/358)

Todo tipo de relação entre o profissional da medicina e seu paciente, de alguma forma, é amparado pela legislação vigente em nosso país. A relação entre um cirurgião plástico e um paciente, que visa a realização de uma intervenção cirúrgica meramente estética, conforme maçante entendimento doutrinário, envolve uma obrigação de resultado,

pois o objeto lícito deste contrato é específico, determinado. Portanto, o simples inadimplemento, ou ainda um resultado não satisfatório, dentro do esperado, gera de maneira imediata um dever, obrigação de reparar o dano ou prejuízo causado a outrem.

Na natureza estética, surge a controvérsia sobre a sua responsabilidade, se subjetiva ou objetiva.

“Em relação a cirurgia plástica estética, a doutrina majoritária sustenta no Brasil que essa obrigação é de resultado – o que não acontece na cirurgia plástica reparadora, que também é de meio. Na cirurgia estética, como não há necessidade clínica e a pessoa se submete para embelezamento, a obrigação é de resultado, a despeito da tese de que mesmo nesse caso a obrigação seja de meio, como sustenta o professor Sylvio Capanema, me filio a doutrina majoritária, de que a cirurgia estética é obrigação de resultado. Mesmo na obrigação de meio, o médico pode ser responsabilizado, quando não houver utilizado os recursos adequados segundo as técnicas da medicina para curar o doente. Já na cirurgia plástica estética, ele tem que oferecer o resultado ideal, caso contrário estará inadimplente”. (Revista Mural, ed. Março/2009, p. 07).

Como resta claramente expresso no trecho acima, não há mais o que se discutir em relação a responsabilidade civil do médico em casos de cirurgia plástica. Dentro de todo entendimento adquirido nessa pesquisa, podemos notar que um paciente, ao entrar em um consultório para passar por uma intervenção cirúrgica com um profissional especializado, deseja um único resultado, aquele pretendido e esperado ao fim de uma cirurgia. Porém, quando não ocorre tal resultado, se abate uma frustração sobre o indivíduo e, ainda, quando há uma lesão que resulta em mutilação, além de todo o abalo emocional e psicológico, é necessário avaliar até que ponto o profissional que exerceu a medicina especializada pode e deve ser responsabilizado.

Podemos concluir que não resta dúvida que diante da falha ou inadimplemento, o cirurgião plástico é considerado diretamente responsável, cabendo a este o dever de indenizar e reparar o dano provocado.

Vale ressaltar alguns casos relacionados na obra de Sérgio Cavalieri Filho, quanto à natureza da responsabilidade médica:

“Caso 1 - Um motorista de taxi, cerca de dois anos depois de ter sido submetido a

uma cirurgia num hospital público, morreu de infecção generalizada causada por resto de material cirúrgico, gaze deixada no seu abdômen quando da cirurgia.

Caso 2 - Um jovem de vinte e um anos, estudante, vida sexual normal, tornou-se impotente após uma cirurgia de fimose. Já fez três cirurgias plásticas, sem sucesso; deverá ser submetido a mais uma na tentativa de recuperar a normalidade da sua vida sexual, mas sem muita esperança. A perícia constatou que quando da cirurgia de fimose uma veia foi interrompida, impedindo a circulação do sangue, o que acarretou necrose do tecido da glândula – o que é praticamente irreversível.

Caso 3 - Um cidadão sério e respeitável, que não queria expor-se a certos riscos, submeteu-se a uma cirurgia de vasectomia. Tempos depois foi surpreendido por uma ação de investigação de paternidade na qual ele era incluído como réu. Protestou, foi o primeiro a pleitear a prova pericial, confiante na cirurgia que havia feito. Qual não foi a sua decepção quando o exame de DNA o apontou como sendo o pai biológico do investigante!”

Conforme relatos acima, resta claro que em tais casos há uma responsabilidade por parte do profissional a partir da obrigação assumida. Com relação ao primeiro caso, considerando todo o conflito doutrinário, fica objetiva a conduta negligente, a falta de perícia e imprudência do profissional, restando clara a culpa, pelo simples fato de a causa mortis ter sido uma infecção generalizada, oriunda de um corpo estranho, a gaze, deixada no corpo do paciente. Temos neste caso uma responsabilidade civil subjetiva, comprovando a culpa do indivíduo através do próprio laudo de morte.

Já no segundo caso, considerada uma cirurgia reparadora, trata-se de uma intervenção cirúrgica na qual é retirada uma pele que envolve a cabeça do órgão reprodutor masculino e a culpa também deve ser discutida e provada pela parte que alega o dano sofrido. Assim sendo, diante da perícia, constatou-se a incisão de uma veia interrompida, que gerou a impotência permanente do indivíduo que sofreu o procedimento, devendo o profissional indenizar o paciente pelo dano causado na proporcionalidade devida.

Por fim, podemos considerar o terceiro um caso concreto de responsabilidade civil objetiva, por parte do profissional, uma vez que, ao analisar o objeto da relação jurídica, temos uma cirurgia de vasectomia, depois da qual o paciente poderia ter relações sexuais sem recorrer a outros meios contraceptivos, não correndo o risco de provocar gestação em

suas eventuais parceiras sexuais, o que, de fato, não ocorreu. O paciente firmou com o médico uma obrigação, uma cirurgia com fim específico, que não foi efetivamente cumprido. Desta forma, o médico responde objetivamente, devendo arcar com o ônus de sua conduta falha, não sendo necessária a comprovação da culpa, pois o resultado por si só basta.

Nesses três casos, relatados na obra de Sérgio Cavaliere Filho, podemos verificar que casos de responsabilidade civil subjetiva e objetiva ocorrem com maior frequência em nossa sociedade moderna, o que movimenta ainda mais o Judiciário para exercer a punibilidade nos casos de responsabilidade.

Conforme abordarei abaixo, com relação à responsabilidade subjetiva, o poder judiciário atua de forma repressora, visando a garantir a integridade da justiça brasileira, assim como a reparação do dano sofrido pelo indivíduo, levando em consideração a razoabilidade e a proporcionalidade, para que, desta forma, não seja também o Judiciário máquina de enriquecimento sem justa causa.

“processo nº 0120639-16.1998.8.19.0001 – apelação – 1ª ementa des. denise levy tredler – julgamento: 05/10/2010 – 19ª camara cível - direito civil. ação de indenização por danos estéticos e morais. erro médico causador de sequelas estéticas e físicas no autor. realização de cirurgia considerada desnecessária por diferentes médicos consultados. responsabilidade civil subjetiva do cirurgião, nos termos do parágrafo 4º, do art. 14, do código de defesa do consumidor. imperícia que cumpre ao judiciário punir. dano moral e estético configurados. verba indenizatória arbitrada em valor plausível e proporcional ao fato. recurso a que se nega seguimento, na forma do caput do art. 557, do código de processo civil”.

Atuando o Judiciário de forma semelhante, quando se trata de uma responsabilidade civil objetiva, na qual não há análise da conduta do agente, posto que, para configuração desta responsabilidade, não se faz necessária a comprovação da culpa.

“processo nº 0138787-02.2003.8.19.0001 – apelação – 1ª ementa. des. edson vasconcelos – julgamento: 24/02/2010 – 17ª camara cível. responsabilidade civil objetiva – procedimento cirúrgico – queimadura por bisturi elétrico – dano moral e estético – condenações autônomas – a obrigação assumida pelo médico é a de proporcionar todos os meios necessários e atentos de acordo com seus conhecimentos científicos para a produção do resultado esperado, não sendo motivo para imputação de erro a simples falta de êxito no tratamento. não obstante, no caso dos autos, o autor foi vítima de lesão por queimadura na perna sem qualquer relação com o padecimento sofrido, consiste numa apendicite. sendo assim, vislumbra-se a existência de erro em procedimento cirúrgico que escapa à escolha do método para cura da enfermidade que levou a parte autora ao hospital do réu. constatação corroborada pelo laudo pericial. presente os pressupostos da responsabilidade civil, consistente no erro médico, o dano e o nexo de causalidade, cabendo ressaltar que a responsabilidade do réu é objetiva. observando-se correta razoabilidade e proporcionalidade, sem oblívio da capacidade financeira do ofensor, verifica-se que a sentença fixou a indenização por danos morais de forma justa. fixação de indenização autônoma por dano estético. precedentes do stj. parcial provimento dos recursos”.

Como analisado acima, temos a configuração da responsabilidade civil objetiva, a forma de punibilidade e parâmetros utilizados para fixação da indenização para parte que sofreu o dano, que possui direito de reparação proporcional ao dano sofrido.

Capítulo III

O ERRO MÉDICO E O DANO ESTÉTICO

“Culpa e erro profissional são coisas distintas. Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe a falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto”. (p. 387- Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 9ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2010)

Conforme explicitamente mencionou Sérgio Cavalieri, no erro profissional há uma conduta correta, mas a técnica empregada é incorreta, ou seja, nos casos de cirurgia estética, abordados nessa pesquisa, o profissional especializado age de maneira consciente, com uma conduta profissional dentro das perspectivas, porém falha no emprego da técnica necessária para adequação ao resultado que deveria ter sido obtido.

Dano é o prejuízo sofrido por alguém em consequência da violação de um direito seu, ou seja, representa lesão a um bem jurídico, podendo consistir em dano patrimonial ou moral; material ou pessoal; direto ou indireto.

Com fundamento na jurisprudência abaixo mencionada, tecerei alguns comentários acerca disso, abordando os dois pontos destacados neste capítulo.

“processo nº 0000062-13.1983.8.19.0202 – apelação – 1ª ementa des. luiz felipe francisco – julgamento: 03/08/2010 – 8ª camara cível apelação cível. ação de indenização erro médico. caracterização. ocorrência do nexo de causalidade entre a conduta do preposto da ré e os danos perpetrados à autora. dano estético. evidenciado. dano moral. caracterização. incidência de correção monetária e juros aos danos moral e estético. os juros devem ser contados a partir da data do evento danoso, conforme art. 398 do novo código civil e súmula nº 54 do egrégio superior

tribunal de justiça, à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês (art. 1062 do código civil de 1916), passando ao percentual de 1% (um por cento) ao mês a partir da data da vigência do novo código civil (lei nº 10.406/02, art. 406, c/c art. 161, parágrafo 1º do código tributário nacional). já a correção monetária aos danos moral e estético, cumpre seja a mesma computada desde o acórdão e sentença, respectivamente, quando se fixou a condenação. provimento do primeiro recurso. desprovimento do segundo apelo.”

Em se tratando do julgado acima, nota-se que houve a caracterização do erro médico, que provocou o dano estético e ocasionou a ação de indenização pleiteada pela parte autora. Foi fixada a reparação do dano proporcional à lesão provocada pela atitude do profissional, a partir da ocorrência do nexo de causalidade.

Doutrinariamente, conhecemos que no nexo de causalidade existe uma ponte, capaz de ligar a conduta do agente ao dano provocado. Entretanto, existem três casos nos quais o nexo causal não pode ser localizado, as excludentes de causalidade, sendo o resultado danoso oriundo de fatores externos, a saber:

Caso fortuito ou força maior – em relação à força maior, há imperiosidade vinda da natureza, força da natureza provocando o dano experimentado pelo lesionado, indivíduo que experimentou o dano. O caso fortuito deriva de um fato humano, sendo uma circunstância provocada por atos de pessoas alheias à relação contratual. São fatos que até podem ser previstos, porém são inevitáveis, fundamentando a exclusão do nexo causal por um fator externo à conduta do agente.

Fato exclusivo da vítima – reconhecido quando o fato gerador do dano, ou seja, o evento lesivo, decorre de uma atuação culposa da própria vítima, restando por comprovado o rompimento do nexo de causalidade, eximindo o profissional da responsabilidade pelo dano causado.

Fato de terceiro – Tratamos neste caso de uma espécie de corpo estranho à relação médico-paciente, existe em tal caso uma conduta ativa que repercute sobre outras pessoas.

Do Dano Material

Como analisado até o presente momento, podemos constatar que é possível a existência de responsabilidade sem culpa, porém não podemos falar de responsabilidade

sem dano. Quando não há ocorrência do dano, existe a inibição de qualquer responsabilidade, assim como de qualquer dever de reparação.

Conforme Súmula 37, do Superior Tribunal de Justiça (“ São cumuláveis as indenizações por dano moral e dano material oriundos do mesmo fato”)

“O dano material desdobra-se em dano patrimonial, que é caracterizada pela lesão do acervo patrimonial da pessoa, podendo ser também de ordem personalíssima, tais quais, nomes, imagem, entre outras podem causar de forma indireta o dano material”

Como podemos presenciar, o dano provocado por um erro médico, falha do profissional, pode ocasionar lesões irreversíveis para a vítima da conduta lesiva do agente, uma vez que, a lesão moral e/ou material pode ocasionar até mesmo a lesão ao patrimônio, seja de forma direta ou indireta. Vejamos:

Digamos que um famoso ator da novela das oito, decida passar por uma cirurgia meramente estética, sendo tal intervenção para retirar um simples sinal de sua face. O indivíduo, então, passa pelo procedimento e, após o período de recuperação, nota que o sinal foi removido de sua face, porém deixou uma cicatriz enorme. Portanto, conclui-se que o profissional responsável não fez os devidos testes para saber se o ator possuía algum tipo de reação aos componentes do produto capaz de remover o sinal. O dano provocou quebra de contratos, uma vez que o ator vendia a sua imagem, laborava a partir desta, sem dizer que, além das lesões físicas, existem as marcas psicológicas, que podem marcar o ator por toda sua vida, mesmo que a cicatriz possa ser removida.

Podemos dizer que em tal caso, abarcamos diversas formas de dano, sendo moral, material, patrimonial, e todos atingindo a vítima de maneira direta.

Capítulo IV

CASOS DE CIRURGIA ESTÉTICA E CIRURGIA REPARADORA

A cirurgia reparadora tem por instituto lógico, como o próprio nome conceitua, reparar uma espécie de dano já provocado, seja por dolo ou culpa de um determinado agente. Há um dano preexistente e o profissional é contratado com o intuito de amenizar o sofrimento. O dano preexistente pode ser oriundo de uma lesão causada por uma cirurgia estética malsucedida, de uma deformidade congênita ou mesmo de um fato qualquer, como um acidente.

Nesses casos, há na relação médico-paciente uma obrigação de meio, onde o médico torna-se um responsável por uma tentativa de melhora da situação do paciente, atuando com todas as formalidades e a devida diligência para obter o resultado pretendido.

Para que seja pleiteada indenização por qualquer das espécies de dano, deve o indivíduo que sofreu o dano comprovar a existência do nexo de causalidade, funcionando este, como uma ponte que liga a conduta do profissional à lesão provocada. Desta forma, abaixo temos um julgado que demonstra a quebra do nexo de causalidade.

“processo nº 0088769-40.2004.8.19.0001 – apelação – 1ª ementa des. helena candida lisboa gaede – julgamento: 23/03/2010 – 3ª camara cível responsabilidade civil do estado. danos morais e estéticos. erro médico. hospital municipal. art. 37, parágrafo 6º da constituição federal. responsabilidade civil objetiva que não se confunde com integral. laudo pericial incisivo acerca da ausência de qualquer tratamento inadequado à autora. afastado o nexo causal pelo perito, não se responsabiliza o município. ainda que o juízo não esteja adstrito ao laudo, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 436 do cpc), certo é que a autora/recorrente não produziu qualquer outra prova sobre o nexo causal. nega-se seguimento ao recurso, na forma do art. 557, caput do cpc”.

Já nos casos de cirurgia estética, temos uma relação direta, ligada a um determinado fim, ou seja, entre médico e paciente há uma relação obrigacional de resultado. Uma vez que o profissional deve atingir o fim prometido, somente podemos considerar a obrigação adimplida se tal fim for alcançado.

A cirurgia estética, com fins meramente de embelezamento, possui um caráter personalíssimo, pois o profissional assume um compromisso exclusivamente com seu paciente, sendo este determinado e insubstituível. Ocorre, desta forma, uma obrigação determinada. Quando o profissional atuar no cumprimento deste contrato com a conduta médica correta, mas empregar a técnica de maneira incorreta, caracteriza-se o erro médico.

“processo nº 0009472-05.2005.8.19.0209 – apelação – 1ª ementa - des. mario dos santos paulo – julgamento: 02/03/2010 – 4ª camara cível. 1.responsabilidade civil.2.pedido de indenização por danos materiais, morais e estéticos, em decorrência de cirurgia plástica imperfeita.3.erro médico evidente, comprovado documental e pericialmente, tratando-se de obrigação de resultado.4.danos materiais acolhidos para custear nova cirurgia, o que exclui o dano estético.5.dano moral fixado em patamar que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assim como ao caráter punitivo-pedagógico.6.honorários sucumbenciais suportados pelo réu, diante da comprovação do erro médico.7.recursos improvidos”.

“processo nº 0024940-48.2005.8.19.0002 – apelação – 1ª ementa des. conceicao mousnier – julgamento: 24/02/2010 – 20ª camara cível ação de reparação por danos morais e estéticos. fato de serviço. cirurgia plástica estética. implantação de fio russo na face. erro médico. sentença julgando procedente a pretensão autoral. inconformismo da ré. entendimento desta relatora quanto à manutenção da sentença guerreada. cirurgia realizada no estabelecimento réu. relação de consumo. responsabilidade objetiva da ré. ausência de comprovação de que o profissional liberal atendeu a autora não é preposto ou funcionário da ré, a quem cumpria a prova de tais alegações, nos exatos termos do que dispõe o artigo 333, ii, do tratado processual civil e o artigo 14, parágrafo 3º, do codecon. a prova técnica produzida atestou a ocorrência de falha na prestação do serviço e erro médico. dano estético na

face configura dano moral in re ipsa. cumulação entre dano estético e dano moral. possibilidade. súmula 96 do tjrj e súmula 387 do e. stj. parte ré não formulou pedido alternativo com vistas à minoração do valor arbitrado a título de danos morais e estéticos. manutenção da sentença. conhecimento do recurso e desprovemento do apelo”.

Desta forma, resta clara a responsabilidade civil objetiva e a obrigação de resultado do profissional que atua na área de cirurgia plástica estética, posto que assume com seu paciente um fim específico, no qual a intervenção cirúrgica torna-se um meio, destinado a um determinado fim, que é a busca pela beleza ou pela harmonia dos traços.

CONCLUSÃO

Preliminarmente, cabe destacar que, diante da sociedade em que vivemos, o padrão de beleza estética ganha cada vez mais peso e relevância nos ambientes sociais. Então, se a pessoa atinge uma determinada idade, ou mesmo, tem filhos e não está satisfeita com seu corpo, acaba procurando um especialista para que torne real sua vontade de aparentar menos idade, abundância nos seios ou glúteos, parecer um pouco mais em forma, dentre outros motivos.

Podemos considerar que há, na sociedade, uma forte cobrança quanto à beleza física, tão influenciada pela mídia. Na busca incessante por um corpo perfeito, algumas pessoas chegam a desenvolver distúrbios como a bulimia, a anorexia, enquanto outras se submetem a qualquer procedimento cirúrgico sem ao menos procurar saber sobre o profissional que irá fazer a intervenção cirúrgica, tendo que posteriormente, recorrer ao Judiciário para pleitear a reparação do dano sofrido.

Diante de todo o exposto neste trabalho acadêmico, através do método epistemológico de pesquisa, ou seja, investigativo, podemos compreender que, nos casos de cirurgia plástica meramente estética, o médico profissional, possui uma obrigação de resultado com o paciente, posto que este procura o especialista como uma ferramenta para atingir um determinado fim, sendo este a busca pela beleza.

Assumindo com o paciente este compromisso, o médico está pactuando uma obrigação de resultado, ou seja, que possui um fim específico, que quando não é atingido gera frustração ao paciente e, possivelmente, mutilações, abalos psicológicos, distúrbios como a depressão, a rejeição do próprio corpo, dentre muitos outros problemas.

Face ao erro cometido pelo médico no paciente, o resultado de dano pode ser patrimonial ou mesmo extrapatrimonial e a responsabilidade do médico pode ser objetiva, independe da culpa do agente e/ou subjetiva, quando deve ser apurada a conduta do agente que praticou o ato, se este agiu com dolo ou culpa, com negligência, imperícia ou imprudência.

Para que o paciente tenha razão em seu pleito, entre a conduta praticada pelo profissional e o dano sofrido deve haver o nexo de causalidade. Sem este, conforme exposto durante a pesquisa, o médico acaba por não ser responsabilizado, pois não há

fundamento nas alegações do paciente/autor. Existem ainda as excludentes de culpabilidade: o caso fortuito e força maior, a culpa exclusiva do paciente, principalmente em casos pós-operatórios.

A fixação do quantum indenizatório pode variar de acordo com a extensão do dano, com parâmetro nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que na reparação não haja o enriquecimento sem causa por parte do autor que pleiteia compensação/reparação do dano sofrido.

Assim, podemos concluir que todo profissional com especialização em cirurgia plástica, quando atua em cirurgia estética reparadora, não possui uma obrigação de resultado, pois já existe uma relação preexistente, mas, quando se trata de cirurgia plástica meramente estética, o médico tem uma obrigação de resultado, devendo atingir o fim específico, para o qual tenha assumido o compromisso e, quando não atingindo, se houver comprovação do dano e nexos de causalidade, caberá pleito pela reparação, possuindo a indenização caráter compensatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALIERI FILHO, Sergio; Programa de Responsabilidade Civil, 9ª Edição, revista e ampliada; São Paulo: Editora Atlas, ano 2010.

FIGUEIREDO, Nébia Maria Almeida de; Método e Metodologia na Pesquisa Científica, 2ª reimpressão da 3ª Edição; São Caetano do Sul: Editora Yendis, ano 2009.

Revista Mural – Direito em Movimento; Edição Março / 2009, nº 62 Rio de Janeiro: Mídia Jurídica.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de; Introdução ao Direito, 2ª Edição; Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2006.

SOUZA, Neri Tadeu Camara; Responsabilidade Civil e Penal do Médico, 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada; Campinas/SP: Editora Servanda, ano 2008.

STOCO, Rui; Tratado de Responsabilidade Civil, Doutrina e Jurisprudência, 7ª Edição, revista, atualizada e ampliada; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2007.

VADE MECUM SARAIVA; 13ª Edição, atualizada e ampliada; São Paulo: Editora Saraiva, ano 2012.

<http://jus.com.br/artigos/4129/responsabilidade-civil-das-sociedades-pelos-danos-ambientais> - acesso em 05/10/2014

<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8771-8770-1-PB.htm> – acesso em 09/11/2014