



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica em face do Direito da Personalidade

Ricardo Nohra Simões

Rio de Janeiro
2010

Ricardo Nohra Simões

A Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica em face do Direito da Personalidade

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Profa. Katia Silva

Profa. Mônica Areal

Profa. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA CIRURGIA PLÁSTICA EM FACE DO DIREITO DA PERSONALIDADE

Ricardo Nohra Simões

Graduado pelo Instituto Militar de Engenharia. Engenheiro. Pós-Graduado pela Pontifícia Universidade Católica e pela Coordenação dos Programas de Pós-Graduação em Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo: O presente trabalho é uma proposta de estudo da responsabilidade civil médica na cirurgia plástica e, conseqüentemente, da apuração da responsabilidade de cirurgiões, que, visando ao lucro financeiro, causam danos morais, materiais e psíquico-emocionais a seus pacientes. Tais danos, por acabarem aviltando a dignidade desses pacientes, corroboram para o crescente número de ações judiciais, nas quais se busca justa reparação em decorrência de tais cirurgias.

Palavras-chave: Cirurgia, Plástica, Responsabilidade Civil, Direito da Personalidade, Código de Defesa do Consumidor.

Sumário: Introdução. 1. Histórico. 2. Responsabilidade Civil - Conceito. 3. As Responsabilidades Existentes Entre Médico e Paciente 4. Obrigação de Meio e de Resultado. 4. Apuração das Responsabilidades. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma proposta de estudo da responsabilidade civil médica na cirurgia plástica e, conseqüentemente, da apuração da responsabilidade na reparação dos

danos causados pelos cirurgiões, que, visando ao lucro financeiro, causam danos estéticos aos seus pacientes, impondo-se, então, a esses profissionais o dever jurídico de reparar.

A responsabilidade civil, no sentido etimológico, exprime a idéia de obrigação de encargo. Em sentido jurídico, designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de uma obrigação jurídica. Em síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Diante dos problemas sociais e em face da contínua transformação nas realizações das cirurgias plásticas, o legislador pátrio busca minimizar os riscos que envolvem as intervenções cirúrgicas, responsabilizando civilmente o profissional responsável.

Um dos elementos centrais aqui a serem discutidos versa sobre o fato de a cirurgia plástica poder ser reparadora ou estética, sendo assim, trata-se de obrigação de meio ou de resultado. Será enfocada, especialmente, a apuração da responsabilidade da clínica ou do médico e, conseqüentemente, a sua natureza, se responsabilidade objetiva ou subjetiva. É fundamental, neste estudo, a distinção entre as espécies de responsabilidade civil: se é modalidade de responsabilidade contratual ou extracontratual.

A doutrina nacional, quando se trata da natureza jurídica da obrigação do profissional liberal que exerce a medicina, discute se esta representa obrigação de meio ou de resultado. Essa definição torna-se fundamental, à medida que a obrigação de meio decorre da responsabilidade subjetiva e a de resultado advém da responsabilidade objetiva.

A Constituição Federal promulgada em 1988 elevou a garantia constitucional, no seu artigo 5º inciso XXXII, quando determina que o Estado promova a defesa do consumidor. Essa foi uma manifestação importante do legislador, no sentido de reconhecer a vulnerabilidade do cidadão nas relações de consumo. O que se busca demonstrar no decorrer

deste trabalho é que a relação entre médico e paciente está sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor.

Busca-se trazer à tona a questão controvertida dentro de um contexto entre a dignidade da pessoa humana, ou seja, a responsabilidade civil na cirurgia plástica à luz da violação ao direito da personalidade do paciente. A vítima, entretanto, tem muita dificuldade em fazer a prova da culpa, especialmente em caso de dano causado por médicos, devido ao corporativismo da classe profissional.

Com a Constituição de 1988, o homem ocupa o lugar no centro do ordenamento jurídico, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. Logo no seu primeiro artigo, inciso III, a Constituição Federal consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos seus principais fundamentos, porque ela é a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito a honra, a privacidade, a integridade física, todos esses direitos, expressam a dignidade. A proteção à vida e à integridade física e moral dos indivíduos é um direito natural, direito este constitucionalmente garantido a todos. A esse princípio ético fundamental da humanidade corresponde uma obrigação Estatal de segurança jurídica nas relações interpessoais, ou seja, todo aquele que exerce uma atividade, ou ainda, que detém um poder, deve assumir os respectivos resultados, se são prejudiciais a outrem.

Diante de todos os direitos já expostos, nota-se que o verdadeiro problema na cirurgia plástica não advém tão-somente do fato de ser reparadora ou não, o problema causador da grande demanda em nossos tribunais decorre da falta de prévia informação ao paciente dos riscos inerentes ao submeter-se às cirurgias plásticas.

O ponto crucial que ensejou este trabalho é a banalização da cirurgia plástica por pessoas, que, procurando nesta uma forma de valorizar sua autoestima, muitas vezes confrontam-se com diversas espécies de danos morais, materiais e psíquico-emocionais, que

aviltam a sua própria dignidade e corroboram para o crescente número de ações judiciais, nas quais se busca a reparação por danos sofridos em decorrência de tais cirurgias.

1. HISTÓRICO

No princípio da civilização humana, em âmbito primitivo, na evolução histórica da responsabilidade médica, através dos tempos, predominou durante milênios, o empirismo. Curiosos observadores receitavam determinadas ervas, para amenizar a dor. Nesta fase mais antiga, o médico não era um especialista, mas sim considerado um mago ou sacerdote, dotado de poderes sobrenaturais.

As normas que regiam esse momento histórico tiveram, durante séculos, um caráter religioso, provido de inspiração divina. Assim foi elaborado o Código de Hammurabi (1790-1770 A.C.), o primeiro documento histórico que menciona o erro médico, que também contém normas a respeito da profissão médica em geral.

Esse código de origem mesopotâmica é um monumento preservado de codificação jurídica e encontra-se no Louvre, em Paris. É um bloco de pedra basáltica, inscrito em caracteres cuneiformes, que tem uma estrutura de 2,25 m de altura, 1,60 m de circunferência e 2,00 m de base achatada, e contém 282 artigos.

Naquela época, se a cura desejada não ocorresse, a culpa recaía sobre o médico, acompanhada da acusação de imperícia e incapacidade, e este recebia severas penas. Caso ocorresse a morte do paciente, as sanções aplicadas iam até a amputação da mão do médico imperito.

Portanto, é óbvio que só cirurgias de extrema simplicidade eram realizadas; os médicos temiam a punição de um insucesso, em cirurgia de maior risco e complexidade, até porque a anatomia humana era muito pouco conhecida.

Em Roma, a responsabilidade civil recebeu do Direito Romano os principais princípios, que mais tarde seriam cristalizados na legislação moderna. Antes predominava a vingança privada, forma primitiva e selvagem de reagir ao mal sofrido.

O legislador romano apropriou-se da idéia e passou a determinar quando, e em que circunstâncias o cidadão poderia exercer a vingança privada. Prova disso era a pena de Talião, encontrada na Lei das XII Tábuas, que defendia a determinação: “olho por olho, dente por dente”. A vingança privada operava de maneira bifronte, reparando o dano e punindo o autor, tratava-se de uma reação natural, espontânea, inerente ao ser humano.

O homem, com o tempo, foi tomando consciência de que muito mais adequado do que “fazer justiça com as próprias mãos”, movido pelo calor da vingança, seria entregar a questão a um terceiro, um árbitro que ajudasse a chegar a um consenso. A sociedade tomou consciência de que a regulamentação dos conflitos ultrapassava o interesse do particular, constituindo, pois, *munus público*.

Sobreveio, então, a Lei de Aquília, originando os primeiros rudimentos da responsabilidade médica, que previa a pena de morte ou a deportação do médico culpado de falta profissional. Num primeiro momento, admitia-se a responsabilidade médica, especialmente a que decorria de imperícia do profissional.

Já num segundo momento, com a evolução cultural, jurídica e sanitária da medicina, organizando-se cursos, codificando um sistema de proteção à saúde, iniciou-se também a especialização médica.

No Egito, os médicos tinham elevada posição social e se confundiam, muitas vezes, com os sacerdotes. Os egípcios possuíam um livro contendo todas as normas de conduta

obrigatória a serem seguidas pelos médicos, desde que respeitassem as regras de conduta do profissional, mesmo que o paciente viesse a morrer, não eram punidos.

No Egito, o problema da saúde não era considerado um fato privado do cidadão, mas sim um fato de interesse público em prol da coletividade. Vigoravam normas de higiene e habitação, dentre outras.

Mas se algum insucesso ocorresse com o paciente e fosse observado que o profissional não seguiu à risca o código da profissão, ele era impedido de exercer a medicina, e, se por ventura o paciente viesse a falecer, seguia-se a pena capital para o médico acusado de ter praticado enganosas e temerárias experiências curativas.

Considerar o médico imune de responsabilidade, pelo fato de ter seguido as normas do “Livro Sagrado”, na realização do exercício de sua profissão, equivaleria, hoje, a nunca responsabilizar o médico, por simplesmente este ser detentor de sua graduação.

Na Grécia, houve o verdadeiro estudo no campo da medicina, advindo da filosofia aristotélica, não apenas baseada na noção empírica, mas permeada de elementos racionais e científicos.

Começou lentamente a aparecer o princípio da culpa médica, a qual não se presume pelo simples fato de ele não ter conseguido êxito, mas deve ser abalizada individualmente, com base na conduta do profissional. Por isso a culpa médica deveria ser analisada por um conselho de médicos, o que corresponde, na atualidade, ao perito judicial.

Num primeiro momento, quando o exercício da profissão era considerado indigno, o desprestígio da medicina decorria do fato de o mercado de trabalho ter atraído para Roma grupos de gregos, que, não obstante exercessem a profissão, pouco entendiam de medicina. Conseqüentemente, em face dos inúmeros insucessos, adotaram-se penas severas para esses médicos mal sucedidos: trabalhos forçados, chibatadas e, a mais grave, a crucificação.

Na França do século XIX, com a decisão da Academia de Medicina de Paris em 1829, quase desapareceu a responsabilidade jurídica médica, pois a academia entendeu que os médicos só teriam responsabilidade exclusivamente moral.

Essa decisão pretendia criar uma espécie de imunidade, e, para ocorrer responsabilização médica, deveria ocorrer uma falta grave na conduta do profissional, e, conseqüentemente, só poderiam responder os médicos por negligência ou torpeza, em caso de ocorrência de um erro grosseiro, para que se caracterizasse a culpa médica.

Atualmente, com a evolução histórica, é plena a responsabilização do dano médico na França, que analisa a culpa pela afirmação de que o erro não é dar todas as chances ao paciente de sobrevivência, pois se o médico perdeu apenas uma chance de alterar aquilo de que se resolveu danoso, deve este responder na exata proporção do evento danoso. É o que corresponde hoje à determinação do Código Civil em seu artigo 944, ou seja, a indenização deve ser proporcional a extensão do dano.

À medida que a civilização se desenvolve, tornam-se mais complexas as relações sociais. É inevitável, em tais condições, o atrito de interesses, cada vez mais intenso, desdobrando-se em problemas de responsabilidade civil.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO

A responsabilidade civil médica e o dano estético são temas há muito debatidos dentro do Direito brasileiro, seja no campo civil, penal ou mesmo ético. Isso se deve, pois, aos avanços relevantes da nossa legislação, com grande modificação quanto ao reconhecimento do povo como cidadãos, principalmente com a Constituição da República Federativa do Brasil

de 1988, que instituiu, além de outras garantias, o direito à saúde, à imagem e à integridade física do ser humano. Assim, confirmou os cidadãos como entes participativos no meio social, fazendo com que todos buscassem com mais voracidade os seus direitos, e, conseqüentemente, grande foi o aumento do número de ações indenizatórias com o sentido de reparar os danos causados por profissionais da saúde.

No entanto, é no âmbito da responsabilidade civil que se encontrarão as maiores discussões acerca do tema, devido não somente aos avanços e à relevância da atividade médica, como também por ocasião do surgimento e aplicação das normas constantes do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil, que diversas inovações trouxeram, principalmente no que tange à relação médico e paciente.

Com a evolução da sociedade e o inconformismo das vítimas, passou-se a exigir reparações das lesões sofridas, causadas em decorrência do erro médico. A partir desse momento, a responsabilidade civil do médico passou a ser estudada com maior profundidade. A atividade do médico começou a se questionada, avaliada, alcançando todas as especialidades da ciência da medicina, em razão dos inúmeros casos de danos causados.

No Brasil, o dano estético decorrente de um erro médico cresceu acentuadamente, fazendo com que cada vez mais se buscasse a reparação, tendo a classe médica se justificado no fato de ser o Brasil um país de terceiro mundo e subdesenvolvido e sem técnicas suficientes para o adequado tratamento, esquecendo-se, porém, esses profissionais que, se não há adequadas condições, por quais motivos realizam determinado procedimento cirúrgico? Não há como justificar.

Entretanto, a responsabilidade não se baseia nesse fato, mas na ação ou na omissão do médico, que venha a causar lesões, configurando um dano estético por negligência, imprudência e imperícia.

Vivendo em sociedade, o homem tem que pautar sua conduta de modo a não causar danos a ninguém. Mesmo que cometa atos lícitos deve observar a cautela necessária, para que de seu atuar não resulte lesão a bem jurídico alheio.

Não chegam os autores a um acordo quando tentam enunciar o conceito de responsabilidade civil. Alguns incidem no defeito condenado pela lógica, de definir usando o mesmo vocábulo a ser definido, e dizem que a "responsabilidade" consiste em "responder", no que são criticados¹.

A responsabilidade nasce com o ato culposo e lesivo e se exaure com a indenização, gerando um dever jurídico em que coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de ato ou omissão, em face de sanções legais derivada do nosso ordenamento jurídico.

Apesar das divergências, à luz do novo Código Civil, poder-se-á definir a responsabilidade civil como aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial, causado a terceiro em razão de um ato lícito ou ilícito². Assim, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Tal afirmativa atua como embasamento da regra contida no artigo 186 do Código Civil de 2002, que diz que aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, comete ato ilícito fica obrigado a indenizar. A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade colocar a vítima na situação que estaria sem a ocorrência do fato lesivo.

A norma do referido artigo informa a presença do dolo na conduta de ação ou omissão voluntária, enquanto que a figura da culpa está representada quando se configuram os fenômenos da negligência, imperícia e imprudência.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade Civil*, Ed. Eletrônica, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 34.

² CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 23.

A imprudência é a falta de cautela ou cuidado na conduta do agente, A culpa decorre, portanto, do juízo de valor sobre a ação do agente, comparando-a com a que um homem de prudência média teria agido na mesma situação.

Age com imprudência o motorista que avança o sinal ou dirige com excesso de velocidade. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o médico que não toma os cuidados necessários ao fazer uma cirurgia, ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esqueça uma pinça no abdômen. Já a imperícia, por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica. Haverá imperícia quando, por exemplo, ocorre um erro médico grosseiro³.

O estudo da responsabilidade civil pressupõe, de início, a identificação de dois pólos, aquele responsável pelo ato danoso e aquele da vítima que suporta as consequências. Neste sentido, uma vez reconhecidos os lados envolvidos na relação dano e prejuízo, caberá conferir a responsabilidade ao direito a ser aplicada sobre cada um dos pólos acima mencionados⁴.

Na responsabilidade civil, prevalece a consequência da ação sobre a intenção do agente, ou seja, o imperativo da reparação.

Não é suficiente, para que seja exigível a responsabilidade civil, que o demandante tenha um prejuízo, nem que o demandado tenha agido com culpa. Deve reunir-se um terceiro último requisito, a existência de um vínculo entre causa e efeito entre a culpa e o dano; é necessário que o dano sofrido seja consequência da culpa cometida, ou seja, é indispensável o nexo de causalidade.

A proteção à vida e à integridade física e moral dos indivíduos é um direito natural, direito este constitucionalmente garantido a todos. A este princípio ético fundamental da humanidade corresponde uma obrigação estatal de segurança jurídica nas relações

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. op. cit., p. 56.

⁴ MOREIRA DO ROSÁRIO, Gárcia Cristina, *Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 24.

interpessoais. Todo aquele, que exerce uma atividade, ou ainda, que detém um poder, deve assumir os respectivos resultados se são prejudiciais a outrem.

No que se refere à vítima, a reparação impõe a observância da equidade ou a restauração do justo equilíbrio rompido em face do prejuízo causado, permitindo que a vítima exija uma indenização efetivamente justa, envolvendo todos os danos de natureza patrimonial e extrapatrimoniais. O responsável deve reparar por completo todo prejuízo suportado pela vítima.

Diante do exposto, é possível destacar duas premissas que nos servirão de suporte doutrinário. Primeiro: não há responsabilidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que a responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação. Segundo, para identificar o responsável, é necessário o reconhecimento do dever jurídico violado e de quem descumpriu⁵.

3. AS RESPONSABILIDADES EXISTENTES ENTRE MÉDICO E PACIENTE

As principais distinções entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual são as seguintes: ao violar dever jurídico originário, por conseguinte, resultar dano a outrem, nasce a obrigação fundamental de indenizar. Esse dever, passível de violação, é fonte de uma relação jurídica preexistente, decorrente da manifestação de vontade, em que vigora a liberdade de contratar, ou seja, tem procedência contratual. Como nos casos de prestação de serviço, a exemplo, pode um profissional da área médica, mais especificamente do campo estético, firmar contrato com o paciente.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., p. 25.

A doutrina faz a distinção entre “responsabilidade contratual” e “extracontratual”, também chamada de “*aquiliana*”.

A responsabilidade extracontratual tem por causa uma obrigação oriunda da lei, ou preceito geral de direito, sendo assim, nada mais é do que a violação de um dever jurídico decorrente de imposição de lei. Por conseguinte, responsabilidade extracontratual é resultado do inadimplemento normativo, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, como preceitua o artigo 927 do Código Civil, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional ou contratual. A fonte dessa responsabilidade é a lesão a um direito, presente no ordenamento jurídico.

Esse dispositivo configura a obrigação de indenizar ato ilícito, que traz sua definição no artigo 186 desse mesmo diploma legal. Terá responsabilidade subjetiva pelo prejuízo que com culpa causar. E, além disso, o direito do lesado exigir a reparação é transmissível aos seus herdeiros, que por ele só responderão até o limite da herança.

Verificam-se três elementos essenciais para configuração da responsabilidade subjetiva: o ato ilícito, o dano e o nexo causal. A ausência de qualquer um desses requisitos descaracteriza a responsabilidade subjetiva

Já a determinação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que vem no sentido de que a obrigação de indenizar o dano deriva de uma atividade lícita, consagra a responsabilidade civil objetiva, que, por sua vez, impõe a reparação do prejuízo independentemente de culpa, nos casos previstos legalmente, ou quando a própria natureza da atividade do lesante já importar potencial risco para direitos de outrem. É a responsabilidade fundada no risco da atividade⁶.

O Código Civil de 2002 traçou a responsabilidade extracontratual ou *aquiliana* no seu artigo 186, onde se encontram os elementos essenciais, para que se configure o ato ilícito,

⁶ DINIZ, Maria Helena, *Código Civil Anotado*, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 580.

a saber: fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; ocorrência de um dano patrimonial ou moral; e, conforme, a sumula 37 do Superior Tribunal de Justiça, serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato⁷.

Conforme artigo supramencionado, nos casos decorrentes de responsabilidade direta, faz-se necessária a comprovação da culpa do causador do ato ilícito.

Em caso de culpa provada, o agente poderá invocar em sua defesa as excludentes da responsabilidade, tais como o caso fortuito, a força maior e o fato exclusivo da vítima. O primeiro caso trata-se daquele fato que se torna imprevisível, e, por conseguinte, inevitável; o segundo é fato que pode até ser previsível, porém também é inevitável; e, o último indica que a atitude da vítima efetivamente contribuiu para o evento danoso. Nestes casos, isenta de responsabilidade o suposto causador do dano⁸.

Antes de se analisar a responsabilidade existente entre médico e paciente, necessária se faz a conceituação da cirurgia plástica reparadora e da cirurgia plástica estética. Na intervenção reparadora o médico vai fazer o máximo para atingir o seu objetivo, ele fará o possível, para que o paciente fique o mais parecido como ele era antes, pois ficar igual, nesta modalidade de cirurgia, é impossível.

Cabe ressaltar a necessidade do dever de informação e transparência nessa relação, pois, como não se pode garantir o resultado, trata-se de uma obrigação de meio, tendo, conseqüentemente, natureza de responsabilidade subjetiva. A obrigação de meio é aquela em que o prestador de serviço obriga-se, tão-somente, a usar de prudência e diligências normais na realização da obrigação para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. É o

⁷ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 180.

⁸ MOREIRA DO ROSÁRIO, Gárcia Cristina. op. cit., p. 24.

caso do médico que se obriga a exercer seus melhores esforços e usar de todos os meios indispensáveis àquele fim almejado, mas sem jamais garantir o resultado⁹.

Esse entendimento começa a ganhar corpo nos tribunais, como bem demonstram as ponderações de Edson Vasconcelos, do TJRJ, ao proferir o julgado:

Seguro de saúde. Obesidade mórbida. Cirurgia de redução da câmara gástrica. Considerável redução de peso corporal. Flacidez abdominal. Cirurgia plástica reparadora. Cobertura pela seguradora. Da cirurgia reparatória de obesidade mórbida decorre deformidade que necessita reparação, devido a total falta de conforto e alterações anatômicas. Assim sendo, a subsequente cirurgia plástica abdominal aconselhada pelos médicos afigura-se como se fora a segunda fase da intervenção cirúrgica supressiva daquela anomalia. Trata-se de intervenção corretiva e não de natureza estética, esta considerada quando sua realização não implica remoção de disfunção física ou orgânica dos respectivos pacientes, repercutindo apenas na melhoria da aparência daqueles que a elas se submetem. Absoluta correção da decisão hostilizada, que declarou não se enquadrar a cirurgia a que foi submetida a autora na cláusula de exclusão de cobertura em que se baseou a ré para não arcar com as respectivas despesas¹⁰.

Já a cirurgia estética está associada a uma obrigação de resultado, que, por si só, implica na inversão do ônus da prova. Ao médico, em qualquer hipótese, pode-se aplicar o argumento da responsabilidade subjetiva, pois conforme mandamento do Código de Defesa do Consumidor, artigo 14 parágrafo 4º, trata-se de responsabilidade subjetiva, portanto, não há necessidade de se analisar a culpa.

Contudo, cabe ressaltar questões muitas vezes esquecidas, tais como a consciente e efetiva vontade do paciente em correr os riscos, absolutamente normais, de qualquer intervenção cirúrgica, seja ela de qualquer espécie, manifestando expressamente sua vontade, em busca da sua realização de aperfeiçoamento estético.

Na cirurgia estética que configura uma obrigação de resultado, o cirurgião se obriga a alcançar um determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado, ou terá que arcar com as consequências.

⁹ KFOURI NETO, Miguel, *Responsabilidade Civil do Médico*, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p. 178.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 16º Câmara Civil. Apelação Cível nº 2002.001.2652. Relator: Des. Edson Vasconcelos. DJU de 05 de Junho de 2008.

Ao fim, o interesse prático da distinção entre obrigação de meio e de resultado se funda não somente no que tange ao próprio conteúdo do contrato, mas, também, no que concerne à questão do ônus probatório. Ao paciente cabe demonstrar a culpa do médico nas obrigações de meio; a vítima deve provar além do dano, também a culpa. Já na obrigação de resultado, em não sendo obtido o fim esperado, há uma inversão da carga probatória, presumindo-se a culpa do médico, que deverá demonstrar alguma excludente de sua responsabilidade, o que favorece a vítima, devendo essa provar apenas que o resultado não ocorreu.

A jurisprudência, todavia, insiste em dispensar à cirurgia estética o seguinte tratamento: ou se atinge o resultado embelezamento ou responde o médico pela frustração.

Conforme, por exemplo, entendimento do Superior Tribunal de Justiça, julgamento em 18 de maio de 2009:

1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios¹¹

Com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, no seu artigo 14, parágrafo 4º, os profissionais liberais, prestadores de serviços, submetem-se à regra da responsabilidade subjetiva, para desencadear-se a obrigação de reparar os danos, mas o ônus da prova continua sendo a favor do consumidor. Anteriormente ao CDC, o princípio consagrado no ordenamento jurídico era que o ônus da prova cabia a quem alegasse, inclusive

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4º Turma. Recurso Especial nº236708/MG. Relator: Ministro Carlos Fernandes Mathias. DJe de 18 de maio de 2009.

respaldado no Código de Processo Civil, no seu artigo 14, que reza claramente caber probatório ao autor.

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor expressa que o fornecedor de serviços responde objetivamente, independentemente da culpa. Mas o seu parágrafo 4º traz a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, esta sim, tem natureza subjetiva, necessária se faz a demonstração da culpa.

Assim, não sendo verificada a culpa, não há responsabilidade, pois o direito brasileiro não acolhe a tese do risco inerente dos profissionais liberais. A responsabilidade existente na relação médico e paciente é uma segurança para o médico cauteloso, prudente e consciencioso, sendo também uma barreira contra os pedidos fantasiosos e caprichosos dos seus pacientes descontentes¹².

Essa responsabilidade, uma vez violada, gera várias espécies de dano: dano moral, dano material e dano estético. Nesse sentido, há que se conceituar as várias espécies de dano.

O dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, é insuscetível de valoração econômica. Dano moral é qualquer sofrimento que não seja causado por uma perda pecuniária. Seu conceito pode ser constituído da seguinte forma: dano moral é a lesão de um bem que é essencial ao homem, que integra a sua personalidade; a transgressão de bem personalíssimo, tal como a liberdade, a honra, a saúde, a integridade psicológica, que culmina causando dor, sofrimento, desconforto e humilhação à vítima.

Com a constituição de 1988, o homem ocupa o lugar no centro do ordenamento jurídico, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. Logo no seu primeiro artigo, inciso III, a Constituição Federal consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos seus principais fundamentos, pois ela é a base de todos os valores

¹² MOREIRA DO ROSÁRIO, Gárcia Cristina. op. cit., p. 43.

morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito à honra, à privacidade, à integridade física, todos esses direitos, expressam a dignidade.

Em razão dessa natureza extrapatrimonial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária, podendo somente ser compensado com indenização pecuniária imposta ao causador do dano, sendo essa mais uma forma de satisfação do que uma indenização.¹³

Já no que tange ao dano estético, que inicialmente era ligado às deformidades físicas que provocam aleijão e repugnância, aos poucos passou-se a admitir o dano estético nos casos de marcas e outros defeitos físicos que causam a vítima desgosto ou baixa autoestima, como, por exemplo, cicatriz.

Cabe ressaltar, entretanto, que o entendimento jurisprudencial atual do Supremo Tribunal de Justiça passou a admitir a cumulação do dano estético com o dano moral, nos casos de inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado. Segundo esse entendimento, que o dano estético é algo distinto do dano moral, correspondendo o primeiro a uma alteração morfológica de deformação corporal que agride a visão, causando desagrado e repulsa; e o segundo ao sofrimento mental, aflição e angústia suportado pela vítima.¹⁴

Mas esse tema é controvertido, pensam de forma diversa alguns doutrinadores. Consideram que o dano estético é uma modalidade de dano moral e que tudo se resume numa questão de arbitramento, em razão da sua gravidade e da extensão do sofrimento.

A compensação indenizatória é direito assegurado a todos os seres humanos quer seja: branco ou preto, rico ou pobre, culto ou inculto, pois para todos existe a presença do imperativo da justiça.

4. APURAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., p. 114

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio, ibidem, 93-94

Algumas profissões, pelo risco que representam à sociedade, estão sujeitas à disciplina especial. O erro de certos profissionais da área estética pode trazer danos irreversíveis e conseqüentemente abalo ao psicoemocional do paciente. Por essa razão é preciso preencher requisitos legais para o exercício de determinadas especialidades médicas, iniciando-se pela diplomação do curso universitário, destinado à habilitação técnica específica.

O cumprimento de tais requisitos legais, todavia, não exime o profissional de responder pelo dano que, eventualmente, causar a seus pacientes por violação do dever profissional a que estava profissionalmente adstrito. O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, em seu artigo 14, parágrafo 4º, estabelece para esses profissionais a responsabilidade subjetiva.

No que tange às diversas causas do insucesso da cirurgia, é preciso apurar a responsabilidade de várias dimensões. Uma das formas desse insucesso são as doenças infecto-hospitalares, que estão implicando no surgimento de considerável número de litígios em nossos tribunais.

A cura de feridas operatórias e as infecções puerperais eram acontecimentos naturais antes da era da assepsia. Sua incidência caiu muito com a adoção de normas para o controle de sua disseminação. Mas, nas últimas décadas, entretanto, tem-se observado um grande crescimento das infecções hospitalares.

Atribui-se o estado atual a diversos fatores. Entre eles destacam-se alguns decorrentes da evolução da medicina, como o relaxamento das medidas de assepsia em consequência da falsa sensação de segurança que os potentes antimicrobianos transmitem aos profissionais liberais da área médica. Outros fatores são o maior número de pacientes por hospitais, o aumento do número de leitos e de cirurgias diárias realizadas em um hospital.

Para a maioria dos doutrinadores, a expressão “infecção hospitalar” compreende doenças infecciosas adquiridas, durante o período de hospitalização. Pode incluir os casos que só expressam-se logo após a alta hospitalar.

O problema existe em todos os hospitais, incluindo os países de primeiro mundo. O risco de infecção é inerente à intervenção cirúrgica. Não existe índice zero de infecção. Por melhor que seja a assepsia, alguns germes resistentes persistem, e quanto mais longa for a cirurgia, igualmente será maior o risco de uma infecção.

Nas ações de infecção hospitalar, os juízes analisam o grau de eficiência, no controle e assepsia do hospital, se é deficiente ou inexistente. Se o controle é existente e atuante, nenhuma culpa poder-se-á imputar ao estabelecimento, pois o risco de infecção faz parte do procedimento, desde que o hospital aja de acordo com todas as normas de controle e prevenção.

O médico, por sua vez, em caso de infecção hospitalar, fica isento de responsabilidade, se exigir mais eficiência das comissões de controle e assepsia, e também se o profissional não escolheu nenhum hospital que já seja do conhecimento e notório da área médica de que este oferece maior risco de infecção, devido a grandes números de casos e ocorrência de infecções hospitalares.

Pela determinação do Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 14, parágrafo 4º, os profissionais liberais que cumprem especialidades responderão pela teoria do risco. O profissional liberal, se atender no seu consultório, responde pela teoria subjetiva da culpa provada, tendo, portanto, uma proteção muito maior, ao passo que se esse mesmo médico atender o paciente numa clínica onde ele trabalha, a clínica responde de forma objetiva.

Portanto, quando o paciente procura uma clínica, sob o aspecto da teoria do risco, a responsabilidade dessa é objetiva, dispensável será a comprovação da culpa.

Pode parecer estranho, já que o serviço de qualquer maneira é prestado por um médico, ou seja, por profissionais liberais, do qual se refere o Código de Defesa do Consumidor.

A questão é controvertida, muitos defendem que por questões de coerência, a responsabilidade da clínica teria que ser subjetiva, porque quem presta serviço é o médico com a única diferença de que, no seu consultório, ele está atuando como profissional liberal e, na clínica, como empregado.

A corrente majoritária entende que é muito importante haver a distinção entre as responsabilidades, quando se refere ao profissional liberal ou a clínica. Os profissionais da área médica que prestam serviços são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Por esse motivo, somente serão responsabilizados, quando ficar comprovada a culpa subjetiva.

Por outro lado, as pessoas jurídicas já têm, pelo menos em tese, infraestrutura administrativa e financeira que lhes permitem suportar esse agravamento da responsabilidade civil.

Cabe ressaltar que, se o médico trabalha para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do estabelecimento hospitalar será apurada de forma objetiva. Em síntese, existindo vínculo empregatício entre o médico e hospital, a vítima demandaria a ação em face do hospital.

Podendo o hospital comprovar as excludentes de sua culpabilidade, que estão presentes no artigo 14, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade será excluída, quando o defeito alegado inexistir ou em caso de culpa exclusiva da vítima.

Embora não tenha feito alusão ao caso fortuito e força maior, entende-se que se eles forem externos (estranhos à atividade ou procedimento desenvolvido), o prestador de serviço

também fica isento de culpa, por exclusão do nexo causal¹⁵.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor não revogou o Código Civil, que se trata de legislação específica, regulando a responsabilidade civil médica, ao contrário da legislação consumerista, a qual é genérica quanto à matéria. Assim, como a norma especial prefere à geral, o Código Civil coexiste com o CDC e a relação médico/paciente está àquele subordinada.

Na prática, na observância das decisões dos nossos tribunais, o paciente pode escolher entre acionar o médico ou o hospital. Se o advogado tiver um mínimo de habilidade, acionará o hospital, pois invocará a teoria do risco, ao passo que se acionar o médico terá que provar a culpa do médico.

Então, normalmente se aciona a pessoa jurídica, que depois tem ação de regresso contra o médico seu funcionário, mas, se a parte quiser acionar o médico, nada impede, desde que prove a sua culpa.¹⁶

Alegam-se os doutrinadores, quanto às indenizações da cirurgia plástica, que há uma verdadeira indústria do dano moral, mas que, na verdade, o que existe é a indústria de ofensa a esse dano.

O verdadeiro problema causador de tantas celeumas e pendências jurídicas é a falta de adequada e prévia informação ao paciente. Por vezes, a oferta do serviço não traz uma apresentação clara dos riscos envolvidos, inclusive os riscos anestésicos do procedimento, sendo sugeridos resultados que não podem ser garantidos.

Segundo entendimento jurisprudencial sobre as diversas formas de responsabilização na apuração dos danos, podemos citar os seguintes acórdãos:

Responsabilidade Civil - autora vítima de infecção hospitalar, após cirurgia estética, configura a responsabilidade do estabelecimento. Por negligência nas condições de assepsia, responsabilidade está decorrente também da teoria do risco com fulcro no parágrafo único do artigo 937 do Código Civil. A indenização abrange a cirurgia

¹⁵ SHARP JUNIOR, Ronaldo. *Código Defesa do Consumidor Anotado*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 56.

¹⁶ KFOURI NETO, Miguel. *op. cit.*, p. 200.

reparadora da cicatriz decorrente da infecção. Indenização devida. Ademais acresce observar, mesmo que a culpa não estivesse suficiente demonstrada, a indenização persistiria em face da teoria do risco, no trato dos danos causados em virtude de infecção hospitalar.¹⁷

Responsabilidade Civil objetiva. Intervenção cirúrgica, acometida de acidente anestésico, que em decorrência desse fato gerou incapacidade permanente laborativa. Pensão vitalícia. Respondendo o estabelecimento hospitalar por dano causado pelo médico-anestesiologista, que aplicando anestesia raquidiana causa ao sistema locomotor da paciente, sem que tivesse havido interferência de causa estranha (força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima). Pensão vitalícia de um salário mínimo mensal.. Juros de mora de 6%.¹⁸.

Portanto, mesmo em casos de infecção hospitalar ou de anestesia o paciente tem o direito de exigir do médico a reparação pelo inadimplemento da obrigação – que era, efetivamente, de resultados – na forma reiterada no seguinte acórdão:

A jurisprudência nacional tem contribuído muito com a evolução da teoria da reparação. O relatório do Desembargador Guimarães e Souza expõe. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia plástica, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um problema estético. Interessa-lhes, principalmente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória pelo resultado não alcançado.¹⁹

CONCLUSÃO

No direito brasileiro, a responsabilidade civil médica está pulverizada em alguns diplomas, quais sejam no novo Código Civil nos artigos 186, 927, 951, dentre outros; na Constituição Federal, como artigos 5º, V e X e artigo 37, § 6º. E, ainda no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Defesa Médica.

Conforme visto, a responsabilidade civil do médico, em regra, é uma responsabilidade subjetiva. É imprescindível a comprovação da culpa do médico para haver obrigação de indenizar, entretanto deve-se ressaltar que é a culpa em sentido estrito, ou seja, a cometida por imprudência, negligência e imperícia.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 40.135. Relator: Desembargador Machado Loyola. DJU de 16 de fevereiro de 2008.

¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. Apelação Cível 92.01.32316-6. 3ª Turma. Relator: Juiz Tourinho Neto. DJU de 11 de março de 2009.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 227.747-1. 1ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Guimarães e Souza. DJU de 15 de julho de 2009.

Em virtude de ser a medicina uma atividade de risco, poderá acarretar danos ao paciente e o médico em razão disso deverá agir com acuidade, tendo uma relação amistosa com seu paciente, dando a ele e a seus familiares as devidas informações sobre seu quadro clínico.

Nessa esteira, em decorrência de um erro médico tem-se os danos, os quais podem ser materiais e morais. Neste trabalho, preocupou-se com o dano moral, tendo em vista ser o dano estético, seu subtema, uma espécie de dano moral.

O dano moral é um constrangimento, é a dor sofrida pelo paciente lesionado; é a lesão aos sentimentos do ser humano que está ligado à sua personalidade. Por esse motivo é que se tem dificuldade em aferir a extensão do dano, pois não há meios exatos de mensurar a dor sofrida pelo paciente. Portanto, deve o magistrado enfrentar as demandas de indenizações por dano moral, mais especificamente por dano estético, com cautela, analisando o caso concreto, suas provas, munido de razoabilidade.

Feitas as considerações gerais acerca do dano moral para se entender o dano estético, pois, conclui-se que este é espécie daquele. Verifica-se que se constitui em uma lesão à aparência física do ser humano que quando ocasionado, causa constrangimento e vexame ao paciente, sendo, portanto, passível de reparação.

Constatou-se que apesar de ainda existir resistência à reparação do dano estético, os Tribunais já aceitam não só a sua reparação, mas a sua cumulação com o dano moral, ainda que em casos excepcionais admitidos pelo Superior Tribunal de Justiça, visto ser um assunto escorregadio para o magistrado. Mais comum é cumulação do dano estético com o dano material.

A indenização por dano estético não assume o mesmo significado de indenização por dano material, visto que é inviável se falar que uma indenização irá retirar do íntimo do lesado o abalo físico que está sentindo. Essa indenização assumirá um caráter de compensação ao mal sofrido.

A profissão do médico, como outras profissões da saúde, estabelece uma ligação direta com o homem, procurando sempre o seu bem-estar. E por esse motivo que esse tipo de profissão acarreta riscos, tanto para o profissional, quanto para seu paciente, principalmente nas situações de emergência.

Conclui-se que os médicos lidam com a saúde, a vida e outros elementos da personalidade humana, que são amparados pelo sistema jurídico. Então, cabe aos profissionais respeitá-los em função dos preceitos éticos da profissão, na busca da solução do problema. De

outro lado, os profissionais dessa área hoje em dia utilizam instrumental tecnológico avançado e de risco, sujeitando-se, também, ao amparo do sistema jurídico.

Entretanto, no relacionamento médico com seus clientes, exigem do profissional habilidade especial e plena consciência dos deveres éticos e jurídicos que lhes advém, como escopo de se reduzir ao máximo os efeitos negativos dessa área, seja na pesquisa, diagnóstico, prognóstico, tratamento, internação, uso de aparelhos, cirurgia ou todo e qualquer etapa do processo de cura do enfermo.

A despeito dos conceitos de beleza, o que fica evidenciado é que em uma sociedade que sempre buscou o belo, o agradável aos olhos, a estética da forma, o tema é de suma importância, uma vez que não se trata de vaidades, mas antes disso, fala-se em aceitação social, o tranquilo convívio em sociedade: sem frustrações, constrangimentos, sem diferenciações. O cidadão tem o direito de permanecer com a aparência que lhe foi dada, bem como o tem de mudá-la para melhor. O dano estético só existe se houver mudança para pior. Não se admite que, ao acordar com um profissional que se presume habilitado para desempenhar devida atividade, venha a deformar a harmonia dos traços. Não se pode permitir que este fique impune, alheio à lei, pautado no argumento de que a beleza é uma vaidade, que a estética é superficial.

Um dano estético sem a justa reparação pode configurar um sofrimento maior para a vítima e atingir toda a sociedade, enfraquecendo as suas instituições e o próprio Direito.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

KÜHN, Maria Leonor de Souza. *Responsabilidade Civil: natureza jurídica da relação médico-paciente*. São Paulo: Manole, 2002.

LOPES, Teresa Ancona. *O Dano estético: Responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo; RT, 1999.

MARMITT, Arnaldo. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Aíde, 1999.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade civil do medico*. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borso, 1996.

MOREIRA DO ROSÁRIO, Grácia Cristina. *Responsabilidade Civil na Cirurgia Plástica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PANASCO, Wanberdy Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Ed. Eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Nereida Veloso. *Dano estético*. São Paulo: Ltr, 2004.