

HAROLDO YOCHIME SILVA USSUY

Dano Estético e a Responsabilidade Civil Médica

Bacharel em Direito

FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS

HAROLDO YOCHIME SILVA USSUY

DANO ESTÉTICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a orientação específica do Prof. Ms. Edson Fernando Pícolo de Oliveira, e orientação geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

Orientador: _____

Área de Concentração: _____

ASSIS

2010

FICHA CATALOGRÁFICA

Silva Ussuy, Haroldo Yochime

Dano Estético e a Responsabilidade Civil Médica.

Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2010

Orientador: Edson Fernando Pícolo de Oliveira

Trabalho de conclusão de curso – Instituto Educacional de Ensino Superior de Assis – IMESA

1. Dano Estético, 2. Responsabilidade Civil

CDD: 340

Biblioteca da FEMA

DANO ESTETICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

HAROLDO YOCHIME SILVA USSUY

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a orientação específica do Prof. Ms. Edson Fernando Pícolo de Oliveira, e orientação geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

Orientador: _____

Prof. Ms. Edson Fernando Pícolo de Oliveira

Analizador: _____

Prof. Ms. Eduardo Augusto Vella Gonçalves

ASSIS

2010

DEDICATÓRIA

Dedico primeiramente este trabalho a Deus, e também as pessoas pelas quais eu tenho eterno amor e admiração, minha esposa Thayne e minha filha Rebecca e aos meus pais, Haroldo e Márcia, que foram determinantes para que esse meu sonho se realizasse.

AGRADECIMENTOS

A minha família que sempre esteve unida por este ideal, minha esposa uma batalhadora incansável, à minha mãe que nunca mediu esforços para a realização deste sonho, em especial para minha filha pelo incentivo para assistir as aulas, ao meu irmão e sua esposa que mesmo com seu silêncio sempre acreditou em mim, Marcos Castro um fiel amigo que por muitas vezes me socorreu com prontidão e sem medir esforços, ao professor Fernando Pícolo pela orientação e paciência durante este trabalho, e a todos que acreditaram em mim.

“O coração do homem pode fazer planos, mas a resposta
certa vem dos lábios do Senhor”

Provérbios 16:01

RESUMO

Este trabalho descreve que nos últimos tempos, com a evolução da cirurgia plástica, as pessoas vão em busca de um corpo perfeito e criou-se uma obsessão, cresceu demasiadamente o número de cirurgias plásticas, com isso ocasionando os erros médicos.

Como a cirurgia plástica está na moda, nos dias atuais, aumentaram as clínicas médicas prestadoras deste tipo de serviço (estético), ocasionando os inúmeros erros médicos e os respectivos pacientes insatisfeitos.

Aumentando assim a obrigação do profissional médico em indenizar seus pacientes, para isso os mesmos se apóiam no Código de Defesa do Consumidor, para demonstrar a responsabilidade civil do médico, e que sejam desta forma indenizados.

PALAVRA – CHAVE:

Cirurgia plástica – erro médico – responsabilidade civil - indenizações

ABSTRACT

Youth and eternal life is the dream of many people...for every time and all over the world everybody tries to find this perfection body in plastic surgeries. People seek for a beautiful body and it is becoming a great obsession. Plastic surgery is growing up more and more and with them...doctors' mistakes.

It is very common nowadays people to look for clinics without a certainly guarantee, and mistakes happen in the procedure. After this, the patients look for lawyer's 'job because they need to receive a repair by the procedure mistake. The patients are protected by the code of consumer protection.

Keywords:

Plastic surgery - Doctor's Mistakes – Liability Indemnification

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	12
2 – CIRURGIA PLÁSTICA	13
2.1 – OBJETIVO	13
3 – RESPONSABILIDADE CIVIL	14
3.1 – CONCEITO	14
3.2 – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	17
3.3 – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA	17
3.4 – RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL	18
3.5 – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL	19
4 - PROFISSIONAL MÉDICO	20
4.1 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL MÉDICO	20
4.2 – OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO NO CDC	22
4.3 – ANÁLISE DE CULPA DO MÉDICO COM FUNDAMENTO NO CDC	24
4.4 – CONTRATO MÉDICO	25
5 – DANOS E INDENIZAÇÕES	27
5.1 – DANO MORAL	27
5.2 – DANO ESTÉTICO	28
5.3 – POSSIBILIDADE NA ACUMULAÇÃO DE INDENIZAÇÕES	28
5.4 – JURISPRUDÊNCIAS	29

CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS	35

1 – INTRODUÇÃO

O contexto desta monografia vem demonstrar a responsabilidade civil do profissional médico, um assunto tão polêmico e ao mesmo tempo muito comum, que vem atingindo milhares de pessoas na extensão de todo o território nacional.

Em seus capítulos iremos tratar das formas de responsabilidade civil e suas modalidades, as obrigações (meio e de resultado) e a responsabilidade civil do profissional médico, passando pelo Código de Defesa do Consumidor.

Um tema de suma importância no mundo jurídico principalmente na esfera cível, como também para os profissionais da medicina, e para que as pessoas possam se interar mais sobre o erro médico no ponto de vista legal.

Buscaremos analisar o tema com seus problemas mais pertinentes e principalmente a responsabilidade civil do profissional médico e a possibilidade de indenizações.

2 - CIRURGIA PLÁSTICA

2.1 - OBJETIVO

A história da cirurgia plástica se remonta à antiguidade, na Índia antiga os médicos utilizavam transplantes de pele como trabalho reconstrutivo no Século VIII A.C, e faziam reconstruções de narizes, uma vez que a amputação de nariz era castigo por certos crimes. Na Roma antiga, os romanos se utilizavam de técnicas simples para a reconstituição de orelhas machucadas Século I A. C.

Após a primeira guerra mundial é que a cirurgia plástica nasceu como uma especialidade, onde tiveram muitas vítimas mutiladas e deformadas, requerendo assim um tratamento cirúrgico especializado, mas já existia a milhares de anos.

A cirurgia plástica se desenvolve em dois aspectos: Cirurgia Plástica Reparadora e Cirurgia Plástica Estética. A reparadora tem por objetivo a reconstituição de uma das partes do corpo, podendo ser por razões médicas, enquanto que na estética seria por uma simples vaidade para embelezar.

A cirurgia reparadora é considerada tão necessária quanto qualquer outra intervenção cirúrgica, pois têm o objetivo de corrigir lesões deformantes, defeitos congênitos ou adquiridos. A cirurgia estética é realizada com o objetivo de realizar melhorias na aparência do paciente, por sua vontade própria. Essas cirurgias têm como finalidade sanar prejuízos não de ordem funcional, mas sim de ordem psicológicas.

Atualmente as cirurgias mais realizadas no país são: a lipoaspiração e a colocação de prótese de silicone nos seios. Em qualquer cirurgia plástica, pretende-se que a zona afetada mantenha o seu funcionamento e na medida do possível seu aspecto

normal. Para ter o certificado de especialidade em Cirurgia Plástica no Brasil necessita de residência em cirurgia plástica por três anos tanto para reconstrutiva como para estética, mas no nosso país não é obrigatória a participação na sociedade médica específica, nem mesmo para ter o título de especialista para realizar a atividade, assim muitos não fazem e nunca farão parte da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, mas mesmo assim vem realizando muitas intervenções cirúrgicas neste sentido.

3 – RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 – CONCEITO

O conceito de responsabilidade civil é bastante debatido, podendo dizer que é a imposição da obrigação de indenizar alguém por atos danosos voluntários, omissos ou comissivos, oriundos do descumprimento de um contrato ou da lei civil praticados contra outrem.

Assim esta responsabilidade civil só aparece quando uma pessoa pratica um ato que venha ocasionar lesão, dano, prejuízo a alguém. Então aparece junto à obrigação da reparação. No nosso ordenamento jurídico estabelece normas que definem a aferição deste ato ilícito, e juntamente à sua indenização, que na maioria das vezes será de forma pecuniária.

A responsabilidade civil é o resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento decorrente da prática do ato ilícito. O dano poderá ser quanto à integridade física, à honra ou aos bens de uma pessoa.

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2007, p.4)

“O termo responsabilidade, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação. Assim, diz-se, por exemplo, que alguém é responsável por outrem, como o capitão do navio pela tripulação e pelo barco, o pai pelos filhos menores, etc. Em nosso estudo, interessa a responsabilidade de alguém como fato ou ato punível ou moralmente reprovável, como violação de direito na dicção do presente Código, o que acarreta reflexos jurídicos.

No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber é identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou outra, no ordenamento, esta ligado ao ofensor. Se “não puder ser identificado o agente que responde pelo dano, este ficará irressarcido; a vítima suportará o prejuízo.”

Na maioria das vezes o dano causado se torna irreparável em sentidos sentimentais e morais, que a mera indenização (financeira) não é capaz de suprir a falta que faz uma pessoa que morreu num acidente de trânsito, por exemplo, apenas é determinada pelo direito como forma de garantir o cumprimento de uma obrigação, tentando reparar um dano mesmo este sendo irreparável.

Assim podemos concluir que o necessário é encontrar um responsável pelo dano causado para que o mesmo possa ser reparado de uma forma ou de outra, indenizando o lesado.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.1 e 2)

“Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela restaurar o equilíbrio moral, patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Pode se afirmar, portanto, que *responsabilidade* exprime idéia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.”

Desta forma entendemos que responsabilidade civil é maneira de reestabelcer a socialização das pessoas por danos causados, a forma de encontrar o equilíbrio moral, material, através do ressarcimento do prejuízo independentemente de sentimentos, é a solução deste tipo de conflito.

No art. 186 do Código Civil é a base para a indenização por responsabilidade civil, vejamos: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

O Código Civil também trata de responsabilidade civil nos arts. 927 e ss. Vejamos o Art. 927 do Código Civil: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Na obrigação de reparação do dano existirá sempre que produzida contratualmente ou delitualmente, com observância da responsabilidade civil objetiva ou teoria do risco, neste caso basta o nexo de causalidade entre fato e dano, independente de culpa para ensejar obrigação de indenizar.

Na responsabilidade civil a conduta de um agente, não importando se é uma série de fatos ou apenas um único ato é que gera o dever de indenizar.

3.2 – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A responsabilidade objetiva se dá quando estão presentes o causador do dano e o lesado, o dano no lesado é o nexo de causalidade entre o ato e o dano, não necessita demonstrar a culpa para que fique caracterizada a necessidade de indenizar os prejuízos que o lesado tenha sofrido o nexo de causalidade é o elo que liga o dano ao seu fato gerador. Para que uma pessoa seja indenizada não necessita demonstrar culpa.

A existência de nexo causal entre traumatismo e dano é pressuposto para o ressarcimento do prejuízo, assim a incerteza sobre o nexo de causalidade confere ao próprio dano, em termos de relevância jurídica, o caráter incerto, a incerteza incide na verificação, ou não, das condições de imputabilidade do dano existente a um determinado evento traumático.

Somente provando caso fortuito ou força maior, se consegue excluir o nexo de causalidade, tirando a responsabilidade do réu.

A teoria do risco é uma teoria que procura justificar a responsabilidade objetiva. Esta teoria enfatiza que toda pessoa que exerce alguma atividade em que existe um risco de dano para terceiros, esta terá o dever de ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. Assim a responsabilidade passa a ser da idéia de culpa, mas agora de risco, denominada de “risco-proveito”, que tem como princípio que o dano só será reparado, se for em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável, assim mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa expuser alguém a suportá-lo.

3.3 – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva existirá quando se verificar a existência de culpa no dever de indenizar (teoria da culpa). O agente que causa o dano assume o risco ou quer o resultado danoso, ou ainda atua com imprudência, negligência ou imperícia. No primeiro momento teríamos dolo e no segundo momento, culpa, ambos admitidos com o nome de culpa. E esta culpa se caracteriza pela presença no agir deste dolo ou pela presença só de culpa no sentido estrito.

A responsabilidade civil subjetiva estaria sempre vinculada à culpa. Para que uma pessoa seja responsabilizada pela sua conduta danosa, haveria de estar verificando a culpa. Assim prevalecendo o princípio da culpa.

Possuindo elementos basilares a sua caracterização, a ação ou omissão do réu, e a vítima, deverá ter a existência de um dano sofrido por essa vítima, e também o nexo de causalidade entre o réu e a vítima, desde que verificado a culpa ou dolo do réu.

Há hipóteses de presunção de culpa do agente, desde que haja lei expressamente a estabeleça, e nestes casos cabe ao atribuído a demonstração de que não agiu culposa ou dolosamente.

A *culpa in elegendo* ou *in vigilando*, é um exemplo desse tipo de responsabilidade, portanto nesses casos, se a presunção é absoluta, caberá à vítima tão-somente a demonstração de causalidade, podendo o agente deixar de responder civilmente por ausência de causalidade, ou alguma excludente de responsabilidade.

3.4 – RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

Esta responsabilidade se origina da inexecução contratual, podendo ser de um negócio jurídico bilateral ou unilateral. O ilícito contratual pela falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação.

A vontade dos contratantes se torna uma infração a um dever especial estabelecido, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. Para que exista a responsabilidade contratual é imprescindível que já tenha acontecido uma violação de uma obrigação anterior.

Na responsabilidade contratual, a simples prova do inadimplemento já resulta na reparação de perdas e danos, mesmo sem ter que provar o inadimplente. Contudo compete ao devedor o ônus da prova para que tenha a excludente do dever de indenizar. Provando caso fortuito ou força maior, o devedor não será obrigado a indenizar.

3.5 – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

É também chamada de aquiliana, se resulta do inadimplemento normativo, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, da violação de um dever fundado em algum princípio geral do Direito, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por estarem ligadas por uma relação obrigacional. A fonte desta inobservância é a lei. É a violação de um direito sem que exista uma relação jurídica entre o ofensor e o ofendido. Aqui, ao contrário da contratual, caberá à vítima provar a culpa do agente.

Devem estar presentes alguns pressupostos para que alguém tenha que indenizar o outro:

- Ação ou omissão do agente: o ato ilícito pode acontecer não só de uma ação, mas também de omissão do agente.
- Relação de causalidade: deve haver o nexo de causalidade entre a ação e o dano causado, pois é possível que tenha havido um ato ilícito e tenha havido dano, sem que um seja causa do outro.

- Existência de dano: a responsabilidade civil baseia-se no prejuízo para que haja uma indenização, tendo que haver um dano (seja moral ou material).
- Dolo ou culpa: o agente deve ter agido com dolo ou culpa.

A princípio a responsabilidade extracontratual baseia-se na culpa, o lesado deverá provar para obter reparação que o agente agiu com imprudência, negligência ou imperícia. Mas com base no risco, poderá abranger ainda a responsabilidade sem culpa.

Responsabilidade civil extracontratual tem duas modalidades quanto ao fundamento: a subjetiva, se fundada na culpa, e a objetiva, se ligada ao risco.

Em relação ao agente será: direta ou simples, se originária de ato da própria pessoa atribuída que então deverá responder por ato próprio, e indireta ou complexa, se resultar de ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade de fato de animal e de coisa inanimada sob a guarda do agente.

4 – DO PROFISSIONAL MÉDICO

4.1 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL MÉDICO

A responsabilidade civil do médico advém do mesmo sentido da responsabilidade civil de nosso ordenamento jurídico, pois aquele que venha a ser submetido a tratamento de cirurgia plástica podendo ser reparadora ou estética, e venha a sofrer algum prejuízo causado em decorrência da má prestação do serviço pelo profissional médico, poderá postular em juízo a reparação do dano causado.

Os primeiros conceitos que serão analisados para o manejo da situação jurídica que se estabelece entre médico e o paciente lesado serão os de responsabilidade objetiva ou subjetiva, após os de responsabilidade contratual e extracontratual, assim por ultimo os preceitos de obrigação de meio ou de obrigação de resultado.

Na essência os cirurgiões plásticos assumem a obrigação de resultado na maioria das vezes, tudo porque os pacientes em sua maioria buscam as cirurgias plásticas estéticas, não se encontrando doentes, mas com a pretensão de corrigir algum defeito estético.

Caso a cirurgia ocorra e não alcance os objetivos buscados, e se o paciente ficar com a aparência pior após a cirurgia, não se alcançando o resultado que se buscava, e pela própria razão de ser um contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória.

A indenização envolve todas as despesas efetuadas, tanto em danos morais como em razão do prejuízo estético, bem como verba para o tratamento e novas cirurgias.

Em alguns casos a obrigação continua sendo de meio, como no atendimento a vítimas de acidentes deformadas ou queimadas, ou no tratamento de varizes e de lesões congênitas ou adquiridas, em que ressalta a natureza corretiva do trabalho.

O cirurgião plástico JUAREZ MORAES AVELAR menciona:

“a existência de componentes psicológicos que podem interferir decisivamente nas reações orgânicas dos pacientes, bem como uma série de outros fatores, como a conduta pós-operatória individual, que o levaram a optar pelo título de sua obra. Sustenta o mencionado autor que a cirurgia plástica é uma especialidade, como as demais áreas da medicina, exposta às reações imprevisíveis do organismo humano e indesejadas consequências, sendo justo e humano considerá-la a obrigação de meio e não obrigação de resultado”.

Em outra ótica podemos concluir que ninguém que esta bem de saúde se submete a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, buscando uma melhoria numa situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristeza pelo não resultado buscado.

Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume a obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou alguma irregularidade. No procedimento cirúrgico estético, em que o médico lida com paciente saudável, que apenas deseja melhorar sua aparência física e, conseqüentemente, sentir-se psicicamente melhor, estabelece-se uma obrigação de resultado, que impõe ao profissional da medicina, em casos de insucesso da cirurgia plástica, presunção de culpa, cabendo assim a inversão do ônus da prova, de molde a livrá-lo da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente em razão do ato cirúrgico.

A indenização deve abranger tanto os danos materiais acarretados ao paciente (despesas realizadas e as decorrentes de nova cirurgia, com o próprio cirurgião ou com outro profissional, de confiança daquele) como os danos morais decorrentes da frustração provocada e, muitas vezes, do agravamento da situação. O tribunal de Justiça de São Paulo condenou cirurgião a pagar outra cirurgia à autora de ação de indenização, facultando-lhe escolher o médico, dentre os atuantes residentes no País.

4.2 - OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO NO CDC

A **obrigação de meio** segundo DINIZ (2009. 206 p.)

“A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão-somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão-somente uma atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.”

Assim o prestador do serviço se compromete a utilizar todos os meios necessários para a prestação de um serviço, mas não se compromete com o resultado, mas este resultado deverá ser o mais benéfico.

A obrigação deste tipo em que o médico se propõe a cuidar de um paciente, não pode garantir sua cura, ou, se comprometendo a fazer uma cirurgia plástica corretiva em paciente que sofreu um desastre de acidente, não pode assegurar a sua integridade física embora se utilize de todos os recursos técnicos.

Com isso se o tratamento médico não trazer cura ao paciente, esse fato não o isentará de pagar o serviço médico-cirúrgico por ele prestado.

No tocante ao Código de Defesa do Consumidor a obrigação de meio não diz exatamente a um resultado, mas sim que o profissional utilize de todos os meios técnicos necessários para a realização da prestação de serviços, com isso se respondem se agirem com culpa.

A obrigação de resultado segundo DINIZ (2009. 207 p.):

“é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional.

Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só se considerará adimplida com a efetiva produção do resultado colimado. Ter-se á a execução dessa relação obrigacional quando o devedor cumprir o objetivo final. Com essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor, já que basta que o resultado não seja atingido para que o credor seja indenizado pelo obrigado, que só se isentará de responsabilidade se provar que não agiu culposamente.”

A obrigação de resultado existe o compromisso do contratado com um resultado específico, que é o auge da própria obrigação, sem o qual não haverá o cumprimento desta. O contratado compromete-se a atingir um objetivo determinado, de forma que quando o fim desejado não é alcançado ou é alcançado de forma parcial, tem-se a inexecução da obrigação.

Nas obrigações de resultado há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova, cabendo ao acusado provar a inverdade do que lhe é imputado ao acusado.

4.3 – ANÁLISE DE CULPA DO MÉDICO COM FUNDAMENTO NO CDC

O Código de Defesa do Consumidor dispõe em seu artigo 14:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores, por defeitos relativos à prestações de serviços, bem como por informações insuficientes e inadequadas sobre sua fruição ou risco.”

Neste artigo se estabelece a responsabilidade objetiva do médico.

Mas em seu parágrafo 4º o dispositivo legal dispõe: Art.14 §4º “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa.”

Não sendo uma cirurgia plástica estética, o médico não se vincula ao resultado, sendo uma obrigação de meio, tendo, assim, que agir de acordo com sua ciência não caindo em negligência, imprudência ou imperícia.

Já os casos de cirurgia plástica estética, o médico se vincula ao resultado, tornando-se assim uma obrigação de resultado, o que ocorre é a presunção de culpa, devendo o médico, se for o caso, fazer prova em contrário. Ou seja, cabe ao médico provar em juízo que não agiu com culpa.

4.4 – CONTRATO MÉDICO

O contrato médico é o pacto formado pelo médico e por seu paciente, podendo ser escrito ou não, no qual estarão presentes as partes, as quais deverão ser capazes se for incapazes deverão ser representados ou assistidos na forma da lei civil, seu objeto deverá ser lícito e pactuarem o preço.

Para se buscar o objeto do contrato o médico poderá e deverá utilizar todos os meios e técnicas disponíveis e existentes que estiverem em seu alcance. Portanto, evidencia-se que essas técnicas estejam de acordo com a perícia, conhecimentos e capacidade do proponente.

No contrato médico as características são *sui generis* que o diferenciam das demais modalidades de contrato. Neste contrato, seria raro exigir como regra, sua elaboração por escrito, tendo em vista a considerável rodízio de pacientes e as evidentes dificuldades de em situações de emergência ou de urgência, pensar noutra coisa que não a salvação da vida do paciente.

Do objeto do contrato não se deve entender uma cirurgia, ou apenas a dosagem de um remédio, mas sim a atividade médica globalizada considerada, isto é, a aplicação zelosa de todos os meios que se fizerem necessária e estiverem razoavelmente disponíveis. Mas as exceções são os contratos em que o objeto é um resultado determinado, como é o caso da cirurgia plástica.

Frente às situações estabelecidas, torna-se inútil dizer que a obrigação do contrato médico será, em regra, de meio e não de resultado (objeto do contrato) ressalvadas as exceções feitas acima, onde a obrigação é de resultado, pois é inconcebível que um profissional, não venha a empregar todos os meios, seus melhores conhecimentos e técnicas no fornecimento dos serviços contratados.

Assim, em consonância com o que diz o Código de Ética Médica, será vedado ao médico:

Art. 31 – “deixar de assumir responsabilidade sobre serviço médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente”.

Art. 32 – “isentar-se de responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado ainda que este tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou seu responsável legal”.

Art. 57 "deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente".

O contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, expresso ou não, terão a direitos e deveres reciprocamente de acordo com a finalidade do tratamento.

Assim entendo que o objeto do contrato médico repousa no tipo de obrigação a ser realizada, ou seja, na obrigação de meio como regra, e na de resultado com exceção.

Como sendo um contrato a relação que se estabelece entre as partes, em caso de não cumprir o médico com sua obrigação, de acordo com o artigo 1056 do Código Civil: Art. 1056 "Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos."

Só se eximiria disso se provasse que não fez por motivo de caso fortuito ou força maior.

5 – DANOS E INDENIZAÇÕES

5.1 – DANO MORAL

Dano moral para Gonçalves (2007, p.358)

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc, como se infere nos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

O dano moral é todo aquele não patrimonial, ou seja, possível de demonstrar seu valor. Para nosso estudo o que importa é o dano moral puro, quais sejam, honra, dor, sofrimento, saudade, vergonha, humilhação, etc.

Estes danos podem ter procedência em ato culposo ou doloso do médico, acarretando uma obrigação de compensação.

Um médico que em uma cirurgia, age com imperícia na sutura de uma incisão, resultando daí uma cicatriz de proporções exageradas, trará como conseqüências para o paciente grande aflição, preocupação e quando não vergonha.

Assim tendo em vista a teoria do desestímulo, cada ofensor deve ser condenado a pagar indenização que represente medida eficaz para que não volte a praticar o ato ilícito, observando-se, para tanto, sua capacidade econômica e a conseqüente

razoabilidade do valor que deve ser arbitrado sem que lhe abale demasiadamente, mas que torne necessária a imediata correção da prática de posturas reprováveis como a que ensejou a condenação.

5.2 - DANO ESTÉTICO

Dano estético fica caracterizado quando há uma lesão à beleza física da pessoa. Essa lesão, contudo deve ser duradoura e não passageira.

Não se pode dizer que uma cicatriz permanente deixada no rosto de uma jovem modelo tenha as mesmas conseqüências que em uma pessoa de idade avançada. Ao qualificar o que seja uma lesão sofrida tem que verificar a extensão desse problema e os seus danos, sua localidade, seu sexo, idade, profissão, estado civil, etc.

Embora o dano estético seja um tipo de dano moral poderá ser considerado dano patrimonial, em que a alteração dos aspectos estéticos acarreta dificuldades no seu meio de vida. Devendo ser indenizado, pois, como dano patrimonial, o resultado prejudicial da ofensa ao aspecto estético, sempre que se traduza em repercussão de ordem material.

5.3 – POSSIBILIDADE NA ACUMULAÇÃO DE INDENIZAÇÕES

O erro médico que se torna passível de indenização é aquele resultante de uma ação ou omissão culposa do agente médico, no exercício de sua função, com isso ocasionando o dano à um paciente.

Este dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial e segundo AGUIAR JR (p.49, 1995) ...toda ofensa a bens ou interesses protegidos pela ordem jurídica.

O fundamento legal para as indenizações encontram-se nos artigos 944 à 954 do Código Civil, e a possibilidade de acumulação de indenizações está prevista na Sumula 37 do STJ, que dispõe que para ser passível de acumulação deve ser oriundos de um mesmo fato.

5.4 – JURISPRUDÊNCIAS

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO - CIRURGIA PLÁSTICA DE NATUREZA ESTÉTICA - OBRIGAÇÃO MÉDICA DE RESULTADO - A cirurgia plástica de natureza meramente estética objetiva embelezamento. Em tal hipótese o contrato médico-paciente é de resultado, não de meios. A prestação do serviço médico há que corresponder ao resultado buscado pelo paciente e assumido pelo profissional da medicina. Em sendo negativo esse resultado ocorre presunção de culpa do profissional. Presunção só afastada fizer ele prova inequívoca tenha agido observando estritamente os parâmetros científicos exigidos, decorrendo, o dano, de caso fortuito ou força maior, ou outra causa exonerativa o tenha causado, mesmo desvinculada possa ser à própria cirurgia ou posterior tratamento. Forma de indenização correta. Dano moral. Sua correta mensuração. (TJRS - AC 595068842 - 6ª C. Cív. - Rel. Des. Osvaldo Stefanello - J. 10.10.95)

ERRO MÉDICO - CC, ART. 1.538 - Não confirmado a prova produzida, a pericial e testemunhal, que o mal de que padece o autor foi fruto de erro médico, não é possível determinar-se o pagamento de indenização por tal motivo. (TRF 4ª R. - AC 91.04.23994-6 - RS - 1ª T. - Rel. Juiz Vladimir Freitas - DJU 24.06.92) (RJ 182/131)

RESPONSABILIDADE CIVIL - ATENDIMENTO MÉDICO - Negligência e imperícia. As pessoas jurídicas respondem pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros (CF, art. 37, § 6º), sendo de natureza objetiva a responsabilidade, somente ilidível por prova exclusiva da parte contrária. Comete erro profissional, sob a modalidade de negligência e imperícia, o médico que, ao

atender criança vítima de desastre por queda sobre uma cerca, faz sutura em sua face sem constatar a presença de estrepe encravado na carne e ainda deixa de administrar vacina antitetânica, causando a morte do infante. (TRF 1ª R. - AC 89.01.22648-0 - AM - 3ª T. - Rel. Juiz Vicente Leal - DJU 29.10.90) (RJ 159/148).

RESPONSABILIDADE CIVIL - DIVULGAÇÃO DE RESULTADO DE EXAME PARA IDENTIFICAR O VÍRUS DA SIDA - CULPA DO MÉDICO E DO HOSPITAL, PELA DIVULGAÇÃO, E DO LABORATÓRIO, QUE NÃO RESSALVOU A POSSIBILIDADE DE ERRO - 1. O médico e o hospital respondem, solidariamente, pelos danos materiais e morais causados à paciente pela divulgação do resultado de exame para identificar o vírus da Sida (Síndrome da imunodeficiência Adquirida). Quebra de sigilo inadmissível, no local e nas circunstâncias, considerando o óbvio preconceito contra a doença. Também faltou o médico com o seu dever de informar ao paciente do resultado do exame e de não exigir confirmação do resultado. E há responsabilidade do laboratório, porque não ressalvou, ao comunicar o resultado, a possibilidade de o resultado se mostrar equivocado. Dano material bem arbitrado. Dano moral majorado. 2. Apelações dos réus desprovidas e apelação do autor provido em parte. (TJRS - Ac. 595160250 - 3ª C. - Rel. Des. Araken de Assis - J. 07.12.95)

RESPONSABILIDADE CIVIL - Erro médico - Complicações resultantes de pós-operatório - Seqüelas irreparáveis que levaram a autora a ser indenizada pela incapacidade laborativa - Dano moral - Indenização a título de dano moral que se concede, a ser apurada em liquidação, consoante postulado, com juros e correção monetária a partir do evento lesivo. (STJ - REsp 25.507.0 - MG - 2ª T. - Rel. Min. Américo Luz - DJU 13.02.95)

RESPONSABILIDADE CIVIL - Erro médico - Deformação de seios, decorrente de mamoplastia - Culpa presumida do cirurgião - Cabimento - Hipótese de cirurgia plástica estética e não reparadora. Obrigação de resultado. Negligência, imprudência e imperícia, ademais, caracterizadas. (TJSP - AC 233.608-2 - 9ª C. - Rel. Des. Accioli Freire - J. 09. 06.94) (RJTJESP 157/105)

ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ESTAGIÁRIO - Culpa do médico responsável pelo parto. Convênio. Responsabilidade objetiva do hospital e do INAMPS. Tendo o médico atribuído ao estagiário, estudante de medicina, ato privativo seu e sem os necessários cuidados, vindo a causar danos à parturiente, em decorrência do mau uso do instrumento médico-cirúrgico, configura-se ato culposos, por negligência e falta dos cuidados objetivos ou do zelo profissional necessário. Sendo o médico e o estagiário integrantes do corpo clínico do hospital e as guias de internamento hospitalar expedidas pelo INAMPS, em nome e sob a responsabilidade do hospital, este responde objetivamente pelos danos em decorrência de falta de serviço. Embora seja o médico culpado integrante do hospital e utilizando-se de seu aparelhamento para a prestação de atendimento aos pacientes, como profissional autônomo, sem credenciamento, pois quem era credenciado era o hospital, a autarquia previdenciária também é responsável pela má escolha das entidades de prestação de assistência médica, pois esta seria atribuição primária do próprio INAMPS em virtude do contrato configurado no seguro de assistência aos contribuintes da Previdência Social. Condenação solidária do médico, que delegou ato de sua atribuição ao estagiário e estudante de medicina, do hospital, de que eram integrantes o médico e o estagiário, e do INAMPS, pelos danos que o erro médico causou à parturiente. Os honorários advocatícios devem ser reduzidos a 15%, por ser a autora beneficiária de assistência judiciária gratuita, conforme lei específica (Lei 1.060/50, art. 11). (TRF 1ª R. - AC 89.01.221268 - MG - 3ª T. - Rel. Juiz Vicente Leal - DJU 22.10.90) (RJ 159/149).

ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE CIVIL - Ressarcimento de prejuízo advindo da aquisição de medicamento indevidamente receitado. Inadmissibilidade. Conduta culposa do profissional não evidenciada. Remédio ministrado que era adequado e indispensável à patologia do paciente . Hipótese em que o autor, abandonado o tratamento recomendado, deu causa a que se esgotasse o prazo de validade do medicamento. (TJSP - EI 147.056-1 - 6ª C. - Rel. Des. Reis Kuntz - J. 11.06.92) (RJTJESP 138/335) (RJ 188/100)

RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização. Erro médico. Culpa grave. Honorários profissionais. Danos estético e moral. Em se tratando de pedido de indenização por

cirurgia plástica mal sucedida, provada a culpa, fica o profissional obrigado a restituir ao paciente os honorários, bem como a reparar os danos decorrentes do erro médico. Se em ação de indenização houve pedido de reparação pecuniária por danos morais e estéticos decorrentes de defeitos da cirurgia e outro para pagamento de despesas com futura cirurgia corretiva, atendido a este, inadmissível será o deferimento do primeiro. (TAMG - AC 110.111-3 - 4ª C - Rel. Juiz Mercêdo Moreira) (RJ TAMG 46/130).

ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE CIVIL - REPARAÇÃO DE DANO - I. Pelos erros profissionais respondem tanto a instituição previdenciária, quanto os profissionais que em seu nome atuam, configurando-se no caso dos autos litisconsórcio. II. Cogita-se de litisconsórcio facultativo, daí legitimar-se o INSS no pólo passivo da relação processual. III. A teoria da causalidade, seja ela no contexto da relativa (concausa) ou absoluta; ou a teoria do risco integral, estão a disciplinar a questão deduzida em juízo e comprovada na 1ª Instância. IV. A decisão monocrática que baseou-se em laudos periciais e indicam que o autor faz jus às verbas que deferidas foram. (TRF 2ª R. - AC 94.02.17212-2 - RJ - 1ª T. - Relª. Desª. Julieta L. Lunz - DJU 11.07.95)

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil. Ato ilícito. Dano estético. Deformidade causado por erro médico em cirurgia plástica. Condenação do réu no custeio de outra cirurgia reparadora. Escolha do médico e do hospital a critério da autora. Verba a ser fixada na fase de liquidação, que será por artigos. Sentença confirmada. (TJSP - AC 163.049-1 - 6ª C - Rel. Des. Melo Júnior - J. 19.12.91) (RJTJESP 137/182)

DANO MORAL- ADV-JURISPRUDÊNCIA- 30.041 - Todo dano é indenizável e dessa regra não se exclui o dano moral, já que o interesse moral, como está no Código Civil, é poderoso para conceder a ação. O grande argumento em contrário diz, apenas, respeito à dificuldade de avaliação do dano. Não é preciso que a Lei contenha declaração explícita acerca da indenização para que esta seja devida. Na expressão dano está incluído o dano moral (TJ - RJ-Ac. unân. do 2.º Gr. Câms., ref. reg. em 10.07.86-EAp. 41.284 - Rel. Juiz Carlos Motta.

RESPONSABILIDADE CIVIL - - DANO MORAL E MATERIAL - Além dos danos materiais, deve ser reparado o dano moral, que no caso se presume, dada a estreita relação de parentesco, na falta de prova em contrário. A reparação do dano moral é acumulável com o ressarcimento do dano material: se existe mais de um dano, todos reclamam reparação, sejam ou não da mesma natureza (TJ-RJ - Ac. do IV GR. de Câms. Cívs., reg.em 26-10-89 - EAp. 2.705/88 - Rel. Des. Barbosa Moreira.COAD 47849.

DANO MORAL - ADV-JURISPRUDÊNCIA - 30.560 - Até hoje a jurisprudência e a doutrina de todos os países têm vacilado ao encarar o dano moral e as codificações se mostram tímidas e lacunosas no seu enfoque. A nossa jurisprudência vem sedimentando-se, paulatinamente, no reconhecimento do dano moral quando há a perda da vida, principalmente a infantil, que constitui, nas famílias menos privilegiadas, expectativa futura. Ainda nesse sentido, o dano moral é reconhecido quando o ato ilícito resulta em aleijão ou deformidade física, que a vítima suportará para o resto da vida. O dano moral não se apaga, compensa-se. E esse pagamento deve ser em dinheiro, visando diminuir o patrimônio do ofensor compensando-se a lesão sofrida pela vítima. A simples procedência do pedido serve como uma reprovação pública ao ato do ofensor (TJ-MS - Ac. unân. da T. Civ., reg. em 12.08.86 - Ap. 636/85 - Rel. Des. Milton Malulei).

INFECÇÃO HOSPITALAR - SINAIS MENÍNGEOS ANTES DE ALTA HOSPITALAR - Há culpa in vigilando, quando se dá alta a indivíduo submetido à cirurgia, dentro do período previsto de grande risco. A alta precoce constitui responsabilidade objetiva do hospital, se o paciente apresenta sinais meníngicos no período pós-operatório. A seqüela da meningite tardiamente tratada é de responsabilidade do hospital, se o início da incubação se deu no leito hospitalar. Mantém-se o voto singular que nega provimento ao recurso de apelação, admitindo a responsabilidade objetiva do estado. (TJDF - EIC/APC 17.549 - DF - Reg. Ac. 63.647 - 1ª C. - Rel. p/o Ac. Des. João Mariosa - DJU 19.05.93) (RJ 190/105)

CONCLUSÃO

Temos com este trabalho a intenção de amadurecer cada vez mais as pessoas que se utilizam deste tipo de serviço, que o assunto vem se evoluindo, com novas correntes doutrinárias e jurisprudências do tema.

O que é de suma importância tanto para o consumidor quanto para o prestador de serviço é de que pactuem a todo trabalho a ser realizado, um contrato expresso, onde deverão constar os riscos, o trabalho a ser realizado e o resultado pretendido. Com isso o cirurgião plástico se previne de uma futura indenização judicial, com tudo não acarretando a inversão do ônus da prova, previsto no Código de Defesa do Consumidor onde a responsabilidade do profissional médico é objetiva.

Assim a obrigação do profissional médico nas cirurgias estéticas é de resultado, entretanto poderá haver casos de aplicar esta modalidade de responsabilidade em cirurgias reparadoras, ex: correção mamária devida um câncer de mama.

Finalmente chegamos a concluir que a partir do momento que foi realizado a prestação de serviço entre paciente e médico, em uma cirurgia plástica, o médico deve se comprometer a melhorar a aparência externa do paciente, ou melhor, o médico deve cumprir o acordo estipulado no contrato. Caso isso não ocorra, e haja uma insatisfação por parte do paciente, o médico deverá ser responsabilizado pelo dano causado, havendo um descumprimento da obrigação.

REFERÊNCIAS

Código Civil Brasileiro.

Código de Defesa do Consumidor.

DINIZ, Maria Helena. **CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO: Teoria Geral das Obrigações**. 24ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO: Responsabilidade Civil**. 21ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **DIREITO CIVIL: Responsabilidade Civil**. 7ª edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO: Responsabilidade Civil**, 2ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2007.

DE ALMEIDA, João Batista. **A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR**: 6ª edição, São Paulo, ED. Saraiva, 2008.

AGUIAR JÚNIOR. Rui Rosado de, **RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**: Revista dos Tribunais nº 718. 1995.

KFOURI NETO, Miguel. **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**. RT: 654/67

AVELAR, Juarez Moraes. **CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE MEIO**. São Paulo. Ed. Hipocrates. 2000.

ACESSO ELETRÔNICO

APA, LUCAS IDON GALVÃO DO RIO, Responsabilidade Civil do Médico sob o enfoque do CDC – disponível em www.boleimjuridico.com/doutrina/texto.asp?id=2017 , acessado em 23. Jun. 2010.

BARROS MACHADO, Felipe Machado, O dano estético e a responsabilização civil – disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1870>, acessado em 25 junho.2010.

REIS, Filipe de Abreu. A responsabilidade civil – disponível em www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1227, acessado em 12. Jul.2010.

ALMEIDA, Alessandra Juttel. É possível a cumulação entre dano moral e dano estético? – disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2769>, acessado em 01. Ago.2010.

www.wikipédia.com.br – a enciclopédia livre

SOUZA, Neri Tadeu Camara. Erro médico e hospital – disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6528>, acessado em 02.ago.2010.