



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ANTONIO ALVES SOBRINHO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

SOUSA - PB
2010

ANTONIO ALVES SOBRINHO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA - PB
2010

ANTONIO ALVES SOBRINHO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao centro de Ciências Jurídicas e Sociais como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em direito.

Orientador: Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: _____

Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira – UFCG

Professor Orientador

Examinador interno

Examinador externo

Dedico este trabalho aos meus pais, por todo o amor e dedicação para comigo, por terem sido a peça fundamental para que eu tenha me tornado a pessoa que hoje sou.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte inesgotável de amor e misericórdia, por todos os dons que me concedeu, e por mais uma oportunidade de crescimento pessoal em busca de meus objetivos para minha futura vida profissional.

Aos meus familiares, pais, esposa, irmãos, sobrinhos e em especial a minha filha Sofia.

Ao meu orientador prof. Eduardo Jorge P. de Oliveira, pelo incentivo e cooperação constante nas diversas etapas da realização deste trabalho; pela competência e profissionalismo que orientaram os conhecimentos científicos acerca do tema.

A todos os professores do Curso de Direito da universidade Federal de Campina Grande, pelo empenho em proporcionar aos graduandos as condições de aprendizagem indispensáveis ao eficiente exercício da profissão escolhida.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo geral trazer informações atuais e úteis aos operadores do Direito referente a relação contratual entre médico e paciente, onde se discutirá o tipo de obrigação, de Meio ou de Resultado, que o profissional da área médica assume ao realizar a cirurgia plástica ou reparadora. Para a elaboração deste trabalho foi utilizada a pesquisa bibliográfica, que consistiu no exame de obras de vários autores das áreas de direito Civil e Direito do Consumidor. Tendo como finalidade verificar o conceito, pressupostos e excludentes da Responsabilidade Civil, bem como identificar qual a Responsabilidade do Médico Cirurgião-Plástico em face ao ordenamento jurídico. Com o referido estudo ficou caracterizado que a responsabilidade do profissional de medicina deve elencar os seguintes aspectos: A conduta do agente (ação ou omissão), dano, nexo causal e culpa *stricto sensu*. Assim, pode-se dizer que o médico age com culpa quando se comporta de maneira imprudente, negligente ou atua com imperícia devendo reparar o prejuízo causado ao seu paciente caracterizando, portanto a Responsabilidade Civil do Médico.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Médico. Cirurgias plásticas.

ABSTRACT

This research aims to bring general information current and useful to the operators of the Law concerning the relation of contract between physician and patient, where they discuss it kind of compelle, or Half Results, the professional area of physician takes to perform plastic surgery or restorative. For elaboration of this work was used to search bibliografica, which consisted of an examination of works of various authors of the areas of civil law and consumer law. Having as purpose to verify the concept, assumptions and exclusionary of Liability, and identify the responsibility of the physician-surgeon plastics in the face of planning jurisdictions. With this study it was characterized that the responsibility of professional medicine should list the following: The conduct of the agent (or the silent), damage, causation and guilt in the strict sense. Thus, one can say that omdico acts with guilt when he behaves recklessly, or negligently acts with impercia must repair the prejudice caused to his patient characterized, so the Liability of physicians.

Keywords: Liability: Medical. Plastic surgery.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 RESPONSABILIDADE CIVIL: ASPECTOS HISTÓRICOS, CONCEITO E MODALIDADES	11
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	11
2.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.3 MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE	13
2.3.1. Responsabilidade Civil, Penal e Disciplinar	14
2.3.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual	15
2.3.3 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva	16
3 RESPONSABILIDADE CIVIL: GENERALIDADES	17
3.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	17
3.1.1 Conduta humana: Ação e omissão do Agente	17
3.1.2 Nexo de causalidade	18
3.1.3 Dano experimentado pela vítima	19
3.2 EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	19
3.2.1 Culpa exclusiva da vítima	19
3.2.2 Fato de Terceiro	20
3.2.3 Caso Fortuito e Força maior	21
3.2.4 Estado de Necessidade	22
3.2.5 Legítima Defesa	23
3.2.6 Exercício Regular do Direito	23
3.2.7 Estrito Cumprimento do Dever Legal	24
4 RESPONSABILIDADE DO MÉDICO CIRÚRGIO PLÁSTICO	25
4.1 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	25
4.2 DEVERES DO MÉDICO	26
4.3 ELEMENTO HISTÓRICO E CONCEITO DE CIRURGIA PLÁSTICA	27
4.4 CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA E CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA	29
4.5 RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU RESULTADO	30
4.6 O MÉDICO E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	32

5 CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS	36
ANEXO A	38

1 INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil dos Médicos nas Cirurgias Plásticas é um tema de grande alcance e que interessa a todos. A cirurgia estética, aquela em que o paciente busca apenas a melhora de sua aparência é, nos dias de hoje, cada vez mais freqüente em virtude dos padrões de beleza impostos pela sociedade, da vaidade, do avanço científico/tecnológico e da conseqüente popularização e barateamento de tais técnicas cirúrgicas.

A pessoa quando decide alterar algo em sua aparência, independentemente do que a motivou, faz na certeza de que tal intervenção terá êxito, pois caso contrário não se arriscaria em prejuízo de sua saúde. Por isso se faz importante que o médico aja com todos os cuidados necessários, cumpra seus deveres e até se recuse a intervir cirurgicamente caso exista algum risco para o paciente, pois na ocorrência de insucesso, salvo causas excludentes de responsabilidade, se dará a responsabilidade civil do médico, ensejando sua reparação e as obrigações resultantes do dano causado em virtude das cirurgias estéticas.

O trabalho está estruturado em três tópicos. O primeiro examina a responsabilidade civil do médico sob a ótica da teoria geral da responsabilidade civil, ocasião em que serão enfocados os assuntos sob análise de conceito fundamentais.

O segundo tópico versa sobre as generalidades da responsabilidade civil, seja os pressupostos da responsabilidade, que são ação e omissão do agente, nexo de causalidade, dano experimentado pela vítima, bem como as excludentes de responsabilidade, a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior e cláusula de não indenizar.

E o tópico final discorre sobre os elementos históricos e os deveres, com relação tanto ao médico como ao cirurgião plástico, em especial, a cirurgia plástica estética e a reparadora, a responsabilidade de meio e de resultado, bem como a responsabilidade do médico perante o código do consumidor, no que tange a relação médica paciente.

O médico-cirurgião plástico, como qualquer outro cidadão, é responsável por seus próprios atos, tendo por obrigação reparar os danos causados a seus pacientes ou a terceiros em razão do exercício da sua profissão.

É fato notório que o erro médico existe: porem, com a reformulação do modo de pensar da sociedade moderna, a figura do médico se modificou. E a ele está sendo atribuída obrigação de jamais errar, atitude que desafia a própria natureza humana. Essa nova

concepção motivou o crescimento de ações contra o profissional da medicina, em especial o cirurgião plástico.

Diante do exposto, procurar-se-á, através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial utilizada, estabelecer uma relação de causalidade entre a culpa e o dano médico ocorrido ao paciente como também a aplicabilidade do código de Defesa do consumidor na responsabilidade do médico; e a maneira, pela qual pode ser solucionada este problema à luz do regramento jurídico relacionado a matéria.

Daí ser necessários que os médicos-cirurgiões plásticos, alvos deste questionamento, busquem alternativas jurídicas para se defenderem da responsabilidade civil por danos causados a terceiros, pois, caso contrário, poderão vir a sofrer subtração no seu patrimônio quando, eventualmente, ocorrer algum dano a um paciente.

O tema proposto trás a comunidade acadêmica um aprofundamento das questões relacionadas à responsabilidade civil do médico, em especial, do cirurgião plástico, permitindo, assim, maiores esclarecimentos embasados na doutrina e na jurisprudência acerca do assunto, objetivando, desta forma, aprimorar os conhecimentos já existente, para que se possa haver uma conscientização dos cidadãos com relação a reivindicação de seus direitos.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL: ASPECTOS HISTÓRICOS, CONCEITO E MODALIDADES

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Mesmo nos grupos de indivíduos mais primitivos, a idéia de reparação sempre esteve presente. Nos primórdios da civilização, predominava, porém, o processo da vingança coletiva, pelo qual a ofensa a um dos componentes do grupo provocava a reação conjunta dessa coletividade contra o agressor.

Da reação coletiva passou à individual, a chamada vingança privada, onde a justiça era feita pelas próprias mãos. Uma ofensa era reparada com outra ofensa, seguindo os princípios da Lei de Talião do “olho por olho, dente por dente”. A intervenção Estatal tinha apenas o objetivo de evitar excessos, o Estado declarava quando e como a vítima poderia ter direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou.

Quando a sociedade notou que mais conveniente do que a retaliação seria a reparação do dano pelo pagamento de certa quantia em dinheiro, surgiu a composição. Com a *Lex Aquilia de Damno* a idéia de reparação pecuniária pelo autor ao dano causado se reforçou, impondo a este que suportasse com seus bens o ônus da reparação, traçando assim os pilares da responsabilidade extracontratual. A culpa como fundamento da responsabilidade aparece; somente agindo com culpa o agente seria responsabilizado pelo dano causado. Para fixar o valor do prejuízo, o Estado passou a intervir, obrigando a vítima a aceitar a composição e renunciar à vingança.

A estruturação da idéia de dolo e culpa *stricto sensu* apareceu na Idade Média, acompanhada de uma elaboração dogmática da culpa e distinguindo-se a responsabilidade civil da pena.

Com relação ao fundamento da responsabilidade civil também observamos uma evolução. O dever de reparação não se baseia mais só na culpa, mas também no risco. Toda pessoa que se aproveita dos riscos ocasionados por certa atividade deve responder pelos danos causados. Ocorreu então uma objetivação da responsabilidade, independente da prova de culpa, bastando apenas prova de que o evento danoso decorreu do exercício da atividade, para

que o prejuízo seja indenizado. Essa idéia visou proteger a pessoa humana, especialmente os trabalhadores e vítimas de acidentes.

A responsabilidade civil também evoluiu e se expandiu de forma que aumentou o número de pessoas responsáveis pelos danos, de beneficiários e de fatos que motivam a responsabilidade civil, de modo que hoje a pessoa pode ser responsabilizada por fatos de terceiros, onde a culpa é presumida, ex., os pais pelos filhos menores, como fundamento da falta de vigilância; entre tutores e tutelados; curadores e curatelados, por *culpa in vigilando*; entre comitentes e prepostos por *culpa in eligendo*; entre os transportadores e causadores do dano; seguradores e terceiros culpados; por fatos de animais e coisas sob a guarda do imputado; a respeito do número de beneficiários, uma vez que além do lesado e seus herdeiros, os que viviam sob dependência econômica da vítima, mesmo não sendo seus sucessores, também terão direito à indenização.

Relativamente a densidade ou profundidade da indenização vale-se o princípio da responsabilidade patrimonial, em que a pessoa responde com seu patrimônio pelos prejuízos causados a terceiros, fora os casos em que se disponha, ou seja admissível, a execução pessoal e nos casos de intervenção de terceiros para o cumprimento devido, de forma que todos os bens do devedor respondem pelo ressarcimento do dano, cobrindo-o em todos os seus aspectos. Vale ressaltar ainda o caso do incapaz, que possuindo recursos econômicos, e causando algum dano deve indenizar de forma justa no caso de seu responsável não ter obrigação de arcar com tal indenização ou não possuir recursos para a mesma.

2.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O significado de responsabilidade pode ser extraída da própria origem da palavra. Responsabilidade vem do latim *respondere* que quer dizer responder, ou seja, que o autor de algum ato danoso deve ser responsabilizado.

A doutrina tem buscado de diversas formas conceituar a responsabilidade civil, entretanto tem enfrentado dificuldades para tal. O que nos interessa saber quando falamos de responsabilidade é que aquele que causar dano a terceiro deve ser obrigado a repará-lo, uma vez que ninguém possui o direito de lesar outrem.

Silvio Rodrigues(2003, p. 06), afirma que:

A responsabilidade civil vem definida por Savatier como 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 dependem.

Realmente o problema em foco é o de se saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado. Esse é o campo que a teoria da responsabilidade civil procura cobrir.

Dessa forma, depreende-se de tais conceitos que a consequência precípua da execução de uma ato ilícito se constitui na obrigação de reparar o dano imposto à vítima, de forma a restabelecer a situação anteriormente existente ou, ou sendo isso impossível, compensando-a pelo infortúnio em decorrência do fato, donde se conclui que a responsabilidade civil é, pois, parte integrante do direito das obrigações.

2.3 MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE

A responsabilidade é algo que pode apresenta-se sob vários aspectos, dependendo da natureza da norma jurídica violada. Ela pode ser civil, quando alguém viola norma ou obrigação, causando dano, vendo-se, assim, submetido a reparar o prejuízo, pela recomposição do status quo ante ou pela indenização, consequência do ato lesivo, sendo que este bem lesado é de natureza privada.

A responsabilidade pode ser também penal, pressupondo-se uma turbação social, ou seja, uma lesão às normas de direito público, tendo em vista que as normas de natureza penal visam à proteção dos direitos mais nobres da sociedade, como a vida, o patrimônio, a liberdade sexual etc. Nesta, o autor do fato suportará toda uma carga repressiva por parte do Estado, como forma de se evitar a reiteração da conduta por parte do agente, ao mesmo tempo em que se buscará sua reeducação. Por fim, a responsabilidade pode ser analisada sob o aspecto disciplinar, relacionado-se aqui como descumprimento do dever inerente à profissão, isto é, com desrespeito com aos deveres relativos a função, acarretando sanções de natureza disciplinar.

Também é necessário distinguir a diferença entre responsabilidade contratual e extracontratual, aquela Cezar Fiúza (2004, p. 259) concebe como sendo decorrente

“Da celebração ou execução de um contrato, podendo ser ato lícito ou ilícito”, e esta é oriunda de ato unilateral de vontade, de prática de ato ilícito, de abuso de direito ou violação de preceito legal.

Finalmente, é bom destacar a responsabilidade subjetiva, regra do nosso ordenamento jurídico, conforme artigo 186 do Código Civil (CC), segundo a qual responde o infrator pelos atos ilícitos culpáveis e lesivos; a responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco, que consiste numa exceção em nosso ordenamento jurídico. Assim, a responsabilidade subjetiva e objetiva são maneiras diferentes de se encarar a obrigação de reparar o dano.

2.3.1. Responsabilidade Civil, Penal e Disciplinar

A responsabilidade jurídica pode ser de varias naturezas, dentre elas: Civil, Penal e Disciplinar. De início, vamos analisar, sob o aspecto jurídico, a responsabilidade civil e penal, tendo estas como ponto comum a transgressão de um dever jurídico preestabelecido, acarretando, assim, prejuízo, sem qual não se cogitaria qualquer responsabilização.

A responsabilidade civil e penal pode atingir objetos de naturezas diversas, perturbando a paz social ou apenas o individuo, ou, ainda os dois ao mesmo tempo. Desta forma, o mesmo ato ou a mesma conduta pode caracterizar-se, concomitantemente, como um crime e um ilícito civil. No direito privado, a responsabilidade tem como meta a reparação de um dano em favor do lesado; no Direito Penal, como regra, busca-se a punição, sendo que quando coincidirem as duas ações, haverá duas persecuções, uma penal e outra civil em favor dos direitos da vitima, procurando, assim, restabelecer o equilíbrio jurídico alterado pela lesão.

Além disso, a Responsabilidade Jurídica pode ser ainda disciplinar, consoante ensinamentos do notável doutrinador José Cretela Junior (2004, p. 121), que pontifica:

[...] A Responsabilidade Disciplinar atinge, tão só, o profissional. Ocorre quando este desrespeita um dos deveres relativos ao cargo, contribuindo para comprometer o bom funcionamento do serviço. Mediante a apuração da Responsabilidade Disciplinar, um setor do Direito Administrativo Disciplinar.

Como acentua Mário Mazagão (2004, p. 122): [...] A Responsabilidade Disciplinar origina-se de ação ou omissão que o profissional pratique com quebra do dever do cargo. Em razão dela, fica sujeito à penalidade de caráter administrativo, tendente a corrigi-lo ou expulsá-lo.

Essa modalidade de responsabilidade é resultado da violação de deveres consagrados nos estatutos, regulamentos ou códigos que orientam as atividades profissionais, estando o médico vinculado as regras provenientes do Conselho Regional de Medicina (CRM).

Por fim, vale a pena observar que uma condenação do médico pelo seu órgão de classe não significa uma condenação na esfera criminal ou civil. Para existir a condenação penal, é necessário que a conduta esteja tipificada como crime; do mesmo modo, no âmbito civil, devem existir a violação de um direito e o conseqüente dano material, moral ou estético ao paciente, para que possa haver uma condenação. Isso por que há independência entre as três modalidades de responsabilidade, embora uma mesma conduta possa infringir as três. Em todos os procedimentos, seja civil, penal ou disciplinar, são asseguradas ao médico as garantias do devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, tudo em conformidade com o nosso texto magno. Igualmente, o artigo XI, n 1, da Declaração Universal Dos Direitos do Homem (DUDH) (1948,p.02) garante que:

[...] Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhes tenham sido asseguradas todas as garantias necessária a sua defesa.

Portanto, o médico pode estar sujeito à responsabilidade penal, quando sua conduta estiver tipificada como crime, quando sua conduta causar dano ao paciente, sendo esta hipótese o objeto do nosso estudo; e disciplinarmente, quando ocorrer um descumprimento do dever inerente à profissão. Pode, também, a conduta do médico está sujeita as três modalidades de responsabilidade concomitantemente.

2.3.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Do dano havido em função de uma obrigação contratual preexistente surge a responsabilidade contratual, e quando havido por qualquer outra espécie de ato ilícito temos a responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

Como exemplo de responsabilidade contratual, temos a do comodatário, que por sua culpa permite o perecimento e assim deixa de entregar objeto emprestado, ou a do autor

que não entrega em prazo acertado obra ao editor gráfico. Já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana decorre do ato ilícito causado por aquele que age culposa ou dolosamente.

Segundo Silvio Rodrigues (2002, p. 09)

Na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção; na hipótese da responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar.

A doutrina mais moderna tem se colocado no sentido de que ambas as responsabilidades são de igual natureza, pois ambas se fundam na culpa, porém, em alguns aspectos estas se diferem, como no caso da prova e com relação à capacidade. No primeiro caso, na responsabilidade contratual, competirá ao devedor provar a inexistência de sua culpa ou a presença de cláusula excludente do dever de indenizar, já na relação extracontratual o ônus cabe à vítima que, para obter o ressarcimento, deverá provar a culpa do agente; já no segundo caso, com relação à capacidade, temos o exemplo do menor, que só se vincula ao contrato, sendo responsabilizado por seu inadimplemento, no caso de ter sido assistido por seu representante legal ou ter, de forma astuciosa, se declarado maior, ao passo que na responsabilidade extracontratual cumpre-lhe reparar o prejuízo sempre.

2.3.3 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

A responsabilidade é subjetiva quando se funda na idéia de culpa, de forma que a responsabilidade do agente causador do dano configura-se caso tenha agido dolosa ou culposamente, sendo indispensável prova de culpa para que surja o dever de indenizar.

Uma vez que a responsabilidade fundada exclusivamente na culpa não poderia solucionar todos os casos práticos, surgiu a teoria do risco, onde aquele que exerce atividade que cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo. Na responsabilidade objetiva é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, bastando apenas à existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e o dano.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL: GENERALIDADES

3.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A configuração dos pressupostos da responsabilidade civil não é pacífica entre os juristas, sendo bastante difícil sua caracterização ante a grande imprecisão doutrinária, visto que alguns juristas apontam o “fato danoso, o prejuízo e o liame” entre eles como seus pressupostos, outros, apresentam a “culpa e a imputabilidade”, no entanto estão essencialmente elencados no artigo 186 do Código Civil dispõe que: Aquele que por ação, omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Deste modo, segundo Gonçalves são pressupostos da responsabilidade civil: “ação ou omissão do agente; culpa dolo do agente; relação de causalidade; dano experimentado pela vítima”.

3.1.1 Conduta humana: Ação e omissão do Agente

A ação configura-se como ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando assim o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Segundo Diniz (2006, p. 43-44.):

A ação, fato gerador da responsabilidade poderá, ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. A omissão é, em regra, mais freqüente no âmbito da inexecução das obrigações contratuais. Deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade á qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta, em estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril, ataque

epilético, sonambulismo, ou por provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios, desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações e etc.

3.1.2 Nexo de causalidade

Em análise ao terceiro pressuposto, observa-se que para existir a obrigação de indenizar, faz-se imprescindível que o prejuízo sofrido pela vítima ocorra da ação ou omissão do ofensor. Logo, necessita-se deste liame para que ocorra uma relação perfeita de causa e efeito, não havendo determinada relação, inexistente, porém a obrigação de ressarcir o ato danoso.

Sobre o assunto discorre Gonçalves (2007, p. 34.):

Nexo causal é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no artigo 186 do CC. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

Para a jurisprudência:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. QUEDA NA VIA PÚBLICA. FALTA DE SINALIZAÇÃO DAS OBRAS PELO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DEMONSTRAÇÃO DO DANO E DO NEXO CAUSAL. SENTENÇA MANTIDA. “Comprovada a inércia do ente público, o dano e o nexo de causalidade, e não demonstrada a ocorrência de caso fortuito ou culpa da vítima, cabível a indenização pelo município dos danos decorrentes de queda em buraco na calçada, cuja tampa cedeu ao peso do transeunte” (Ap. Cív. n. 2008.031226-0, da Capital, rel. Des. Des. Luiz César Medeiros, j. em 14-7-2008).

No mesmo sentido, entende Diniz (2006, p. 43.):

Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre ação e o dano. Se o lesado experimentar um dano, mas este não resultar da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente. Será necessária a inexistência de causa excludente de responsabilidade, como p. ex., por culpa exclusiva da vítima; por culpa concorrente da vítima, caso em que a indenização é devida por metade ou diminuída proporcionalmente; por culpa comum da vítima e do agente; por força maior ou caso fortuito, cessando, então, a responsabilidade, porque esses fatos eliminam a culpabilidade ante a sua inevitabilidade.

Por fim, só haverá nexos causal quando a conduta direta ou indireta do agente gerar lesão à vítima.

3.1.3 Dano experimentado pela vítima

O terceiro pressuposto diz respeito ao do dano experimentado pela vítima, uma vez que não se propõe a responsabilidade se não houver dano, sendo que o ato ilícito repercute apenas na órbita de direito civil se causar prejuízo a alguém.

Entende Gonçalves (2007, p. 35.)

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A existência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, alias, sem objetivo. [...] A responsabilidade é uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. No entanto, ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo.

3.2 EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.2.1 Culpa exclusiva da vítima

Na culpa exclusiva da vítima, exclui-se qualquer responsabilidade do causador do dano. A vítima, portanto deverá arcar com todos os prejuízos, vez que o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente, não havendo possibilidade de falar em nexos causal entre sua ação e a lesão ocorrida.

Assim, se a culpa é exclusiva da vítima inexistente por aceitação a culpa do agente causador do ato danoso, e com obviedade não há relação de causa e efeito entre o ato deste e o prejuízo, pois, de acordo com a própria hipótese e por definição, a culpa foi apenas da vítima e não do agente que deu ensejo ao prejuízo. Nota-se, porém que somente se houver atuação

exclusiva da vítima haverá quebra do nexo causal. Caso haja concorrência de culpas (ou causas) a indenização deverá, por vez ser mitigada, na proporção da ação de cada sujeito.

Discorre assim Gonçalves (2007, p. 795):

Há casos em que a culpa da vítima é apenas parcial, ou concorrente com a do agente causador do dano. Autor e vítima contribuem, ao mesmo tempo, para produção de um mesmo fato danoso. Existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá uma repartição de responsabilidade, de acordo com o grau de culpa.

Não desaparecendo, assim, o liame de causalidade; havendo apenas uma atenuação da responsabilidade, hipótese em que a indenização é, em regra, devida por metade ou diminuída proporcionalmente.

Haverá, portanto, uma bipartição dos prejuízos, e a vítima, sob uma forma negativa, deixará de receber a indenização na parte relativa à sua responsabilidade.

3.2.2 Fato de Terceiro

Entende-se por terceiro, qualquer pessoa, além da vítima e o agente causador do dano. De acordo com Venosa, “terceiro é: alguém mais além da vítima e do causador do dano”.

Desta forma, o fato de terceiro pode ser o causador exclusivo do dano ou ser somente o causador concorrente do prejuízo, sendo cada uma destas hipóteses examinada separadamente.

Entende Rodrigues (2003, p. 170): Em rigor, quando o fato de terceiro é a fonte exclusiva do prejuízo, desaparece qualquer relação de causalidade entre o comportamento do indigitado responsável e a vítima.

Assim entende o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL.

RESPONSABILIDADE CIVIL.

TRANSPORTE DE DETENTO DE UMA CIDADE PARA OUTRA EM VIATURA OFICIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO PROVOCADO POR CULPA EXCLUSIVA DO TERCEIRO QUE, DESGOVERNADO NA CURVA, INVADIA A PISTA CONTRÁRIA E ATINGE FRONTALMENTE O VEÍCULO QUE SEGUIA REGULARMENTE PELA SUA MÃO DE DIREÇÃO. ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO. PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELO ESTADO E À REMESSA NECESSÁRIA, FICANDO PREJUDICADO O EXAME DO RECURSO ADESIVO INTERPOSTO PELO AUTOR.

O fato de terceiro rompe com o nexo de causalidade e, por conseqüência, afasta o dever de o Estado responder civilmente pelos danos causados em detento que estava sendo transportado em viatura oficial, uma vez constatada a ausência de qualquer contribuição deste motorista para a ocorrência do acidente de trânsito.

Em suma, o fato de terceiro pode apresentar-se como motivo exclusivo do evento danoso, em determinada hipótese, a inexistência de relação de causa e efeito entre o fato do causador direto do dano e o prejuízo experimentado pela vítima exonera aquele o dever de reparar. Para que isso aconteça, entretanto, é necessária que a ação do terceiro seja inevitável e imprevisível, e que o indigitado responsável não tenha concorrido com nenhuma parcela de culpa, sendo imputado ao terceiro a responsabilidade pelo ato danoso.

3.2.3 Caso Fortuito e Força maior

O caso fortuito e de força maior estão elencados no art. 393 do Código Civil que dispõe:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Dentre as causas excludentes de responsabilidade civil, esta se encontra com maior divergência doutrinária, em razão da compreensão de seus fenômenos e sua definição.

Deste modo, o significado do caso fortuito e de força maior, conforme Venosa (2003, p.57):

O caso fortuito (act of God, ato de Deus no direito anglo-saxão) decorreria de forças da natureza, tais como o terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto a força maior decorreria de atos humanos, tais como guerras, revoluções, greves e determinações de autoridade (fato do príncipe).

Portanto, para que reste caracterizado o caso fortuito ou de força maior, são necessários certos requisitos, destacados pela doutrina nacional: fato necessário, onde o acontecimento não é determinado por culpa do devedor, pois, se existir culpa não haverá caso fortuito, e reciprocamente, se houver caso fortuito não poderá cogitar a ideia de culpa, na

medida em que um exclui o outro; o fato deverá ser superveniente e inevitável; o fato deverá ser irresistível, longe do alcance do domínio humano.

3.2.4 Estado de Necessidade

O estado de necessidade é um conjunto jurídico, comum aos diversos ramos do direito, tanto na esfera do Direito Privado, quanto do Público, cuja característica fundamental versa na inexigibilidade de outra conduta, constituindo assim uma causa geral de inculpabilidade, em face da ação praticada pelo agente causador de dano a outrem.

Assim, o estado de necessidade pressupõe a situação de perigo atual, que o agente não provocou nem poderia evitar, atingindo voluntariamente, direito de outrem para não sacrificar direito próprio ou de terceiro, cujo sacrifício não seria provável exigir.

O Código Penal em seu artigo 24 prevê:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Deste modo, entende-se que existe o estado de necessidade quando alguém, para salvar um bem jurídico próprio ou de terceiro exposto a perigo atual, sacrifica outro bem jurídico.

Para a formação da excludente, são requisitos do estado de necessidade: Perigo atual; Inevitabilidade do perigo e inevitabilidade da lesão; Involuntariedade na causação do perigo; Inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado; Conhecimento da situação justificadora da conduta.

O estado de necessidade como vimos acerca-se de diversos requisitos, sendo de diferente configuração e natureza, que unidos auxiliam a autoridade julgadora nas decisões, quando argüida sua existência.

Em suma, deve-se observar rigorosamente em sua análise cada caso em particular, em vista de sua singularidade, devendo ser tratado sempre sob uma ótica distinta.

3.2.5 Legítima Defesa

A legítima defesa pressupõe uma injustiça, uma violação do direito subjetivo e deve ser uma reação dirigida, exclusivamente, contra o autor da injustiça, seus auxiliares e instrumentos de agressão, porém dentro de certos limites e adequadas normas.

Para Venosa(2003, p. 61):

A legítima defesa constitui justificativa para conduta. O conceito é o mesmo do Direito Penal. A sociedade organizada não admite a justiça de mão própria, mas reconhece situações nas quais o indivíduo pode usar dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, contra si ou contra as pessoas caras ou contra seus bens. A doutrina sempre enfatizou que os meios da repulsa devem ser moderados. Nessa premissa, quem age em legítima defesa não pratica ato ilícito, não havendo dever de indenizar.

Neste sentido, o Código Penal em seu artigo 25 dispõe: “Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Assim, a legítima defesa está caracterizada na injusta agressão, ou seja, a violação do direito deve ser injusta, deve ser uma violação. Não pode alegar legítima defesa quem deu causa ao fato. Outro requisito é ser a agressão atual ou iminente, Não existe a legítima defesa de agressão futura, existe, no entanto, a legítima defesa quanto à agressão iminente, que está para acontecer, neste a agressão não é futura, mas sim previsível.

Sendo a legítima defesa um ato de fazer justiça a si próprio sem recorrer à autoridade pública. É amparada pela lei porque o indivíduo agredido não está obrigado a suportar nenhum dano físico ou moral em consequência de ataque injusto.

3.2.6 Exercício Regular do Direito

O Código Penal, em seu artigo 23, inciso III, considera o exercício regular de direito como sendo causa de exclusão da antijuridicidade, atendendo-se ao fato típico.

Veja que o Direito Penal brasileiro, a doutrina e o próprio artigo 23 concebem o exercício regular de direito como sendo fato típico, passível de se amoldar aos vários tipos penais previstos no estatuto repressivo.

Contudo, existem causas legais de exclusão da ilicitude, que fazem com que o fato típico não seja considerado antijurídico, conhecidas também como causas de justificação da conduta.

Neste sentido, dispõe o artigo 188 do Código Civil:

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.

3.2.7 Estrito Cumprimento do Dever Legal

O Código Penal não determinou o conceito de "estrito cumprimento de dever legal", limitando-se a dizer que: "Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito".

Portanto, seu conceito é definido na doutrina majoritária como a causa de exclusão da ilicitude que consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei, nos exatos limites dessa obrigação. Ou seja, a lei não pode punir quem cumpre um dever que ela impõe.

Na mesma linha, assim entende a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – MORTE DO FILHO E PAI DOS AUTORES EM DILIGÊNCIA POLICIAL - PLEITO DE REPARAÇÃO DE DANO MORAL E PENSIONAMENTO – OCORRÊNCIA REPARAÇÃO DE DANO MORAL E PENSIONAMENTO – OCORRÊNCIA DE CAUSA DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE - ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. "O dano a ser suportado pelo Estado, sob a ótica da responsabilidade civil tratada na Constituição Federal, pressupõe a demonstração do nexo de causalidade com a ação atribuída a seus agentes." (AC n. 2006.029499-7, da Capital, Rel. Des.

Subst. Jânio Machado, j. 11.03.2008). Não cabe responsabilizar o Estado pela morte de quem, ainda que equivocadamente perseguido (porque outra pessoa era a procurada por roubo a banco), sendo autor do rapto criminoso da acompanhante, foge do cerco e depois resiste a tiros à diligência policial, eis que presentes, no caso, a excludente de ilicitude do estrito cumprimento de dever legal e a culpa exclusiva da vítima.

4 RESPONSABILIDADE DO MÉDICO CIRÚRGIÃO PLÁSTICO

4.1 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Nos primórdios da civilização não existiam preceitos que regulamentavam especificamente a responsabilidade do médico por dano, lesão ou homicídio culposo, de tal modo que vigorava a vingança privada como forma de reparação.

Da evolução humana e pela importância da atividade médica, surgem ainda na antiguidade normas que regulavam a responsabilidade dos médicos. O Código de Hamurabi, previa sanções por ocasião de erro médico, de modo que, se por consequência de intervenção cirúrgica, um paciente livre morresse, o médico teria suas mãos amputadas, e se fosse escravo, deveria o médico pagar o seu preço.

Já no Egito antigo, foram estabelecidas regras de conduta médica, que caso fossem seguidas, estaria o médico isento de qualquer pena, mas caso contrário era punido com a morte, independente do desfecho da doença.

Entre os visigodos, se o paciente viesse a falecer, o médico não recebia seus honorários, se causasse alguma lesão, pagava uma quantia estipulada e se o paciente viesse a falecer por consequência da intervenção, o médico era entregue à família do morto para puní-lo como bem entendessem.

Foi no Direito Romano, com a Lex Aquilia de Damno que se estabeleceu, para as legislações modernas, as bases da responsabilidade civil do médico, sendo abolida a pena de morte, substituída pelo exílio ou deportação, e no caso de escravo sucumbido, pagaria multa.

O Código de Napoleão, inspirado na noção de culpa in abstracto e na distinção entre culpa delitual e contratual, estabeleceu o princípio de que qualquer ato humano, prejudicial a outrem, obriga o autor a reparar o dano, estendendo esse imperativo aos médicos, na falta profissional praticada com negligência ou imprudência. Em 1829 a Academia Médica de Paris, voltou-se contra tal norma, não aceitando a responsabilidade pecuniária aos médicos. Somente alguns anos depois é que a jurisprudência se firmou com relação a responsabilidade médica.

No Brasil, a responsabilidade civil dos médicos é fundada na culpa, quando o médico por negligência ou imprudência causa algum dano à saúde do paciente, surge o dever de reparar.

4.2 DEVERES DO MÉDICO

Ao médico incumbe o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, empregando todo seu esforço e atenção, e utilizando-se das técnicas consagradas e aceitas, devendo respeito e obrigação ao Código de Ética.

Segundo Maria Helena Diniz (2003) no contrato médico estão contidos implicitamente alguns deveres:

a) De dar conselhos a seu cliente, devendo o médico instruir o cliente com relação às precauções exigidas em vista de seu estado, sob pena de responder por violação do dever de aconselhar.

b) Cuidar do enfermo com zelo e diligência, utilizando todos os recursos da medicina, uma vez que a falta de assistência e a negligência para com o paciente só prejudicarão sua recuperação, indo em sentido oposto ao objetivo da medicina.

c) De abster-se do abuso ou desvio de poder, não tendo o médico o direito de fazer experiências médicas com seu paciente, a não ser que isso seja imprescindível para a vida do paciente.

Raul Canal elenca em seu estudo os principais deveres médicos, retirados do Código de Ética Médica (2000, p.45- 46)

1. Agir com o máximo de zelo e o melhor de sua qualidade profissional em prol da saúde do ser humano;
2. Lutar por boas condições de trabalho e remuneração justa, a fim de exercer a Medicina com honra e dignidade.
3. Zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão.
4. Aprimorar-se continuamente e usar o melhor do progresso científico em benefício de seu paciente.
5. Guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente.
6. Jamais utilizar seus conhecimentos para provocar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para acobertar ou permitir tentativa contra a sua integridade e dignidade.
7. Exercer com total autonomia a sua profissão, recusando-se a prestar serviços a quem não deseje, salvo em casos de urgência, na ausência de outro médico, ou quando sua recusa provocar danos irreversíveis ao paciente.
8. Jamais, sob hipótese alguma, renunciar à sua liberdade profissional.

9. Nunca exercer a Medicina como comércio.
10. Não permitir que seu trabalho seja explorado por terceiros, objetivando lucro ou propósitos políticos ou religiosos.
11. Guardar absoluto sigilo quanto a informações a que tiver acesso em decorrência do exercício profissional.
12. Buscar a melhor adequação do trabalho ao ser humano.
13. Denunciar às autoridades competentes qualquer forma de poluição ou deterioração do meio-ambiente.
14. Empenhar-se para melhorar as condições de saúde pública e de serviços médicos, assumindo sua parcela de responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde.
15. Solidarizar-se com os movimentos de defesa da dignidade profissional, tanto no que se refere à remuneração condizente quanto às condições mínimas de trabalho para o exercício ético da Medicina.
16. Não renunciar a sua liberdade de escolha de meios para estabelecimento de diagnóstico e para execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.
17. Assegurar as condições mínimas para o exercício da profissão, quando investido em cargo diretivo.
18. Preservar o respeito mútuo nas relações com os demais profissionais da área de saúde.
19. Ter respeito, consideração e solidariedade para com seus colegas, sem, entretanto, eximir-se de denunciar a quem de direito atos que contrariem os postulados éticos.

4.3 ELEMENTO HISTÓRICO E CONCEITO DE CIRURGIA PLÁSTICA

Especialidade cujo nome tem origem na palavra grega (plastikos) que significa forma. A história relata informações sobre tais cirurgias que datam de 4.000 anos A.C., onde a prática de cirurgias reparadoras já era realizada entre os hindus.

Entre os egípcios, datam de 2.000 anos A.C. a prática de correções estéticas causadas por desfiguramentos, deformidades ou defeitos. Sussuruta, em 2000 A.C., relatou o “retalho indiano”. reconstruções de nariz de mutilados por questões religiosas e que ainda hoje são empregadas. Em 1.587 o médico italiano Tagliacozzi, que foi talvez um dos mais importantes cirurgiões plásticos de sua época, publica seu livro sobre a matéria.

A partir do século XIX aparecem nomes de pesquisadores importantes como Diefenbach em 1.814, Warren em 1.840, Langenbeck e Billroth em 1.861. Em 1.869 Reverdin

publica sua tese mostrando a possibilidade de transferir pele de uma região para outra (enxerto livre).

Importante ressaltar que a Igreja Católica pressionou os cirurgiões no sentido de impedir a prática da cirurgia reparadora, sob argumento de que se tratava de atividade além dos atos dos homens, por reparar os desígnios de Deus.

Com a eclosão das duas grandes guerras mundiais há uma explosão da cirurgia plástica, se convertendo em interesse social e humano. Os cirurgiões adquirem grande experiência na reparação de feridos da frente de batalha, transmitindo ao mundo científico seus conhecimentos.

Segundo Rui Stoco (2001,p. 413),

Somente em 1930 é criada a Sociedade Científica Francesa de Cirurgia Reparadora, Plástica e Estética. A expressão cosmetologia surgiu no Congresso Internacional de Dermatologia, em Bucarest, em 1935, quando Dr. Auriel Voina a apresentou em *hommage à la beauté conservée, renouée ou supplée de la femme éternelle*. E em 1950 apareceu a Sociedade Francesa de Cosmetologia, constituindo-se os seus objetivos na *therapeutique de la laiderus*.

A evocação da beleza e juventude divulgada amplamente pela mídia e tão em voga nos dias de hoje, têm levado as pessoas a desejarem mudanças em seus corpos, espelhando-se nos corpos e rostos de atrizes e modelos famosos, dispostos a enfrentar dores e inconvenientes de uma intervenção cirúrgica e até mesmo despendem de boa parte de seu patrimônio na busca de seus desejos.

A cirurgia plástica é apresentada como especialidade médica e compreende-se em duas modalidades: a estética reparadora e a estética embelezadora, sendo diferenciadas unicamente pela sua finalidade. A primeira tenciona a correção de defeitos adquiridos ou congênitos, porém a segunda visa melhorar aquilo que é motivo de insatisfação para o paciente.

Deste modo também entende Giostri (2002, p. 43).

A cirurgia plástica abrange duas searas: a estética e a reparadora. A primeira visa aperfeiçoar o físico do paciente, retirando marcas do tempo ou sinais outros que lhe perturbem o bem viver. A segunda destina-se a corrigir defeitos congênitos ou adquiridos.

4.4 CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA E CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

A cirurgia plástica se desenvolve sob duas facetas: a cirurgia plástica reparadora e a cirurgia plástica estética. Dizemos reparadora, a cirurgia plástica onde se pretende corrigir lesões deformantes, defeitos congênitos ou adquiridos. É considerada tão necessária quanto qualquer outra intervenção cirúrgica.

A cirurgia plástica estética é aquela realizada pelo paciente apenas para melhorar sua aparência. A pessoa quando se submete a tal intervenção cirúrgica não a faz com intenção ou propósito de obter alguma melhora em seu estado de saúde, mas sim para melhorar algum aspecto físico que não lhe agrada.

Segundo Tereza Ancona Lopez (1999, p.90)

Ramo da Medicina bem desenvolvido hoje é o que diz respeito às operações que visam melhorar a aparência externa de alguém, isto é, que objetivam o embelezamento da pessoa. São as operações plásticas estéticas ou cosmetológicas. Tais intervenções foram muito combatidas no passado e, atualmente, apesar de aceitas e até em moda a responsabilidade pelos danos produzidos por elas é vista com muito maior rigor que nas operações necessárias à saúde ou à vida do doente.

Acredito sim que hoje em dia na maioria dos casos as cirurgias estéticas são realizadas obedecendo a ditames da moda ou futilidades. Reportagem de Veja datada de 05/05/04, mostra pessoas que, querendo parecer com personalidades, realizam várias cirurgias até conseguir seu objetivo.

Porém, nas cirurgias estéticas, devemos atentar também aos casos de pessoas que em função de certos traços físicos se sentem incomodadas, envergonhadas ou constrangidas, chegando a afetar sua auto-estima, comprometendo sua vida social e profissional e até causando-lhe transtornos psicológicos. Claro que devemos aplicar a teoria do homem médio para fazer esta distinção, pois existe uma diferença entre a pessoa que por certo traço físico se sente afetada, da pessoa que por algum distúrbio psicológico ou traço de personalidade distinta se sente afetada por um traço físico que no homem médio não causaria maiores transtornos.

Nesse sentido, Jurandir Sebastião (2001, p.71),

[...] se o paciente tem desvio de personalidade, dando excesso de atenção a detalhes irrelevantes de sua aparência e sofrendo com isso, o médico, como pessoa equilibrada, não pode abrir mão do bom senso e do exaustivo dever de advertência,

contra-indicando a cirurgia, pelos riscos decorrentes. Quando desses deveres descursa, a ponto de ver no paciente apenas oportunidade de ganhar dinheiro fácil, deve pagar pelo mau resultado – se ocorrer.

Por fim, independentemente do que motiva a cirurgia estética – seja a futilidade ou mediocridade de pessoas influenciáveis pela mídia de massa e pelo culto à beleza, seja pela vontade de corrigir algo em seu corpo que não lhe agrada muito, ou seja por acreditar que a melhora em seu físico acabará com suas angústias, levantando sua auto-estima e acabando com seus transtornos psicológicos – o certo é que o paciente, a não ser que esteja fora de sua consciência, só aceitará submeter-se a uma intervenção cirúrgica tendo confiança de que o resultado esperado será alcançado, pois ao contrário não o faria. É por isso que o cirurgião tem o dever de comparar os riscos e benefícios, informando o paciente de forma exaustiva os possíveis riscos da cirurgia, pois assim, como senhor de si o paciente pode avaliar os riscos e decidir se compensa ou não assumir tais riscos em contrapartida da melhora estética.

4.5 RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU RESULTADO

Temos a obrigação de meio quando o contratado se obriga a prestar um serviço com diligência, atenção, correção e cuidado para atingir determinado fim, sem contudo se obrigar a um resultado, enquanto na obrigação de resultado o contratado se obriga a utilizar adequadamente dos meios e ainda obter um resultado.

Na cirurgia plástica estética que é realizada com o escopo de embelezamento a pessoa não sofre de um mal em que se faz necessário tal intervenção para repará-lo, portanto, quando uma pessoa se submete a tal intervenção, o que ela espera é o resultado satisfatório e não apenas que o cirurgião aja com diligência e conhecimento necessário pois senão de nada adiantaria arriscar-se em tal intervenção.

Nesse sentido Tereza Ancona Lopez (1999, p.91)

Quando alguém, que está muito bem de saúde, procura um médico somente para melhorar algum aspecto seu, que considera desagradável, quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico, caso contrário, não adiantaria arriscar-se e gastar dinheiro por nada. Em outras palavras, ninguém se submete a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristezas.

A jurisprudência majoritária também entende ser de resultado a obrigação assumida pelos médicos nas cirurgias plásticas estéticas,

Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume 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 (STJ – 3ª T. – Resp – Rel. Dias Trindade – j. 21.6.91 – RSTJ 33/555)

Responsabilidade Civil. Cirurgia Plástica. Dano Estético. Obrigação de indenizar. Demonstrado através de perícia o erro médico, impõe-se o dever de indenizar, independentemente da culpa, já que a cirurgia plástica é obrigação de resultado, e, não de meios. (TJRJ, 2ª Câmara Cível 2627/94, 23.08.94, data do julgamento.)

Apesar de grande parte da doutrina brasileira defender a tese de que a obrigação nas cirurgias plásticas estéticas é de resultado, alguns entendem ser obrigação de meio, dentre eles, Ruy Rosado Aguiar Junior e Raul Canal.

Raul Canal ao defender a obrigação de meio, fala sobre os que defendem ser de resultado a obrigação (2000, p. 117),

Alega-se, em consequência, que quem contrata uma cirurgia meramente cosmetológica ou estética persegue sempre um resultado satisfatório. Conseqüentemente, não se pode admitir o insucesso em tais procedimentos cirúrgicos, muito menos não satisfatórios. Ora, mas quem se submete a qualquer outro tipo de cirurgia esperando um resultado nefasto? Alguém, porventura, se submeteria a uma cirurgia cardíaco-vascular, esperando morrer na mesa de operações? Alguém, por acaso, faz um transplante de fígado e se entrega aos braços de Morfeu, quando recebe a anestesia, na firme esperança de, quando reabrir os olhos, dar bom dia a São Pedro? Evidentemente que não. Todos os seres humanos, ao se submeterem a qualquer procedimento médico, esperam dele o melhor resultado, o resultado satisfatório.

Com toda vênia, é claro que todos, até um paciente, em situação delicada, a espera de um transplante de coração, mesmo sabendo dos riscos que corre tem esperança de que tudo dê certo e sua que saúde retorne ao normal. Diferentemente do paciente estético, que como já dissemos, risco algum corre caso não sofra tal intervenção, e a faz na certeza de que sua saúde não será alterada.

Sendo assim acredito ser de resultado a obrigação assumida pelo médico nas cirurgias plásticas estéticas, pelo mesmo motivo defendido pelos doutrinadores que defendem essa teoria: a pessoa sadia que procura os serviços de um cirurgião estético, espera e acredita que o resultado será alcançado, e mais, só o faz porque o cirurgião se compromete a alcançar certo resultado.

Nesse sentido, Rui Stoco diz (2001, p. 416)

O que impende considerar é que o profissional na área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado (aliás, essa é sua atividade-fim) prevendo, inclusive, com detalhes, esse novo resultado estético procurado. Alguns utilizam-se mesmo de programas de computador que projetam a nova imagem (nariz, boca, olhos, seios, nádegas etc), através de montagem, escolhida na tela do computador ou impressora, para que o cliente decida.

Tereza Ancona Lopez acrescenta que (1999, p. 93)

[...] mesmo que se considerasse a cirurgia plástica obrigação de meios, o médico que não cumpriu o que estava no contrato foi inadimplente e deverá pagar por isso, posto que ninguém vai se sujeitar a passar por uma operação e seus riscos e amolações se não for para ficar melhor. Isto é o mínimo que se espera. Ir para a mesa de operação esperando que o médico seja diligente e esforçado, mas infelizmente este não conseguir o resultado pretendido, não convence ninguém.

É certo que a cirurgia plástica estética se tornou um comércio, onde a pessoa quer algum produto, um nariz novo por exemplo, escolhe, paga por ele e o recebe conforme combinado, e é evidente que se assim não for, que o cirurgião se responsabilize por não ter alcançado tal resultado, a não ser pelos motivos excludentes de responsabilidade.

4.6 O MÉDICO E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A comparação da atividade de prestação de serviço médico com as definições legais de consumidor, fornecedor e serviço, consubstanciado pelo Código de Defesa do Consumidor, reside em comprovar que a vida e a saúde, incontestavelmente são bens intrínsecos ao ser humano e, por isso, indisponíveis e inalienáveis. Contudo, as relações profissionais que envolvem esses tipos de bens merecem proteção quando legalmente compatíveis a uma relação de consumo comum.

Assim, constatamos que o atual exercício da atividade médica vem abrangendo um maior número de situações protegíveis pelo Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, observa-se que a prestação de serviço médico encaixa-se no conceito de relação de consumo vez que o art. 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor assim configura:

Art. 3º [...]

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Percebe-se, no entanto que a responsabilidade dos prestadores de serviços, segundo o Código de Defesa do Consumidor é em regra, objetiva, ou seja, independe de culpa.

Entretanto, há uma exceção prevista em seu artigo 14, § 4º que dispõe:

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.

Essa responsabilidade, em ambas as modalidades, surge nas relações de consumo que envolvam atividades de produção ou serviço.

Explica-se a diversidade de tratamento em razão da natureza intuitu personae dos serviços prestados por profissionais liberais. De fato os médicos são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

O entendimento jurisprudencial entende que:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO ODONTOLÓGICO. PROFILAXIA DENTÁRIA. FERIMENTO SUPERFICIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ERRO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE. LESÃO CAUSADA POR MOVIMENTO INVOLUNTÁRIO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE.

IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. A responsabilidade civil do médico/dentista é subjetiva, necessitando a comprovação da culpa, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC. 2. A obrigação assumida pelo profissional (RIO GRANDE DO SUL. **Apelação cível n: 70029289899**. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto).

Em suma, ficando configurada a culpa do médico, este será responsabilizado de acordo com as normas vigentes no Código de Defesa do Consumidor.

5 CONCLUSÃO

Dado ao alto desenvolvimento das técnicas médicas estéticas, da busca pelo corpo perfeito, da influência da mídia e da conseqüente popularização dessas cirurgias nas últimas décadas, o estudo do tema proposto se faz de suma importância, tanto para operadores do direito e comunidade médica, quanto para sociedade em geral, pois quando dos danos causados em razão de cirurgias plásticas faz-se necessário a justa reparação da vítima.

A cirurgia estética é aquela realizada em pessoa sadia que visa melhorar sua aparência física externa. O cirurgião não intervém com o objetivo de restabelecer sua saúde, mas apenas para alterar algum aspecto físico que não lhe agrada.

Em geral, devido aos métodos modernos e aos profissionais altamente especializados, as cirurgias são simples, o pós-operatório é quase indolor e as cicatrizes são mínimas, porém sempre existirão casos em que os resultados pretendidos não serão alcançados, o que na maioria das vezes é devido ao comportamento do médico, pois sua conduta definirá o sucesso ou não de uma intervenção cirúrgica.

A cirurgia estética é considerada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência majoritária obrigação de resultado, pois para que haja responsabilização do médico basta a demonstração do nexo causal e do dano sofrido pelo paciente ou a falta do resultado pactuado, não sendo necessário provar a culpa do médico, sendo esta presumida neste caso, não importando verificar se o resultado pactuado foi alcançado ou não.

Assim, importante se faz que o médico cumpra seus deveres, agindo com zelo e prudência, esclarecendo o paciente e deixando bem claro os prós e contras, as limitações existentes e possíveis complicações, desaconselhando ou negando-se a realizar a cirurgia caso julgue inadequada.

Quanto à cumulação do dano estético e dano moral vimos que tal possibilidade existe, porém só é aceito em situações graves, onde as deformações ou desfigurações que importem vergonha para a vítima causando sua rejeição no ambiente social em que vive. Nesse caso a indenização por dano estético é dado a título do sofrimento gerado pela transformação física e dano moral pelo dano causado à imagem social da pessoa.

O caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima constituem verdadeiras causas excludentes de responsabilidade e em certos casos, mesmo que o médico utilize técnicas consagradas e cuidados necessários, não obtém sucesso. Demonstrando que o insucesso da cirurgia se deu devido a características inerentes ao paciente, que não seriam

possíveis de serem identificadas anteriormente o médico se isentará de responsabilidade. Existem também casos em que devido a fatores já conhecidos algumas pessoas estão mais suscetíveis ao aparecimento de cicatrizes, então desde que o paciente tenha sido alertado sobre a possibilidade do insucesso, deve o médico ser eximido da responsabilidade.

De todo exposto, em breve considerações, perante a grandiosidade do tema, importante salientar que o que se exige do médico não é que seja onipotente e nem milagroso, mas apenas que aja conforme seus deveres, com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, empregando todo seu esforço e atenção e utilizando-se das técnicas consagradas e aceitas, que não prometa e não pactue com o paciente algo que não poderá ser realizado.

REFERÊNCIAS

CANAL, Raul. *O exercício da medicina e suas implicações legais*. Brasília: ed. Bárbara Bela, 2000.

CANTO, Jorge Luiz Lopes. *Apelação Cível nº 70029289899*. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acessado em 29 de abril de 2009.

CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: comentado pelos autores do ante projeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Resolução n. 1.246/88 do CRM.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica: as obrigações de meio e de resultado - avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2002, v. 5.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. V.10. ed. Saraiva, São Paulo, 2007.

JUNIOR, José Cretela. *Direito Romano Moderno: Introdução ao Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forencse, 2004.

JUNIOR NICOLAU, Mauro. *Sentença em Ação de Responsabilidade Civil pelo fato do Serviço cumulada com obrigação de fazer*. Disponível em: www.uj.com.br/publicacoes/pecas. Acessado em: 28 de maio de 2010.

LOPEZ, Tereza Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 2ª ed. rev., atual. e amplo. São Paulo: ed. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade Civil*. V.4. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica: civil, criminal e ética*. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil. V. 4.* 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

ANEXO A – SENTENÇA EM AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO SERVIÇO CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER

Trata-se de sentença de ação de responsabilidade civil, a qual foi julgada procedente devido à ausência do cumprimento do dever de informação do réu quanto às limitações na prática de atividades físicas e à realização de procedimento culposo a título de imperícia e negligência, quanto aos atos cirúrgicos praticados no autor, já que passado o inchado natural da intervenção cirúrgica, ele continuou com deformidade estética no nariz. Diante disso, a ré foi condenada a pagar ao autor, a título de danos morais, o valor de R\$ 36.000,00 e a título de danos materiais, R\$ 8.700,00. E em razão da sucumbência foi o mesmo condenado ao pagamento das custas processuais, taxa judiciária, honorários periciais e advocatícios, fixados estes em 15% sobre o valor da condenação.

Processo (xxx)

S E N T E N Ç A

Vistos etc.

(XXX) ajuizou ação de responsabilidade civil pelo fato do serviço, cumulada com obrigação de fazer contra (XXX) sob o fundamento de que ao ter se submetido à cirurgia para correção de desvio de septo nasal acabou por experimentar deformidade no nariz.

Citada, a ré apresentou contestação a fls. 66 sustentando que a cirurgia foi realizada pelo médico que responsabilizou em fazê-la, Dr. (XXX), e não pelo Dr. (XXX), como afirmou o autor, sendo este seu assistente e que o resultado estético que o desagrada não decorreu da intervenção cirúrgica, da qual se obteve pleno êxito, mas sim de uma “bolada” que levou jogando futebol e, não se caracterizando qualquer erro médico, impossível a obtenção de indenização.

Sustenta ainda a inexistência denexo causal, considerando este como pressuposto da responsabilidade civil e, portanto, a cargo do autor, afastando ainda a hipótese de ressarcimento de danos morais.

Audiência de conciliação a fls. 100, oportunidade em que foi proferido despacho saneador e deferida a inversão do ônus da prova. Realizada perícia médica veio o laudo a fls. 129/147 e a manifestação do assistente técnico indicado pela ré a fls. 158/161, manifestando-se as partes em seqüência sobre os ditos documentos.

Audiência de instrução e julgamento a fls. 188/198, vindo os autos em conclusão em 14 de abril de 2004.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Cuida-se de ação em que o autor após ser submetida a cirurgia para correção de desvio de septo nasal (septoplastia), alegar ter ficado com deformidade estética no nariz.

Internado em 27 de março de 2000 recebeu alta no dia seguinte, com retornos regulares para curativos e, mesmo passado o inchado natural da intervenção cirúrgica, continuou com deformidade resultante da quase inexistência de cartilagem que dá sustentação ao nariz. Passados alguns meses, exatamente no dia 05 de julho de 2000, o autor recebeu uma “bolada” no nariz ao participar de um jogo de futebol e imediatamente procurou pela clínica ré, tendo o médico que realizou a cirurgia constatado a existência de deformidade estética e indicado a realização de cirurgia corretiva. No entanto, este mesmo médico, ao prestar depoimento pessoal a fls. 191, afirma não haver submetido o autor a exame radiológico na clínica, por considerar desnecessária.

Esta afirmação, por si só, revela no mínimo ausência de cuidado com paciente que havia sido ali operador e que relatava um traumatismo exatamente no local manipulado. Mas esta alegação, estranhamente, não correspondente à realidade, visto que se encontra a fls. 147, o laudo resultante exatamente do raio X dos seios e dos ossos da face, a que se submeteu o autor, exatamente na clínica ré, por solicitação do Dr. (XXX), aquele que assistiu o Dr. (XXX) na cirurgia e lhe encaminhou o paciente quando da consulta por ocasião do traumatismo.

Ademais, se se pode considerar a conduta do autor com criticável por força de ter participado de jogo de futebol tempos após a cirurgia, mais ainda se pode dizer ser extremamente censurável a omissão da equipe médica da Clínica ré por não adverti-lo quanto às limitações na prática de atividades físicas, mormente aquelas das quais poderiam resultar lesões.

Alias, restou claro a inexistência de tal aconselhamento, inclusive quando se vê no depoimento prestado pelo Dr. (XXX) a fls. 195, que participou do ato cirúrgico como primeiro auxiliar quando afirma que “a intervenção para correção de desvio de septo (septoplastia) não interfere ou manipula o osso e a cartilagem da parte alta do nariz, de forma que considera absolutamente impossível que da intervenção cirúrgica tenha resultado a deformidade que hoje apresenta o autor... Afirma ainda que **passados dois ou três meses da cirurgia, eventuais impactos não produzem qualquer dano ao local manipulado**, uma vez que as cicatrizações já se encontravam consolidadas” (grifo do magistrado prolator).

Neste ponto há que se ressaltar que as informações categóricas e definitivas vão de encontro ao que narram os demais médicos e o próprio perito judicial, vez que todos afirmam não ser totalmente previsível a reação do organismo quando submetido à intervenção cirúrgica. E mais, se depois de 2 ou 3 meses o paciente estava totalmente liberado para voltar à vida

quotidiana, sem qualquer restrição, não há como censura-lo pelo fato de participar de um jogo de futebol, o que já fazia antes da cirurgia.

E mais, quando os íclitos médicos narram a cirurgia e a forma com que foi realizada, através da técnica de Killian (fls. 145 – laudo pericial e 25 – boletim operatório), consideram a impossibilidade de resultar lesão estética, quando “data máxima vênia”, o contrário há que ser considerado, vez que esta técnica consiste exatamente na retirada de parte da cartilagem do septo nasal que, dependendo da quantidade, pode resultar em sensível diminuição de sua resistência provocando resultados em sua formatação e, via de consequência, na estrutura do próprio nariz.

“A septoplastia é um procedimento cirúrgico dirigido à correção dos desvios do septo do nariz. Ela tornou-se uma cirurgia sistematizada a partir de Killian (1905). Desde então, célebres otorrinolaringologistas têm desenvolvido técnicas cirúrgicas diversas, cada uma com suas vantagens e desvantagens, sendo indicadas de forma individual para cada tipo específico de desvio de septo(1) (2) (3). A todas elas, porém, é comum a necessidade de descolamento do mucopericôndrio septal. Este descolamento produz ruptura de microcapilares que pode originar sangramentos pós-operatórios, que, por sua vez, podem-se apresentar na forma de epistaxe ou de hematoma de septo. Na literatura, entre as complicações deste tipo de cirurgia, a sinéquia, a epistaxe, o hematoma e a perfuração do septo figuram como as mais freqüentes (4) (5) (6).

E, como ensina o Dr. ALCIONI BOLDRINI VICENTE(7) “in” CIRURGIA DO SEPTO E CONCHAS NASAIS,

O septo nasal é uma importante estrutura de suporte do nariz que freqüentemente necessita intervenção cirúrgica devido deformidades. Os desvios de septo nasal podem resultar em obstrução nasal, sinusite, nariz torto e outras patologias. O septo nasal é composto de uma parte cartilaginosa e uma parte óssea que requerem diferentes técnicas para correção dessas deformidades. **O segmento cartilaginoso do septo nasal age como a maior estrutura de suporte do nariz** devido seus ligamentos mediais com as cartilagens laterais superiores e inferiores. **Durante a septoplastia devemos ter especial cuidado em preservar uma faixa de cartilagem septal em forma de "L" de aproximadamente 1 e ½ cm que se estende da junção osteocartilaginosa (Rhinion) até a espinha nasal anterior.**

O segmento anterior (dorsal) dessa faixa cartilaginosa em "L" suporta as cartilagens laterais superiores e dá projeção ao dorso nasal. A perda de suporte deste segmento do septo pode resultar em nariz em sela ou colapso da válvula. O ângulo septal anterior que forma o "joelho" da cartilagem em "L" suporta as cartilagens laterais inferiores através dos ligamentos interdomais. A perda de suporte septal no ângulo septal anterior pode resultar em perda da projeção da ponta nasal e retração da columela.

E, ainda com todas as vênias e sem qualquer intenção em questionar o profissionalismo e competência dos médicos que prestaram seus depoimentos neste processo, mas, buscando respostas à dúvidas que surgiram ao julgador, constatou-se que a afirmação de total impossibilidade de que da septoplastia possa resultar deformidade estética, notadamente o “nariz em sela”, relatado pelo autor é, no mínimo passível de discussão e questionamento, conforme resultados apresentados em tese de doutorado de Mario Luiz Buschinelli Dellavanzi, na **Escola Paulista de Medicina**, que teve como orientador o Prof. Dr. Pedro

Luiz Mangabeira Albernaz sob o título “Complicações e resultados funcionais em pacientes submetidos à cirurgias nasais. Estudo retrospectivo num Hospital Escola”(8), “*verbis*”:

O presente estudo descreve as **complicações intra-operatórias e pós-operatórias**, bem como o resultado funcional em pacientes submetidos a septoplastia, turbinectomia parcial inferior e septoplastia associada à turbinectomia parcial inferior. Foi realizado um **estudo retrospectivo em 82 prontuários médicos, de pacientes atendidos no ambulatório de otorrinolaringologia do Departamento de Otorrinolaringologia** e Distúrbios da Comunicação Humana da Universidade Federal de São Paulo - Escola Paulista de Medicina, no ano de 1993. **A laceração da mucosa do septo nasal e a sela do dorso nasal foram as complicações intra-operatórias mais freqüentemente encontradas**, e a sinéquia intranasal foi a complicação pós-operatória mais freqüentemente encontrada. A septoplastia pela técnica descrita por COTTLE & LORING (1946) modificada, bem como a turbinectomia parcial inferior pela técnica padronizada na Universidade Federal de São Paulo - Escola Paulista de Medicina, apresentam pouca morbidade e bom resultado funcional.

Desta forma, sendo absolutamente previsível o resultado danoso à estética do paciente, a ré, através dos médicos que atenderam ao autor, deixaram de cumprir com o dever básico de informação, resultando assim em conduta omissiva.

Desnecessário se tecer considerações sobre o fato de serem o cirurgião e seus auxiliares, empregados ou prepostos do hospital ou não, uma vez que se busca a indenização, não dos profissionais, mas sim da Clínica onde foi o autor internado e submetido a intervenção cirúrgica, relação jurídica essa, integralmente regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor, fazendo, ademais o médico responsável pela cirurgia, parte do corpo clínico do Hospital, fato nunca negado pela ré, notadamente pelo fato de comparecer ele em audiência como representante legal da Clínica tendo, inclusive, prestado depoimento pessoal nessa condição.

“Responsabilidade Civil. Indenização. Erro médico. Hospital Conveniado com a Previdência Social. Sub-rogação.

Responsabiliza-se civilmente o hospital, em virtude de erro médico ocorrido em suas dependências.

Considera-se irrelevante para fins de responsabilidade civil, o fato de ser o preposto remunerado ou não pelo próprio hospital, dada a existência de convênio com a Previdência Social, ocorrendo verdadeira sub-rogação da preposição.”

(Ap. 118.642-5 – 3a C. j. 10.12.91, rel. juiz Pinheiro Lago – TAMG).

Desta forma, ainda que não verificada qualquer conduta culposa por parte da ré, o que já de demonstrou acima não ser a realidade, o fato é que sua responsabilidade se fundamenta na desnecessidade de demonstração de conduta culposa.

Questão de fundamental importância que surge é se os hospitais, casas de saúde, clínicas e entidades semelhantes subsumem-se na disposição contida no “*caput*” do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.90) que estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, 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.”

Entende RUY STOCCO que, se o dano ao paciente é imputado ao hospital em face da atuação de seus prepostos no decorrer do exercício de sua atividade específica e típica da área médica,

então incidirá o § 4º, do art. 14 do CDC que estabelece que "*a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*" e, portanto, só através da comprovação de culpa ("*latu sensu*") é que se poderá responsabilizar o hospital e o médico pelo resultado danoso.

Contrariamente, afirma FRANCISCO CHAGAS DE MORAES(9) que:

"A responsabilidade civil do médico na qualidade de profissional liberal, em face do disposto no art. 14, § 4º do CDC, será apurada mediante verificação da culpa, regra, aliás, aplicável a todos os demais profissionais liberais, cujo elenco está relacionado no anexo art. 577 da CLT. Quando se tratar de serviços médicos prestados por hospital, como fornecedor de serviços (art. 14º, caput"), a apuração da responsabilidade independe da existência de culpa".

Da mesma forma ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN(10) quando adota o mesmo entendimento do autor por último citado obtempera:

"O Código é claro ao asseverar que só para a "responsabilidade pessoal" dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. **Logo, se o médico trabalhar em hospital, responderá apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente**",

A despeito da contundente demonstração por parte da ré da excelência de seus serviços e da extrema competência dos profissionais que compõem seu corpo clínico, e da ausência de conduta culpável que lhes possa ser imputada, à exceção do não cumprimento do dever de esclarecimento e informação, sempre teve conhecimento da impossibilidade de afastar-se de forma definitiva, categórica e total, os riscos de seqüelas resultantes das cirurgias realizadas em suas dependências e, sua atuação neste ramo de atividade, portanto, é feita com plena assunção dos riscos que lhe são inerentes. No entanto, tais fatos não lhe retiram o dever de indenizar, quando se caracterizar situação de dano concretizado em suas dependências, até porque, as únicas hipóteses excludentes da responsabilidade objetiva estabelecida no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, vêm previstas em seu parágrafo 3º *verbis*:

“O fornecedor de serviço só não será responsabilizado, quando provar:

- I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro;

Desta forma, ainda que se considerando eventuais problemas e seqüelas imprevisíveis resultantes da cirurgia (o que não se pode afirmar categoricamente em razão da omissão na realização de exames pós operatórios que pudessem comprovar que as cartilagens manuseadas tenham sido mantidas em dimensões e parâmetros compatíveis com aqueles necessários para a manutenção da estrutura do nariz), o fato é que o nexo causal entre a intervenção cirúrgica realizada junto à ré e a deformidade constatada no nariz do autor está patente, até porque a lei exige a certeza, a convicção de que o dano tenha se verificado por culpa exclusiva de terceiro ou do consumidor, e deste ônus, a ré não se desincumbiu. Tanto está demonstrado o nexo causal que as testemunhas que prestaram seus depoimentos a fls. 192, 193 e 194, são uníssonas em afirmar que após a cirurgia o nariz do autor já apresentava formato incompatível e deformidade aparente, tanto assim que:

...antes da cirurgia o autor demonstrava orgulho do formato de seu nariz, e tendo ele ficado

“mole e deformado”, depois da cirurgia, o informante e outras pessoas passaram a provoca-lo, o que era recebido pelo autor como humilhação (fls. 193).

.....reencontrou o autor que estava com o nariz no formato parecido com o que está hoje, o que gerou no depoente a iniciativa de chama-lo de “duplo nasal” e “Pinóquio” (fls. 194).

...Cerca de duas semanas após a operação ainda sentia o nariz do autor muito inchado, acreditando que havia algum problema, até porque o formato do nariz estava diferente do original... Pode afirmar que o nariz do autor não sofreu qualquer alteração após a bolada, uma vez que já estava deformado antes deste acidente... Pode afirmar que o autor não se sentia bem com a nova fisionomia, lhe causando problemas com a própria identidade, pois não mais reconhecia a sua imagem refletida no espelho, a sua imagem de antes. ... que a feição do nariz hoje apresentada pelo autor é a mesma daquela verificada logo após a cirurgia, apenas que naquela ocasião o nariz estava inchado. (fls. 192)

A citação dos três depoimentos conjuntamente sendo o de fls. 192 por último se deu exatamente pelo fato de que este, prestado pela então namorada do autor, foi colhido a título de informação, mas manteve-se coerente com os demais, bem como com as demais provas carreadas aos autos, daí sua credibilidade.

Em acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 12a Câmara Cível, relatado pela eminente Desembargadora LEILA MARIANO, se concluiu que:

“ A paciente que após parto cesariano, é acometida por infecção hospitalar, culminando em cirurgia de retirada do útero em função do agravamento do estado infeccioso, tem o direito de ser indenizada pelos danos morais decorrentes de tal conduta, independentemente da prova de concorrência de culpa do corpo hospitalar, **pois, nos termos do artigo 14 da lei 8.078/90, a responsabilidade do hospital para com seus pacientes é de cunho objetivo.**” (Ap. 505/98 – RT 761/366).

Assim, basta ao autor a comprovação da existência do dano e do nexo de causalidade entre este e a conduta do prestador de serviços, qual seja a instituição hospitalar, requisitos que se encontram suficientemente provados, a despeito do laudo pericial não haver constatado a configuração de qualquer das modalidades de culpa, o que, repita-se, é desnecessário para a hipótese em tela, para a qual a norma legal previu a hipótese de responsabilidade objetiva ao prestador do serviço hospitalar. E, da mesma forma, ineficaz para afastar a responsabilidade indenizatória da ré o fato de que o resultado funcional objetivado pela cirurgia foi plenamente atingido, o que foi dito e repetido diversas vezes pelo próprio autor, inclusive em depoimento pessoal. No entanto, seria por demais hilário, não fosse trágico, concluir-se que tendo sido atingido o resultado almejado, todas as demais conseqüências danosas de um ato cirúrgico permaneceriam indenizáveis.

Além do que, é importante voltar-se ao fato de que as afirmações feitas pelos doutores que participaram da cirurgia da impossibilidade de resultado estético danoso originado da septoplastia não encontra ressonância na literatura médica, notadamente pela extrema necessidade de cuidados com a quantidade de tecido cartilaginoso a ser retirado que, se em demasia, há probabilidade muito considerável de resultar no selamento (caída) do nariz, exatamente pelo enfraquecimento de sua estrutura.

Cirurgia corretiva de correção septal nasal, correção de septo nasal .
 Definição: desvios ou irregularidades do septo nasal. O septo, constituído de osso e cartilagem, separa as duas câmaras nasais (fossas nasais). Durante a cirurgia, é necessário um extremo cuidado para não se perfurar o septo ou enfraquecer a estrutura do nariz.

Descrição: A cirurgia visa a endireitar o septo nasal e abrandar obstruções ou outros problemas relacionados ao desvio do septo. Faz-se uma incisão interna em um lado do septo nasal. Após se levantar a membrana mucosa do osso, removem-se as partes de osso e cartilagem que estejam causando obstrução. Havendo necessidade, realiza-se uma cirurgia plástica. Finalmente, recoloca-se a membrana mucosa em sua posição original.

Indicações: A cirurgia nasal é indicada principalmente nos seguintes casos:

- obstrução das vias respiratórias nasais
- cefaléia decorrente do esporão septal
- sangramentos nasais incontroláveis
- deformidade do septo nasal descoberta em outra cirurgia intranasal

Via de regra, a obstrução das vias respiratórias nasais é conseqüência de uma deformidade septal que acarreta respiração pela boca, apnéia do sono ou infecções nasais recorrentes que demoram a reagir a antibióticos. Uma cefaléia decorrente do esporão nasal é uma dor de cabeça secundária a uma pressão vinda do septo nasal sobre o revestimento lateral do nariz (impactação septal), aliviada por meio da aplicação de uma anestesia tópica (aplicada em uma área localizada da pele) na impactação septal. Outras cirurgias intranasais indicativas de septoplastia são a polipectomia (remoção de um pólip), a etmoidectomia (intervenção no osso etmóide na parte superior da cavidade nasal), a turbinectomia (intervenção na concha nasal) e a remoção de tumor. (disponível <http://216.162.46.141/ency/article/003012.htm>, acesso em 18 de abril de 2004, às 21.51 horas)

Septoplastia

O septo é a cartilagem e divisão óssea que separa as duas fossas nasais (narinas).

As principais indicações para cirurgia nasal são:

- obstrução das vias nasais
- cefaléia decorrente do esporão septal
- sangramentos nasais incontroláveis
- deformidade do septo nasal na presença de outras cirurgias intranasais

A obstrução das vias nasais é geralmente resultado de uma deformidade no septo que causa respiração pela boca, apnéia do sono ou infecções nasais recorrentes, que respondem lentamente a antibióticos. Cefaléia decorrente do esporão septal se define como uma dor de cabeça decorrente da pressão do septo nasal sobre os revestimentos dentro do nariz (impactação septal) e aliviada por anestesia tópica (aplicada a uma área localizada da pele) na impactação septal. Outras cirurgias intranasais indicativas de septoplastia incluem a polipectomia (remoção de um pólip), etmoidectomia (operação do osso etmóide na parte superior da cavidade nasal), turbinectomia (operação da concha nasal) e remoção de tumor.

O objetivo da cirurgia é endireitar o septo nasal, aliviar as obstruções ou outros problemas relacionados ao desvio no septo. Uma incisão é feita internamente em um lado do septo. Depois que a membrana mucosa é elevada para longe do osso, as partes do osso e cartilagem

que oferecem obstrução são removidas, e a cirurgia plástica é realizada, se necessário. A membrana mucosa é então recolocada em sua posição original.

Enfocando-se agora o direito à informação do paciente, que não foi respeitado e atendido pelos profissionais médicos que o operaram, vale notar que:

A vida está permanentemente ameaçada pela doença, pela decrepitude, pela dor e pela morte; fantasmas caprichosos e persistentes que exigem constantes atenções e convincente esconjuro. Estas tarefas complicadas são desempenhadas por quem possui profundos conhecimentos, quase impenetráveis para o homem comum. Eis, pois, um ambiente em que a racionalidade dá facilmente lugar ao fantástico. Não é difícil defender a existência de um Olimpo para a medicina e alancorar a semideuses os profissionais de tão duro mester (sic.), simultaneamente magos e sábios, eventualmente detentores da alquimia da cura(11).

O texto revela o caráter sobrenatural que revestia o exercício da medicina na Antigüidade, onde os médicos eram tidos como semideuses por supostamente conhecerem os mistérios daquela Ciência.

A exaltação do médico decorria, em parte, da fragilidade do paciente diante das doenças, que às vezes eram consideradas resultado do pecado.

Assim, o desconhecimento pelo paciente dos melindres das doenças fazia do médico autoridade sobre o infortúnio e sobre o próprio paciente.

A passividade fazia do doente mero objeto do exercício da medicina, funcionando muitas vezes como experimento de novas técnicas.

Além disso, pelo caráter punitivo que era conferido à doença, o insucesso poderia ser apenas a manifestação da soberania divina, não se questionando a capacidade do médico, que geralmente era responsável pelo tratamento de todos os membros da família.

Todavia, as lutas históricas pelos direitos civis, pelos direitos humanos, aí incluídos os direitos da personalidade, possibilitou o reconhecimento do homem como fim nos processos de desenvolvimento científico, intelectual e tecnológico.

A conscientização acerca dos direitos dos consumidores aumentou significativamente a exigência quanto à qualidade dos serviços prestados, incluindo-se os serviços médicos, que cuidam de bens de indiscutível importância.

Não obstante a relevância dos bens jurídicos com que lidam os médicos, bem como as lutas históricas pelos direitos civis, a medicina somente começou a ter suas práticas questionadas ao final do século XIX, quando a sobrenaturalidade que revestia a medicina começou a desvanecer.

Afastou-se a prática em que o médico respondia sempre pelo doente decidindo sozinho o que fazer, como fazer e quando fazer, principalmente após a descoberta de inúmeras experiências não autorizadas em seres humanos.

Houve a ruptura com o período em que se a “magia” ou a “arte” médica não funcionasse nada se questionava, não se admitindo mais que o erro tenha o nome de “desígnio divino” - fatalidade.

Muito se discute sobre como atribuir ao paciente que, em regra, não possui conhecimentos técnicos para identificar e avaliar o mal de que padece, poder de decisão semelhante ao do médico. Tal questionamento acerca da capacidade do paciente em compreender a real extensão da sua decisão carece de validade, pois ignora a possibilidade de o paciente ser previamente informado e esclarecido sobre os fatores mais relevantes da situação de saúde em que se encontra.

Essa é a principal finalidade do consentimento informado, munir o paciente de informações esclarecedoras para que ele próprio possa decidir, conscientemente, sobre a adoção de eventual tratamento médico.

Não se deve afastar o direito do paciente decidir, esclarecidamente, sobre os tratamentos a que se submeterá, principalmente considerando que poderão ocorrer conseqüências permanentes, mesmo com possibilidade de que a decisão compartilhada venha a ser pior do que a decisão puramente técnica, que também não está isenta de erros.

O Prof. João Vaz Rodrigues⁽¹²⁾, do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, aborda com propriedade a questão da autonomia do paciente, vejamos:

Ao indivíduo, que se quer livre, quando não afectado por deficiência física, psíquica ou anímica comprometedora das suas faculdades naturais de entendimento ou de volição, i.e., quando juridicamente capaz para o exercício dos direitos de que é titular, a ordem jurídica reconhece, e protege erga omnes, uma considerável esfera de autonomia. E esta autonomia exprime-se, entre o mais, pela autodeterminação em relação ao próprio corpo. O mesmo é dizer, pelo respeito, pela vontade manifestada por uma pessoa sobre a sua própria esfera física, psicológica e social. Deste modo, em princípio, e por princípio, o paciente deve poder permitir ou impedir a intervenção do médico na sua esfera físico-psíquica, e, permitindo-a, deve poder pronunciar-se, na medida do possível, sobre o respectivo sentido e limite (sic).

Respeitar a autonomia é a expressão do reconhecimento de que cabe ao paciente decidir sobre o próprio corpo, segundo sua visão de vida, fundada em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando divergentes dos dominantes na sociedade ou dos defendidos pelos médicos.

O respeito à autonomia requer tolerância com diferentes visões de mundo.

O respeito que deve ser dispensado ao paciente pressupõe o dever de informar, que encontra fundamento na transparência e boa-fé, que devem guiar as relações em geral.

O exercício do consentimento informado efetiva-se após a junção da autonomia, capacidade, voluntariedade, informação, esclarecimento e o próprio consentimento.

Considerando-se o paciente como verdadeiro sujeito, e não mero objeto da atuação médica, exige-se do médico uma nova postura, facultando ao paciente os elementos imprescindíveis para que este conheça e compreenda os dados do seu problema de saúde para, a partir daí, decidir em conjunto com o médico sobre o tratamento que será ou não efetivado.

Entre os elementos de validade do consentimento informado talvez a informação seja um dos

mais importantes, motivo pela qual deve ser clara, objetiva e em linguagem compatível com o receptor.

Assim, de nada adianta o médico falar para o paciente que ele terá que se submeter a uma “laparotomia”, pois dificilmente um paciente pouco acostumado com as expressões médicas saberá do que se trata.

O normal é a ignorância quanto aos termos técnicos, devendo o médico evitar utilizá-los, salvo em situações autorizadas pelo nível intelectual do paciente receptor. De outra parte, se não impossível, é demasiadamente oneroso impor ao médico o esgotamento das informações relativas ao tratamento e à doença do paciente.

Dessa forma, o médico deve ser pontual, escolhendo quais informações são importantes para a decisão do paciente, não devendo se ater mais aos benefícios do que aos riscos, sob pena de responder por omissão de dado relevante.

A ponderação de qual linguagem e quantidade de informação a ser repassada há que considerar o grau de entendimento do paciente, assim como a gravidade da intervenção a ser efetivada.

Tal é a importância da participação do médico como orientador, que se o paciente mereceu o devido cuidado médico, com o correspondente esclarecimento sobre os riscos e benefícios dos tratamentos, assim como as variáveis envolvidas, ele não decidiu sozinho, a decisão foi tomada em conjunto, respondendo o médico pelas informações sonegadas, podendo invalidar o consentimento informado.

É bom frisar que o direito à informação na prestação de serviços está garantido no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, que deve ser adequada, clara, especificar as características e os riscos envolvidos.

A omissão do médico em informar ao paciente sobre o tratamento a que, eventualmente, terá que se submeter, bem como as conseqüências dele resultantes, ainda que em probabilidades remotas e mínimas, poderá ser classificada como negligência a justificar a responsabilização do médico.

A principal importância da informação é munir o paciente de elementos básicos à sua decisão.

É bom ressaltar a importância da informação para validade do consentimento, pois na hipótese de submissão do paciente ao tratamento médico por insuficiência de esclarecimento dos dados, inválido será o consentimento informado.

Nesse sentido o ensinamento do ilustre prof. Matielo(13),

A insuficiência ou falta de informações ao paciente ou responsável no momento da obtenção do consentimento faz com que juridicamente se cuide da matéria como se inexistisse este, porque se presume que, recebendo corretamente os dados que foram sonegados, os diretamente interessados melhor poderiam sopesar os detalhes e decidir de forma diversa.

Portanto, a informação deverá ser prestada de acordo com a personalidade, o grau de

conhecimento e as condições clínicas e psíquicas do paciente, de forma clara, abordando os dados do diagnóstico ao prognóstico, tratamentos a efetuar, riscos conexos, benefícios e alternativas, se existentes.

Quanto à forma de fornecimento das informações ao paciente, poderá ser oral ou por escrito, desde que haja certeza da compreensão dos dados, por ser elementar para a validade do consentimento.

Assim, nada impede que algumas informações mais relevantes sejam fornecidas por escrito, com suplementar indagação e exame de compreensão, principalmente em tratamentos com lesões irreversíveis.

Não obstante a lei permita nos tratamentos médicos a adoção da forma verbal, desaconselhamos sua utilização solitária nos casos que apresentem grandes margens para danos corporais ao paciente, devendo-se, assim, por cautela, informar pessoalmente sobre os riscos, benefícios, diagnóstico e prognóstico, reduzindo-se as informações por escrito mediante solicitação da assinatura do concordante.

Os analfabetos e juridicamente incapazes devem ter a vontade respeitada quanto à oposição ao tratamento, mas o processo de avaliação da compreensão e concordância deve ser explícito, principalmente nas situações que apresentem possibilidade de danos graves ao paciente, sendo exigido o consentimento do representante legal para a realização do ato médico, o que não é a hipótese em julgamento onde o autor demonstra lucidez, consciência e grau de cultura e inteligência que lhe permite entender o que lhe é explicado e determinar-se de acordo com esse entendimento que, no entanto, lhe foi negado.

O Consentimento informado é direito do paciente, enquadrado entre os direitos da personalidade, representando a autonomia do paciente sobre sua integridade física e psicológica, consistente no poder de decidir esclarecidamente sobre eventual submissão ao tratamento ou diagnóstico médico.

Na verdade, já nos advertia João Vaz Rodrigues(14) que **“o consentimento informado implica mais do que a mera faculdade de o paciente escolher o médico, ou de recusar um tratamento médico indesejado, antes constitui garantia da proteção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana”**.

O consentimento informado há muito tempo está regulamentado pelo **Código de Ética Médica**, conforme nos faz saber o prof. Léo Meyer Coutinho(15), ao comentar o artigo 46, vejamos:

Este artigo, que já constava no Código anterior, é sumamente importante. Certamente por influência da época em que o médico era visto como um semideus, ainda é freqüente um comportamento que reflete essa atitude. Não é raro, em especial os pacientes humildes, informarem, na anamnese(16), que foram operados e exibem uma cicatriz cirúrgica abdominal. Perguntamos qual cirurgia foi efetuada e ele responde: “não sei. O doutor não disse”.

Continua o citado mestre que, pela experiência na atuação médica, funciona como testemunha, a saber:

É fundamental o médico ter consciência de que o paciente não é de sua propriedade. Ele tem, e deve ser respeitada, vontade própria. Até mesmo para prescrever os medicamentos o médico deve informá-lo das finalidades.

O artigo 56 do Código de Ética Médica, por sua vez, veda a violação do direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

Ressalte-se, no entanto, que o consentimento informado constitui direito do paciente, que pode recusar o seu exercício por temer conhecer os diversos aspectos da sua doença, podendo, nesses casos, designar outra pessoa que receberá as informações e por ele decidirá.

Nesse sentido, o **artigo 59 do mencionado código veda ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento**, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo nesse caso, o consentimento ser obtido da pessoa indicada pelo paciente ou por seus familiares.

É bom lembrar que o médico deve obediência às normas contidas no Código de Ética Médica, sob pena de ser responsabilizado administrativamente, bem como dar causa à conduta dolosa ou culposa a ensejar responsabilização civil e/ou criminal.

Fabrizio Zamprogna Matielo(17), ao tratar do consentimento informado, assim ministrou:

As intervenções que acarretem risco mais acentuado, em especial as cirurgias, terão de ser previamente submetidas à apreciação do paciente ou de quem possa por ele decidir (em caso de impedimento pessoal), a fim de que seja dado consentimento, sob pena de responder o profissional por eventuais resultados negativos derivados do agir levado a efeito sem a devida concordância da parte interessada. Isto, à evidência, quando inexistir risco de vida concreto e atual, pois, estando presente perigo, deverá haver a tomada incontente das providências emergenciais destinadas a salvar a vida do paciente, sem que tal atitude represente afronta aos direitos deste.

Frise-se que o Novo Código Civil consagrou, nos artigos 13 e 15, o princípio da autonomia e da disposição sobre o próprio corpo, os quais se efetivam pelo exercício do consentimento informado, reconhecendo a importância desses direitos para o pleno desenvolvimento da pessoa.

Os direitos da personalidade são decorrências lógicas da proteção à pessoa, podendo ser natos ou adquiridos. A autonomia - disposição sobre o próprio corpo - deriva do direito nato à integridade física do indivíduo.

O Novo Código Civil prevê medidas para a cessão de lesão ou ameaça de lesão aos direitos da personalidade, aí incluído o direito à autodeterminação, assim como reparação, satisfação ou compensação pelos prejuízos sofridos, ainda que somente tenha atingido a órbita moral do indivíduo no aspecto interno.

A possibilidade compreendida pelo chamado privilégio terapêutico, consistente na desnecessidade e inexigibilidade de se contar com o consentimento informado do paciente ou de seus familiares em caso de extremo risco de morte constitui exceção ao dever de obtenção

do consentimento informado, pelo que compete ao médico a prova da existência da situação extraordinária autorizadora da intervenção, sob pena de responsabilização do médico, conforme já reconhecido pelo **Conselho Federal de Medicina**(18), a saber:

Infração aos artigos 46 e 59 do Código de Ética Médica: Efetuar procedimento médico sem esclarecimento e consentimento do paciente. Deixar de informar ao paciente os riscos e objetivos do tratamento.

I – Alterar o procedimento anteriormente planejado, quando não caracteriza emergência médica, sem o devido esclarecimento do paciente ou responsável legal constitui ilícito ético. Rel. Moacir Soprani - Proc.111/1997 - Origem: CRM-DF

Tribunal: Câmara do CFM - Publicação: D.O.U. 11/out/1999 Sec. I Pag. 17.

No caso em que o dano tenha ocorrido por fato inesperado (caso fortuito ou força maior), como por exemplo, uma reação inesperada e adversa à medicação, vez que empregada toda diligência, ainda assim, se não houver consentimento informado do paciente, o médico é responsável pelo dano ocasionado, já que não deu oportunidade esclarecida ao paciente de não se submeter ao tratamento, chamando para si todos os riscos do tratamento.

Nesse sentido é o ensinamento de Matielo(19):

Atuando contra a vontade do paciente, estará o médico deliberadamente assumindo todos os riscos por qualquer resultado danoso que venha a ocorrer, porque lhe é defeso dispor de forma livre do organismo alheio quando o titular conscientemente rejeita a atuação pretendida.

Embora as circunstâncias apontem para o óbito caso não se proceda à intervenção recomendada, estará o médico adstrito à vontade do paciente se o risco de vida não for iminente, porque soberana uma vez livremente emitida depois de munido aquele de esclarecimentos bastantes.

Continua seu magistério:

Mais do que isso, a única prova que poderá opor a eventual pretensão indenizatória derivada do agir despido de aquiescência dirá respeito à impossibilidade de esclarecer o paciente sobre o quadro de pleitear autorização dele ou de seus familiares, haja vista a necessidade premente de intervir em proveito da vida do paciente, ameaçada e destinada ao perecimento em caso de inação.

Os tribunais, ainda que de forma tímida, têm reconhecido a ausência de consentimento constitui elemento constituinte da culpa do médico, a saber:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ANESTESIA.

O anestesiológista responde pelo dano causado ao paciente, em razão do procedimento anestésico, quando não obteve previamente anuência para realizar a anestesia geral (imprudência), não realizou exames pré-anestésicos (negligência) e não empregou todos os recursos técnicos existentes no bloco cirúrgico (imperícia)(20)(Ap. Cível 597 009 992. 5ª CC. Rel. Des. Paulo Augusto Monte Lopes .Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. D.J 20.03.97.)

No caso em julgamento, nenhum óbice havia para que os profissionais médicos esclarecessem ao autor a possibilidade, ainda que remota de advir, da cirurgia, deformidade ou alteração estética que, a despeito de negado nos depoimentos pessoal e testemunhal, demonstrou-se acima que, cientificamente, não só é possível como bem provável, de forma que a ausência dos esclarecimentos e da obtenção do “consentimento informado” redundava em comportamento que caracteriza descumprimento de suas obrigações legais e éticas, ensejando o dever de indenizar pelos danos verificados.

A argumentação da ré de ausência de culpa de seus profissionais, como visto, não é eficiente para ilidir e responsabilizar indenizatória que só será afastada por demonstração inequívoca, a seu cargo, de que o danos tenham resultado de culpa exclusiva da vítima, de terceiro ou que não tenha se caracterizado a falha no serviço prestado.

Há responsabilidade contratual do hospital relativamente à incolumidade do paciente, no que respeita aos meios para seu adequado tratamento e recuperação, não havendo lugar para alegação de ocorrência de “caso fortuito”...

Essa responsabilidade somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado.(RT 751/230)

De forma que, ao aceitar a internação em suas dependências, o Hospital réu assume para com o paciente, o dever de incolumidade, e o faz de forma objetiva, como preceituado no Código de Defesa do Consumidor, obrigando-se a indenizar todo e qualquer dano experimentado por consequência dessa relação jurídica, notadamente quando se trata de seqüela consistente em deformidade estética pessoa jovem e que tem na aparência elemento que lhe é caro que, por natureza, acarreta ao paciente, transtornos não só de ordem estética como também de auto-estima, sentimento de rejeição em sociedade, aspecto anormal, o que, com certeza, lhe acarreta sentimento de inferioridade.

Ao continuar no mesmo ramo de atividade, assume os riscos pela eventualidade de ocorrência de tais seqüelas danosas, só se isentando do dever ressarcitório se demonstrar e comprovar a ocorrência de evento determinado, cuja culpa possa ser atribuída a agente específico e não simplesmente a não caracterização de conduta culposa.

Não respondem por indenização decorrente de ato ilícito pela morte de paciente por infecção hospitalar os médicos que cuidaram da vítima, e sim o hospital onde permaneceu internada, ainda que os profissionais não sejam subordinados à entidade hospitalar, pois, de acordo com o artigo 14 § 4º do CDC, o contratante somente se exculpará do evento danoso quando o profissional liberal contratado desempenhar, autonomamente, seu ofício no mercado de trabalho, o que não se aplica aos serviços profissionais prestados pelas pessoas jurídicas, seja sociedade civil seja associação profissional.
(RT. 755/269)

A entidade hospitalar, dessa forma, na condição de fornecedora de serviços, responde, independentemente de culpa, pela reparação de danos causados àqueles que internados, venham a experimentar seqüelas e danos ou qualquer outra moléstia, eximindo-se dessa responsabilidade somente se conseguir provar a inexistência do defeito ou culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiros nos termos do artigo 14 “caput” e § 3º, 1º e da lei 8.078/90.

Responsabilidade civil – Indenização. Ato ilícito. Morte de paciente por infecção hospitalar – Pretendida responsabilização dos médicos que atenderam a vítima – Inadmissibilidade, ainda que os profissionais não sejam subordinados à entidade hospitalar. Verba devida pelo hospital – Interpretação do artigo 14 § 4o, da lei 8.078/90. (Ap. 694.867-0, 11a Câmara j. 16.02.1998, rel. Juiz Antonio Marson – 1o TACivSP).

Falaz a tentativa da ré de pretender deslocar a responsabilidade para o próprio paciente que, segundo afirma, a deformidade foi constatada e comunicada aos médicos já desde a saída do hospital, tendo eles, de forma no mínimo negligente, atribuído a alteração estética ao inchaço originário da cirurgia, mas, passado tempo suficiente para que voltasse ao normal, ainda assim nada fizeram e, o que é pior, simplesmente encaminharam o autor a um cirurgião plástico para correção dos problemas por eles causados.

Veja-se que, não se faz mister atribuir ou comprovar a conduta culposa da ré, bastando para que se verifique o dever de indenizar, a demonstração da conduta, do resultado danoso e do nexo causal, uma vez que como fornecedora de serviços, responde independentemente de culpa pela reparação dos danos causados aos pacientes internados na instituição, por defeitos relacionados à própria prestação dos serviços hospitalares.

Não ficou provada e, sequer demonstrada de forma distante, a caracterização de alguma das excludentes da responsabilidade pela ré, notadamente que a deformidade sofrida pelo autor tenha se dado em consequência de traumatismo originado da “bolada”, até porque, como afirmado pelo próprio médico que atuou na cirurgia, “...passados dois ou três meses da cirurgia, eventuais impactos não produzem qualquer dano ao local manipulado...”(fls. 195) e, se assim não o é, conclusão não outra não há como se chegar, que a deformidade já existia antes mesmo da bolada, ou seja, decorreu da cirurgia.

A responsabilidade civil do hospital, conforme se depreende da regra contida no artigo 14 do CDC, é objetiva, devendo ficar demonstrado o nexo de causalidade entre o defeito na prestação do serviço e o dano causado; o hospital se isenta de responsabilidade caso fique provado que inexistiu o defeito na prestação do serviço ou se ficar comprovada a culpa exclusiva do paciente ou de terceiro (artigo 14 § 3o do CDC). (RT 770/347).

Culpa omissiva se caracteriza, de forma definitiva pelo fato de o réu através de seus médicos ou prepostos, não haver esclarecido o paciente sobre os riscos que poderia correr com a cirurgia e, neste caso sim, lhe deixando a opção em se submeter ou não à cirurgia. No entanto, para que nascesse essa possibilidade deveria a ré se desvincular do seu dever legal de esclarecimento e informação, o que não fez. Ademais, também não logrou demonstrar que a cirurgia realizada, que afirma ter tido pleno êxito, pautou-se pelos limites e parâmetros de retirada do tecido cartilaginoso, que não acarretassem o enfraquecimento da estrutura do nariz e sua consequente queda e deformidade.

Verificado o dever indenizatório, no que pertine a seu valor, vê-se que restaram seqüelas físicas no autor, como já mencionado anteriormente, resultando, ademais, em situação de humilhação sendo motivo de gozação e constantes brincadeiras, até mesmo entre amigos e familiares, o que lhe acarreta problemas de convivência em sociedade e auto-aceitação, e, no que se refere a danos patrimoniais, estes consistem no custeio da cirurgia plástica reparadora e todos seus consectários, incluindo medicamentos, internação hospitalar, anestesia e tudo o

Civil. Processual Civil. Ação de Indenização. Atropelamento por trem em passagem de nível de via férrea. Seqüela física definitiva. Danos material, moral e estético. Cumulação. Possibilidade.

O sinistro de que foi o Autor vítima causou-lhe, além da dor, sofrimento e as angústias próprios de um acidente de grande porte – atropelamento por um trem em passagem de nível de via férrea – também uma seqüela estética definitiva, qual seja, a amputação traumática de sua perna direita acima do joelho. defeito físico que o acompanhará por toda a sua existência. A inclusão, na condenação por danos materiais, do custo dos aparelhos ortopédicos e próteses, não tem o condão de substituir o dano estético. Destarte, aplicando o direito à espécie, nos termos do artigo 257, *in fine*, do Regimento Interno desta Casa, fixo o dano moral em 150 (cento e cinquenta) salários mínimos e o dano estético em igual montante (150SM).(24)

Isto posto e considerando o mais que consta dos autos. JULGO PROCEDENTES EM PARTE OS PEDIDOS, para condenar a ré a pagar ao autor, a título de danos morais, o valor de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), correspondente a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos e a título de danos materiais, R\$ 8.700,00 (oito mil e setecentos reais) conforme previsão orçamentária apresentada pelos peritos judiciais a fls. 148, bem como, todo e qualquer medicamento, exame, consulta ou tratamento que guarde relação com a seqüela experimentada pelo autor e que seja eficiente para minimizar os seus efeitos ou cura-la reparando a deformidade existente e recuperando a fisionomia original.

Todas as verbas deverão ser acrescidas de juros moratórios à razão de 1% ao mês e correção monetária a partir da verificação do dano, que se deu em 27 de março de 2000, data em que se realizou a cirurgia.

Em consequência da sucumbência, condeno também a ré a pagar as custas processuais, taxa judiciária, honorários periciais e advocatícios, fixados estes em 15% sobre o valor da condenação.

P.R.I.

CUMPRASE.

Rio de Janeiro, 19 de abril de 2004.

MAURO NICOLAU JUNIOR
Juiz de Direito

mais que se fizer necessário são de responsabilidade da ré e deverão ser ressarcidos os valores já despendidos por ela, bem como se responsabilizar por aqueles que ainda venha a se mostrar necessário.

Dano moral. Quantificação. Critérios observáveis. O dano moral deve ser arbitrado de acordo com o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, com a capacidade econômica do causador do dano, com as condições sociais do ofendido, em quantitativo consentâneo com a natureza e intensidade da humilhação, da tristeza e do constrangimento sofridos pelo ofendido, com o ato ilícito praticado pelo ofensor.

A indenização deve representar uma punição para o infrator, capaz de desestimulá-lo a reincidir na prática do ato ilícito, e deve ser capaz de proporcionar ao ofendido um bem estar psíquico compensatório do amargor da ofensa. (Des. Pestana de Aguiar, Presidente e Des. Wilson Marques, Relator).

Na fixação do *quantum debeatur*, de acordo com conhecida lição de Caio Mário, deve o juiz: 1) punir pecuniariamente o infrator, pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; 2) pôr nas mãos do ofendido uma soma, que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação.... ou seja um bem estar psíquico compensatório do mal sofrido, numa espécie de substituição da tristeza pela alegria. (Direito Civil, volume II, nº 176).

Deve o julgador considerar, também, no arbitramento, o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, para chegar a um quantitativo consentâneo com a natureza e intensidade da humilhação, da tristeza e do constrangimento sofridos pelo ofendido, com o ato ilícito praticado pelo ofensor.

Em outras palavras, a indenização deve representar uma punição para o infrator, capaz de desestimulá-lo a reincidir na prática do ato ilícito, e deve ser capaz de proporcionar ao ofendido um bem estar psíquico compensatório do amargor da ofensa.

E, vem entendendo a jurisprudência que o valor a ser fixado, resultado de arbitramento posiciona-se entre 100 e 200 salários mínimos, a título de dano moral originado da deformidade estética, como se vê adiante.

Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral e estético. Cabe a verba a título de dano estético, cuja existência foi expressamente reconhecida pelo r.acórdão. Considerando a sua natureza e o valor atribuído a título de dano moral (100 salários-mínimos), estou em fixa-la no valor equivalente a 200 salários-mínimos.(21)

Ação indenizatória. Atropelamento. Menor. Dano moral. Seqüelas irreversíveis. A vítima foi colhida na calçada de via pública, resultando em traumatismo crânio-encefálico e lesões outras de caráter grave e permanente. O *quantum* fixado a título de dano moral, orçado em 300 s.m., não se revela abusivo.(22)

Danos morais. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Fixação do valor em 200 (duzentos) salários mínimos, englobando o dano estético.

O Magistrado fixou a indenização por dano moral e pelo dano estético, englobados em 200 (duzentos) s.m. Tal valor, como já se disse, foi fixado até com certa parcimônia, por englobar tanto o dano moral como o estético.(23)