



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A responsabilidade do médico em cirurgia estética embelezadora.

Cláudia Garcia Lopes

Rio de Janeiro
2013

CLAUDIA GARCIA LOPES

A responsabilidade do médico em cirurgia estética embelezadora.

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO EM CIRURGIA ESTÉTICA EMBELEZADORA

Cláudia Garcia Lopes

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida –
UVA. Advogada.

Resumo: O presente trabalho avalia as questões relevantes que envolvem a responsabilidade civil do profissional liberal, médico, analisa as responsabilidades deste, visando a uma adequada abordagem dos pontos caracterizadores da responsabilidade do cirurgião plástico, através do exame da obrigação de meio e da obrigação de resultado. Para uma melhor aplicação da matéria, aduz à questão probatória mediante caracterização da culpa no Código de Ética Médica, na doutrina e jurisprudências atuais.

Palavras-chave: Obrigação de resultado, profissional liberal, responsabilidade subjetiva.

Sumário: Introdução. 1. A natureza da responsabilidade do cirurgião estético pelo Código de Ética Médica. 1.1. Responsabilidade decorrente da obrigação de meio. 1.2. Responsabilidade decorrente da obrigação de resultado. 2. O ônus da prova na responsabilidade civil do médico estético. 3. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça após a vigência do Enunciado 387. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O trabalho proposto tem enfoque na cirurgia estética embelezadora, que é um tema que constantemente é debatido no mundo jurídico. E esse tema ganha cada vez mais força também nos meios sociais, pois cada vez mais as pessoas procuram pelas cirurgias estéticas embelezadoras, e como é grande o número de pessoas insatisfeitas com os resultados, aumenta conseqüentemente o número de demandas processuais, nas quais as pessoas buscam suas indenizações.

A pesquisa do presente trabalho foi baseada em doutrinadores clássicos de responsabilidade médica, bem como em jurisprudências atuais, principalmente as do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O tema ganhou discussão após a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, que dispôs que a culpa do médico deve ser provada para que ele seja responsabilizado, sendo que a jurisprudência sempre entendeu que no caso de cirurgias estéticas a culpa do médico é presumida.

Pretende-se aqui ponderar se a responsabilidade do médico em cirurgia estética deve ser sempre vista como uma responsabilidade de resultado, como entende a maioria da doutrina e jurisprudência, ou se a situação deve ser analisada caso a caso face às reações fisiológicas, que por certas vezes são imprevisíveis.

Sendo assim, o presente estudo procura trazer à tona discussão sobre a responsabilidade do médico em cirurgias estéticas embelezadoras, tendo em vista que há uma proporção entre o aumento da busca pela cirurgia plástica com fins estéticos, e o aumento de demandas nas quais se busca a indenização por danos morais e/ou materiais, tendo em vista a insatisfação com os resultados obtidos.

1. A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DO CIRURGIÃO ESTÉTICO PELO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA.

O novo Código de Ética Médica entrou em vigor em 13/04/2010, por meio da aprovação da Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, do Conselho Federal de Medicina.

Com esse novo Código ficou claro que há personalidade do médico em sua atuação profissional, e sendo assim a negligência, imprudência e imperícia devem ser comprovadas,

não se pode presumir a culpa. A responsabilidade do médico não pode ser objetiva, portanto, sua culpa deve ser comprovada.

O referido novo código trouxe uma questão que colocou em discussão a questão da inversão do ônus da prova, pois se a culpa não pode ser presumida, não há que se falar em inversão do ônus da prova, pois caso contrário presumir-se-ia a culpa presumida do médico.

Mas a questão não é tão simples assim, pois no caso de cirurgia estética embelezadora, não seria razoável que um paciente que ficasse insatisfeito com os resultados obtidos na cirurgia tivesse que provar a culpa do médico, seria um contrassenso achar que um médico que se dispusesse a fazer uma cirurgia meramente para fins estéticos, não se comprometesse pelo resultado almejado.

Deve ser ressaltada que referida norma tem caráter administrativo, não é lei, e sendo assim não pode ser imposta aos médicos nem aos Tribunais, nos casos de cirurgia estética embelezadora, a jurisprudência deve continuar decidindo no sentido de ser cabível sim a inversão do ônus da prova, sendo caso de responsabilidade do médico com culpa presumida, por ser medida justa e razoável, fazendo com que bens jurídicos como a vida, a saúde e integridade física, se sobreponham em face de uma norma disciplinar administrativa.

1.1 RESPONSABILIDADE DECORRENTE DA OBRIGAÇÃO DE MEIO

Como afirmado acima, o Código de Ética Médica é uma norma de cunho administrativo, e sendo assim não tem cunho vinculatório nas decisões dos magistrados, embora possa servir de base na atuação dos profissionais médicos.

No entanto deve-se adentrar na discussão jurídica acerca da responsabilidade do médico, se ela é objetiva ou subjetiva, e para chegar-se numa conclusão precisa-se saber o que vem a ser obrigação de meio e obrigação de resultado.

No caso de obrigação de meio, trata-se de responsabilidade subjetiva, ou seja, a culpa deve ser comprovada para que haja a responsabilização do médico.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, os profissionais liberais, categoria na qual se encaixam os médicos *lato senso*, têm responsabilidade civil subjetiva, deve ser comprovada a culpa na atuação desses profissionais para que sejam responsabilizados à reparar o dano causado.

Dispõe o art. 14, §4º do mencionado Código *ipsis litteris*: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.¹

Deve então ser verificada a conduta do médico, deve-se aferir se ele agiu comissiva ou omissivamente com imprudência, negligência ou imperícia, casos em que ficará comprovada sua culpa.

Se a culpa não restar configurada o médico não será responsabilizado, tendo em vista que o ordenamento jurídico pátrio não adota a tese do risco profissional.

O médico não pode ser responsabilizado pelo fato do paciente não ter ficado curado, por ele não ter conseguido se reabilitar, o médico não se obriga a curar o paciente, e sim se obriga a empregar todos os meios e conhecimentos científicos e intelectuais para tentar curar o paciente, para melhorar sua qualidade de vida, ou seja, para obter o melhor resultado possível dentro do quadro do paciente. Veja que o médico não se obriga pelo resultado, e sim se obriga a empreender as melhores técnicas e tratamentos possíveis, se obriga a agir com prudência, diligência e perícia.

Conforme leciona Tereza Ancona Lopez:

Há obrigação de meio quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. Como exemplo, os serviços profissionais do médico que se obriga a usar de todos os

¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 set 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Art. 14, §4º.

meios indispensáveis para alcançar a cura do doente, porém sem jamais assegurar o resultado, isto é, a própria cura.²

A obrigação de meio é o tipo de obrigação constante na maior parte dos contratos de prestação de serviços médicos, contratos nos quais os médicos são responsabilizados se não agirem com da melhor maneira possível para obter o melhor resultado, então se o médico agir com diligência necessária para obter o melhor resultado, mesmo que esse não seja atingido ele não será responsabilizado, pois agiu da melhor forma possível.

Nenhum médico pode se comprometer em curar determinado paciente, tendo em vista que a cura não é proveniente somente da atuação do médico, estão em jogo outras questões das quais os médicos não detém o controle, como por exemplo, a reação do organismo ao tratamento, a gravidade da doença, as disponibilidades técnicas e medicamentosas para a doença, entre outros.

É certo então que a obrigação do médico é de meio e não de resultado, e se mesmo empregando todos os meios disponíveis para a obtenção da cura, essa não ocorrer, não pode-se falar em inadimplemento contratual por parte do médico, e esse raciocínio encontra apoio em nossa jurisprudência.

Verifica-se, a seguir:

Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil médica. Alegação da autora de que a ré, médica contratada, não teria retirado cisto em seu ovário. Imputação de culpa não provada, nos termos do que prevê o artigo 14, § 4º, do CDC. Obrigação de meio. Inexistência de demonstração do nexo de causalidade entre o suposto dano e o procedimento médico adotado pela ré. Prova pericial conclusiva no sentido de que a ré não obrou com culpa. A autora não se desincumbiu do ônus que lhe competia, à luz do artigo 333, inciso I, do CPC. Recurso a que se nega provimento.³

² LOPEZ, Tereza Ancona. *O dano estético*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 69.

³ BRASIL. Tribunal de Justiça. 20ª Câmara Cível. Ap. Civ. 2009.001.49737. Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900149737>>. Acesso em: 02 jun 2013.

A culpa não pode ser presumida pelo simples fato de tratar-se de obrigação contratual, pois os contratos podem reger tanto a obrigação de meio como a de resultado, e somente no caso dessa última que haverá a culpa presumida.

Vale consignar, portanto, que a responsabilidade do médico com relação à saúde do paciente é subjetiva, logo, a culpa deve ser comprovada, a obrigação do médico em face de tratamentos médico e terapêuticos é obrigação de meio.

Na obrigação de meio o paciente deve comprovar que o médico não agiu com a diligência exigida para o caso.

Com relação às cirurgias estéticas, deve-se primeiramente fazer a necessária distinção entre a cirurgia estética reparadora e a cirurgia estética embelezadora, tendo em vista que aquela por ser um tratamento, por ser uma tentativa de correção de deformidade física adquirida em virtude de algum acidente, ou congênita (aquela que já nasce com o indivíduo), é considerada como uma obrigação de meio, pois nesses casos, por mais que o médico seja extremamente competente, não tem como se garantir a eliminação da deformidade.

Essa conclusão se dá ao fato da cirurgia estética reparadora ser necessária, seja por finalidades terapêuticas, como no caso de queimaduras, seja por finalidades psicológicas, tendo em vista uma deformidade facial ocasionada por acidente automobilístico por exemplo.

1.2 RESPONSABILIDADE DECORRENTE DA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Após a análise feita acima acerca da responsabilidade proveniente da obrigação de meio, deve-se analisar a responsabilidade decorrente da obrigação de resultado, para uma adequada compreensão do assunto.

A cirurgia estética já foi severamente criticada, chegando-se a discutir a sua licitude, discussão já superada, cabendo a cada pessoa decidir se submeterá à cirurgia com fins estéticos, não havendo impedimento legal para tanto, pois a cirurgia plástica embelezadora é uma especialidade médica lícita.

É claro que a atividade é lícita se forem observados todos os parâmetros e normas éticas, se o paciente for informado dos riscos causados com a cirurgia.

De acordo com Grácia Cristina Moreira do Rosário⁴, a cirurgia estética embelezadora deve ser considerada como obrigação de resultado, tendo em vista o compromisso a que o médico se submete de obter determinado resultado, pois se não se garantisse o resultado almejado, não haveria o porquê da cirurgia.

Por isso a obrigação de resultado constante na cirurgia estética embelezadora, que é a cirurgia estética propriamente dita, deve ser considerada uma exceção no que concerne à obrigação do médico *lato senso*, que como já dito é obrigação de meio.

A obrigação de resultado nas cirurgias estéticas se dá ao fato do paciente não se encontrar com a saúde em risco, ele apenas se submete ao procedimento cirúrgico para alcançar o objetivo traçado.

Assim dispõe Grácia Cristina Moreira do Rosário: “A questão é extremamente delicada na medida em que, na generalidade das vezes, a cirurgia estética tem como objeto pessoa sã, sem nenhuma enfermidade, não podendo a intervenção cirúrgica alterar esse quadro”.⁵

Sendo assim, a cirurgia estética embelezadora é feita em pessoa sadia, via de regra, que apenas quer alterar alguma questão estética com a qual não esteja satisfeita, a pessoa almeja apenas melhorar a sua aparência, algum desconforto estético, e se o médico verificar

⁴ ROSARIO, Grácia Cristina Moreira do. *Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 81.

⁵ *Ibid.*, p. 87.

que o resultado pretendido dificilmente será alcançado, deve alertar imediatamente o paciente, e ainda, se abster de realizar a cirurgia, sob pena de ser responsabilizado.

É crucial que o médico informe ao paciente dos riscos da cirurgia, do risco de não se obter o resultado almejado, ele tem obrigação de informar ao paciente de todos os detalhes que envolvem esse tipo de cirurgia, deve explicar cuidadosamente as peculiaridades de cada caso, como as diferentes reações dos organismos, de cada tipo de pele e de cicatrização, os riscos de inflamações, enfim, todos os riscos possíveis.

O paciente não pode ser informado somente dos possíveis resultados que serão obtidos, pois nesse caso será facilmente comprovada a responsabilidade do médico, pela violação do dever de informar.⁶

Se não for obtido o resultado que se pretendia na cirurgia estética, o médico será responsabilizado, e terá o paciente direito à indenização pelo resultado não alcançado, pois a obrigação pactuada entre o médico e o paciente foi de resultado.

Importante salientar que a jurisprudência amplamente majoritária entende que se na execução da cirurgia não foi obtido o resultado que se queria, que se a execução foi defeituosa, isso equivaleria à inexecução total do contrato.

Em sentido diametralmente oposto entende Ruy Rosado de Aguiar⁷, de acordo com esse doutrinador os cirurgiões plásticos não estariam inseridos no âmbito da obrigação de resultado, segundo ele, o cirurgião plástico se obriga na prestação de um serviço, que é a cirurgia estética, que traz consigo um risco, pois o médico não tem como antever a reação do organismo, e sendo assim, se o profissional tomar todos os cuidados inerentes à cirurgia, se ele empregar as corretas técnicas médicas, agindo com a devida cautela e diligência, ele estará eximido da obrigação de obter o resultado.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 378.

⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. v. 718. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago 1995. p. 33-53.

De acordo com o autor anteriormente mencionado, o médico cirurgião estético somente estaria inserido na obrigação de resultado, se ele se compromettesse a atingir determinado resultado.

Afirma ainda esse autor, que exigir do médico certo resultado, é exigir dele uma conduta que ele não tem total controle, não tem como se impor ao médico que faz cirurgia estética a obrigação de se obter resultado determinado, pois o resultado também está atrelado a outras questões que não só à técnica médica, para esse autor o resultado obtido na cirurgia estética assim como em qualquer outra cirurgia depende muito das reações do corpo humano, e por isso a obrigação nas cirurgias estéticas também devem ser consideradas como obrigação de meio e não de resultado.

Contudo, como já afirmado, a maioria dos doutrinadores defendem que a cirurgia estética envolve obrigação de resultado, pois nesse tipo de cirurgia o que se almeja é justamente o resultado. Nesse sentido:

Cirurgia estética ou plástica – obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva) – indenização – inversão do ônus da prova. I - Contratada a realização da cirurgia embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II - Cabível inversão pelo ônus da prova. III – Recurso conhecido e provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros de Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, retifica-se a decisão proferida na sessão do dia 06 de abril de 1999.⁸

Corroborando o acima exposto, conclui Grácia Cristina Moreira Rosário: “Em relação ao resultado prometido ao paciente saudável que, apenas, deseja melhorar sua aparência e com isso se sentir psiquicamente melhor, surgirá uma obrigação de resultado”.⁹

Então, em se tratando de cirurgia estética embelezadora, a obrigação é de resultado, e se não for obtido o resultado almejado, considera-se não cumprido o contrato por culpa

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudência/doc.jsp?livre=Resp+81101&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em 04 jun 2013.

⁹ ROSARIO, op. cit., p. 92.

presumida do médico, merecendo o paciente indenização reparatória, salvo se o médico comprovar alguma excludente de sua responsabilidade.

Conclui-se que sempre haverá inversão do ônus na prova, pois se a culpa do médico é presumida pelo resultado não obtido, cabe ao paciente comprovar somente que o resultado almejado não foi alcançado, cabendo ao médico trazer provas que afastam a sua culpa.

2. O ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO ESTÉTICO

Como já anteriormente visto, de acordo com o art. 14, §4º do CDC, o profissional liberal tem responsabilidade subjetiva pelo dano que causar, por ter assumido obrigação de meio, no entanto, em se tratando de profissional liberal médico com especialidade estética, ou seja, aquele que faz cirurgia plástica com fins estéticos, a responsabilidade passa a ser objetiva, por ter assumido uma obrigação de resultado.

A partir desse momento em que se estabelece que a obrigação é de resultado, e sendo assim a culpa é presumida, surge uma questão, qual seja, quem deve suportar o ônus probatório?

É cediço que o ônus probatório incumbe a quem alega a existência ou inexistência de um fato atrelado a uma relação de direito, como pode se observar da simples leitura do art. 333 do Código de Processo Civil.¹⁰

Sendo assim o interesse probatório recai sobre ambas as partes, pois caberá ao autor comprovar o fato constitutivo do seu direito, e ao réu a existência de fato que exclua a sua responsabilidade.

¹⁰ Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VIII estabelece que o juiz pode inverter esse ônus da prova pré estabelecido, em favor do consumidor, em virtude da complexidade técnica da prova.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor à relação médico/paciente, pois a atividade médica é prestação de serviços, e sendo assim, conseqüentemente aplica-se o instituto da inversão do ônus da prova a essa relação, pois o paciente é consumidor, e hipossuficiente, verificando-se extrema desigualdade entre as partes.

Para que se aplique a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, devem ser observados os dois requisitos básicos para aplicação desse instituto, são eles: verossimilhança e hipossuficiência.

Verossimilhança é a situação que tem elevado grau de proximidade da verdade, e a alegação que nos faz crer que seja verídica diante de uma análise sumária da questão.

Hipossuficiência é o fato de uma das partes ser mais fraca econômica e tecnicamente que a outra, ela está ligada a uma desigualdade entre as partes. O consumidor que não tiver condições de fazer prova de seu direito, seja por incapacidade econômica, seja por incapacidade técnica em produzi-la, poderá o juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor, no caso, paciente.

Então, no caso de resultado não satisfatório no caso de cirurgia estética embelezadora, como o paciente não tem acuidade técnica para o caso na grande maioria das vezes, o ônus probatório inverte-se, ou seja, o paciente somente comprova que não obteve o resultado pretendido, cabendo ao profissional médico comprovar alguma causa que o isente de culpa, ou ainda que o exonere, como caso fortuito e força maior. Nesse sentido que se aplica a inversão do ônus da prova, quer por determinação legal, como já visto, quer pela aplicação da teoria da carga dinâmica da prova.

Pela teoria da carga dinâmica da prova entende-se pelo rompimento da concepção estática da distribuição do ônus da prova, pesando mais o processo em sua concreta realidade, atribuindo-se assim o ônus da prova à parte que tiver melhores condições no caso concreto de demonstrar os acontecimentos, de comprová-los, pouco importando a sua posição no processo. Essa teoria foi desenvolvida pelo jurista argentino Jorge W. Peyrano, para ele a carga probatória dinâmica: “obedece ao propósito de sublinhar que o esquema de um processo moderno deve necessariamente estar impregnado pelo propósito de ajustar-se o mais possível às circunstâncias do caso, evitando assim incorrer em abstrações desconectadas da realidade”.¹¹

Sendo assim, se não restar configurada a culpa, mas restando comprovado o resultado insatisfatório, surge ainda assim o dever de indenizar. Vejam portanto, que não responde o médico somente no caso em que ele não afastar sua culpa, ele responderá mesmo se sua culpa não ficar comprovada, pois como já se sabe, trata-se de culpa presumida, basta somente que o resultado não tenha sido alcançado para que o médico seja responsabilizado, tendo o paciente direito à indenização, salvo se o médico conseguir afastar sua responsabilização.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro segue essa linha de raciocínio acima explicitada como se pode ver no julgado abaixo, no qual se estabeleceu a culpa presumida do médico em cirurgia estética embelezadora na qual a paciente após a cirurgia teve piora estética:

ERRO MEDICO - CIRURGIA PLASTICA MAL SUCEDIDA - OBRIGACAO DE RESULTADO - DEVER DE INFORMAR - DANO MORAL - RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. Falta de informações. Obrigação de resultado. Culpa presumida. Tratando-se de cirurgia para fins de embelezamento assume o profissional médico uma obrigação específica de resultado, qual seja, o embelezamento da consumidora que se submeteu à operação plástica. Cirurgia para

¹¹ PEYRANO, Jorge W. apud RUCH, Erica. *Distribuição do Ônus da Prova nas Ações Coletivas Ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 365.

retirada de sinal que deu origem a uma cicatriz maior do que o próprio sinal. Laudo pericial atestando que o tempo de repouso determinado pelo médico, bem como a prescrição de medicamento, eram insuficientes para a adequada recuperação da paciente. Danos morais decorrentes não só em face dos traumáticos vestígios físicos da suposta cirurgia, mas também decorrentes do abalo à auto-estima feminina que uma situação como a retratada nos autos impõe à mulher. Verba indenizatória corretamente fixada em R\$ 15.000,00 (dez mil reais). Sentença mantida. Recursos aos quais, por maioria, se nega provimento. Vencido o Des. Antonio Saldanha Palheiro.¹²

É claro que os cirurgiões plásticos não aceitam esse entendimento discriminado com relação aos demais médicos, e há ainda um debate na doutrina no intuito de que a responsabilidade do médico seja sempre subjetiva, não havendo que se falar em culpa presumida, devendo-se em qualquer caso ser comprovada a culpa do médico para que ele seja responsável pela indenização. Os que pensam dessa forma apoiam-se no Código de Ética Médica que dispõe ser subjetiva a responsabilidade do médico seja em que especialização o profissional atuar, devendo a culpa ser comprovada, contudo como sabemos não é esse o entendimento que prevalece.

Prevalece então o entendimento que no caso de cirurgia estética embelezadora, que como o próprio nome diz o intuito é o embelezamento, é a melhora na aparência física, a obrigação é de resultado, com a culpa presumida do médico cirurgião, o qual só se livrará do dever de indenizar o paciente pelo resultado almejado não obtido se comprovar a interrupção do nexos causal ocasionado pela culpa exclusiva da vítima/paciente, ou ainda, por caso fortuito ou força maior.

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Ap. Civ. 2009.001.35526. Rel. Des. Teresa Castro Neves. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900135526>>. Acesso em: 12 jun 2013.

3. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA APÓS A VIGÊNCIA DO ENUNCIADO 387

Por muito tempo os direitos patrimoniais foram o cerne das relações civis, pois tudo girava em torno da propriedade. Com o passar do tempo foi ganhando destaque os direitos personalidade, pois a pessoa passou a ser fundamento constante nas relações civis, tendo em vista a crescente busca pela indenização por danos morais.

O dispositivo da Lei Maior que se destaca pela abordagem aos danos é o artigo 5º, que logo no inciso V, assevera que caberá indenização por dano material, moral ou à imagem, quando houver violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, conforme complementa o inciso X do preceito em comento.

No passado para que ficasse comprovado o dano moral era necessário fazer-se a prova da dor, do vexame, da humilhação, da vergonha etc, somente se poderia configurar o dano moral se ficasse comprovado esse sentimento negativo. Hoje, sabemos que para ficar caracterizado o dano moral, basta que seja comprovado a violação de um dos direitos da personalidade, não havendo necessidade de comprovação do sentimento negativo, o qual seria apenas considerado para a fixação do *quantum* indenizatório.

O dano moral é aquele que atinge algum direito da personalidade, e que de alguma forma atinge a moral e a dignidade da pessoa. Então o dano moral não se caracteriza pelo sentimento negativo, como outrora se afirmou, e sim pela violação do direito da personalidade.

Nesse novo contexto surge o dano moral *in re ipsa*, que é o dano moral presumido, ou seja, a parte que se sente ofendida não precisa provar o dano moral sofrido, o fato por si só já induz à existência de dano moral. E nessa linha de raciocínio começaram a existir julgados que entendem como *in re ipsa* o dano moral ocasionado pela cirurgia estética com resultado

insatisfatório, ou seja, basta-se comprovar que o resultado esperado não foi alcançado para que o paciente tenha direito à indenização por dano moral.

Nesse sentido, julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. 1. Evidente que a relação travada entre as partes é de consumo, enquadrando-se a autora no conceito de consumidor descrito no caput do artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como o demandado na máxima contida no caput do artigo 3º do citado diploma legal. 2. Responsabilidade civil médica que enseja a incidência do artigo 14, §4º, do CPDC, segundo o qual é subjetiva a responsabilidade dos profissionais liberais. Precedente do TJ/RJ e doutrina. 3. Cirurgia de mamoplastia, de natureza estética, e não reparadora, tratando-se, assim, de obrigação de resultado, incumbindo ao profissional comprovar que a insatisfação de quem esteve sob seus cuidados provém de fatos alheios a sua atuação. 4. Prova nos autos que demonstra ter o médico obrado com culpa, no que toca à correção dos seios. Resultado indesejado pela paciente. 5. A alegada impossibilidade de simetria perfeita e a ocorrência de álea nas cirurgias de redução de mamas não eximem o médico da responsabilidade pelo descontentamento da paciente frente ao resultado indesejável, haja vista que não há prova nos autos de que a autora tenha sido previamente informada da possibilidade de seus seios não ficarem como almejava. 6. Dentre os deveres de segurança, encontram-se presentes os deveres de informação e de boa-fé, bem como, implicitamente, a garantia de assegurar a legítima expectativa do consumidor, que se submete a procedimento cirúrgico e, após todos os procedimentos pré e pós-operatórios, vê-se frustrada diante do resultado da cirurgia plástica realizada. 7. Assim, caracterizado erro médico passível de correção, deve o causador do dano suportar o custo de procedimento cirúrgico reparatório, cujo valor deverá ser apurado em liquidação de sentença. 8. Dano moral *in re ipsa* e fixados em R\$ 5.000,00, por atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 9. Recurso parcialmente provido.¹³

O dano estético por sua vez é uma lesão à beleza física, à integridade física da pessoa, à harmonia das formas, é uma lesão então também ao direito da personalidade assim como o é o dano moral.

Classificado como um dano autônomo, o dano estético é passível de indenização quando comprovada a sua ocorrência. É o dano verificado na aparência da pessoa, manifestado em qualquer alteração que diminua a beleza que esta possuía. Pode ser em virtude de alguma deformidade, cicatriz, perda de membros ou outra causa qualquer.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça. 14ª Câmara Cível. Ap. Civ. 0026119-83.2006.8.19.0001. Rel. Des. Jose Carlos Paes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900135526>>. Acesso em: 15 jun 2013.

O dano moral distingue-se do dano estético, pois o primeiro está ligado aos sentimentos, à psique, é intrínseco à pessoa, já o segundo está atrelado às formas, à aparência física, à beleza plástica, tem a ver com a parte exterior do ser humano.

O dano estético é considerado um dano autônomo, passível de indenização quando comprovada a sua ocorrência. E o dano estético tem relação com um prejuízo material, e por isso ele pode ser cumulado com qualquer outro tipo de dano, seja ele moral ou outros danos materiais.

Para a responsabilidade civil, o dano estético ocorre quando uma pessoa sofre uma transformação para pior em sua aparência física. E Miguel Kfoury Neto¹⁴ afirma que para que haja a caracterização do dano estético a piora na aparência física da pessoa deve ser permanente, duradoura, que cause a rejeição do paciente lesado no meio em que ele vive, pois caso contrário, será uma lesão estética passageira que se resolverá em perdas e danos, e não dano estético propriamente dito.

Para muitas pessoas a indenização do dano moral cumulado com o dano estético pode parecer *bis in idem*, mas não é, pois eles atingem bens jurídicos distintos, o primeiro se relaciona ao dano interno, e o segundo se relaciona ao dano externo.

E por isso o dano estético e o dano moral são perfeitamente cumuláveis, sendo esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

Ação de reparação por danos morais e estéticos. Fato do serviço. Cirurgia plástica estética. Implantação de Fio Russo na face. Erro médico. Sentença julgando procedente a pretensão autoral. Inconformismo da ré. Entendimento desta Relatora quanto à manutenção da sentença guerreada. Cirurgia realizada no estabelecimento réu. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva da ré. Ausência de comprovação de que o profissional liberal que atendeu a autora não é preposto ou funcionário da ré, a quem cumpria a prova de tais alegações, nos exatos termos do que dispõe o artigo 333, II, do Tratado Processual Civil e o artigo 14, § 3º, do CoDeCon. A prova técnica produzida atestou a ocorrência de falha na prestação do serviço e erro médico. Dano estético na face configura dano moral *in re ipsa*. Cumulação entre dano estético e dano moral. Possibilidade. Súmula 96 do TJRJ e Súmula 387 do E. STJ. Parte ré não formulou pedido alternativo com vistas à

¹⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 270.

minoração do valor arbitrado a título de danos morais e estéticos. Manutenção da sentença.¹⁵

Essa questão é já foi pacificada pela Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe: “É possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral”.

Há ainda o entendimento pacificado no sentido de caber a cumulação desses danos ainda que decorrentes do mesmo fato, desde que seja possível distinguir com precisão as condições que justifiquem cada um deles.

Um dos recursos que serviu de base para a edição da Súmula 387, foi o caso no qual o STJ avaliou um pedido de indenização proveniente de acidente de carro em transporte coletivo. No caso, um dos passageiros perdeu uma das orelhas na colisão e ficou afastado de suas atividades profissionais por causa das lesões sofridas. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que nesse caso estavam presentes o dano moral e o dano estético, devendo o passageiro ser indenizado de forma ampla.

Em outro caso, um empregado sofreu um acidente de trabalho e perdeu o antebraço numa máquina de dobra de tecidos. A empresa que foi condenada a pagar dano moral e estético alegou que o último era uma subcategoria do primeiro, e sendo, assim não poderiam ser cumuláveis, em sua defesa a empresa alegava que seria caso de dupla imputação.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça já seguia o entendimento de que o dano moral e o dano estético eram perfeitamente cumuláveis, tendo em vista tratarem-se de valores autônomos, pois embora fossem derivados de um mesmo fato, eram passíveis de apuração separada, com causas inconfundíveis.

Por fim, vale consignar que hoje a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto a possibilidade de cumulação dos danos moral e estético.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça. 20ª Câmara Cível. Ap. Civ. 2009.001.47354. Rel. Des. Conceição Mousnier. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/qjud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900147354>>. Acesso em: 15 jun 2013.

CONCLUSÃO

Atualmente o Código de Ética Médica dispõe que o médico para que seja responsabilizado pela sua atuação profissional, deve ter sua culpa comprovada. Porém esse Código é um mero regulamento, e, portanto, não tem força normativa.

O médico cirurgião plástico não pode simplesmente fazer as intervenções cirúrgicas sem observar o devido dever de informação, sem alertar o paciente dos possíveis riscos do procedimento cirúrgico, caso contrário, essa conduta por si só já configuraria uma negligência, imprudência e até mesmo a imperícia, e por isso entende-se pela culpa presumida nas cirurgias estéticas na quais os médicos não deixam devidamente esclarecidos os possíveis insucessos, passando dessa forma a conduta do médico a ser obrigação de resultado.

Por isso, nos casos de cirurgia estética embelezadora a responsabilidade do médico é pautada na obrigação de resultado, tendo em vista que o paciente procura o procedimento cirúrgico somente com fins estéticos, com fins de melhorar a sua aparência física, não estando o paciente com nenhum problema de saúde, e sendo assim, o objetivo do contrato de prestação de serviços médicos em cirurgias plásticas embelezadoras é o próprio resultado pretendido pelo paciente.

Dessa maneira, nos casos de cirurgias estéticas propriamente ditas, a responsabilidade do médico passa a ser objetiva, com a culpa presumida, portanto, e para se ausentar dessa responsabilização o médico deve comprovar alguma excludente da responsabilidade civil.

Por consequência, se a culpa do médico é presumida nesse tipo de intervenção cirúrgica, inverte-se o ônus da prova com base no art. 6º, VIII do Código de Defesa do

Consumidor, cabendo ao médico comprovar alguma excludente da responsabilidade civil, para afastar o seu dever de indenizar o paciente insatisfeito com o resultado obtido.

A inversão do ônus da prova é direito assegurado ao consumidor/paciente, por ser parte mais fraca na relação contratual. Como o médico tem melhores condições probatórias, cabe a ele elidir a sua responsabilidade.

Por fim, ressalta-se a Sumula 387 do Superior Tribunal de Justiça que pacificou o entendimento de ser perfeitamente cumuláveis as indenizações por dano moral e por dano estético, por serem danos autônomos e protegerem bens jurídicos distintos, uma vez que o dano moral está associado ao dano psíquico, interno, enquanto o dano estético está associado à integridade física, externa. Pode então, os danos moral e estético serem cumulados em virtude de um mesmo fato, desde que possível a identificação autônoma de lesão ao bem jurídico que cada um deles tutela.

REFERÊNCIAS:

AGUIAR JÚNIO, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*.v.718. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Pulo: Atlas, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, Tereza Ancona. *O Dano Estético*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEYRANO, Jorge W. apud RUCH, Erica. *Distribuição do Ônus da Prova nas Ações Coletivas Ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROSARIO, Grácia Cristina Moreira do. *Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.