



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

ISABELLA GATTI DE SOUZA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CASOS DE CIRURGIA
PLÁSTICA ESTÉTICA**

**Assis/SP
2020**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

ISABELLA GATTI DE SOUZA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CASOS DE CIRURGIA
PLÁSTICA ESTÉTICA**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando(a): Isabella Gatti de Souza

Orientador(a): Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior

**Assis/SP
2020**

FICHA CATALOGRÁFICA

S729r

SOUZA, Isabella Gatti de.

Responsabilidade civil do médico nos casos de cirurgia plástica estética/
Isabella Gatti de Souza. – Assis, 2020.

46p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis –FEMA.

Orientador: Dr. Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior

1. Responsabilidade-médica. 2. Ética-médica.

CDD: 174.2
Biblioteca da FEMA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CASOS DE CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

ISABELLA GATTI DE SOUZA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior

Examinador: _____
Fernando Sá

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho ao meu amigo, de longa data, Lucas Cruz e à toda sua família, que sofreu com a perda da avó Lúcia. Perda pela qual acarretou muitas dúvidas em todos, e acima de tudo nos deixou na insegurança de haver ou não justiça!

O caso da vó Lúcia foi o motivo pelo qual eu escolhi o tema desse trabalho. A família entende que ela faleceu por erro médico, com 63 anos de idade. Era uma mulher de riso fácil, amiga de todos e muito de bem com a vida. Estava em busca do seu melhor, e por esse motivo resolveu fazer abdominoplastia e lipoaspiração!

Passou por consulta com um médico em Curitiba, que se recusou a fazer o procedimento pela idade avançada e pelos problemas de saúde que ela apresentava. Seria uma cirurgia “desnecessária” e de risco. Ele à alertou dizendo que não faria e alertou que caso ela fizesse não levantaria da cama. Também passou em consulta com dois outros médicos na cidade de Assis, que também se recusaram a fazer os procedimentos.

Não contente, dona Lúcia procurou por outro cirurgião, na cidade de Presidente Prudente. Dessa vez foi por indicação das amigas.

Infelizmente o profissional não se atentou para os riscos e fechou os olhos para a idade avançada e problemas de saúde da paciente. Vó Lúcia marcou o dia do procedimento sem o consentimento do filho, pois sabia que o mesmo iria se negar a deixá-la fazer. Ele sabia dos riscos por informação do médico de Curitiba.

A cirurgia foi realizada em uma clínica particular, e minutos após o término a paciente teve complicações. Teve que ser levada ao hospital com urgência e de lá não saiu mais. Ficou por alguns meses vegetando, até o dia em que faleceu.

O médico não deu assistência financeira para a família no pós operatório. Eles tiveram que arcar com todas as despesas hospitalares, inclusive enfermeira 24 horas por dia.

Os outros três médicos agiram de forma correta, se negando em fazer a cirurgia. Ele foi o único que correu o risco e aceitou. Podemos notar com clareza que a intenção do médico era apenas financeira, pois a primeira coisa que a secretária fez quando Lúcia teve complicações, foi descontar os cheques de pagamento.

Além da dor da perda, resta a grande dúvida existe JUSTIÇA?

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus pela sua infinita bondade, amor e cuidado, por sempre estar me guiando e me proporcionando condições de poder realizar, não somente os meus sonhos, mas os sonhos Dele na minha vida.

Aos os meus familiares e amigos que torcem por mim, em especial aos meus pais Dailson e Maisa, que sempre me incentivaram, me deram forças e acreditaram no meu potencial. Obrigada “Papi”, por ser esse homem honesto, digno e íntegro, obrigada por ser o meu espelho de pessoa! Você sempre me fala que nunca dá para sermos bons em tudo, mas naquilo que formos bons, temos que nos esforçar para sermos os melhores. Obrigada por sempre me incentivar a buscar meu melhor, me incentivar a ler e explorar conhecimento na minha futura profissão, fazendo com que eu esteja em busca de ser uma boa profissional e me destacar no meio. Obrigada também pelos “puxões de orelha” necessários e pelos ensinamentos. Obrigada pela pouca e ao mesmo tempo grande paciência em tentar me explicar o mundo jurídico tão complexo e amplo. Mundo pelo qual nem sempre parece que a justiça é justa! Mundo pelo qual também nunca tem uma resposta com sim ou não, é sempre depende do caso, ou o famoso “para toda regra existe uma exceção”. Direito é complicado... ele não é para qualquer um.

Agradeço ao meu orientador e professor Jesualdo, pela atenção e disposição durante todo o trabalho.

Agradeço também aos meus avós, paternos e maternos pelo cuidado e educação que me deram, sempre torceram por mim e estiveram ao meu lado em todos os momentos da minha vida.

Gratidão me define por poder chegar até aqui, e por poder estar finalizando mais uma etapa da minha vida que vai ficar lembrada para sempre.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.” Eduardo Juan Couture

RESUMO

Este presente trabalho de conclusão de curso tem como finalidade tratar sobre a responsabilidade civil dos médicos, em especial, a do cirurgião plástico estético, distinguindo da atividade do cirurgião plástico reparador, analisando se sua obrigação é de meio ou resultado, abordando também a evolução histórica, assim como seus elementos, os tipos de danos e casos concretos. Embora o Código Civil adote a teoria da responsabilidade subjetiva, como regra, também existe a responsabilidade objetiva. Ela poderia ser aplicada ao profissional liberal? Sendo a obrigação do cirurgião plástico estético de fim, como ele irá responder caso o resultado pretendido pelo paciente não ocorrer? Abordaremos também a responsabilidade penal e ética. Pois bem, observa-se que cada vez mais ocorrem ações envolvendo erros médicos. Vamos então analisar o que é o erro médico e suas implicações.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Médico. Erro Médico. Responsabilidade Objetiva e Subjetiva. Ética. Cirurgia Plástica. Estética. Dano Moral. Danos Estéticos. Reparação. Responsabilidade Penal e Ética.

ABSTRACT

The purpose of this final course work is to deal with the civil liability of doctors, especially that of the aesthetic plastic surgeon, distinguishing from the activity of the repairing plastic surgeon, analyzing whether his obligation is a means or result, also addressing the historical evolution, as well as its elements, the types of damages and specific cases. Although the Civil Code adopts the theory of subjective responsibility, as a rule, there is also strict liability. Could it be applied to the liberal professional? Since it is the obligation of the cosmetic surgeon at the end, how will he respond if the result desired by the patient does not occur? We will also address criminal and ethical liability. Well, it is observed that more and more actions occur involving medical errors. We will then analyze what is the medical error and its implications.

Keywords: Civil Responsibility. Doctor. Medical Error. Objective And Subjective Responsibility. Ethics. Plastic Surgery. Aesthetics. Moral Damage. Aesthetic Damages. Repair. Criminal And Ethical Responsibility.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Antes e depois de cirurgia de correção do lábio leporino	27
Figura 2: Antes e depois de uma rinoplastia.....	28
Figura 3: Reconstrução Mamária.....	29

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC	CÓDIGO DO CONSUMIDOR
CC	CÓDIGO CIVIL
CF	CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CPC	CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRF	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
CJF	CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL
A.C	ANTES DE CRISTO
CFM	CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA
CP	CÓDIGO PENAL
CPP	CÓDIGO PROCESSUAL PENAL
CRM	CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. RESPONSABILIDADE CIVIL.....	13
2.1. CONCEITO	13
2.2. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.2.1. Dos danos.....	18
2.2.2. Danos materiais	19
2.2.3. Danos morais	19
2.2.4. Danos estéticos.....	21
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	23
3.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO.....	25
3.2. OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE FIM?	29
3.3. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA OU OBJETIVA?	32
3.4. PRINCIPAIS OCORRÊNCIAS CASUÍSTICAS	35
4. RESPONSABILIDADE PENAL.....	37
5. RESPONSABILIDADE ÉTICA NO ÂMBITO DISCIPLINAR	40
6. CONCLUSÃO	45
7. REFERÊNCIAS.....	47

1. INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil passou por transformações durante toda a história na humanidade, tendo seu início na Grécia antiga, criando normas e regulamentando a responsabilização do dano causado à outrem. Com o passar dos anos surgiu a profissão médica, pela qual tem intuito de estudar o corpo humano, as doenças, bem como suas causas e a busca da cura ou amenização da dor do paciente.

Contudo, durante a evolução tecnológica, houve então a possibilidade de cirurgias plásticas estéticas, com objetivo de efeito embelezador físico. Atualmente ela é muito conhecida e utilizada por pessoas que pretendem levantar a autoestima, mudar ou melhorar a aparência, porém, mesmo com tantos meios tecnológicos, conhecimento e estudos medicinais há um grande número de erros profissionais que envolvem essas cirurgias, e esse número tende a aumentar cada vez mais.

O erro médico é conceituado como uma falha na prestação de serviço, sendo considerado como uma inobservância técnica e tem como resultado a causa de dano à vida ou à saúde de outrem, sendo ele caracterizado por imprudência, negligência ou imperícia. As ações judiciais contra médicos são movidas, geralmente, sob alegação de erro médico, problemas na relação médico e paciente, faltas éticas na relação entre médicos, publicidade médica e exercício ilegal da profissão.

Pessoas que são vítimas de danos causados por erro médico tem a grande dúvida: O profissional seria realmente responsável? Quais seriam os direitos dessas vítimas? Há responsabilização somente na esfera cível, ou ocorre no âmbito penal e ético também?

O Objetivo desse trabalho é lançar luzes sobre essas questões, no intuito de esclarecer tanto aos pacientes quanto aos próprios profissionais à cerca das implicações envolvendo o erro médico na cirurgia plástica estética.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. CONCEITO

A responsabilidade civil surgiu em razão do descumprimento obrigacional de alguma regra estabelecida em um determinado contrato. Ela está relacionada à consciência de não prejudicar o outro, sendo aplicadas medidas que obriguem o causador do dano a repará-lo em razão de sua ação ou omissão. Neste sentido, temos a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual, a qual confere direito à vítima de um dano injusto obter pagamento em dinheiro pelo causador do dano, com o objetivo de reparar o prejuízo que lhe foi causado, pela qual tenha levado a diminuição do bem jurídico atingido. Esse posicionamento parte do preceito de que, todo aquele que causar um dano a outro, seja por um ato lícito ou ilícito, tem o dever de indenizar, ou melhor, reparar o dano causado.

Importante diferenciar aquilo que é lícito de ilícito. Os atos lícitos são aqueles relativos ao exercício regular de um direito, mas de responsabilidade civil objetiva (dever de indenizar independente da comprovação de dolo ou culpa, bastando que fique configurado o nexo causal da atividade com o objetivo atingido), e os ilícitos são os derivados da responsabilidade civil subjetiva (resultado em razão de dolo ou culpa). Nosso ordenamento jurídico em seu artigo 186 do Código Civil, descreve o que seria um ato ilícito:

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 aponta também em seu artigo 188, o que não constitui atos ilícitos:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

A obrigação de indenizar dano oriundo da atividade ilícita e lícita, segundo palavras de DINIZ (2004, pp. 635-636), decorre da responsabilidade civil, e assim se manifesta:

O autor de ato ilícito (CC, arts. 186 e 187) terá responsabilidade subjetiva pelo prejuízo que, culposamente causou, indenizando-o. Logo, seus bens ficarão sujeitos à reparação do dano patrimonial ou moral causado, e se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação, por meio de seus bens, de tal modo que ao titular da ação de indenização caberá opção entre acionar apenas um ou todos ao mesmo tempo (CC art. 942), e o que pagar a indenização terá direito regressivo contra os demais para reaver o que desembolsou. E além disso, o direito de o lesado exigir a reparação, bem como o dever de prestá-la são transmissíveis aos seus herdeiros, que por eles responderão até os limites das forças da herança (CC art. 943 c/c art. 1.792).

E continua...

Consagrada está a responsabilidade civil objetiva que impõem o ressarcimento do prejuízo, independentemente de culpa, nos casos previstos legalmente, ou quando a atividade do lesante importar, por sua natureza, potencial risco para natureza de outrem. A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade. (Enunciado nº 38, aprovado na jornada de Direito Civil, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal). Substitui-se a culpa pela ideia de risco. Essa responsabilidade civil objetiva funda-se na teoria do risco criado pelo exercício de atividade lícita, mas perigosa, co-produção de energia nuclear ou produtos químicos; manuseios de máquinas ou utilização de veículos.

O conceito de responsabilidade civil segundo raciocínio de RODRIGUES (2003, p. 06) :“A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

Já os doutrinadores GAGLIANO & PAMPLONA (2009, p. 09) entendem como:

A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.

A responsabilidade civil como podemos concluir, é a obrigação do dever de indenizar a vítima que foi prejudicada por determinada conduta que causou dano, podendo ela ocorrer por atividade lícita ou ilícita.

2.2. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os elementos da responsabilidade civil condizem com a teoria jurídica brasileira, que disciplina a obrigação de indenizar e reparar o dano causado à vítima, sendo amparado pelos direitos fundamentais. É necessário que exista a presença desses elementos para que se configure a responsabilidade e o dever de reparar o dano.

DINIZ (2011, p. 42) aponta a existência de três elementos para a constituição da responsabilidade civil:

a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil temos o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexos de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade.

Para CAVALIERI FILHO (2005, p. 41), também teríamos três elementos, dos quais são: "a) conduta culposa do agente; b) nexos causal; c) dano"

Diferente dos doutrinadores mencionados acima, TARTUCE (2005, p. 288) menciona em sua obra, quatro elementos para a responsabilização dos quais são:

[...] Desse modo apontamos a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar:
 a) conduta humana;
 b) culpa genérica ou *lato sensu*;
 c) nexos de causalidade;
 d) dano ou prejuízo;

Sendo assim, atualmente consideramos, de forma mais abrangente, que os elementos gerais da responsabilidade civil são:

a) Conduta ou Ato Humano: É todo e qualquer comportamento humano voluntário, que se manifesta por meio de uma ação ou omissão, negligência, imprudência ou imperícia, gerando consequências, prejuízos e danos jurídicos.

b) Culpa Genérica ou *Lato Sensu*: A culpa sempre foi uma classe do âmbito jurídico muito estudada no Brasil e no exterior, sendo o seu conceito pluricultural, tendo como base traços religiosos e psicológicos. Ela se baseia no desrespeito a um dever preexistente, onde não existe intenção nem vontade de violar o dever jurídico por parte do agente, e que por consequência de seus atos acaba sendo infringido. BEVILÁQUA (1977), afirma que "a culpa

é a negligência ou imprudência do agente, que determina a violação do direito alheio ou causa prejuízo a outrem".

Dentro desse contexto apresentado, a culpa está relacionada com a imprudência (falta de cuidado + ação - art. 186 do CC), negligência (falta de cuidado + omissão – art. 186 do CC) e imperícia (falta de qualificação ou treinamento de um profissional para desempenhar determinada função – art. 951 do CC). Para o direito civil, não importa se agiu com dolo ou culpa, o dever sempre será o de reparar o dano com indenização dos prejuízos, a fim de restituir aquilo que se foi e que se perdeu.

O ordenamento jurídico brasileiro, por outro lado, adota a teoria do risco para tratar dos casos em que não ocorre culpa da pessoa no resultado danoso, mas mesmo assim, gera o dever de repará-lo. Segundo prescreve nosso Código Civil em seu artigo 933, ainda que não haja culpa de sua parte, as pessoas enumeradas no artigo 932 responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. Para essa teoria, toda pessoa que desempenha alguma atividade que cria risco de dano para terceiros, deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. Sendo assim, o Código Civil em seu artigo 932 aponta como responsáveis os pais, tutores e curadores, o empregador, pupilos, empregados ou prepostos com o dever de indenizar a vítima do dano, ainda que não haja culpa de sua parte. Essa modalidade de responsabilização sem necessário exame de culpa, molda a noção da responsabilidade objetiva.

Sob esse aspecto, a responsabilidade civil desloca-se do conceito de culpa para a ideia de risco, sendo admitido em certos casos a aplicação da teoria objetiva, baseada no risco e não na culpa do agente.

c) Nexa de Causalidade: O conceito de nexa causal se enquadra como o liame que constitui o fato gerador da responsabilidade. Ele está situado entre a ação e o resultado de dano. É elemento indispensável para a responsabilidade civil, e é por meio do nexa causal que podemos concluir quem foi o causador do dano. GRECO (2009, p. 217) ensina que:

O nexa causal, ou relação de causalidade, é aquele elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ela produzido. Se não houver esse vínculo que liga o resultado à conduta levada a efeito pelo agente, não se pode falar em relação de causalidade e, assim, tal resultado não poderá ser atribuído ao agente, haja vista não ter sido ele o seu causador".

Sendo assim, é necessário que o dano tenha sido causado pela conduta, devendo haver o nexa causal entre o ato praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima, constituindo o

vínculo fático que liga o efeito à causa. Se houver dano sem que a causa esteja relacionada com o comportamento do ofensor, não há de se falar em relação denexo de causalidade, sendo ele inexistente e não havendo a obrigação e dever de indenizar.

O Código Penal trata sobre o nexocausal em seu artigo 13:

Art. 13. O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”

Sobre o nexocausal o nosso Código Civil pouco fala, porém em seu artigo 403 menciona que:

Art. 403: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

Se a conduta do agente resultou um fato danoso, será justo que o causador do dano arque com os prejuízos causados à vítima. O Código Civil brasileiro adotou a teoria da Causalidade Adequada, teoria que prega que somente as causas ou condutas relevantes e importantes para a produção do dano são capazes de gerar o dever de indenizar.

Também temos as hipóteses de excludentes do nexo de causalidade. Ambas são de conceitos sinônimos, mas excluem total responsabilidade, e devem ser analisadas no caso concreto:

- culpa exclusiva da vítima;(CDC – art 12, § 3º, III)
- culpa exclusiva de terceiro; (CDC – art 12, § 3º, III)
- caso fortuito ou força maior; (art. 393 CC)

Se ocorrer algum dos três casos acima, o agente envolvido no dano estará isento do dever de indenizar, pois o evento aconteceu independente de sua contribuição, sendo rompido o liame de nexo de causalidade entre o agente e o dano advindo de sua conduta.

d) Dano ou Prejuízo: Para finalizar os elementos da responsabilidade civil temos o dano, que está previsto no artigo 186 do CC, e nada mais é do que a diminuição de um bem juridicamente relevante, como resultado da conduta de alguém que provocou esse prejuízo à vítima.

Não há responsabilidade civil sem o dano, portanto, sem a ocorrência do dano não há de se falar em indenização.

2.2.1. Dos danos

Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana são regidos e protegidos pela Constituição Federal de 1988, porém, antes de adquirimos essa proteção a própria doutrina e jurisprudência já consideravam o dano como juridicamente relevante, sendo ele lesões a interesses que estão situados no âmbito das fatalidades, dos prejuízos e do ônus de cada ser vivente em sociedade.

O conceito de dano se baseia em uma lesão a um bem jurídico, que causa diminuição ou deterioração de algo. Sem a prova do dano ninguém pode ser responsabilizado civilmente, ou seja, não existe responsabilidade civil sem dano, cabendo ao autor da demanda o ônus da prova, segundo artigo 333, I do CPC.

CAVALIERI (2012, p. 71) ensina que:

O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar.

Já nos pensamentos de STOCO (2007, p. 128):

“O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.”

Para BITTAR (1998) o dano é: “Mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio”

De acordo com esses entendimentos, o conceito de dano não se limita apenas à esfera patrimonial, mas engloba bens imateriais, assim como os de direito de personalidade, que afetam a imagem e a honra. Temos três tipos de danos: a) dano material; b) dano moral; c) dano estético.

Segundo a jurisprudência, os tipos de danos podem ser cumulados em um só pedido, uma mesma ação de indenização, conforme prevê as Súmulas do STJ, nº. 37: “São cumuláveis

as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”; e nº. 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

2.2.2. Danos materiais

O conceito de dano material se constitui nos prejuízos, perdas ou deterioração total ou parcial que atingem os bens patrimoniais ou objetos da vítima seja ela pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado. É necessária a produção de provas efetivas para comprová-lo, devendo o causador do dano ressarcir de forma em que se encontrava o bem, antes da ação que acarretou o prejuízo, ou seja, fazer voltar ao “status ante quo” restituindo pecuniariamente o valor do prejuízo sofrido.

Segundo entendimento de REIS (2000, pp. 8-9):

Os danos patrimoniais são aqueles que atingem os bens e objetos de natureza corpórea ou material. Por consequência, são suscetíveis de imediata avaliação e reparação. Afinal, os bens materiais podem ser reconstituídos ou ressarcidos – todos possuem valor econômico no campo das relações negociais.

Nesse mesmo sentido DINIZ (2011, p. 84) aduz que:

O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável (...).

Os danos materiais como já falado, são os danos que atingem o patrimônio, e eles podem ser classificados nos termos do artigo 402 do Código Civil em danos emergentes (é o que se perdeu) ou lucros cessantes (aquilo que deixou de lucrar). As duas formas são prejudiciais à vítima, devendo ser ressarcido pelo causador do dano.

2.2.3. Danos morais

O dano moral se baseia em uma lesão aos direitos de personalidade que são decorrentes da dignidade da pessoa humana, e estão previstos no Código Civil em seus artigos 11 ao 21, dos quais são o direito à vida; direito sobre o próprio corpo; direito à honra; à imagem; ao nome; direito à intimidade e à liberdade; direito moral. São direitos da pessoa natural (embora seja possível falar-se em reputação comercial, credibilidade, fama, que sejam

relacionados à noção de honra da pessoa jurídica) e não de natureza patrimonial, sendo eles intransmissíveis e irrenunciáveis.

SOARES (1996, p. 174) conceitua dano moral como:

(...) a ofensa ou violação que não fere propriamente os bens patrimoniais de uma pessoa – o ofendido –, mas os seus bens de ordem moral, tais como os que se referem à sua liberdade, honra (à sua pessoa ou a sua família), compreendendo-se na ideia de honra o que concerne à fama, reputação, conceito social, estima dos outros.

Já para VENOSA (2012, p. 46) o conceito de dano moral é o “prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”.

Os danos morais não se confundem com pequenos aborrecimentos e transtornos do dia-a-dia. Atualmente a jurisprudência vem aplicando a necessidade de provar a existência do dano moral, com o objetivo de afastar o enriquecimento sem causa, abusividades e exageros cometidos no dia-a-dia, cabendo ao juiz com a análise do caso em concreto, averiguar se a reparação imaterial é cabível ou não.

Nessa perspectiva temos aprovado o Enunciado 159 do Conselho da Justiça Federal na III Jornada de Direito Civil (2013, p. 04), em seu artigo 186, no qual diz que “O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material.

Em relação a isso, temos o seguinte julgado de 2020:

DANO MORAL. OFENSA VERBAL. RACISMO. Comprovado o fato de o empregado ter sido alvo de manifestações depreciativas de conteúdo racista, quando os demais trabalhadores referiam-se a espaço por ele utilizado sob a intenção dos demais de depreciar pessoas por motivo racial, de modo a violar os artigos 3º, IV, e 5º, caput, ambos da Constituição da República. A manifestação pejorativa ofende a dignidade e a honra subjetiva dos trabalhadores a quem foi dirigida, circunstância bastante para configurar o dano moral.
(TRT-3- RO: 02467201404803001 0002467-08.2014.5.03.0048, Relator: Cristina M. Valadares Fenelon, Sétima Turma, Data de Publicação: 08/09/2017)

O dano moral é caracterizado pela tristeza e dor sentimental que o indivíduo sofre em decorrência de ato ilícito praticado por outra pessoa, de maneira que não cause consequência, efeito ou resultado no patrimônio da vítima. Ele se apresenta como de caráter subjetivo, pois é uma dor individual, pessoal e particular, pois somente a vítima tem a exata noção de seu sofrimento e tem como caráter, devendo decorrer de um ato ilícito, visível e concreto.

A responsabilidade civil nessa modalidade de dano tem como função reparar a ofensa causada à vítima, buscando minimizar sua dor e punir o ofensor, com o objetivo didático de reeducação, para que o indivíduo não volte a praticar o mesmo ato ilícito.

2.2.4. Danos estéticos

O dano estético é considerado como o resultado de uma lesão que fere e prejudica a imagem física da vítima, causando uma alteração morfológica. Beleza é algo totalmente relativo, porém, o dano estético se enquadra como uma lesão à beleza física, aquele que atinge a aparência. LOPEZ (1980, p. 17) conceitua de forma bem clara o dano estético, ensinando que:

Na concepção clássica que vem de Aristóteles, é a estética uma ciência prática ou normativa que dá regras de fazer humano sob o aspecto do belo. Portanto, é a ciência que tem como objeto material a atividade humana (fazer) e como objeto formal (aspecto sob o qual é encarado esse fazer) o belo. É claro que quando falamos em dano estético estamos querendo significar a lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas externas de alguém. Por outro lado, o conceito de belo é relativo. Ao apreciar-se um prejuízo estético, deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que ela era.

Sendo assim, haverá responsabilidade civil com relação ao dano estético, a partir do momento em que a ação ou omissão de determinada pessoa gerar um resultado prejudicial à imagem e fisionomia da vítima, com relação ao que ele era antes de ser atingido. Podemos ter como exemplos cicatrizes, amputações, cirurgias plásticas malfeitas, entre outras deformidades e transformações que atingem de forma direta a aparência, ferindo a autoestima e a dignidade da vítima. Nosso ordenamento jurídico trata sobre esse tema, a princípio pelo disposto nos arts. 948 ao 951 do Código Civil, no qual dispõem sobre as obrigações que devem ser satisfeitas pelo causador do dano, assim como ao pagamento de despesas com o tratamento da vítima e lucros cessantes, no caso de óbito deverá arcar com o funeral e prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia.

Nesse sentido, o Enunciado 192 da III Jornada do CJF discorre que, “Os danos oriundos das situações previstas nos arts. 949 e 950 do Código Civil de 2002 devem ser analisados em conjunto, para o efeito de atribuir indenização por perdas e danos materiais, cumulada com dano moral e estético.”

O dano estético apresenta-se como uma modalidade de dano moral, se enquadrando na espécie de dano presumido, assim como ocorre nos casos de dano moral objetivo, sendo

ele uma categoria de dano extrapatrimonial que é formado por características que fez com que o STJ reconhecesse sua própria particularização e indenização, ao firmar a Súmula 387, que fala sobre a licitude da cumulação das indenizações de dano estético e dano moral, o que demonstra nítida divisão.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil do médico passou por uma evolução histórica até chegar no conceito atual. Desde sempre o homem teve suas doenças e patologias que o acometiam, e por esse motivo buscava a cura por meio de ervas com a intenção de amenizar a dor, porém, essas atividades não os levavam para um estudo específico das doenças, mas somente para a cura dos males. Em sua fase histórica mais antiga o termo relativo à profissão médica ou mesmo o nome “médico” ainda não existia, logo, pessoas que receitassem ervas com intuito de amenizar ou curar a dor, eram lhes nomeados de taumaturgos, sendo considerados magos ou sacerdotes dotados de poderes sobrenaturais que levavam à cura, entretanto, se a cura não acontecia a culpa recairia sobre o feiticeiro seguida de uma acusação de incapacidade ou imperícia. Enquanto a medicina se desenvolvia de forma científica, mais se apuravam os critérios para sanções de responsabilização nos casos de culpa dos erros profissionais. O primeiro documento histórico que relata a atividade de erro médico está situado no Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.), após isso, recebemos do direito romano, princípios que seriam utilizados nas legislações modernas.

A responsabilidade civil teve sua origem fundada no Direito Romano, nos ensinando que aquele que mesmo sem culpa causasse um dano, era considerado culpado. A responsabilidade sem culpa institui a regra, sendo o causador do dano punido de acordo com a Lei de Talião, o famoso “OLHO POR OLHO, DENTE POR DENTE”. Dessa forma, a história e experiência romana nos ensinou que, a responsabilidade sem culpa poderia acarretar situações injustas. Desde então, a responsabilidade mediante culpa, passou a ser regra em todo o Direito. STOCO (2007, p. 114) aborda um pouco sobre o tema, orientando que:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim “respondere”, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

Depois disso, houve nova mudança, pois é sabido que o conceito atual de responsabilidade civil aboliu a necessária culpa, em alguns casos, trazendo hipóteses em que, mesmo sem

culpa, aquele que causasse um dano a outro teria o dever de indenizar, pois era considerado culpado, e passou a englobar não somente o fato culposo, mas sim o nexo de causalidade entre a conduta culposa e o dano, como elemento para a sua responsabilização, sendo prevista legalmente nos termos dos artigos 927 a 954 do Código Civil.

A responsabilidade civil do médico, no ordenamento jurídico brasileiro, ainda se firma na ideia de culpa, conforme exige o § 4º do artigo 14 do CDC, sendo os médicos responsáveis e tendo o dever de indenizar o paciente nos casos em que, no exercício de sua atividade laboral ocorrer algum dano derivado por ato de negligência, imprudência ou imperícia, ficando a cargo da vítima o ônus da prova. Em determinados casos, entretanto, a culpa pode ser presumida, assim como ocorre nos casos de cirurgia plástica meramente estética, com o objetivo de efeito embelezador.

Nosso Código de Defesa do Consumidor também assegura direitos aplicáveis aos pacientes. O exercício laboral do médico tem como intuito tratar, curar ou amenizar a dor do paciente, não sendo esperado que ele aja com dolo, em vista disso, será necessário que seja provada a conduta negligente, imprudente ou imperita do profissional liberal, com o objetivo de poder responsabilizá-lo civilmente nos termos do artigo 186 do CC, e artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, que dispõem:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
(...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Embora haja controvérsia na jurisprudência, podemos utilizar a legislação do CDC à luz da responsabilidade civil do médico, estando essa posição bastante consolidada no STJ, conforme publicação da OAB do Rio de Janeiro em artigo veiculado na Internet (OAB, 2008).

Para imputarmos a responsabilidade civil a um médico, temos que ter total certeza de que estamos muito bem amparados por leis que fundamentam e previnem determinados tipos de abusos e ilegalidades que são decorrentes do erro médico. Temos várias especialidades médicas, das quais fazem distinção conforme a formação do médico, sendo elas estudadas para cuidar de assunto específico na área da saúde. Abordaremos, a partir de então, a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico.

3.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

A responsabilidade civil do cirurgião plástico é vista como uma forma de aplicabilidade de pena indenizatória que obriga o profissional a reparar o dano causado em seu paciente, em razão de ato médico que foi praticado com imprudência, negligência ou imperícia.

A relação médico e paciente, envolve necessariamente uma relação contratual. NETO, JESUS & IZABEL (2013, p. 856) definem contrato como:

O negócio jurídico bilateral pelo qual as partes buscam criar um vínculo patrimonial cujo objetivo é criar, regular, modificar ou extinguir obrigações entre elas e tutelar os interesses privados dos agentes de forma justa e equilibrada, bem como o interesse público e social através de disposições que não prejudiquem a sociedade nem terceiros, resguardando-se em qualquer relação, os deveres decorrentes da boa-fé objetiva.

KFOURI NETO (2002, p. 226) explica sobre a obrigação do médico ser uma espécie de contrato:

“A obrigação contraída pelo médico é espécie do gênero obrigação de fazer, em regra infungível, que pressupõe atividade do devedor, energia de trabalho, material ou intelectual, em favor do paciente (credor)”.

A partir do momento em que se firma um contrato, cria uma obrigação de fazer entre os sujeitos. Com relação à obrigação do médico, é função profissional examinar, prescrever, intervir e diagnosticar, de forma cuidadosa e consciente, buscando a cura e melhoria da saúde do paciente. Em certos casos é necessário que faça uso da cirurgia plástica para obter melhoria da saúde. Essa técnica cirúrgica se baseia no procedimento que tem como objetivo o aperfeiçoamento do corpo, melhorias funcionais e autoestima do paciente.

Entendendo-se o contrato, de forma simples, como o vínculo ou encontro de vontade de duas ou mais pessoas que se obrigam a cumprir determinada prestação, temos de um lado o médico cirurgião plástico que oferece seus serviços profissionais e o paciente que necessita desses serviços profissionais, voltados à um fim estético. Assim, seja escrito ou não, dessa relação resultam obrigações de nítido caráter contratual, pelo qual o médico propõe utilizar as técnicas necessárias para, mediante a intervenção cirúrgica, buscar determinado resultado de melhora estética, mediante o pagamento de um determinado preço e de outro lado o paciente que objetiva os benefícios e resultados da solução estética, visando seu equilíbrio biossocial e melhoria de sua qualidade de vida, ou seja, ficar mais formoso fisicamente.

A cirurgia plástica se baseia no procedimento que tem como objetivo o aperfeiçoamento do corpo, melhorias funcionais e autoestima do paciente, sendo necessário esclarecer e diferenciar as duas modalidades existentes de cirurgias plásticas, que é a reparadora e a estética.

João Monteiro de Castro (2005, p. 35) diferencia essas duas modalidades de cirurgia plástica:

A cirurgia plástica compreende duas modalidades: a) a reparadora ou corretiva, laborada com o objetivo de tentar a correção de defeitos congênitos ou adquiridos (por exemplo: cicatrizes, queimaduras, lábio leporino etc.). Tem um fim terapêutico conectado, não raro, com uma preocupação estética, mas esta absorvida por aquele fim. Enquadra-se como reparadora a cirurgia estética para retificar cirurgia embelezadora malsucedida; e b) a estética, também denominada, pela literatura médica, de embelezadora ou cosmética. É aquela levada a cabo com finalidade de embelezamento ou aperfeiçoamento físico do indivíduo. É realizada, geralmente, quando o paciente não padece de qualquer mal físico.

Na cirurgia plástica reparadora o médico tem a função de corrigir ou recuperar mecanismos do corpo que seriam considerados normais do ser humano, e que por motivos de deformidades advindas de nascença ou até mesmo adquiridas por traumas e acidentes, acabaram trazendo e acarretando prejuízos à saúde e em alguns casos atingem inclusive à estética, atuando os profissionais com a finalidade de restabelecer o paciente da melhor forma possível.

Podemos citar alguns exemplos de cirurgias plásticas reparadoras para melhor entendimento, que podem ser para reconstrução de mama de mulheres que enfrentam o câncer; para reparação da pele ocasionada por sequelas de queimaduras; para retirada de pintas e sinais que podem futuramente se transformar em um tumor maligno; ou retirada do câncer de pele; cicatrizes; reparação de lábio leporino e fenda palatina que é a malformação congênita da face; reconstrução da orelha e correção de craniossinostoses tendo como consequência a deformação do crânio.

A seguir podemos ver figuras demonstrativas de um caso de cirurgia plástica reparadora de lábio leporino e fenda palatina:



Figura 1: Antes e depois de cirurgia de correção do lábio leporino
Fonte: Imagem Disponível em: <https://razoesparaacreditar.com/labio-leporino-lei-sus>

Ao contrário da cirurgia plástica reparadora, a cirurgia plástica estética é aquela que tem como objetivo apenas melhorar o efeito embelezador físico, assim como nos casos de cirurgia de prótese mamária com o intuito de aumento da mama com silicone (mamoplastia), rinoplastia, lipoaspiração, lifting da face, bichectomia entre outras. Esses tipos de procedimentos estéticos vêm crescendo cada vez mais ao decorrer do tempo, tornando-se mais viável o acesso à essas cirurgias.

A seguir podemos ver uma figura do antes e depois de uma rinoplastia (cirurgia plástica de nariz).



Figura 2: Antes e depois de uma rinoplastia

Fonte: Imagem Disponível em: <https://institutoclinics.com/os-resultados-naturais-e-discretos-da-rinoplastia-sem-os-estigmas-de-uma-cirurgia-plastica>

A cirurgia plástica estética é tão necessária quanto qualquer outro tipo de cirurgia feita com intuito de melhorar a saúde do paciente, pois envolve a autoestima. O que diferencia ela da cirurgia plástica reparadora é que ela não está relacionada diretamente à saúde do paciente, ela está relacionada ao psicológico, à forma como a pessoa se vê, sendo feita com objetivo de melhorar a aparência física, proporcionando uma melhor autoaceitação.

Como é a responsabilidade do médico nos casos de cirurgia que seja tanto reparadora como também estética com responsabilidade de meio ou resultado?

Nas cirurgias de natureza mista (estética e reparadora), como no caso de redução de mama, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, conforme cada finalidade da intervenção. Assim, a responsabilidade do médico será de resultado em relação à parcela estética da intervenção e de meio em relação à sua parcela reparadora (STJ. 3ª Turma, REsp 1.097.955-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 27/9/2011).

Abaixo temos figuras demonstrativas de cirurgia de natureza mista, pois ao mesmo tempo que visa reparar a perda da mama em decorrência da remoção do câncer, visa também a estética física, devolvendo sua autoestima:



Figura 3: Reconstrução Mamária

Fonte: Imagem Disponível em: <https://npdiario.com/especial/cirurgiao-plastico-explica-como-se-faz-reconstrucao-de-seios>

3.2. OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE FIM?

Em relação à responsabilização do médico cirurgião plástico, resta uma dúvida: é uma obrigação de meio ou aquela de fim, que almeja um resultado?

Bom, para adentrarmos nesse assunto é necessário saber qual a diferença entre cada uma delas e qual se enquadraria melhor para cada tipo de profissional e paciente.

A obrigação de meio é aquela que se qualifica no comprometimento do profissional cirurgião a utilizar todos os seus conhecimentos técnicos, a fim de obter determinado resultado, mas não se responsabilizando pelo alcance dele. Nesse caso, o paciente deverá comprovar que o profissional falhou ao não empregar todos os meios que estavam ao seu alcance para conseguir atingir o resultado pretendido. FRANÇA (FRANÇA, s.d.) expõe sobre isso:

A obrigação do cirurgião plástico na ação reparadora ou reconstrutora é de meio porque o objeto do seu contrato é a própria assistência ao seu paciente, quando se

compromete empregar todos os recursos ao seu alcance, sem, no entanto, poder garantir sempre um sucesso. Só pode ser considerado culpado se ele procedeu sem os devidos cuidados, agindo com insensatez, descaso, impulsividade ou falta de observância às regras técnicas. Não poderá ser culpado se chegar à conclusão de que todo empenho foi inútil em face da inexorabilidade do caso, quando ele agiu de acordo com a "lex artis", ou seja, se os meios empregados eram de uso atual e sem contra-indicações. Punir-se, em tais circunstâncias, alegando obstinadamente uma "obrigação de resultado", não seria apenas um absurdo: seria uma injustiça.

Essa modalidade de obrigação ocorre nos casos de cirurgia plástica reparadora, tendo o médico função de corrigir ou recuperar mecanismos, porém, não possuindo a responsabilidade de entregar um resultado perfeito, mas agindo com cautela, aplicando todos os seus conhecimentos técnicos e da área para entregar o melhor resultado possível para o paciente, assim como ocorre nos casos de cirurgia plástica para remoção de queimadura. Atualmente não existem meios acessíveis para fazer com que a pele queimada volte a ser esteticamente a pele que era antes. São fatores que devem ser observados e levados em consideração, e que acabam influenciando no resultado e mudam de paciente para paciente. Para alguns deles a cirurgia pode se sair perfeita, pois sua pele conseguiu se recompor muito bem, porém, para outros pode ser que não fique tão bom, por conta do seu organismo. O objetivo é o sucesso, mas em decorrência de fatos que não dependem dos meios médicos aplicáveis, não se pode garantir que fique perfeito.

Já na obrigação de resultado, o médico tem o compromisso e responsabilidade de alcançar determinado resultado apresentado por ele e sonhado pelo paciente, que é o caso da cirurgia meramente estética. Ele, na verdade, assume o risco ao garantir o sucesso da melhora estética, que é o único objetivo da cirurgia.

A obrigação de meio é considerada como regra geral na relação de médico e paciente, e segundo entendimento do STJ, a relação entre médico e paciente é CONTRATUAL e encerra, de modo geral, OBRIGAÇÃO DE MEIO, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética (REsp 819.008/PR).

Porém, o Conselho Federal de Medicina busca proteger o médico através da Resolução CFM nº 1.621/2001, evidenciada pelo teor do artigo 4º que assim dispõe:

Art. 4º -O objetivo do ato médico na Cirurgia Plástica como em toda a prática médica constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado;

Entretanto, embora nítida a tentativa de exclusão da responsabilidade do cirurgião plástico, pelo CFM, caso o profissional não consiga atingir o resultado previsto, é tido como um

contrato inadimplido, presumindo-se assim que o resultado não foi atingido por culpa do médico. Portanto, seria vista como uma modalidade de culpa presumida, sendo incumbido ao profissional o ônus de provar e afastar sua culpa, por meio de causas diversas que tenham o impedido de alcançar o resultado prometido.

O renomado autor CAVALIERI FILHO (2012, p. 416) esclarece sobre a obrigação de resultado e reafirma o direito de informação ao paciente:

Nesses casos, não há dúvida, o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido. Se esse resultado não é possível, deve desde logo alertá-lo e se negar a realizar a cirurgia. O ponto nodal, conforme já salientado, será o que foi informado ao paciente quanto ao resultado esperável. Se o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos (riscos inerentes), eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica.

O STJ se pronunciou sobre a obrigação de resultado para cirurgias plásticas estéticas (KFOURI NETO, 2013, p. 204):

Contratada a realização de cirurgia embelezadora, o cirurgião assume a obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito. (rel. Min. Dias Trindade- RJ 170/145).

De acordo com esse entendimento, a obrigação de um médico cirurgião plástico meramente estético é de fim, pois ele se obriga a atingir o resultado estético prometido ao seu paciente. É claro que aquilo que se idealiza como um corpo perfeito ou como um ideal de beleza a ser alcançado nem sempre é possível de se atingir, pois o corpo humano tem suas limitações, devendo ser respeitados os parâmetros para cada mudança sem que seja prejudicial à saúde. Por isso se faz necessário que antes de fazer uma cirurgia plástica seja feita uma consulta médica para avaliação do paciente. Esse procedimento é feito através de uma consulta e avaliação pré operatória, pelo qual o médico irá examinar o corpo de seu paciente, observar suas delimitações, tendo com base em perguntas e exames laboratoriais. O profissional deve informar o paciente sobre os fatores de risco e possíveis complicações do pós-operatório, e somente após o seu consentimento e o resultado de exames que demonstrem que sua saúde está boa e que o paciente está apto em poder fazer a cirurgia, poderá ser realizado o procedimento cirúrgico. Esse protocolo de risco cirúrgico tem como objetivo reduzir riscos para o paciente e aumentar as chances de sucesso da cirurgia.

Os médicos também devem ter um cuidado maior ao examinar pacientes idosos, que são pessoas com mais de 60 anos de idade, pelo fato de serem consideradas de maior risco apresentando uma saúde mais frágil em comparação com idades inferiores. Se mesmo após a realização dos exames observar que o quadro do paciente é de risco, o médico deverá se negar a fazer tal procedimento, justamente com o objetivo de proteger o bem da vida. Caso ele ultrapasse esse limite de boa-fé, realizando a cirurgia em paciente considerado de risco, não apto para a cirurgia, será considerado culpado e responsabilizado pelos danos causados.

A jurisprudência do STJ mantém entendimento de que nas obrigações de resultado, como nos casos de cirurgia plástica de embelezamento, cabe ao profissional demonstrar que eventuais insucessos ou efeitos danosos (tanto na parte estética como em relação a implicações para a saúde) relacionados à cirurgia decorreram de fatores alheios a sua atuação. Essa comprovação é feita por meio de laudos técnicos e perícia. Em relação a isso temos o seguinte julgado:

EMENTA DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidí-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico. 3. No caso, o Tribunal a quo concluiu que não houve advertência a paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da súmula 7/STJ, porque inviável a análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial. 4. Recurso especial não conhecido. (STJ- REsp 985888).

3.3. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA OU OBJETIVA?

A responsabilização tem como intuito, verificar a conduta violadora de um dever jurídico. Em nosso Código Civil existem duas teorias diferentes de responsabilidade, das quais é necessário sejam diferenciadas, para entendermos qual deverá ser aplicada da melhor forma ao profissional liberal.

A responsabilidade subjetiva revela-se pela necessidade de comprovação de dolo ou culpa na conduta do agente. Caso seja comprovada a vontade de praticar ato danoso (dolo) ou

que ocorra a presença de negligência, imprudência ou imperícia, será responsabilizado. No caso de erro médico o paciente deverá provar a culpa do profissional que o assistiu, e este somente será considerado culpado e responsabilizado por uma reparação caso o resultado danoso se consuma.

Nesse sentido é o que estabelece o § 4º do artigo 14 do CDC, quando diz que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Já para responsabilidade objetiva, não se faz necessário que fique comprovado dolo ou culpa, necessitando apenas que fique configurado e provado a existência do dano e o nexo causal entre a atividade de risco e o resultado danoso, ou seja, a lei impõe a reparação do dano independente de culpa. Essa teoria defende que todo o dano causado deve ser reparado, por meio de indenização, independente de culpa, bastando que, fique configurado nexo causal da atividade do agente com o dano causado. Embora o Código Civil adote a teoria da responsabilidade subjetiva como regra, a responsabilidade objetiva aparece como uma exceção no artigo 927 do CC, pelo o qual diz:

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.

Posto isto, certamente a atividade médica é encarada como uma atividade de risco devido à sua própria natureza, podendo causar danos para a saúde e vida do paciente. Sendo assim, nos resta a grande dúvida, qual será o tipo de responsabilidade aplicada a esses profissionais liberais?

Já é sabido que o código civil adota a teoria subjetiva. A teoria objetiva existe, porém, se torna apenas uma exceção à regra. Embora o Código Civil adote a teoria da responsabilidade subjetiva como regra, e o Código de Defesa do Consumidor faça a ressalva expressa aos profissionais liberais, a jurisprudência vem temperando esse entendimento, conforme podemos ver pelo julgado retro citado. Se o profissional, ao oferecer seus serviços, prometeu o resultado esperado pelo paciente, estaremos, na verdade, diante de uma verdadeira responsabilidade objetiva do médico, que se mostra presente através da obrigação contratual e também pode ser entendida e utilizada à luz do Código de Defesa do Consumidor, que regulamenta direitos e deveres para os consumidores e prestadores de serviço. É direito do paciente ser informado sobre os

procedimentos prestados, o fornecimento deve ser de boa qualidade sendo a informação essencial à garantia e à boa-fé contratual. Pode ser aplicável ao médico o caput do artigo 14 do CDC e o §4º, pelo o qual diz:

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

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Entretanto, conforme expressamente mencionado pelo julgado do STJ retro transcrito, no item 2 da jurisprudência:

2 - Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico.

Percebemos, portanto, um entendimento intermediário da jurisprudência que, embora não reconheça ser objetiva a responsabilidade do médico no insucesso nas cirurgias com fins estéticos, entretanto, faz inversão do ônus da prova criando a presunção de culpa do médico a quem cabe ilidir para exonerar-se da responsabilidade contratual, pelos danos causados.

Diante disso, podemos concluir que a responsabilidade do médico se firma na teoria da responsabilidade subjetiva, aquela que é verificada mediante a existência de culpa, porém, com a inversão do ônus da prova. Neste caso, para o profissional se eximir da responsabilidade, será incumbência do médico, demonstrar claramente culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou qualquer outra causa que elimine sua atividade com o nexo causal do dano causado, em vista disso, poderá ser aplicado o §3º do artigo 14 do CDC, como excludentes de responsabilidade dos fornecedores de serviços.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Dessa forma, o cirurgião médico que conseguir comprovar que não conseguiu atingir o resultado por conta de caso fortuito ou força maior, não será responsabilizado e obrigado à indenizar em pecúnia seu paciente.

Destarte, a responsabilidade do médico é vista de forma subjetiva, tendo o médico cirurgião o ônus da prova. Se ele conseguir comprovar que não conseguiu atingir o resultado por conta de caso fortuito ou força maior, não será responsabilizado a indenizar em pecúnia seu paciente.

3.4. OCORRÊNCIAS CASUÍSTICAS

Um cirurgião plástico do interior de São Paulo foi condenado ao pagamento de nova cirurgia, além de indenizar em 100 salários mínimos uma cliente que se submeteu a procedimento estético para redução de mamas. O Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu na atuação do médico “a lesão de caráter estético no resultado da intervenção nas mamas da paciente, pelas cicatrizes deixadas, além da irregularidade no tamanho e no contorno. Doutro turno, não ter alcançado a aspiração estética trouxe à autora sofrimento que é intuitivo, não precisa ser comprovado”. Ao analisar o recurso (REsp 985.888), o STJ manteve a condenação do médico:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico. 3. No caso, o Tribunal a quo concluiu que não houve advertência a paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da súmula 7/STJ, porque inviável a análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial. 4. Recurso especial não conhecido. (STJ-REsp: 985888 SP 2007/0088776-1, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 16/02/2012, T4-QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/03/2012)

Em outra decisão (REsp 1.442.438), ministros do STJ negaram pedido de indenização de uma moradora de Santa Catarina, submetida a cirurgia para implante de silicone. Ela manifestou frustração com o procedimento e apontou o surgimento de cicatrizes. Na decisão, o STJ decidiu que a atuação do médico não foi causadora de lesões:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO.

SUPOSTOS DANOS ESTÉTICOS. NÃO COMPROVAÇÃO. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. PROVIMENTO NEGADO. 1. Apesar do reconhecimento de que a cirurgia plástica se caracteriza como obrigação de resultado, observa-se que, no caso, foi afastado o alegado dano. As instâncias ordinárias, mediante análise de prova pericial, consideraram que o resultado foi alcançado e que eventual descontentamento do resultado idealizado decorreu de complicações inerentes à própria condição pessoal da paciente, tais como condições da pele e do tecido mamário. 2. A modificação do julgado demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é incompatível com a via estreita do recurso especial, conforme dispõe a Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – Resp: 1.442.438 SC 2014/0058312-9, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 05/12/2014)

4. RESPONSABILIDADE PENAL

Pelo fato de a atividade médica ser considerada de risco, o médico também poderá ser responsabilizado no âmbito penal, caso ocorra algum dano ao paciente? A resposta é sim, e por isso faremos uma breve explicação de como seria essa responsabilidade no âmbito penal, já que para muitos isso desperta curiosidade.

A responsabilidade penal se baseia em uma ação ou omissão acerca de um fato típico, antijurídico e culpável. Crime é tudo aquilo que o Código Penal assim define, sendo aplicadas sanções de reclusão, detenção ou multa para cada conduta delitiva descrita no Código. Se a conduta praticada está prevista na lei, será crime, se ela não estiver, não será considerado como tal. Isso ocorre em respeito ao Princípio da Legalidade, elencado constitucionalmente em seu art. 5º, inciso XXXIX e no artigo 1º do CP, do qual dispõem que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Além disso, o que diferencia a responsabilidade civil para penal é que a responsabilidade penal é conceituada como uma responsabilidade de natureza mais gravosa, ocorrendo um descumprimento de uma norma de direito público que trata sobre direitos indisponíveis, como o direito à vida, à liberdade e integridade física, e não relativo a um descumprimento de uma obrigação contratual, como ocorre na esfera cível.

Os crimes podem ser cometidos de forma dolosa e culposa. De acordo com o CP em seu artigo 18, inc. I e II, os crimes são cometidos de forma dolosa quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco, e nos culpáveis o resultado ocorre sem vontade, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. As penas aplicáveis são as privativas de liberdade, restritivas de direitos ou multa, variando de acordo com a gravidade do delito conforme dispõem o art. 32 do CP.

Para os crimes culposos contra a vida ou que ocorram lesões corporais são aplicáveis o § 4º do artigo 121 e o § 7º do artigo 129 do CP, sendo a pena aumentada de um terço se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, o que pode se caracterizar e ser utilizada no caso de um erro médico:

Art. 121, § 4º “ No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o

homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.”

Em alguns casos, pode ocorrer ao mesmo tempo ato ilícito penal e ato ilícito cível, sendo elas independentes umas das outras.

O Código Civil em seu artigo 1.525, aduz sobre a responsabilidade de ambos serem independentes, "A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime". Diz também o artigo 66 do CPP, "Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato".

Dessa forma, ocorrendo absolvição no âmbito penal deve-se atentar para os efeitos na esfera cível. A prática de ilícito penal com resultado danoso, pode gerar a indenização civil para a reparação do dano. Trata-se da chamada ação civil “ex delicto”, discutindo no âmbito cível apenas o valor da indenização e não se o agente é culpado.

O médico pode cometer um crime no exercício de sua atividade, tanto na forma culposa como dolosa. O paciente pode morrer ou sofrer uma lesão física irreversível durante o procedimento, podendo caracterizar um crime, desde que praticado com dolo ou culpa. A prática de aborto, pelo qual responde o médico, por exemplo, ainda é considerado crime, tratando-se de uma hipótese de crime doloso; ou homicídio, quando querendo matar o paciente, ministra determinado medicamento mortal ou em altas doses, sabendo que com isso ele vai morrer; é possível ocorrer, também, na hipótese de estupro, durante o exame ginecológico. Porém no exercício da Medicina os crimes culposos são de maior probabilidade:

Homicídio -art. 121: Matar alguém

§ 3º Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos.

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício...

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 6º Se a lesão é culposa:

Pena - detenção, de dois meses a um ano

§ 7º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se ocorrer qualquer das hipóteses dos §§ 4º e 6º do art. 121 deste Código

O médico é “protegido” pela excludente de licitude do exercício regular do direito conforme prevê o artigo 23º do Código Penal.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Excesso punível (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Dessa forma, o médico não responderá por crime quando estiver no exercício regular do direito de sua profissão, ele somente responderá caso ultrapasse os limites desse direito e cause dano ao paciente. Um exemplo disso é o caso de cirurgia de lipoaspiração. O objetivo dessa cirurgia é aspirar a gordura, porém, o médico não observa as regras e acaba perfurando com a cânula algum órgão do paciente, e o mesmo vem à óbito. Nesse caso, o médico irá responder pelo excesso.

Ante o exposto, podemos concluir que o médico que praticar ato com negligência, imprudência ou imperícia, vindo o paciente à óbito e for comprovada a sua culpa incidirá nas penas acima definidas.

5. RESPONSABILIDADE ÉTICA NO ÂMBITO DISCIPLINAR

Importante salientar que o Código de Ética Médica atualmente vigente, aprovado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.217/2018, contém normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão. Constitui-se em um conjunto de regras e princípios, onde disciplinam e garantem o respeito à vida, segurança nos procedimentos e cuidados prestados pelos médicos. Dispõem também de normas fundamentais que versam sobre os direitos e deveres dos médicos, direitos humanos, sigilo profissional e documentos médicos, seguindo os valores da sociedade e se baseando em questões morais, devendo o profissional agir de forma idônea.

O Código de Ética Médica já existia desde 1.988, sofrendo atualizações com o decorrer do tempo, e por ter força normativa em relação à categoria, ele garante segurança aos profissionais e pacientes, estipulando regras para o cuidado com a saúde, colocando o interesse do paciente em primeiro lugar. O Código é extremamente necessário, pois, sem ele práticas que são restritas a esses profissionais ficariam liberadas a pessoas sem qualificações, aumentando os riscos de mortes e podendo gerar sequelas. Além do mais, o código também garante que os médicos respeitem a escolha do paciente, familiares e responsáveis expondo as informações de forma clara e objetiva.

A violação às disposições do Código de Ética pelo médico, implica na instauração de processo disciplinar perante o conselho da classe e aplicação de punições ou penas disciplinares que podem ser de advertência, censura ou chegar, conforme sua gravidade, até à suspensão ou cassação da autorização do exercício da profissão. (Capítulo XIV – II do Código de Ética Médico e art. 22 da Lei 3.268/57).

A Resolução CFM nº 1621/2001 regulamenta em seu preâmbulo a cirurgia plástica como especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente, definindo-a em seu artigo 2º como um tratamento caracterizando-o como o ato médico cuja finalidade é trazer benefício à saúde do paciente, seja física, psicológica ou social, e determinando seu objetivo no artigo 4º como obrigação de meio e não de fim ou de resultado.

Com relação aos direitos do paciente temos o consentimento informado, que tem tido grande relevância para a responsabilidade civil do médico cirurgião, conforme aponta RODRIGUES (2001, p. 23):

Dos deveres de tratar de agir segundo as legis artis, de organizar o processo clínico e de observar sigilo, na consecução do tratamento o médico deve respeitar o paciente, dever este que desdobra nos deveres de informar, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento.

O consentimento se baseia na autorização ou permissão dada à determinada pessoa, para a realização de um ato. No caso do consentimento informado para o ato médico, a atuação do profissional com o paciente será tida com o objetivo de melhoria da saúde do adoentado ou de terceiros, proporcionando o direito de liberdade de escolha do paciente em poder decidir qual médico querer para seu tratamento, ou até mesmo recusar determinado procedimento. Nosso ordenamento jurídico adotou o Princípio da Beneficência, assegurando em seu artigo 15º do Código Civil que, ninguém pode ser constrangido a tratamento médico ou intervenção cirúrgica que implicar em risco de vida ou à integridade física do paciente. Podendo e tendo o direito de recorrer ao judiciário por meio de ação de indenização de reparação de danos.

O consentimento é um direito que se encontra tutelado no direito de personalidade, sendo ele um pré requisito essencial para o tratamento médico, assim como afirma DIAS (1996, p. 277):

É fora de qualquer dúvida que o médico incorre em responsabilidade, no caso de o tratamento vir a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente. Pode-se afirmar que o consentimento é um pré-requisito essencial de todo tratamento ou intervenção médica.

Também existe a dúvida se o Termo de Consentimento isenta o profissional de responsabilidade caso ocorra algum erro médico.

O Código de Ética Médica, prevê como direito do paciente receber informações nítidas sobre seu estado de saúde, bem como ter ciência dos riscos e ter consentimento sobre os procedimentos, exigindo expresso consentimento para a realização de quaisquer procedimentos.

O art. 22 do capítulo IV do Código de Ética Médica Resolução nº 2.217/2018, diz que é vedado ao médico:

Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Pois bem, com relação ao referido artigo, fica claro a obrigação do médico em passar informações corretas ao paciente com relação aos riscos que ele corre em determinado procedimento. Esse consentimento deve ser obtido por meio de um documento denominado de “termo de consentimento” ou “consentimento informado”, documento esse que deve ser claro, minucioso e abrangente, onde o paciente deve ler e assinar. Esse documento serve como forma de consentimento e ciência dos riscos que o paciente corre, na verdade esse documento constitui uma prova que o médico tem de que foram passadas todas as informações corretas e alertou sobre os riscos que o paciente corre em fazer determinado procedimento. Somente não é obrigatória a exigência desse termo nos casos em que o paciente correr risco iminente de morte, onde o objetivo da cirurgia é salvar a vida do paciente. Nesse caso, deve ser feita a intervenção cirúrgica com objetivo de salvar a vida do paciente, independentemente de seu expresso consentimento, como nos casos de acidente de veículo onde a pessoa é socorrida sem consciência e necessita de intervenção médica urgente.

O mesmo Código também trás em seus artigos 46 e 49 vedações relacionadas à falta de consentimento do paciente e à falta de informações:

“Art. 46 – É vedado ao médico: “Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo em iminente perigo de vida”.

Art. 49 – É vedado ao médico: “Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu representante legal”.

Dessa forma, fica nítido que esse documento é útil ao profissional e ao paciente sobre ter atenção aos riscos, constituindo importante ferramenta de informação ao paciente e, por outro lado, de prova a favor do médico, no sentido de que esclareceu suficientemente acerca dos riscos do procedimento. A medicina não é uma ciência exata, e esse documento permitirá que, em caso de intercorrências prejudiciais, nas quais o médico não tenha atuado com culpa, ganhem outro peso judicial, e servirá como prova razoável de que o médico alertou o paciente sobre as possíveis implicações, e por esse motivo recomenda-se que ele seja elaborado por escrito e contenha a assinatura do paciente, sempre que possível.

Embora não haja previsão legal específica sobre o assunto, o Código de Defesa do Consumidor que estabelece no artigo 6, inciso III como direito básico do consumidor a informação adequada e clara, bem como exige no artigo 14 a necessidade de informações suficientes e adequadas sobre fruição e riscos. Entende-se que o paciente é livre para decidir sobre o seu tratamento e escolher entre o risco informado e a não realização do procedimento médico. É dado a ele o direito de optar pela realização, ciente dos riscos e consequências, ou pela recusa de procedimentos e intervenções médicas.

Paulo Furtado, desembargador aposentado do TJ da Bahia e professor de Direito diz que: “Em Direito, costuma-se dizer que os autos são o mundo do juiz. O que não está nos autos não está no mundo. Dentro deste contexto, é imprescindível a comprovação do consentimento e a prova da informação”. Sendo assim, essa orientação é relevante aos termos do Direito Médico, pois ele preserva a segurança jurídica de um médico.

Embora, esse documento seja importante e até indispensável, ele não isenta de responsabilidade civil o cirurgião caso ele aja com culpa e cometa um dano ao paciente, onde fique comprovado que esse dano ocorreu por ato falho do médico, seja ele derivado de ato de negligência, imprudência ou imperícia.

Com relação ao assunto temos um importante julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, publicado em 24/03/2017, na Apelação Cível AC nº 10707110087962001 de Varginha, que analisou a culpa do médico que realizou procedimento de caráter eletivo sem antes informar ao paciente sobre os riscos e consequências:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - VIDEOLAPAROSCOPIA CONVERTIDA EM LAPAROTOMIA DE CARÁTER ELETIVO - CONSENTIMENTO DA PACIENTE - AUSÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - DANOS MATERIAIS - INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL - EXISTÊNCIA. É vedado ao médico deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte (art. 22 da Resolução nº 1931/2009 do Conselho Federal de Medicina). Age com negligência/imprudência o médico que realiza procedimento cirúrgico, de caráter eletivo, sem, antes, informar ao paciente sobre referido procedimento, bem como seus riscos e consequências, devendo indenizar pelo danos morais lhe causados. A indenização por dano moral deve ser arbitrada segundo o prudente arbítrio do julgador, sempre com moderação, observando-se as peculiaridades do caso concreto e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que o quantum arbitrado se preste a atender ao caráter punitivo da medida e de recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. Não restando demonstrado o nexo causal entre a negligência do médico e as despesas cobradas pela autora, não se há de falar em danos materiais. Demonstrada nos autos a conduta ilícita do médico, o hospital responde solidariamente pelos danos causados ao paciente, nos termos dos artigos 932, III, e 933, ambos do Código Civil.

Também temos o julgado nº 0009763-21.2011.8.26.0008 do Tribunal de Justiça de São Paulo, a respeito de uma ação movida por erro médico, onde fica clara a obrigação do profissional em prestar todas as informações ao paciente. Nesse caso, ficou provado que não houve informações sobre o risco da cirurgia para a paciente. Ficou comprovado o dano e nexo causal pela perícia, ou seja, responsabilidade configurada.

Ementa: ERRO MÉDICO. Procedimento estético. Rinoplastia. Obrigação de resultado. Dever do médico de prestar todas as informações sobre os riscos do procedimento através de termo de consentimento. Informações não prestadas à paciente. Autora submetida a três cirurgias feitas pelo réu, sem resultado estético satisfatório. Danos e nexo causal comprovados pela perícia. Responsabilidade configurada. Dever de indenizar danos materiais e morais, estes fixados em R\$30.000,00. Danos estéticos não configurados, pois as imperfeições foram

corrigidas por nova cirurgia. Sentença reformada. Recurso do réu não provido e recurso da autora parcialmente provido

Podemos concluir que o médico tem uma série de requisitos que são fundamentais para a prática segura de sua profissão, sendo o consentimento informado é um elemento essencial para a autorização da cirurgia.

6. CONCLUSÃO

O conceito de belo é amplo, relativo e muito desejado por pessoas que estão em busca da sua melhor versão e melhoria da autoestima. Graças à medicina e à tecnologia podemos obter alterações estéticas por meios cirúrgicos, porém, quando ocorrem falhas nesses procedimentos há frustração e responsabilização do profissional.

Conforme estudado, no decorrer do presente artigo, podemos concluir que a atividade médica é uma atividade de risco, podendo causar danos aos pacientes. Esses danos podem ser reparáveis na esfera cível por meio de indenização, sendo exigida a prova do dano e a culpa do médico, porém, em casos de cirurgia plástica meramente estética, há inversão da prova, cabendo ao médico provar que não agiu com culpa, semelhante à forma da responsabilidade objetiva, pois, ela é caracterizada por ser uma atividade de fim, com o intuito de dar ao paciente o resultado estético prometido pelo cirurgião. Dessa forma, a responsabilidade médica para cirurgias plásticas estéticas fica caracterizada como uma modalidade de culpa presumida, sendo nesse caso, incumbência do médico o ônus de provar e afastar sua culpa, por meio de causas diversas que o tenham impedido de alcançar o resultado prometido.

Estamos sempre em busca da justiça, e aquele que comete erros e danos à vida ou à saúde de alguém merece ser responsabilizado. Mexer com vidas é algo que demanda extrema responsabilidade e conhecimento daquilo que está fazendo e executando, e fazer esse trabalho com amor é para poucos. Não podemos julgar todos os profissionais de forma generalizada, mas ocorrem casos em que infelizmente o médico se importa mais com o dinheiro do que com a vida do paciente.

O médico pode ser responsabilizado em três áreas distintas: civil, criminal e perante o conselho de ética do CRM. Existem inúmeras ocorrências e processos que envolvem o erro médico, acusando o profissional como o grande culpado pelo resultado indesejado, como se fosse um vilão, especialmente quando age sem a observância da técnica exigida e sem os devidos cuidados esperados de um profissional cuidadoso e competente. Entretanto, pelo fato do caso ser analisado por profissionais da mesma área, no âmbito ético, isso faz com que a categoria se proteja. A classe médica é muito bem estruturada e dificilmente um processo disciplinar acaba em punição. Raros são os casos em que o médico é julgado como culpado pelos seus pares, especialmente nas hipóteses de perda da licença pelo

CRM. Caso ato do médico seja enquadrado como crime, responderá criminalmente. Muitas vezes, só resta ao lesado a busca da responsabilização do médico no âmbito jurídico, mediante a penalização financeira, pela ação indenizatória, como forma de recomposição do dano sofrido e também como forma de punição pelo mau profissionalismo.

7. REFERÊNCIAS

- ÁRIAS, Elizangênia. Fernandez. (30 de novembro de 2005). *Responsabilidade civil do médico cirurgião plástico*. Fonte: Âmbito Jurídico: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=142
- BEVILÁQUA, Carlos. (1977). *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. ed. histórica*. Rio de Janeiro: Rio.
- BITTAR, Carlos. Alberto. (1998). *Reparação civil por danos morais* (3ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CAVALCANTE, Marcio. André. (05 de julho de 2013). *Responsabilidade civil do médico em caso de cirurgia plástica*. Fonte: Dizer o direito: https://www.dizerodireito.com.br/2013/07/responsabilidade-civil-do-medico-em_3407.html.
- CAVALIERI, Sérgio. Filho. (2012). *Programa de Responsabilidade Civil*. (10ª ed.). São Paulo: Atlas.
- CAVALIERI, Sérgio. Filho. (2005). *Programa de Responsabilidade Civil* (6ª ed.). São Paulo: Malheiros.
- CIVIL, I. J. (2013). *Enunciados Aprovados - III Jornada de Direito Civil*. Fonte: Migalhas: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/2/ABFA3728784904_IIIJORNADADEDIREITOCIVIL2013EN.pdf
- DIAS, João. Álvaro. (1996). *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*. Coimbra.
- DINIZ, Maria. Helena. (2004). *Código Civil Anotado. 10ª edição, Reformulada à Luz do Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)*. São Paulo: Saraiva.
- DINIZ, Maria. Helena. (2011). *Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil*. (25ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- FRANÇA, Genival. Veloso. (s.d.). *Cirurgia plástica: obrigação de meio ou de resultado?* Fonte: mathus.com.br: <http://www.malthus.com.br/artigos.asp?id=106>

- GAGLIANO, Pablo. Stolze., & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (2009). *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil* (7ª ed., Vol. 3). São Paulo: Saraiva.
- GRECO, Rogério. (2009). *Curso de direito penal – Parte geral* (11ª ed.). Rio de Janeiro: Impetus.
- KFOURI NETO, Miguel. (2002). *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais .
- KFOURI NETO, Miguel. (2013). *Responsabilidade Civil do Médico* (8ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- LOPEZ, Tereza. Ancona. (1980). *O dano estético*. São Paulo: RT.
- NETO, Sebastião. de. Assis, JESUS, Marcelo. de. Melo. , & IZABEL., Maria. (2013). *Manual de Direito Civil – Volume único*. Salvador: Juspodivm.
- OAB, Rio. de. Janeiro. (2008). *Judiciário tem novo entendimento em ações judiciais por erro médico*. . Fonte: Jusbrasil: <https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/204486/judiciario-tem-novo-entendimento-em-aco-es-judiciais-por-erro-medico>
- REIS, Clayton. (2000). *Avaliação do dano moral* (3ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- RODRIGUES, João. Vaz. (2001). *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente)*. Coimbra .
- RODRIGUES, Silvio. (2003). *Direito Civil*. São Paulo: Coimbra.
- SOARES, Orlando. (1996). *Responsabilidade civil no Direito brasileiro. Teoria, prática forense e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense.
- STOCO, Rui. (2007). *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. (7ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- TARTUCE, Flávio. (2005). *Direito Civil, Série Concursos Públicos*. São Paulo: Método.
- VENOSA, Silvio. de. Salvo. (2012). *Direito Civil. Responsabilidade civil*. (12ª ed., Vol. IV). São Paulo: Atlas.