



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - FADI
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANDRÉIA LOMEU DE CARVALHO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
EM CIRURGIAS PLÁSTICAS**

**BARBACENA
2013**

ANDRÉIA LOMEU DE CARVALHO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
EM CIRURGIAS PLÁSTICAS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antonio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr.^a Maria Aline Araujo de Oliveira Geoffroy

**BARBACENA
2013**

Andréia Lomeu de Carvalho

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CIRURGIAS PLÁSTICAS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antonio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Orientadora Dr.^a Maria Aline Araujo de Oliveira Geoffroy
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof^o Fernando Antônio Mont'alvão do Prado
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof^o Rafael Francisco de Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Dedico este trabalho à minha avó Lindalva que apesar de não estar mais entre nós, sempre me apoiou. Eternas saudades.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, por ter me conduzindo até ao final dessa jornada.

Aos meus pais Maria Helena e Luiz Carvalho pela possibilidade de concluir mais uma etapa da minha vida

À minha querida irmã Alessandra, pelo apoio que soube me dar em todos os momentos difíceis.

Ao meu amado avô José Lomeu por todo o incentivo no decorrer da minha vida.

Aos meus queridos avós Miguel e Nadir que apesar de não estarem mais entre nós, sempre me incentivaram.

Ao meu namorado Sérgio, que com todo o seu carinho, esteve sempre ao meu lado nas horas de angústias e alegrias, dando-me forças e incentivo para que eu pudesse realizar mais um sonho!!

À minha orientadora Maria Aline por todo tempo e atenção a mim dedicado para conclusão desse trabalho.

Aos Professores Fernando Prado e Rafael Oliveira por aceitarem participar desta banca examinadora, motivo pelo qual me sinto honrada.

Não sejas muito justo, Nem sejas mais sábio
do que é necessário, para que não percas a
razão.

Eclesiastes 7,17

RESUMO

O presente estudo versa sobre a responsabilidade civil do médico em cirurgias plásticas. É de grande importância o tema, pois tem gerado discussões a respeito dos problemas relacionados a esta prestação de serviço, que não raramente resulta em danos causados a inúmeros pacientes. Tendo como objetivo verificar quando a cirurgia plástica seja ela reparadora ou estética (embelezadora), resulta em obrigação indenizatória e quais são os aspectos objetivos e subjetivos considerados por nossos tribunais, no momento de aplicar e quantificar a indenização. A metodologia utilizada foi pesquisa de legislações pertinentes, doutrinas e jurisprudências. Concluindo-se que o que se espera de um cirurgião plástico, no que concerne à responsabilidade civil, é o mesmo que se espera de todo e qualquer indivíduo em uma sociedade humana: não cometer atos ilícitos, respeitar os direitos de seus concidadãos, assumir sua culpa, responder pelos danos materiais ou morais. No tocante aos critérios para fixação da indenização nos casos de danos morais e estético no cenário das cirurgias plásticas nos tribunais brasileiros destacou-se a subjetividade como critério máximo usado, muitas vezes contrariando o princípio da isonomia constitucionalmente defendido.

Palavras chaves: Responsabilidade Civil – médicos. Obrigações. Danos - Cirurgia plástica.

ABSTRACT

The present study is about the physician's civil responsibility in plastic surgery. It's a very important subject because it has brought to discussions the problems related to that service, which has, no rarely, resulted in damage to countless patients. Aiming to verify when the plastic surgery, being a reconstructive or aesthetic (beautifying) one, results in an indemnifying obligation and which are the objective and subjective aspects considered by our courts, in the moment to apply and figure out the indemnity. The methodology used was the research on relevant legislation, doctrines and jurisprudences. It was concluded that, what we expect a plastic surgeon to do, toward the civil responsibility, is the same we expect anyone that lives in a society to do: do not commit any illegalities, respect his/ her co-citizens' rights, own up, and respond for material and moral damage. Regarding to the criteria to figure out the compensation for moral and aesthetic damage in the plastic surgery scope in Brazilian courts, it was highlighted the subjectivity as a criterion maximum taken, lots of times going against the principle of equality defended by the Constitution.

Key-words: Civil Responsibility - Physicians. Obligations. Damage - Plastic Surgery.

Sumário

1	Introdução	9
2	Responsabilidade civil	11
2.1	Conceito e breve histórico	11
2.2	Elementos da responsabilidade civil	14
2.2.1	Ação ou omissão do agente	14
2.2.2	Culpa ou dolo	15
2.2.3	Nexo de causalidade	16
2.2.4	Dano	16
2.3	Excludentes da responsabilidade civil	18
2.3.1	Caso fortuito ou força maior	18
2.3.2	Culpa exclusiva da vítima	19
2.3.3	Fato de terceiro	20
2.3.4	Cláusula de não indenizar.....	20
2.4	Espécies de responsabilidade.....	21
2.4.1	Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	21
2.4.2	Responsabilidade contratual e extracontratual.....	23
3	Responsabilidade civil do médico.....	25
3.1	Responsabilidade e deveres do médico e a relação médico paciente	26
3.2	Obrigações de meio e de resultado	31
4	Responsabilidade civil do médico em cirurgias plásticas	33
4.1	Cirurgias plásticas	33
4.2	Tipologia: cirurgia reparadora e estética.....	34
4.3	Danos, prejuízos e reparações	37
4.3.1	As modalidades de danos decorrentes da cirurgia plástica	37
4.4	Como se manifestam os tribunais brasileiros.....	42
5	Considerações Finais	45
	Referências	47

1 Introdução

A Responsabilidade Civil Médica nas cirurgias plásticas é um assunto que tem gerado grandes discussões e despertado o interesse de diversos ramos profissionais além da área médica. Há algum tempo o tema também despertou a atenção de advogados e juristas, em face dos problemas relacionados a esta prestação de serviço, que não raramente resulta em danos causados a inúmeros pacientes.

Além da finalidade do embelezamento ou cirurgia estética, as cirurgias plásticas podem ser realizadas com o intuito de reparar algum dano físico anteriormente experimentado pelo paciente. Neste caso, tais intervenções são denominadas de cirurgias reparadoras, diferenciando-se, assim das primeiras, que são consideradas como cirurgias estéticas.

O indivíduo que se expõe aos riscos de uma cirurgia, não só confia no médico que a realizará como também cria grandes expectativas em relação ao seu resultado. Por isso, se faz mister que o profissional seja bem preparado e consciente, não se preocupando apenas em satisfazer a melhoria estética do seu cliente, mas principalmente, com questões ligadas a sua própria segurança e à do seu paciente, além da necessidade de adoção de medidas preventivas relacionadas, entre outras, às adequadas instalações físicas do local onde a cirurgia será efetivamente realizada; à qualificação de sua equipe profissional e à própria qualificação do médico.

Assim, a responsabilidade civil passou a ser uma das temáticas mais requisitadas na atualidade. Pode-se afirmar que, em linhas gerais, a responsabilidade civil corresponde à obrigação de reparar qualquer dano causado a outra pessoa. Esta reparação normalmente é feita através de indenização, e comumente ocorre na forma pecuniária. Por outro lado, a responsabilidade civil dos médicos cirurgiões tem crescido ao mesmo tempo em que aumenta a conscientização dos cidadãos acerca dos seus direitos, de tal forma que as indenizações, especialmente quando ocorrido o chamado erro médico, que ocorre quando o médico causa dano ao paciente, durante o seu exercício profissional, por imperícia, negligência ou imprudência, vem crescendo bruscamente no Brasil.

É preciso lembrar que, em geral, os médicos são profissionais liberais devido à natureza do serviço prestado, estabelecendo, desta forma, uma relação personalíssima com o paciente. Contudo, diferentemente das demais atividades médicas, a cirurgia estética, assim como a reparadora, impõe um resultado desejado pelo paciente. Quando estas cirurgias não

alcançam tais resultados ou, o que pode ser considerado mais grave quando causam ainda mais danos aos pacientes, o dever de indenizá-los se impõe.

Devido à importância do tema, o objetivo deste estudo é analisar quando a conduta do cirurgião plástico é considerada passível da obrigação de indenizar, ou, em outras palavras, como a doutrina e os tribunais brasileiros entendem o erro médico especialmente aquele praticado pelo cirurgião, nos casos de cirurgias plásticas seja ela estética ou reparadora. Justifica-se a escolha deste tema frente ao crescimento desta modalidade de cirurgia no Brasil e a frequência com que este assunto chega aos tribunais brasileiros, em face das ações indenizatórias ajuizadas regularmente pelas vítimas desta modalidade de intervenção.

Objetiva-se neste estudo verificar quando a cirurgia plástica resulta em obrigação indenizatória e quais são os aspectos objetivos e subjetivos considerados por nossos tribunais, no momento de aplicar e quantificar a indenização. Para tanto, a pesquisa terá como referência, além das legislações brasileiras pertinentes (Código Civil e Código de Defesa do Consumidor) e das orientações doutrinárias, a análise de algumas jurisprudências. Trata-se, portanto, de uma pesquisa empírica, qualitativa e descritiva.

No sentido de tornar didática a explanação do tema, este trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo dispõe sobre o histórico e conceito da responsabilidade civil, bem como seus elementos, as excludentes e as suas espécies.

O segundo capítulo discorre sobre a responsabilidade civil do médico; os deveres e a relação médico paciente e sobre quando será obrigação de meio ou de resultado.

E por último, no terceiro capítulo, mostrar-se-á a responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas e a sua tipologia; os danos, prejuízos e reparações; e como se manifesta os tribunais brasileiros quanto a este assunto.

Finalmente, o presente trabalho procura levar o leitor a construir seu próprio entendimento a respeito da responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas, e sua obrigação de reparar o dano causado, quando o resultado obtido não seja o almejado pelo paciente.

2. Responsabilidade Civil

2.1. Conceito e breve histórico

Há uma grande divergência doutrinária no que tange ao conceito de responsabilidade civil. A dificuldade em se criar um conceito único para o instituto talvez decorra do fato de que a ideia de reparação de danos tenha se desenvolvido e se modificado ao longo da história da humanidade. O certo é que atualmente é impossível cogitar a vida em sociedade sem a segurança que advém do direito indenizatório. Por isso, foram transcritos abaixo alguns dos conceitos elaborados nesta área do direito.

Sampaio (2003, p. 17) afirma que a responsabilidade civil é “parte integrante do direito obrigacional, posto que consiste na obrigação que tem o autor de um ato ilícito de indenizar a vítima pelos prejuízos a ela causados”.

Desta forma, a responsabilidade civil, parte da constatação da violação de um dever jurídico pré-existente e se delinea conforme a presença dos elementos: culpa, dano e nexo causal. De acordo com Dias (2006, p. 4/5), o termo responsabilidade exprime uma ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência, de tal forma que a responsabilidade humana estaria assentada na repercussão obrigacional. Segundo este autor, a responsabilidade decorre do dever, ou obrigação inerente à vida em sociedade, sendo, portanto, “resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação”, fundada no princípio do *neminem laedere*. Em igual sentido, Nogueira (2003, p. 15) afirma que “Todo direito assenta na idéia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada”.

Pontes de Miranda (1997, p. 42) lembra que todo homem que causa dano a outrem

Não prejudica somente a este, mas à ordem social; a reparação para o ofendido não adapta o culpado à vida social, nem lhe corrige o defeito de adaptação. O que faz é consolar o prejudicado, com a prestação equivalente, ou o que é mais preciso e exato, com a expectativa jurídica da reparação.

Esta noção de responsabilidade segundo a qual o prejuízo imposto ao particular afeta o desequilíbrio social é recente. No desenvolvimento histórico da responsabilidade civil, os autores consultados destacam inicialmente a fase denominada de “vingança privada”, na qual o próprio ofendido realizava a justiça pelas próprias mãos.

Cita-se como exemplo desta fase a regra do Talião, segundo a qual, cada dano causado corresponde uma reparação em igual sentido contra o ofensor (conhecida pela expressão

“olho por olho, dente por dente”), e a Lei das XII Tábuas, do direito romano, que dentre outras regras fixava o direito da vítima à retaliação (DIAS, 2006, p. 26).

Em seguida à vingança privada deu-se o período da composição, no qual a reparação do dano passou a ter cunho econômico, calculado de acordo com o prejuízo causado, ou seja, de acordo com a maior ou menor gravidade da lesão e a condição econômica do ofensor, atenuando-se a retaliação. A composição econômica figurou inicialmente como opção dada à vítima, mas, com o tempo, deixou de ser facultativa, tornando-se regra geral. Com isso, o lesado ficava proibido de fazer justiça com suas próprias mãos, já que a composição era fixada pela autoridade legislativa. Todavia, não existia nenhum critério tarifário para a composição de certas espécies de dano, como, por exemplo, nas ofensas à honra, que se resolviam através de duelos ou outras formas de indenização, conforme alude (DIAS, 2006, p. 27).

De acordo com o autor acima citado, a jurisprudência romana ampliou o campo de atuação do dano, fazendo-a incidir não apenas sobre a propriedade, mas também sobre outros direitos reais. No período do imperador Justiniano, as obrigações foram classificadas em delituais, contratuais, quase delituais e quase contratuais¹, merecendo destaque o período final da república romana, quando a influência grega teria possibilitado o surgimento da concepção da culpa aquiliana (ou extracontratual), ou seja, a culpa decorrente do descumprimento de uma obrigação ou dever de cuidado (DIAS, 2006, p. 29/57).

Quando a ação de punir passou a ser atividade exclusiva do Estado, a concepção da responsabilidade sofreu nova mudança, surgindo a ação de indenizar. O Estado substituiu o particular para atingir o causador do dano e, assim, dirimindo os conflitos entre estes. Embora permanecesse o sistema do delito privado, os conflitos sociais passaram a ser entendidos não somente como questão entre os particulares e a indenização permaneceria equivalendo à penalidade. A responsabilidade civil começa a se distinguir da responsabilidade penal (LIMA, 1999, p. 11).

O Código Civil francês de 1804 é apontado como o primeiro documento legal a constituir a concepção da reparação de danos fundamentada na culpa. Além da culpa, constituem elementos da responsabilidade civil o dano e o nexo causal entre este e a culpa do agente. Este Código teria influenciado a maioria das legislações do sistema romano-germânico, entre elas a brasileira. Além disso, ampliou o princípio geral de responsabilidade

¹ Obrigação Delitual era o ato ilícito doloso, praticado com a intenção de causar dano a alguém, a contratual era o acordo de vontade convencionado pelas partes, por outro lado a quase delitual era o ato ilícito culposos, praticado involuntariamente sem a intenção de causar dano e por fim a quase contratual, assim como o contrato, era ato lícito, porém não derivado da vontade das partes. (Exemplo: gestão de negócios, tutela, curatela).

civil, deixando de lado a indicação dos casos de composição obrigatória. Não se raciocinava, no direito francês, sobre a gravidade da culpa, como sendo um pressuposto para reparação do dano, sendo somente necessária a existência daquela, ainda que levíssima (GONÇALVES, 2009, p. 15/16).

No Brasil, durante o período colonial e a vigência das Ordenações do reino, não houve diferença entre reparação, pena e multa, nem mesmo quando “os bens do criminoso sofriam confiscação pela Coroa” (AZEVEDO, 1934, p. 33/35). Já o Código Criminal de 1830, referenciado por diversos autores por ter traçado as linhas gerais da responsabilidade civil, continha um capítulo (IV) intitulado como *Da satisfação*, estabelecendo regras que orientavam a apreciação de casos de responsabilidade civil, tais como a influência da sentença criminal no juízo cível; a exequibilidade da condenação proferida no crime no cível, contra o causador do dano; a solução da causa em favor do ofendido, em caso de dúvida; a contagem de juro reparatórios; a transmissibilidade do dever de reparar e o crédito de indenização aos herdeiros, entre outros institutos ainda hoje presentes no nosso ordenamento jurídico. Interessante também, no que se refere à reparação, é a regra contida no artigo 32 do Código Criminal de 1830, ao impor ao responsável pelo dano que não tivesse meios de repará-lo, a prisão com trabalho, desde que fosse condenado no crime (AZEVEDO, 1934, p. 40).

Antes da edição do Código Civil e do Código de Processo Civil, foi expedido o Decreto nº 737, de 15 de novembro de 1850 que vigorou até a primeira República, somente sendo substituído pelo Código de Processo Penal de 1939. Esta norma teve como principal função a de regular o processo civil e comercial, especialmente após a publicação do Código Comercial de 1850, e foi dividido em três partes: do processo comercial em geral; das execuções e dos recursos. De acordo com este Decreto, para cada direito ou obrigação correspondia uma ação específica, classificadas em ordinárias, sumárias ou executivas (LOPES, 2002, p. 298/300).

O Código Civil brasileiro editado somente em 1916 teve vigência até 2003 e, conforme Dias (2006, p. 36), desde sua edição já se mostrava insuficiente para resolver o problema da responsabilidade civil, haja vista o grande avanço de nossa sociedade. Por isso, o avanço da responsabilidade civil durante este tempo de estagnação ocorreu graças ao desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência pátrias, e em algumas legislações específicas, como por exemplo, Lei 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica) e a Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa).

Esta crítica se deve, principalmente, ao fato de que o Código Civil de 1916, não cogitava da responsabilidade civil objetiva², ou seja, a que não depende da demonstração da culpa do agente, pois esta é imputada tão somente pelo fato de ter causado o dano. Apenas algumas leis específicas e construções jurisprudenciais serviam de apoio neste sentido. Portanto, a regra geral contida neste Código era a da responsabilidade subjetiva. Além disso, a matéria relativa à responsabilidade civil estava exposta em diversos artigos. Em termos de inovação, este Código distinguiu a responsabilidade contratual no artigo 186 da extracontratual no artigo 389 (LOPES, 2002, p. 301).

Mesmo com a edição do novo Código Civil, em 2002, as críticas não cessaram. De acordo com Sampaio (2003, p. 159), a nova lei não rompeu com a estrutura passada, sendo mantida, como regra, a responsabilidade civil subjetiva. A responsabilidade objetiva³ somente é aplicada às situações especiais e em princípio, como prevê o parágrafo único, do artigo 927. Apesar desta e de outras críticas, há algumas inovações no novo Código Civil de 2002, como, por exemplo, a sistematização da matéria relativa à responsabilidade civil. Há um título específico (IX), dividido em dois capítulos: o primeiro refere-se à obrigação de indenizar do artigo 927 ao artigo 943 e o segundo, à indenização do artigo 944 ao artigo 954.

De qualquer forma, como afirma Dias (1995, p. 24), o verdadeiro sentido da evolução da responsabilidade (assentada ou não na culpa) é a “preocupação com a garantia da justiça distributiva”, em face das “exigências da vida moderna.”

2.2 Elementos da responsabilidade civil

A doutrina denomina os dados integrantes da responsabilidade, ora como elementos, ora como requisitos ou ainda, pressupostos. São institutos que integram a responsabilidade civil e estão elencados a seguir:

2.2.1 Ação ou omissão do agente

Este elemento refere-se ao comportamento humano, que por ação ou omissão causar dano a outrem. A ação é um procedimento positivo, ao contrário, havendo omissão do agente

² Historicamente, foi partir da segunda metade do século XIX que a questão da responsabilidade civil objetiva tomou corpo e apareceu como um sistema autônomo no campo da responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2009, p. 31).

³ O artigo 927, parágrafo único do Código Civil de 2002, disciplinou um princípio geral para a moderna teoria do risco (responsabilidade objetiva), mas que de qualquer forma, não vem para substituir a chamada teoria da culpa, apenas cobrir muitas das hipóteses que na doutrina anterior se revelam insuficientemente resguardadas.

há uma abstenção da conduta, pois nada foi feito com relação ao que deveria ser feito para corrigir o ato ofensivo.

Contudo, não é toda ação ou omissão que resulta em reparação de danos. Como lembra Rodrigues (2002, p. 15), “a ação ou omissão do agente, para constituir ato ilícito, envolve a infração de um dever legal, contratual ou social”.

Os danos são originados, normalmente, pela conduta culposa do agente, contudo, o alcance da responsabilidade civil é muito mais amplo do que o ato ilícito. Isto porque o ordenamento jurídico determina o dever de responder pelo dano, sem que o agente tenha praticado o ato ilícito, como acontece nos casos de responsabilidade objetiva, mais adiante descritos.

2.2.2 Culpa ou dolo

A verificação do dolo ou culpa é o segundo do pressuposto para caracterização da responsabilidade civil, conforme alude o art. 186 do Código Civil “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar”.

Para Venosa (2011, p. 27), a culpa no seu sentido amplo não somente abrange o dolo, ato ou conduta intencional, mas também a culpa em sentido estrito, atos ou condutas contaminadas de negligência, imprudência e imperícia.

Quando falar de responsabilidade com ou sem culpa, deverá sempre observar a culpa em sentido amplo ou lato senso, na qual engloba a culpa no sentido estrito e dolo (CARMO, 2011, p. 18).

Se o dano causado for voluntário, irá constituir dolo, que se caracterizará pela ação ou omissão do agente, o qual poderia ter previsto o dano que iria causar com sua atitude, mas não se importando prosseguir com o intuito de realmente causar determinado dano. Se o ato for culposos não terá como finalidade causar dano, mas ele irá ocorrer por ter sido negligente, imprudente ou imperito, a conduta foi voluntária, mas o resultado obtido não foi voluntário (REIS, 2012).

Não tem importância à distinção entre culpa e dolo e nem as intensidades da culpa que pode ser leve, levíssima ou grave, pois para ocorrer a indenização é importante saber se o agente agiu com culpa, já que a intensidade do dolo e culpa não vai classificar o valor da indenização e o agente terá que reparar integralmente o dano, quer ele tenha agido com culpa ou dolo (COELHO, 2012).

2.2.3 Nexa de causalidade

A relação causal é elemento considerável indispensável para configurar o dever de indenizar, consistindo na ligação necessária entre a ação ou omissão do agente e o dano experimentado pela vítima. Caso não haja esta relação, não há o dever de indenizar.

Existem muitas teorias que tentam explicar o nexo causal, como a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), a qual não foi acolhida no direito civil, tendo, no entanto, grande aceitação no direito penal (NORONHA, 2003, p. 591). Na teoria da equivalência das condições não há diferença entre condição e causa. De acordo com esta teoria, todas as condições são causadoras do dano, além do que, todas as causas subsequentes a primeira seriam de responsabilidade do agente.

Nos ensinamentos de Noronha (2003, p. 591), “no âmbito da responsabilidade civil, a teoria da equivalência das condições levaria absurdamente longe demais a obrigação de indenizar”. Já Cavalieri Filho (2008, p. 47) afirma que esta teoria é criticada porque ela conduz a uma “exasperação da causalidade e a uma regressão infinita do nexo causal”. Isto porque, de acordo com esta teoria, uma vítima de atropelamento seria indenizada “não só por quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem forneceu a matéria-prima etc”. Já a teoria da causalidade adequada adotada por autores como Diniz (2009), Cavalieri Filho (2008) e Dias (2006) e pelo Código Civil Brasileiro (artigo 927) leva em conta, na sucessão de eventos, a causa adequada para a produção do dano.

2.2.4 Dano

Para falar em responsabilidade civil, deverá ter ocorrido prejuízo, comprovação do dano, pois em regra não há responsabilidade civil sem dano, portanto se não tem dano não tem o porque de se falar em indenização, cabendo sempre o autor o ônus da prova.

Um dano causado à outrem pode levar a diminuição ou destruição de um bem seja ele patrimonial ou moral.

Dispõe Diniz (2009, p. 67) que:

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

Sendo assim o dano patrimonial será aquele que irá incidir sobre o patrimônio e poderá ser estimado pecuniariamente sendo restaurado por dinheiro. Aqui se percebe o dano emergente, que é uma diminuição de patrimônio, sendo aquilo que a vítima realmente perdeu, e o lucro cessante seria o que a vítima deixou de ganhar.

O lucro cessante para Diniz (2009, p. 70) é:

Alusivo à privação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado. Para computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, resultando do desenvolvimento normal dos acontecimentos, conjugado às circunstâncias peculiares do caso concreto (RT, 434:163, 494:133). Trata-se não só de um eventual benefício perdido, como também da perda da chance, de oportunidade ou expectativa, que requer o emprego do tirocínio equitativo do órgão julgante, distinguindo a possibilidade da probabilidade e fazendo uma avaliação das perspectivas favoráveis ou não à situação do lesado, para atingir a proporção da reparação e deliberar seu quantum. Conseqüentemente, nesta última hipótese, a indenização não seria do ganho que deixou de ter, mas, na verdade, da chance. Se assim é o dano deve ser apreciado, em juízo, segundo o maior e o menor grau de probabilidade de converter-se em certeza. A chance, ou a oportunidade, seria indenizável por implicar perda de uma expectativa ou probabilidade.

Venosa (2011, p. 44) considera que o dano emergente:

Aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: aquilo que efetivamente perdeu. Geralmente, na prática, é o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos.

O dano moral recairá sobre a dignidade da pessoa e a honra. Ocorre quando a pessoa é afetada no seu psicológico e no seu intelectual, que poderá ser por uma ofensa a sua imagem, nome, seu próprio corpo e a intimidade.

Para Venosa (2011, p. 50) “será moral o dano que ocasionar um distúrbio anormal; uma inconveniência e um desconforto comportamental ao indivíduo a ser examinado em cada caso”.

Ressalta-se que o dano meramente moral só acontece quando se trata de um refazimento por resultado de dor ocasionado à vítima, não tendo refletido em seu patrimônio. Já se a ofensa a outrem não permitir ou dificultar de alguma maneira o desempenho de sua atividade profissional, esse dano moral amplia-se causando também um dano patrimonial.

Portanto para Oliveira (2008):

O dano moral atinge bens personalíssimos da vítima e a diminuição em seu patrimônio não pode ser vista, por este motivo é difícil mensuração já que a indenização não será capaz de promover o retorno ao estado anterior, sendo capaz apenas de compensar a vítima pelo dano sofrido e penitenciar o agressor por sua conduta.

Não pode ocorrer responsabilidade civil sem a existência de dano e a prova real e concreta da lesão se faz indispensável, sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se qualifica em indenização (CARMO, 2011, p. 21).

2.3 Excludentes da responsabilidade civil

Conforme já visto, para que haja a obrigação de indenizar, é necessária a coexistência de determinados pressupostos, a saber: a ação ou omissão do agente, a culpa, o dano, e o nexo causal entre ambos. Mas assim como existem tais pressupostos do dever de reparar o dano sofrido pela vítima, há eventos no caso concreto, que isentam o causador do dano da responsabilidade de repará-lo.

Segundo Rodrigues (2002, p. 164), são quatro as excludentes: caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e cláusula de não indenizar. Em relação à responsabilidade médica, especialmente a cirurgia plástica, objeto deste estudo incluem-se em seu rol essas excludentes acima citadas.

2.3.1 Caso fortuito ou força maior

No ordenamento jurídico pátrio, o caso fortuito e a força maior são tratados sem distinção. Como diz o artigo 393, parágrafo único, do Código Civil de 2002 “o caso fortuito ou força maior, verifica-se nos fatos necessários, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.

Porém Cavalieri Filho (2008, p. 66) as distingue. Para ele, o caso fortuito ocorre quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável. Já a força maior se manifesta quando se está diante de um “evento inevitável”, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, como as tempestades, enchentes, etc.

Já Sampaio (2003, p. 93) declara que caso fortuito ou força maior consistem em todo acontecimento alheio à vontade do contratante ou agente e por si só, proporciona o resultado danoso.

Rodrigues (2002, p. 174/177) afirma que para se falar em isenção de responsabilidade por caso fortuito ou força maior é preciso que o evento que causou o dano seja caracterizado como necessário, irresistível, imprevisível, inevitável e externo. Todavia, segundo o autor citado acima: “O critério para caracterizar o caso fortuito ou força maior, que é a excludente maior da responsabilidade, fica sempre ao arbítrio do julgador” (RODRIGUES, 2002, p. 177). A jurisprudência brasileira não tem uma única posição em relação ao instituto. O conceito e a caracterização de caso fortuito ou força maior são depreendidos da análise do contexto em que se dá o evento, cabendo ao julgador caracterizá-la caso a caso, para uma justa solução.

Mas verdadeiramente inevitáveis são somente fatos externos irresistíveis: são externos quando não estejam vinculados a própria atividade da pessoa de cuja responsabilidade se esteja cogitando; são irresistíveis quando seja esta a sua própria natureza e, por isso, não adiantaria prevê-los e ainda quando assumam essas características devido à circunstância de serem normalmente imprevisíveis (NORONHA, 2003, p. 394).

Entretanto, independente da diferenciação ou não do caso fortuito e de força maior, compreende-se que, na prática, para ambas as causas produzirem a exclusão da responsabilidade civil do cirurgião plástico, é necessário a demonstração de que o evento danoso resultou de algum fato externo imprevisível e inevitável, não relacionado com a própria atividade exercida pelo profissional.

2.3.2 Culpa exclusiva da vítima

A forma de escusa em apreço ocorre somente quando a conduta do agente configura mero instrumento, embora se faça presente ação ou omissão do agente, o fator desencadeante do dano consiste em conduta da própria vítima. Vale dizer, é o comportamento da vítima que exclusivamente causa o dano em si mesmo. Neste caso há a quebra total do nexo de causalidade (SAMPAIO, 2003, p. 293).

Além da culpa exclusiva, há a culpa concorrente da vítima, que embora não exclua a obrigação do agente causador do dano, reduz sua incidência. Esta modalidade ocorre quando as condutas do agente e da vítima, conjuntamente, causam o dano. Neste caso, não há a quebra efetiva do nexo de causalidade, e sim, o seu enfraquecimento. É possível verificar se o liame entre o dano e o comportamento do agente, embora este não tenha sido exclusivamente o causador do dano. Por isso, nestas hipóteses, a obrigação será dividida entre os dois responsáveis e a indenização será estabelecida na proporção em que for justa para cada caso (RODRIGUES, 2002, p. 165).

No campo da responsabilidade médica, em se tratando de fato ou culpa exclusiva do paciente, o médico se exime da responsabilidade pelo dano, pois não existindo culpa do profissional, inexistente a possibilidade de reparação dos danos. De acordo com Dias (2006, p. 944), “na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pela qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso”.

Havendo a concorrência de culpa entre o médico e o paciente, não se configura a excludente de responsabilidade. Neste caso, ambas as partes respondem equitativamente pela parcela de culpa que lhes cabem. Logo, para configuração da excludente de responsabilidade fundada na culpa exclusiva do paciente, cabe verificar se houve a concorrência de culpa entre médico e paciente. Quando demonstrada a culpa exclusiva do paciente, ocorre a ruptura do nexo de causalidade, eximindo o profissional da responsabilidade pelos danos sofridos pelo paciente.

2.3.3 Fato de terceiro

A regra geral é a que impõe a obrigação de reparar o dano sofrido pela vítima será suportada pelo seu causador direto. Acontece, contudo, que há casos em que o causador do dano é um terceiro. Neste caso também se exclui o liame causal, pois não é o comportamento direto do agente que dá causa ao dano. O fato de terceiro equipara-se ao caso fortuito ou força maior, pelas causas estranhas, imprevisíveis e inevitáveis à conduta do agente (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 65).

Assim, afirma-se que o fato de terceiro, que se caracteriza como uma escusa do dever de indenizar o dano sofrido pela vítima é observado quando o causador direto (não responsável pelo acontecido) não tiver contribuído em nada para o dano.

2.3.4 Cláusula de não indenizar

Esta cláusula não é admitida no âmbito da Relação de Consumo, artigo 51, I do CDC, somente na forma de responsabilidade negocial. A cláusula de não indenizar, como excludente de responsabilidade está inserida na responsabilidade civil contratual. Com a estipulação de um contrato, uma das partes contratantes declara, com a anuência da outra, que não será responsável pelos danos decorrentes do inadimplemento, sem a cláusula, deveria ser ressarcido pelo estipulante (RODRIGUES, 2002, p. 179).

Há uma divergência no campo da legitimidade ou não da cláusula de indenizar, sendo admitida por alguns e ao mesmo tempo proibida por outros. Para os que proíbem, (DIAS, 2006, p. 907 e GONÇALVES, 2009, p. 453) sustentam ser nula tal cláusula, por ser contrária ao interesse social. Já para os que admitem, defendem sua validade, em nome do princípio da autonomia da vontade (SAMPAIO, 2003, p. 159.). Ambas as posições encontram amparo na lei, na jurisprudência e na doutrina.

Apesar de ser tornado comum a inclusão de cláusulas de irresponsabilidade em alguns tratamentos médicos, no caso das cirurgias plásticas tal fato não deve ser considerado como uma excludente de responsabilidade civil do cirurgião plástico. A cláusula de não indenizar consiste na exclusão da obrigação de indenização por parte do médico, em caso de danos causados ao paciente durante o tratamento (PEREIRA, 1998, p. 39).

2.4 Espécies de responsabilidade civil

De acordo com a doutrina e a jurisprudência brasileira, a classificação da responsabilidade civil pode variar conforme seu fundamento, em responsabilidade subjetiva ou objetiva, ou quanto ao fato gerador, em responsabilidade contratual e extracontratual.

As principais características destas modalidades são:

2.4.1 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil subjetiva trata-se da responsabilidade fundada na culpa. Vale dizer, analisa-se ou não a culpa como elemento caracterizador da obrigação de reparar o dano.

Para Gonçalves (2009, p. 30) “em face da teoria clássica, a culpa é o fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil”. Assim, não havendo culpa, não há de se falar em responsabilidade.

Para a configuração desta responsabilidade ou para que surja a obrigação de indenizar, não bastam o dano e o nexo causal, sendo imprescindível a demonstração de que o ofensor tenha atuado com dolo ou culpa. De acordo com Dias (2006, p. 134), o dolo identifica a vontade direta do agente em prejudicar a vítima. Já a culpa em sentido estrito se caracteriza pela negligência, imprudência ou imperícia em relação ao direito alheio.

Crítica-se esta teoria em face da dificuldade em se provar o elemento subjetivo “culpa”, que em inúmeras vezes impossibilita o reconhecimento do direito de indenização (SAMPAIO, 2003, p.26).

Já a responsabilidade objetiva tem como característica determinante o fato de que o elemento culpa não é essencial para o surgimento do dever de indenizar. Esta responsabilidade prescinde do elemento culpa, necessitando apenas da comprovação do liame causal e do dano. Por isso, muitos autores afirmam que esta modalidade de responsabilidade oferece maior proteção à vítima.

Então, consignou-se a teoria do risco, para caracterizar a responsabilidade objetiva, que de acordo com Gonçalves (2009, p. 31) por essa teoria se pressupõe que todo dano deverá ser reparado e indenizado, mesmo que a conduta for isenta de culpa. Sendo assim, a culpa do causador do dano não precisará ser provada para que ele tenha que indenizar a vítima.

Essa teoria do risco se desdobra em várias outras subteorias que foram criadas para adequar às espécies de danos, que resultam das mais diversas atividades humanas.

Como a teoria do risco integral que trás a ideia que qualquer fato, seja ele culposos ou não, vai estabelecer que o agente repare o dano, nesta espécie de risco distancia qualquer hipótese das excludentes de responsabilidade civil. Na espécie da teoria do risco profissional, a indenização poderá surgir de uma atividade laborativa, ou seja, a responsabilidade civil procedente da profissão exercida pela vítima. Nesta espécie irá nascer à obrigação de reparar os danos resultantes do acidente no qual incorre ao empregador, não precisando verificar a existência de culpa por parte do lesado (IGNÁCIO, 2003, p. 30). O risco proveito, outra espécie da teoria do risco, é fundada no princípio *ubi emolumentum ibi ônus*, do lucro nasce o encargo na qual o responsável é o que auferiu vantagens econômicas do fato, e caberá a vítima provar o fato danoso e o nexo de causalidade (WOLKOFF, 2010). Já na outra modalidade da teoria do risco excepcional, ocorre o dever de indenizar em consequência de uma atividade excepcional que não é comum do agente do dano (WOLKOFF, 2010).

E por fim a teoria do risco criado, na qual, aquele que em razão de sua atividade pessoal ou profissional criar algum risco de danos a terceiros terá que ressarcir os eventuais danos causados, independente de culpa. Como o próprio nome expressa, apenas o risco (RODRIGUES, 2002, p. 156). Desta forma, consolidou-se nosso novo texto legislativo no seu art. 927, parágrafo único do Código Civil de 2002, a responsabilidade civil objetiva, originada na teoria do risco.

2.4.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

A responsabilidade contratual é também conhecida como responsabilidade negocial, enquanto a extracontratual é também denominada de aquiliana. A responsabilidade contratual, como o próprio termo expressa, origina-se de um acordo de vontades pré-existente ao inadimplemento do devedor, ou seja, o requisito fundamental desta responsabilidade é a existência de um negócio jurídico.

Para Diniz (2009, p.129), a responsabilidade contratual é aquela

Oriunda da inexecução de um negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta-se, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade de contratar.

Portanto, na responsabilidade contratual, antes do surgimento do dever de indenizar já existe um vínculo jurídico que foi fruto de uma convenção entre os contratantes. Assim, se ocorrer o inadimplemento por uma das partes, a responsabilidade será contratual, pois foi firmado um contrato entre elas.

Rodrigues (2002, p.10) alude que em caso de descumprimento de contratos, para efeitos de responsabilidade civil

[...] demonstrado pelo credor que a prestação foi descumprida, o *ônus probandi* se transfere para o devedor inadimplente, que terá que evidenciar a inexistência de culpa de sua parte, ou a presença de força maior, ou outra excludente de responsabilidade capaz de eximi-lo do dever de indenizar.

Uma das características dessa responsabilidade é o *ônus da prova*. O autor da ação somente é obrigado a demonstrar que a obrigação não foi cumprida, ficando o réu responsável pela prova de que não agiu com culpa ou ainda, que ocorreu causas que podem excluir a obrigação de indenizar (tais como o estado de necessidade, por exemplo).

Já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana resulta do descumprimento de uma norma, na prática de um ato ilícito. Desta forma, não existe um vínculo jurídico anterior entre as partes, que não estão, portanto, ligadas por uma relação obrigacional ou contratual, tal como acontece na responsabilidade contratual. Essa responsabilidade nasce de uma lesão de um direito subjetivo, portanto, sem que exista uma relação de contrato entre as partes.

Destaca-se que a responsabilidade extracontratual, em regra, baseia-se na culpa. Todavia, não se deve esquecer dos casos de responsabilidade extracontratual sem culpa, como acontece na responsabilidade objetiva, onde prevalece o risco criado pela atividade do agente.

Conforme alude Aguiar Jr (1995, p.80)

[...] na responsabilidade extracontratual ou delitual, o autor da ação deve provar, ainda, a imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa), isentando-se o réu de responder pela indenização se o autor não se desincumbir desse ônus. Na prática, isso só tem significado com a outra distinção que se faz entre obrigação de resultado e obrigação de meio.

Caberá ao autor da ação provar que houve imprudência, negligência ou imperícia por parte do causador do dano ou mesmo o dolo. Portanto, se não provar a culpa não haverá indenização por parte do réu (IGNÁCIO, 2003, p. 29).

Há uma grande divergência entre alguns autores, em face da dificuldade em se estabelecer uma divisão exata em certas situações, já que há casos em que se abarcam, simultaneamente, aspectos de natureza contratual e extracontratual.

Porém, para alguns autores é mantida a ideia da diversa natureza de tais espécies de responsabilidade. Segundo Rodrigues (2002, p. 10) “ao menos para efeito didático e de melhor entendimento, parece-se conveniente manter a distinção, pois sob alguns ângulos práticos ela se justifica amplamente”. Na verdade, há uma tendência nas legislações modernas em unificar a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, sendo justificado que seus efeitos são idênticos e que as diferenças entre as modalidades não são fundamentais para determinar tais efeitos.

3. Responsabilidade Civil do Médico

Embora os autores refiram-se ao surgimento da medicina em período bastante remoto da história da humanidade, a responsabilidade civil decorrente de tal atividade foi fixada muito depois. Apenas para reduzir a abordagem em razão da proposta aqui apresentada, o recorte foi fixado a partir do século XIX, quando na França a teoria da responsabilidade civil foi tratada de forma mais aprofundada, tendo a Academia de Medicina de Paris decidido que somente seria estabelecida a responsabilidade moral dos profissionais médicos (KFOURI NETO, 2001, p. 67).

Desta forma e inicialmente, foi atribuída aos médicos imunidade ampla, já que estes profissionais somente seriam responsabilizados quando cometessem um erro grave. Neste sentido, salienta que a culpa médica haveria de ser grave, inescusável, advinda de erro grosseiro, elementar. Além disso, o ônus da prova incumbiria somente ao paciente. Sendo assim gerou-se a “responsabilidade eufemística”, configurando, de certa forma, uma reação à admissão da responsabilidade civil dos médicos, assim como também de outros profissionais. Afirmava-se que os juízes não estariam aptos a julgar matérias que envolvessem medicina, em face da perícia específica e necessária ao exercício desta profissão, que era desconhecida dos julgadores. E mais, as pretensões de ressarcimento material do dano eram consideradas como enriquecimento sem causa (KFOURI NETO, 2001, p. 69/72).

Neste período, não se distinguia a responsabilidade civil da penal, pois somente mais tarde é que a ideia de penalização foi substituída pela indenização. Na fase seguinte, com o surgimento e defesa da tese da responsabilidade plena, a culpa do médico começou a ser verificada. Argumentava-se, então, que não se devia privilegiar uma classe profissional em detrimento de outras. Se necessária a investigação da culpa para certas profissões, bem como para qualquer pessoa, também deveria ocorrer em relação à atividade médica (KFOURI NETO, 2001, p.69).

Assim, a tese da imunidade ampla dos médicos foi abandonada, não retornando em nenhum outro período da história da responsabilidade civil francesa. Como o modelo francês influenciou outras nações, especialmente o Brasil, a responsabilidade médica aqui também adquiriu o mesmo tratamento, ou seja, a necessidade de ser verificada a culpa do profissional.

3.1 Responsabilidade e deveres do médico e a relação médico paciente

A classificação da responsabilidade médica é importante porque dela dependerá igualmente do ônus da prova. Em geral, o médico não promete a cura, mas assume as obrigações de dar assistência, envidar todos seus esforços, conhecimentos e técnicas para, com diligência, tentar a cura da doença ou preservar a saúde do paciente. Esta obrigação é classificada como obrigação de meio.

A obrigação de meio, nas palavras de Diniz (2009, p. 279) “é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo”. Neste caso, não há o que falar em presunção de culpa, ao contrário do que estabelece o *caput* do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor. Por outro lado, a responsabilidade de resultado seria a meramente curativa. Esta modalidade de responsabilidade “é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional” (DINIZ, 2009, p. 290). Neste caso, quando o médico não atingisse esta finalidade (cura), precisaria demonstrar que tal inadimplência não foi causada culposamente ou indicar excludentes de responsabilidade, já que há presunção de culpa a seu desfavor.

Desta forma, se for afirmado que se trata de responsabilidade de meio, a prova da responsabilidade contratual recai sobre o paciente, ou seja, cabe-lhe provar que houve negligência, imperícia ou imprudência do profissional. Já se for acolhida a responsabilidade médica como obrigação de resultado, presume-se a culpa do médico e a este somente resta demonstrar que não agiu com culpa e que incidiram as causas excludentes de responsabilidade, já mencionadas. Em outras palavras, conforme a orientação adotada, o ônus da prova pode recair sobre o paciente ou sobre o médico.

É certo que o corpo humano é verdadeiramente imprevisível, pois nem sempre uma pessoa reage aos medicamentos da mesma forma que a outra, ou seja, o resultado da atividade médica pode variar conforme as condições físicas, biológicas e mentais de cada paciente (CZAJKOWSKI, 2002).

Até 2002 a responsabilidade do prestador de serviço encontrava-se regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. Esta legislação, em seu artigo 14 (*caput*), versava sobre a responsabilidade por danos causados aos consumidores, por serviços prestados de modo defeituoso. Tal dispositivo legal cuidava, portanto, da responsabilidade objetiva, ou seja, a que prescinde da culpa, devido à seguinte redação:

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

A atividade médica incluía-se nesta modalidade de contrato prestação de serviço, mas indicavam-lhe o tratamento dado pela regra contida no parágrafo 4º, do mesmo artigo, segundo o qual: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Após a edição do Código Civil de 2002, o direito civil brasileiro consagrou a responsabilidade médica, inserindo-a entre os dispositivos legais que cuidam da responsabilidade aquiliana, pois está prevista no artigo 951, que trata da extensão da indenização no exercício da atividade profissional. Segundo esta orientação, afirma-se que o legislador optou pela culpa extracontratual, de tal forma que todas as atividades profissionais, inclusive a médica, estão vinculadas à responsabilidade civil que exige a demonstração de culpa do causador do dano e tal demonstração recai sobre a vítima. Ou seja, trata-se de uma culpa extracontratual originada de uma obrigação de meio, daí porque o ônus da prova recai sobre o paciente (DIAS, 2006, p. 328).

Logo após o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 1990), a responsabilidade médica passou a ser classificada como contratual, tanto a decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal, quanto a que resulta da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídas as clínicas, os hospitais, as casas de saúde, laboratórios etc. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 383).

No entanto há uma peculiaridade nesta responsabilidade, pois a atividade quando realizada direta e pessoalmente pelo médico é considerada contratual, mas oriunda de uma obrigação de meio. Assim, embora contratual, a responsabilidade nestes casos é subjetiva, exigindo a prova de culpa do ofensor.

Sustenta Cavalieri Filho (2008, p. 493) que não obstante subjetiva a responsabilidade do médico, “está sujeito à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. Pode consequentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor”. Entende o referido autor que a hipossuficiência a que se refere o Código do Consumidor não é apenas econômica, mas também técnica. Neste caso, se o consumidor não possuir condições econômicas ou técnicas para produzir prova dos fatos que constituem seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor.

É certo que até 2002, era entendido que esta orientação “encerrava verdadeira contradição”. Isto porque, ou a responsabilidade do médico era subjetiva e com culpa provada e neste caso o § 4º, do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor deveria ter sua eficácia plena respeitada, configurando exceção à garantia genérica estabelecida pelo Código, ou este artigo 14 não era uma exceção, já que a inversão do ônus da prova transformava a responsabilidade subjetiva e com culpa provada, em caso de culpa presumida (responsabilidade objetiva). Alertava o aludido autor que esta transformação não fora prevista expressamente pelo legislador. E mais, para ele, não seria justo transferir o ônus da prova para o médico, porque isso consistia em prova negativa (DIAS, 2006, p. 335).

Em 2003, o desembargador Ênio Zulani tornou-se o precursor da aplicação prática nos tribunais dessa orientação combatida (caráter contratual do exercício da medicina, que encerra obrigação de meio) e que hoje é prevalente (DIAS, 2006, p. 336).

No entanto, mesmo quando a responsabilidade do médico é classificada como responsabilidade contratual, não há unanimidade quanto à natureza deste contrato. Portanto podendo classificá-la como locação de serviços ou contrato *sui generis*.

Gomes (2004, p. 49), por exemplo, entende que entre o médico e o seu paciente existe um contrato de prestação de serviços, com todos os requisitos necessários para tanto. Assim, obriga-se o médico a envidar todos os seus esforços e técnicas adquiridas para alcançar o objetivo firmado com o paciente (que é a cura deste) devendo, para tanto, atuar com perícia e capacidade.

Considera Dias (1995, p. 49), que a natureza dos serviços médicos é mais elevada ou extensa do que a do locador de serviços, considerando-a com aspecto especial em relação à locação. De maneira geral, a consequência jurídica destas classificações não difere podendo considerar a responsabilidade médica contratual, mas originada de uma obrigação de meio, já quando se tratar de natureza extracontratual, o paciente deve sempre provar a culpa do médico. Apenas excepcionalmente nos casos de hipossuficiência financeira ou técnica, haverá inversão do ônus da prova.

Quando se classifica a responsabilidade médica como contratual, pode apontar os seguintes exemplos de indenizações decorrentes de responsabilidade extracontratual, que aconteceriam quando o médico: a) fornecesse atestado gracioso ou falso; b) permitisse ou consentisse que pessoa não habilitada exercesse a medicina, podendo impedi-la; c) permitisse a circulação de obra médica por ele escrita, sem a necessária revisão dos erros relativos à dosagem de medicamentos, o que vem a causar acidentes ou mortes; d) não ordenasse a

remoção de um ferido para o hospital, sabendo que não eram possíveis as melhoras das condições do cliente tratado, conforme Dias (1995, p. 334).

Há unanimidade, no entanto, quanto à orientação de que os médicos não estão sujeitos ao rigor da responsabilidade civil objetiva, ou seja, aquela em que basta haver o dano causado ao paciente e o nexo causal entre o uso do serviço e este, para que se responsabilize o profissional (GOMES, 2004, p. 39). Assim, no que tange à responsabilidade médica, apesar de reconhecer a natureza contratual da relação entre paciente e médico, a doutrina majoritária entende que é exigida a prova de culpa na conduta do profissional, sem a qual não há que se falar em obrigação de indenizar.

Os médicos não podem ser responsabilizados pelo imprevisível. A morte é algo natural, é fatalidade, às vezes nem mesmo fazendo-se todo o possível para a pessoa sobreviver, isto será conseguido, à morte não será evitada. Porém, eles respondem por falta de desempenho, assistência, imperícia, negligência e imprudência (STOCO, 1995, p. 294).

As modalidades de condutas culposas são definidas por Kfoury Neto (2001, p. 83/89), segundo o qual: “Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar de cautela”. Trata-se de um comportamento perigoso, onde o profissional atua sem precaução. Já a negligência caracteriza-se pela “inação, indolência, inércia, passividade”. Configura, desta forma, a falta de atenção ou cuidado. Por fim, a imperícia é a “falta de observação das normas, deficiência de conhecimento técnicos da profissão, o despreparo prático”. Pode ocorrer que a técnica praticada pelo profissional seja boa ou até mesmo adequada. Contudo, falta-lhe a perícia necessária a tal atividade, ou seja, o médico aplica mal uma técnica considerada boa, para determinado caso.

A classificação da responsabilidade médica também varia conforme as especialidades médicas ou os termos convencionados entre as partes. Quando se trata de cirurgia estética, ou quando as partes estipulam qualquer específico objetivo a serem alcançados através da intervenção cirúrgica, os autores a configuram como uma responsabilidade contratual com obrigação de resultado.

Enquanto que na cirurgia reparadora a obrigação será sempre de meio, devendo o médico utilizar todo o seu conhecimento e técnica para salvar a pessoa, nas cirurgias plásticas estéticas (embelezadora) a obrigação será de resultado. Isto porque nas hipóteses de cirurgia plástica estética, o paciente goza de perfeita saúde, mas deseja corrigir alguma deformidade física ou o embelezamento. O objetivo do paciente, portanto, é melhorar a sua aparência. Nessas ocasiões o médico assume uma obrigação em relação a tal fim ou objetivo (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 380).

E mais, a indenização é medida pela extensão do dano, como ressalta o artigo 944, do Código Civil. Advirta-se, no entanto, que o parágrafo único do mesmo dispositivo afirma que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Este artigo é de suma importância na prática, pois permite ao juiz a redução equitativa da indenização.

Em sua profissão o médico se compromete diante do seu paciente proceder com todo cuidado, conhecimento e técnicas adequadas para assim atingir um bom resultado. E é dessa relação que nasce o contrato que visa à realização de uma prestação de serviço (CARMO, 2011, p. 36). Se o médico não conseguir a cura de um paciente não significa que não agiu corretamente, ficando assim limitada a vantagens sobre os contratos de responsabilidade médico paciente. Por exemplo, um paciente que estiver em estado terminal de câncer, não se pode falar em cura, tendo o médico informar sobre seu estado de saúde e agir de maneira que seu paciente viva tranquilamente, ocorrendo, portanto, obrigação de meio.

Dentre as obrigações do médico, o dever de informar ao paciente o risco da cirurgia merece destaque⁴. O dever de informar o paciente e ter seu consentimento é fundamental para a relação médico paciente. A ética relaciona-se diretamente com a conduta humana e deverá estar sempre em vigência na vida do médico. Isto porque até a mais simples intervenção, produz um risco que não se pode evitar, não decorrente de defeito do serviço, como, por exemplo, em relação aos efeitos colaterais dos medicamentos empregados nesta atividade. Assim, a falta de informação do paciente pode levar o médico a indenizá-lo, pois mesmo não caracterizando defeito do serviço prestado, responde o profissional pela ausência de informação correta, pela omissão da informação necessária ao paciente sobre os riscos reais do tratamento ou da cirurgia (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 377).

O dever de esclarecer significa a necessidade de consentimento do paciente quanto às práticas que serão utilizadas no seu tratamento. Todavia, há hipóteses em que este dever pode ser afastado. Tratam-se dos casos de risco de vida ou deterioração da saúde do paciente.

O dever de informar o paciente está também previsto no artigo 15, do Código Civil, segundo o qual: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Este artigo relata, mais uma vez, que qualquer tratamento ou cirurgia de risco deve ser submetido ao consentimento informado do paciente.

⁴ O direito à informação está no elenco dos direitos básicos do consumidor, conforme artigo 6, III, do Código de Defesa do Consumidor: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

O Código de Ética Médica dispõe da relação de informação para com seus pacientes, no artigo 34 que diz o seguinte: “é vedado ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar algum dano devendo neste caso fazer a comunicação a seu representante legal”.

Portanto nas cirurgias plásticas o cirurgião deverá garantir ao seu paciente todas as informações sobre os riscos da cirurgia, como também o que pode ocorrer. O paciente deverá dar seu consentimento se não for possível seus familiares ou representantes legal deverão dar.

Cabe unicamente ao paciente decidir sobre a sua saúde, avaliar o risco a que será submetido com o tratamento ou a cirurgia, e aceitar ou não a solução preconizada pelo médico (AGUIAR JR, 1995, p. 36).

Destaca-se ainda o artigo 56º do Código de Ética Médica - Resolução CFM nº 1.246/88, DE 08.01.88: “decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida”, devendo este princípio ser aplicado também às cirurgias estéticas. O paciente terá que ser noticiado quanto aos resultados positivos e também negativos. Não lhes sendo informados estes últimos, aí está à violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 379).

3.2 Obrigações de meio e de resultado

Foi dito que a obrigação assumida pelo médico é regra geral, de meio, bastando tão somente que o mesmo preste aos pacientes os cuidados conscienciosos e necessários, de acordo com as condições evolutivas da ciência médica, para que se exima da obrigação de indenizar, nos casos de superveniência de algum dano por sua atividade. A atividade do cirurgião plástico, porém, possui feição peculiar, haja vista ser distinta a obrigação do médico, conforme a modalidade de cirurgia plástica realizada, a saber, estética propriamente dita, ou estética reparadora.

A cirurgia estética propriamente dita se divide em duas formas, modalidades distintas: A cirurgia de caráter estritamente estético, na qual o paciente visa a tornar algo do seu corpo, considerando um modelo ideal de beleza estética, para ficar “ainda melhor”. Neste caso o médico se obriga a um resultado determinado e se submete à presunção de culpa, correspondente ao ônus da prova para se eximir da responsabilidade do eventual dano (KFOURI NETO, 2001, p 175).

A cirurgia estética *lato sensu* é a destinada a corrigir uma pequena imperfeição da natureza, que traz um mal-estar psíquico à pessoa. Por exemplo, um jovem, com um rosto lindo, que tem um nariz aquilino e de linhas irregulares, em absoluta desarmonia facial. Ao corrigir esta imperfeição, deverá o médico atender ao dever de prudência, e não estará adstrito a uma obrigação de resultado. O resultado estético é subjetivamente apreciado pelo médico (KFOURI NETO, 2001, p. 175).

A doutrina não é unânime na apreciação desta questão, pois segundo Kfourri Neto (2001, p. 176), se a cirurgia tiver por finalidade a reparação de graves defeitos causados por acidentes de automóvel, do trabalho, queimaduras, por exemplo, “é induvidosa a caracterização da obrigação de meio”. Assim, conforme este autor, quando a cirurgia plástica tiver função reparadora, a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. Aqui, o resultado prometido se limitaria exatamente ao desempenho do melhor serviço, ou a utilização de todos os meios necessários e disponíveis para o caso, que é pertinente a todo atuar médico.

Assim sendo, quando a cirurgia for de finalidade reparadora ou estética *lato sensu*, não há que se falar em obrigação de resultado por parte do médico que realiza a intervenção cirúrgica visando corrigir a imperfeição. Este para se eximir do dever de indenizar, deve manter o paciente informado sobre as possíveis consequências da operação, bem como agir de acordo com as técnicas aplicáveis ao caso.

Logo todo cirurgião que empregue toda técnica consagrada e as cautelas indicadas ao caso, se exime do resultado. Evidentemente, não se focaliza aqui o cirurgião que assume o compromisso com o paciente de atingir determinado resultado, como a cirurgia de caráter estritamente estético.

Sendo assim, a cirurgia estética reparadora e a cirurgia estética *lato sensu*, tem como função a obrigação de meio, na qual a vítima (paciente) tem o ônus de provar a culpa do médico. Já na cirurgia de caráter estritamente estético, a obrigação será de resultado, em face da presunção relativa da culpa do médico. Este poderá se defender provando que não é o culpado ou que ocorreu uma das excludentes de responsabilidade.

4. Responsabilidade Civil do Médico em Cirurgias Plásticas

4.1 Cirurgias Plásticas

Com o crescimento econômico, o aumento do desenvolvimento industrial, comercial e de serviços, o nível de exigência com a aparência das pessoas tem crescido exponencialmente. Hoje, vivemos na era do culto ao corpo perfeito, onde os padrões de beleza são regidos e modificados pela mídia. Neste sentido, o Brasil é hoje vice-campeão mundial no ranking dos países que realizam cirurgias plásticas estéticas, perdendo apenas para os Estados Unidos, como apontam as pesquisas de órgãos oficiais da saúde.

De acordo com a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP, 2013) em pesquisa encomendada ao Instituto Datafolha, entre os anos de 2011 e 2012, do total de cirurgias realizadas no Brasil, 73% foram de caráter estético, enquanto 27% reparador. E mais, somente no segundo semestre do ano de 2011, especialmente nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro foram realizadas 200 (duzentas) cirurgias estéticas por dia. Ainda de acordo com esta entidade, para um universo de 3.533 profissionais, são realizadas no Brasil, por ano, aproximadamente 629 mil cirurgias plásticas. Em média, cada cirurgião realiza 178 (cento e setenta e oito) cirurgias por ano.

Contudo, não são todas as intervenções cirúrgicas que geram resultados satisfatórios. De acordo com o Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP), somente no ano de 2012, a especialidade de cirurgia plástica recebeu 138 (cento e trinta e oito) queixas, sendo este número relativo apenas à cidade de São Paulo.

Consideradas por muito tempo como “cirurgias de luxo”, as cirurgias plásticas, foram muito criticadas e condenadas no passado. Para a maioria leiga, tais intervenções cirúrgicas não passavam de pura vaidade. Também a Igreja teve papel destacado nesta visão, já que durante anos foi um dos maiores opositores desta modalidade de intervenção cirúrgica, entendendo seus representantes que a prática das cirurgias plásticas interferia na vontade de Deus (GIOSTRI, 2002, p. 117).

Apesar de tal prática ter sido exercida há milênios, o reconhecimento da cirurgia plástica como especialidade médica ocorreu a partir de 1914. Devido às guerras mundiais que assolaram o planeta, em meados do século XX, esta especialidade médica entrou em grande ascensão, visto que os milhares de mutilados de guerra buscaram as cirurgias plásticas (PANASCO, 1984, p. 39). Deste modo, como afirma Gistri (2002, p. 39) a necessidade das vítimas das guerras possibilitou a mudança de enfoque da cirurgia plástica, que passou a ser vista como auxiliar dos mais necessitados, na busca de uma melhoria na qualidade de vida.

Em 1930 foi criada a Sociedade Científica Francesa de Cirurgia Reparadora, Plástica e Estética, tendo a expressão “cosmetologia” surgida no Congresso Nacional de Dermatologia, em Bucareste, em 1935 (STOCO, 2004, p. 545). A partir de 1950, os tribunais de alguns países, tais como França, Espanha e Itália, passaram aceitar as cirurgias plásticas estéticas como atividades legalmente justificadas (MAGRINI, 2003, p. 193). Esse fato pode ser considerado como o passo inicial para o reconhecimento e regularização das cirurgias plásticas nos ordenamentos jurídicos de inúmeras nações.

No Brasil, a cirurgia plástica passou a ser reconhecida como especialidade médica pelo Conselho Federal de Medicina e pela Associação Médica Brasileira na década de quarenta, tendo como sociedade representante a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (MAGRINI, 2003, p. 29).

Entre nós, provavelmente o fato que gerou a aceitação da cirurgia plástica pela sociedade em geral, tenha sido o extraordinário incêndio que atingiu um circo em Niterói, em 17 de dezembro de 1961, quando centenas de pessoas foram vitimizadas. Na ocasião, o hoje renomado cirurgião Ivo Pitanguy e seus alunos atenderam os queimados gratuitamente.

Hodiernamente, o ramo da cirurgia plástica apresenta uma grande ascensão na maioria das nações do globo terrestre. Seja por motivos funcionais, psicológicos ou sociais; aqueles que buscam tal especialidade possuem o mesmo objetivo, isto é, a melhora na qualidade de vida.

4.2 Tipologia: cirurgia reparadora e estética

Destaca-se que a cirurgia plástica pode ser dividida em cirurgia estética reparadora ou corretiva e cirurgia estética embelezadora, de acordo com o que visem, respectivamente, corrigir enfermidades congênitas ou adquiridas, ou imperfeições de outra natureza.

A razão da diferenciação de tratamento entre as duas espécies de cirurgia plástica deve-se ao fato de que a pessoa que procura uma cirurgia estética propriamente dita, não é um doente, mas sim, alguém sadio e desejoso de melhorar sua aparência. E, justamente por não ser o cliente uma pessoa enferma, é que se exige mais do médico. Como no íntimo, a esperança de beleza é ilimitada e se altera a todo o momento por novos paradigmas (televisão, cinema, revistas, etc.), cobra-se cada vez mais do cirurgião, devendo o profissional providenciar o pré-operatório e toda a documentação correspondente à atividade médica, bem como promover todas as informações que possam servir de garantia e determinar que cumpriu o prometido ao paciente.

Na cirurgia plástica reparadora ou corretiva, a pessoa é portadora de uma deformidade que o médico nem sempre pode eliminar, caso em que procura realizar o melhor possível dentro das condições existentes. Como exemplo da cirurgia reparadora, pode-se citar: a que corrige um lábio leporino; os casos de queimaduras ou lesões sofridas em acidentes; enxertos de deformidade cicatricial, entre várias outras.

Porém, a cirurgia estética propriamente dita é procedimento que não tem por escopo curar uma enfermidade, mas sim eliminar as imperfeições físicas que, sem alterar a saúde de uma pessoa, tornando-a feia, do ponto de vista estético, conforme Kfoury Neto (2001, p. 171).

Desta forma, não se trata de atos curativos, ainda que para isso tenham que abstrair da cirurgia estética, determinadas intervenções que normalmente se classificam dentre as curativas, como as necessárias à correção de falhas anatômicas ou fisiológicas. Fazem parte dessa especialidade cirúrgica, tão só, os atos tendentes a “mudar o padrão estético da pessoa, como se se tratasse de mudar a forma de um vestido ou a cor de uma gravata” (KFOURI NETO, 2001, p. 171).

A cirurgia estética propriamente dita pode aumentar ou excluir totalmente um mal-estar, não físico, mas psíquico do ser humano. Em certos casos, recomendam-se psicólogos para saber se é isso que a pessoa deseja fazer, pois tem casos em que se faz uma cirurgia estética para suprir um outro mau que não tem nada a ver com a sua aparência, e sim por motivos alheios. Como por exemplo, quando o marido opta pela separação em razão de novo relacionamento amoroso, a ex-cônjuge fica esta tão perturbada com o ocorrido que resolve fazer uma cirurgia plástica achando que resolverá seus problemas, tentando suprir uma tristeza, dor, com uma cirurgia. Neste caso, fácil observar que é preciso um terapeuta ou psicólogo, e o médico cirurgião observando este ocorrido deve auxiliar seu cliente.

O caso mais comum é o segundo, excluir o mal-estar ou psíquico do cliente, livre da imperfeição que o incomodava, acaba com sua insegurança, levantando a auto-estima, se tornando uma pessoa mais sociável, estimulante para o trabalho, para a vida (KFOURI NETO, 2001, p.171).

Assim, se a cirurgia estética ocasionar a extinção dos problemas psíquicos diante da insatisfação com a aparência, não há porque condená-la. Importante ressaltar o pensamento de Kfoury Neto (2001, p. 172), ao afirmar que

A cirurgia estética nunca é urgente e sua necessidade nem sempre é manifesta mas mesmo assim apresenta características comuns às demais cirurgias; as reações do organismo humano são imprevisíveis e consequências indesejadas podem sobrevir.

O médico dispõe de um limite para agir no corpo humano, mesmo obtendo o consentimento do paciente e tendo prestado correta e completa informação, ainda incorrerá em responsabilidade o médico que, ciente da desproporção entre os riscos assumidos pela intervenção e os benefícios esperados. Segundo dados da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, o Brasil é considerado o maior centro mundial de cirurgia plástica, superando então o primeiro do ranking, os Estados Unidos da América. Nos últimos 10 anos, a especialização aumentou 130% na área e hoje são mais de 3.500 profissionais autorizados para exercer esta profissão (CURI, 2005, p. 103).

Ocorreram mudanças na sociedade, de uns 60 anos para cá. Os costumes, hábitos dos brasileiros mudaram e muito, passamos de uma concentração principalmente rural para urbana. Com o crescimento dos centros urbanos, por consequência, diminuiu o número de analfabetos, houve invasão das mulheres no mercado de trabalho, passou-se a exigir delas uma “boa” aparência, influenciada pela mídia, tv, propagandas e pelo próprio mercado de trabalho, que tem preferência velada por pessoas “bonitas”.

Além dessa mudança, a ciência, especialmente, também evoluiu. Os tratamentos, medicamentos, hospitais e médicos especializados em cirurgia plástica deixaram de ser privilégio de uma pequena elite e hoje são reivindicados como direito de todos. Os fatores que explicam o acréscimo da quantidade de cirurgias estéticas são diversos: o medo de envelhecer (homens e mulheres não satisfeitos com a sua aparência querem “mudar de vida” e para tanto são capazes de economizar anos a fio sua renda, na esperança do resultado de uma operação estética); a necessidade de afeto (muitas vezes decorrente de fatores psicológicos, como a baixa-estima); a busca de novas oportunidades profissionais (em vista de um mercado de trabalho cada vez mais exigente, no qual as disputas por um espaço são cada vez mais igualitárias, a aparência física passou a ser fundamental na hora das contratações de emprego).

Alguns autores afirmam que a cirurgia plástica passou no que tange a sua legitimidade, por três momentos distintos: a fase da rejeição; a da aceitação com reservas; para enfim, chegar ao seu momento atual de admissão ampla (PEREIRA, 1998, p. 294). A fase da rejeição ocorreu durante o seu surgimento. Neste período ocorriam mais experimentos do que cirurgias, de rigor científico. Entendia-se em tal época que a cirurgia plástica não se destinava a curar uma doença, mas sim em corrigir uma imperfeição física. Assim, se não fosse obtido o resultado esperado, presumia-se ter o médico agido com culpa, pelo simples fato de realizar uma cirurgia sem qualquer utilidade para a saúde do paciente (PEREIRA, 1998, p. 102).

O segundo momento, a fase da aceitação com reservas, por sua vez, surgiu “a partir do julgamento do Tribunal do Sena⁵, em 25 de fevereiro de 1929, após o qual considerou-se a questão de saber se o médico incide em culpa sempre, ou se depende esta das circunstâncias de cada caso” (PEREIRA, 1998, p. 156). A partir de então, passou-se a entender que, se a cirurgia plástica não era proibida por lei e assim, não seria considerada como ato ilícito.

Na terceira fase de aceitação ampla, a sociedade aprendeu a conviver com as possibilidades da medicina através da cirurgia plástica, o que se coaduna com a época atual, em que há uma busca pela boa aparência física, seja por vaidade ou mesmo por necessidade. De acordo com Pereira (1998, p. 168/169):

No meio dia da vida, homens e mulheres sentindo os primeiros sintomas externos da degeneração dos tecidos, procuram, por vaidade ou por necessidade de melhorar a aparência, a cirurgia estética como meio de obtê-lo. Anunciam-se pela imprensa “centros estéticos”, multiplicam-se os profissionais nessa especialidade, e alguns se tornam socialmente prestigiosos, e até mundialmente famosos. Dentro de tais é de se admitir a realização da cirurgia plástica como atividade normal e acontecimento quotidiano. Desta forma, afasta-se totalmente a ideia de iliceidade, e de que constitui ela, em si mesma, fundamento da responsabilidade civil. É uma atividade lícita e uma especialidade médica como uma qualquer. As pessoas têm o direito de cuidar de sua aparência, do mesmo modo que de sua saúde, e o médico que a isto se dedica recebe o mesmo tratamento que outro qualquer facultativo.

Em todos os tempos e em todas as pequenas ou grandes sociedades tiveram seu médico, bruxo, guru, curandeiro, quem quer que seja, em busca da saúde e perfeição humanas (MÉLEGA, 2003, p. 95).

4.3 Danos, prejuízos e reparações

4.3.1 As modalidades de danos decorrentes da cirurgia plástica

Como foi informado, o Código Civil de 2002 adota a responsabilidade civil subjetiva do médico, necessitando da comprovação de sua culpa para imputar-lhe a responsabilização pelo dano. O médico terá o dever de reparar ou indenizar sempre que causar uma lesão ao seu paciente por negligência, imperícia ou imprudência, ocasionando a morte ou agravando seu estado de saúde. No entanto, dentre os temas que despertam a atenção dos profissionais das áreas médica e jurídica cita-se a modalidade de dano que tal atividade pode acarretar.

⁵ Esse julgamento ocorreu na França no século passado, onde a referida Corte francesa recusou aplicar o princípio de que toda cirurgia plástica estética seria suscetível de estabelecer a responsabilidade do cirurgião.

Para realizar a finalidade primordial da responsabilidade civil que é a restituição do prejudicado à situação anterior, desfazendo, tanto quanto possível, os resultados provenientes do dano suportado pelo paciente, não resta dúvida em relação à quantificação dos bens patrimoniais que foram retirados da propriedade do dono, em face da lesão sofrida. Em outras palavras, computam-se os danos materiais quantificados através da avaliação da ofensa ao patrimônio econômico do paciente, ante o ato da cirurgia plástica mal executada. Sendo que computam-se nas despesas inerentes ao tratamento, a assistência médica, os remédios, assim como os aparelhos, que porventura sejam necessários, além de tudo que se ligue a esses cuidados.

Todavia, questão mais tormentosa refere-se a esta quantificação quando o dano atinge interesses ou valores não financeiros ou materiais, como a tranquilidade, a segurança, a imagem do paciente, entre outros. Nesses casos, são incluídos os danos morais e os estéticos. Em termos de legislação, o dano moral ganhou ênfase após a edição da Constituição Federal de 1988, através da redação do artigo 5º, inciso V e a promulgação do Código Civil de 2002,⁶ como anteriormente afirmado.

Também comentando a reparação do dano imaterial, argumenta-se que a melhor das soluções seria que a ofensa fosse reparada *in natura*, ou seja, que as coisas fossem recolocadas exatamente no seu *statu quo ante*. Contudo, há situações em que a reparação *in natura* do dano moral e qualquer tentativa de reparação são incabíveis. Quando isto ocorre, não há outra solução a não ser a fixação de indenização pecuniária que ao menos tente amenizar a dor sofrida, já que impossível fazer desaparecer a lesão causada. Assim, o dinheiro é “uma forma de proporcionar meios para que a vítima possa minorar o seu sofrimento, através da aquisição de bens ou utilizando-os em programas de lazer” (REIS, 2006).

Além do dano moral, outra categoria que se enquadra nesta discussão é a relativa ao dano que causa a alteração do aspecto estético de uma pessoa. Este pode ser avaliado, por exemplo, quando a vítima, em virtude desta modalidade de dano, tem mais dificuldade de condições de trabalho ou diminuem suas probabilidades de inserção no mercado de trabalho, ou ainda, quando tal dano dificulta-lhe o exercício da atividade a que se dedicava anteriormente.

⁶ De acordo com o artigo 5º da Constituição Federal, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” Já o artigo 186, do Código Civil estabelece que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Nestes casos, de acordo com Dias (2006, p. 1009), tal dano deve ser indenizado como dano patrimonial, porque a ofensa estética repercute na ordem material, pois “a lesão a sentimento ou a dor psíquica, com repercussões patrimoniais traduzem dano patrimonial.” É dessa natureza o dano estético.

Todavia, quando o dano estético consiste em sensação de ofensa, humilhação perante terceiros, ou sofrimento (efeitos puramente psíquicos e sensoriais), haverá dano moral, seja ele decorrente da recordação do defeito ou da lesão, seja pela atitude de repugnância ou reação ao ridículo causado às pessoas que se defrontam com a vítima (FISHER, 2005, p. 271).

O maior problema a ser enfrentado nestes casos, diz respeito à reparação de danos que são caracterizados como imateriais, mais especialmente, à solução da seguinte questão: se o dano estético é também dano moral, como aceitar-se a acumulação de ambos? A doutrina e a jurisprudência têm se dividido neste assunto. A indenização do dano estético não tem autonomia, visto que contido na lesão moral e patrimonial. Para doutrinadores como Santos (1997, p. 29) e Diniz (2009, p. 82/84), por exemplo, o dano moral é gênero, do qual o dano estético é espécie. Nesta linha de pensamento, a deformidade estética acarreta, em geral, dano patrimonial, quando evita que a vítima obtenha seus ganhos (econômicos) normais e também dano moral, que constitui toda a sorte de sofrimentos psíquicos causados a ela. Desta forma, não cabe cumulação entre os pedidos de indenização por danos morais e danos estéticos.

Assim, a cumulação dos pedidos de dano moral e dano estético representariam um *bis in idem*, e conseqüentemente, um injusto tratamento para o causador do dano, porque o obrigaria a reparar duplamente o mesmo prejuízo. Contudo, para outra parte da doutrina, caberia a cumulação da indenização dos danos moral e estético, advindos do mesmo fato danoso, porque ambos referem-se a bens jurídicos distintos.

De maneira geral, as decisões dos tribunais que aceitam a cumulação da indenização de dano moral e dano estético, estabelecem que estas indenizações sejam aceitáveis a títulos diferentes embora geradas pelo mesmo fato, ou seja, uma reparação decorre da deformidade física acarretada, e outra, às dores e sofrimentos íntimos da vítima. Vale dizer, há ofensa a bens jurídicos diversos a integridade corporal e a moral, razão pela qual a indenização deve, igualmente, ser distinta e cumulativa. Há também julgados que utilizam, por analogia, a Súmula 37, do Superior Tribunal de Justiça, que preceitua “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Como visto, ao contratar a realização da modalidade de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume a obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar “pelo não cumprimento da finalidade, tanto pelo dano material, como pelo dano moral, decorrente de

deformidades, salvo prova e força maior ou caso fortuito” (STJ – RE nº 10.536/Rio de Janeiro, Rel. Min. Dias Trindade). Todavia, a tarefa de arbitrar um valor capaz de reparar o dano imaterial resultado da intervenção cirúrgica, não é fácil, até porque, sendo o bem lesado altamente subjetivo, cada indivíduo tem um tipo de sensibilidade, comportamento e recuperação. E mais, esta dificuldade não acontece somente para os magistrados, pois muitas vezes nem mesmo o paciente, o médico ou seus procuradores sabem dizer a extensão da dor causada pelo ato cirúrgico, ou o quanto ela atingiu o patrimônio pessoal da vítima.

Contudo, tal dificuldade não poderia determinar a irreparabilidade do dano nessas hipóteses, diante da injusta circunstância que tal situação geraria para o lesado. Por isso, o Brasil passou a adotar o sistema aberto da reparabilidade do dano moral para a estipulação do *quantum debeatur*, cabendo à jurisprudência e à doutrina “objetivar” esse direito amplamente subjetivo e indicar alguns critérios orientadores deste mecanismo de reparação (TASCA, 1999, p. 209).

Todavia, Bittar (1999) já alertava que a fixação do *quantum* deveria obedecer a critérios valorativos próprios e conforme o caso concreto examinado, “não se podendo cair em generalizações, nem em atribuições desmentida, nem em determinações aleatórias”.

Diante desse sistema aberto, inicialmente, alguns autores orientaram os parâmetros da reparação tomando por base as estipulações contidas em leis específicas, tais como Lei nº 4.177/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações); Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa); Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal), entre outras.

Como na prática nem todos os casos se adequavam a essas situações, começaram a surgir, por isso, inúmeras orientações. Antonio Jeová Santos, por exemplo, enumerou um decálogo norteador na busca do valor adequado desta indenização: 1- O dano moral é incomensurável, é meramente convencional; 2- Deve ser fixado um piso flexível baseado em critérios de aproximação; 3- Deve existir um teto prudente, que não determine uma indenização tão alta, nem tão baixa; 4- Esta indenização deve ser fixada dentro do contexto econômico do país; 5- É necessário a existência de uma prova convincente, firme e clara da extensão do dano; 6- Deve haver capacidade moderadora do juiz; 7- Deve ser aplicado um critério de equidade às circunstâncias particulares; 8- Há necessidade de consenso entre os juízes; 9- Deve ser respeitada a segurança jurídica; 10- As decisões devem ser coerentes (SANTOS, 1997, p. 71).

Apesar de este decálogo objetivar a indicação de um “valor adequado” para a indenização de danos não patrimoniais, ele se baseia em fórmulas extremamente abertas, subjetivas e que possibilitam o alargamento da fixação do *quantum debeatur*, tais como,

“critérios de aproximação”, “teto prudente”, “critério de equidade”, entre outros. Assim, ele se apresenta mais como uma sugestão do que uma fórmula rígida de fixação de valores financeiros, muito embora o autor referido tenha demonstrado certa preocupação com a questão da segurança jurídica, da igualdade de tratamento e da coerência entre as decisões.

De forma geral, os critérios apontados pelas doutrinas e pelas jurisprudências consultadas giram em torno das condições econômicas das partes; da gravidade da lesão e sua repercussão na esfera patrimonial e não patrimonial da vítima, e das circunstâncias fáticas.

Neste sentido, Diniz (2009, p. 108) classifica tais critérios em subjetivos e objetivos. Assim, para esta autora, os critérios subjetivos seriam a posição social ou política do ofendido; a intensidade do ânimo de ofender culpa ou dolo, enquanto os objetivos seriam a situação econômica do ofensor; o risco criado; a gravidade e a repercussão da ofensa. Todavia, a autora citada também não se afasta da subjetividade das decisões nestes casos, pois segundo ela “Na avaliação do dano moral o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica” (DINIZ, 2009, p. 108).

Já para Gonçalves (2009, p. 384) os parâmetros são: o grau de culpa; a gravidade, extensão e repercussão da ofensa; a intensidade do sofrimento da vítima; a situação patrimonial das partes; a fama e a notoriedade do ofendido. Mas além destes critérios, o autor menciona ainda que pode ser considerado como fator de atenuação a culpa concorrente do lesado e, ao contrário, como fator agravante, o proveito que o lesante obteve com o dano.

Para a fixação do *quantum* indenizatório a doutrina também leva em conta o caráter da indenização: se compensatória, punitiva, mista ou preventiva. Neste sentido, Monteiro Filho (2000, p. 152) afirma que na avaliação dos danos morais:

Relacionam-se *punição* ao infrator e *compensação* ao ofendido, via de regra, como duas faces de uma mesma moeda, a integrar a natureza da reparação do dano moral.

Nesta linha de entendimento, Bittar (1999) esclarece que quando há necessidade de empregar uma punição ao agressor, deve-se apurar o montante indenizatório conforme o grau de sua culpabilidade: quanto maior o grau de culpa, ou mais forte a intensidade do dolo, maior será a sanção correspondente. Todavia, também serve de critério, a capacidade econômica do agressor e o arbítrio de um valor que desestimele a repetições destas ofensas.

4.4 Como se manifestam os tribunais brasileiros

Seguem abaixo alguns julgados demonstrando como se manifestam nossos tribunais em relação aos danos provenientes da intervenção cirúrgica estética. Neste item procurou-se identificar, especialmente, os critérios de fixação e a quantificação das correspondentes indenizações.

A jurisprudência abaixo versa acerca dos danos materiais e estéticos oriundos de uma cirurgia plástica que não ofereceu os resultados esperados e ainda, a paciente teve deformação das mamas e diferenças nas auréolas dos mamilos, tendo sido submetida à nova cirurgia mas sem êxito.

EMENTA - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MATERIAIS E ESTÉTICOS – CIRURGIA PLÁSTICA - EXISTÊNCIA.- Ação Indenizatória de reparação pelos danos materiais e estéticos sofridos em virtude de uma cirurgia plástica. - Cirurgia contratada através de empresa que financia este tipo de serviço, cabendo a ela a escolha do profissional habilitado. - Deformação da mama e diferença nas auréolas dos mamilos, que levadas a conhecimento dos Réus, proporcionaram a realização de nova cirurgia, mas sem êxito. Existência do nexo de causalidade e do dano. - A intervenção cirúrgica a que se submeteu a Autora não se apresenta como meio e sim como fim. Responsabilidade subjetiva. Culpa do médico presumida, cabendo a este, em caso de insucesso, provar a ausência dela, o que não logrou êxito em fazer. - Dever de indenizar também da empresa Ré, uma vez que foi ela que firmou o contrato e assumiu a responsabilidade de escolher o profissional que iria realizar a cirurgia. Devolução das parcelas já pagas, acrescidas dos consectários legais. - Existência dos danos estéticos. Fixação da verba indenizatória em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), diante da ofensa e humilhação imposta a Autora. Responsabilidade solidária dos Réus. - Condenação dos Réus nos ônus sucumbenciais. - Reforma da sentença. Procedência parcial dos pedidos da inicial.- Provimento parcial do Recurso. BRASIL,2006, p .1⁷

Nota-se que na citação que no que tange aos danos materiais, decidiu-se pela procedência da ação e a reforma da sentença, em vista da conduta médica inadequada, que não atingiu resultado pretendido pela apelante.

Quanto aos danos materiais, decidiu-se que a empresa contratada deveria devolver a apelante as parcelas já pagas, acrescidas de correção monetárias e juros, a partir de cada desembolso, bem como ao levantamento das quantias por ela depositadas em juízo.

⁷ <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200600166581>>

Já no que se refere aos danos imateriais, acolheu a indenização do dano estético, demonstrado diante da deformação das mamas (visualizadas nas fotos acostadas no processo),

o qual foi fixado como valor capaz de compensar a vítima pelos danos sofridos e imputados solidariamente a ambos os réus. Sendo assim, a Corte levou em conta a gravidade e a repercussão da ofensa para a fixação da indenização. Neste ponto destaca-se que a decisão fixou em R\$10.000,00 (dez mil reais) a verba indenizatória incluindo desta indenização os danos morais.

Nem sempre a jurisprudência, assim como a doutrina, especifica claramente quais são os critérios subjetivos para a fixação do *quantum* indenizatório, como demonstra o seguinte julgado:

Embora possa ser considerada obrigação de meio, evidenciada nos autos a culpa do médico na realização da cirurgia estética de redução de mamas, impõem-se o dever de reparar o dano. A fixação do quantum da reparação do dano moral deve ser dentro de critério de razoabilidade, atendendo às condições do fato e das partes BRASIL, 2002. p. 233.⁸

Este julgado afirma que a fixação do *quantum* indenizatório deve se basear dentro de “critério de razoabilidade”, sem indicar, no entanto, que espécie de critério se inclui no conceito de razoabilidade.

Diante do exposto acima destaca-se que o critério de razoabilidade é em geral muito subjetivo, sendo que na sua obra Teoria dos Princípios, Ávila (2005, p. 110) assevera que o princípio da razoabilidade possui a peculiaridade de:

[...] harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. [...] A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.

Da mesma forma, Barroso (2005) assegura que o princípio da razoabilidade:

[...] é um parâmetro de valoração do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme a razão, [...] aos valores vigentes em dado momento ou lugar (destaque do autor).

⁸ < https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200900398310&dt_publicacao=18/02/2010 >

Ainda Ávila (2005, p. 103) expõe que a razoabilidade se distingue da proporcionalidade, uma vez que “trata-se de um exame concreto-individual dos bens jurídicos

envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual”.

Não foi encontrado o teor completo da jurisprudência acima citada, de forma que não se pode mencionar quais critérios de razoabilidade foram utilizados, no entanto segundo Barroso (2005) quando se utiliza critérios de razoabilidade se deixa a cargo do magistrado a subjetividade da palavra final, incluindo neste cenário valores de indenizações e agravantes do dano sofrido.

Também no julgado abaixo a gravidade, a extensão e a repercussão da ofensa, assim como a intensidade do sofrimento da vítima, prevaleceram na fixação do *quantum* indenizatório:

[...] diante do sentimento íntimo de dor que se abateu sobre a autora, em virtude do fracasso da intervenção médica e da contrariedade, da decepção e da frustração sofridas. Corresponde a situação, na qual ficou a parte, à grave deformidade corporal relatada nos autos, uma vez que a vítima, ao pretender eliminar os ‘culotes’ que lhe enfiavam as pernas, resultou com manchas, irregularidade na pele e assimetria dos quadris, piorando a sua aparência. Esse dano se acrescenta e se aumenta consideravelmente àquela dor, e por isso deve ser considerado como parcela autônoma para o fim de se calcular o valor da indenização que corresponda à necessidade de justa reparação. BRASIL, 2002. p. 347.⁹

O que se pode afirmar é que a lei brasileira, incluindo o Código Civil de 2002 não estabeleceu critérios objetivos para a fixação do *quantum* decorrente da indenização do dano moral, sendo devidamente utilizados critérios subjetivos na fixação do agravante do dano e do valor da indenização.

Destaca-se inclusive que no Brasil a indenização quando o dano mais moral do que econômico ou estético acaba por acolher o sistema aberto ou ilimitado ou chamado arbitramento judicial para fixar critérios de dano e indenização onde o juiz fixa o dano moral baseado na sua livre convicção, de forma discricionária, ponderando elementos probatórios de forma prudente e justa, usando o princípio da persuasão racional ou ainda do livre convencimento motivado, mencionado no art. 131 do CPC.

⁹<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=457312&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>

5. Considerações Finais

O presente trabalho buscou estudar a responsabilidade civil com enfoque na responsabilidade civil do médico em cirurgias plásticas.

Com base no objetivo do estudo que é verificar quando a cirurgia plástica resulta em obrigação indenizatória e quais são os aspectos objetivos e subjetivos considerados por nossos tribunais, no momento de aplicar e quantificar a indenização, concluiu-se que na cirurgia plástica reparadora ou corretiva, o cliente é portador de uma deformação que o médico cirurgião plástico empenha-se em corrigir falhas anatômicas ou fisiológicas, não sendo, por vezes, possível por um fim ao problema. Na cirurgia plástica estética (embelezadora) o médico deverá informar à pessoa o que procura, que consequências indesejadas podem ocorrer, como nos demais tipos de cirurgia. Deve haver consentimento informado por parte do paciente, para que assim o médico possa se resguardar de futuros questionamentos. Enfatiza-se que na cirurgia de caráter estritamente estético, o médico assume obrigação visando atender determinado fim, obrigação de resultado. Já na cirurgia plástica reparadora que se destina a corrigir imperfeições da natureza que traz um desajuste psicológico à pessoa, o médico não estará sujeito a uma obrigação de resultado e sim de meio.

Concluindo a questão da responsabilidade civil da cirurgia plástica, afirma-se que se a cirurgia for reparadora, há obrigação de meio por parte do médico. Fica isento do dever de indenizar, desempenhando com seriedade seu dever de informar e de não negligenciar a aplicação de técnicas adequadas ao caso. E já na cirurgia de caráter estritamente estético, há obrigação de resultado, cabendo ao médico provar que não atuou com negligência, imprudência ou imperícia. Finalmente, o que se espera de um cirurgião plástico, no que concerne à responsabilidade civil, é o mesmo que se espera de todo e qualquer indivíduo em uma sociedade humana: não cometer atos ilícitos, respeitar os direitos de seus concidadãos, assumir sua culpa e responder pelos danos materiais ou morais.

A aplicação da responsabilidade civil contribuiu para que a sociedade seja mais harmoniosa, em um mundo alicerçado na compreensão e boa vontade.

No tocante a danos e fixação da indenização, concluiu-se que a evolução do tema danos morais e estéticos no curso da história, mostra o despertar do espírito humano para a valorização dos sentimentos e dos atributos valorativos da personalidade, e o início da busca da tutela jurídica para resguardar esse bem. Há que se buscar, então, uma forma de amenizar os efeitos do evento danoso, sendo que na maioria dos casos, isso ocorre através da atribuição

de uma indenização pecuniária, que não tem o propósito de comprar a dor da vítima, mas de proporcionar-lhe certo conforto e tranquilidade.

A indenização pecuniária é atribuída pelo juiz, devendo seguir determinado método, a fim de que o arbítrio não se torne arbitrariedade jurisdicional. O primeiro passo na estipulação do *quantum* indenizatório é aplicar ao caso concreto os critérios específicos, já utilizados pela doutrina e jurisprudência, para aquele determinado tipo de dano causado à vítima, porque nem todos os critérios são aplicáveis a todos os tipos de lesões. Em seguida, deve-se analisar critérios gerais: objetivos e subjetivos. Por fim, deve o julgador analisar a coerência do valor fixado com casos análogos, a fim de evitar condenações antagônicas para casos similares. Independentemente, de que tipo de caráter se dê à indenização: se compensatória, se punitiva, se mista, ou se preventiva, deve-se buscar arbitrar o montante indenizatório, o mais próximo possível do ideal reparatório. Apesar da grande dificuldade ou até mesmo impossibilidade, em se chegar ao valor adequado, uma vez que a indenização é meramente conformativa e não ressarcitória ao *status quo ante*. Entretanto, quando não se observam esses procedimentos, podem ocorrer fixações ínfimas, que não sejam capazes de amenizar o dano causado à vítima, e por outro lado, podem ocorrer fixações exorbitantes, que não sigam parâmetros predeterminados e nem gozem de bom senso. Neste último caso, estar-se-ia diante de uma indenização que ao invés de reparar o dano moral e estético sofrido pela vítima de uma cirurgia plástica mal sucedida, acabaria gerando um enriquecimento ilícito, que muito além de dar-lhe oportunidade de adquirir conforto para amenizar a dor, lhe daria ascensão social. Em contrapartida, traria ao ofensor, um encargo maior do que lhe é devido, gerando uma diminuição significativa em seu patrimônio, e uma punição além da devida.

Por isto, seguindo a premissa máxima do direito dar a cada um o que é seu de direito, pode-se dizer que a fixação deve se dar em consonância com os critérios já existentes e com a análise da jurisprudência, a fim de que o direito de receber uma indenização pecuniária reparatória do dano sofrido vá até o limite em que começa o direito do ofensor de ter uma condenação justa de acordo com os princípios gerais do direito, sem que com esta tenha que mudar o seu padrão de vida, nem proporcionar à vítima uma ascensão social através de um enriquecimento ilícito.

Referencias

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil dos médicos. **Revistas dos tribunais**, São Paulo, v. 718, p. 33-53, ago. 1995.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005. 138 p.

AZEVEDO, Vicente de Paulo. **Crime-Dano-Reparação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934. 368 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 2005. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>> Acesso em: 20 ago. 2013.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, interseções, relações. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, p. 63-69. jul./set., 1999.

BRASIL. **Código Brasileiro Aeronáutico**: Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o código brasileiro de aeronáutica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565compilado.htm> Acesso em: 20 ago. 2013.

_____. **Código Brasileiro Telecomunicações**: Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o código brasileiro de aeronáutica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565compilado.htm> Acesso em: 20 ago. 2013.

_____. **Código Civil**: Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565compilado.htm> Acesso em: 20 ago. 2013.

_____. **Código Civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código de civil. São Paulo: Saraiva, 2013. p 145-315.

_____. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 1.897/2009 de 06 maio de 2009. Institui o código de ética médica. Brasília. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/legislacao.asp>>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. **Código do Consumidor**: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o código do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2013. p 797-811.

_____. **Código Criminal**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda Executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm> Acesso em: 20 ago. 2013.

_____. **Código Penal**: Decreto-Lei N. 3914, de 9 de dezembro de 1941. Institui o código penal. São Paulo: Saraiva, 2013. p 497-592.

_____. **Código de Processo Civil:** Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013. p 363-494.

_____. **Código de Processo Penal:** Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o código de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2013. p 603-703.

_____. Lei nº 5.259, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L5250compilado.htm> Acesso em: 20 ago. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Civil. Cirurgia Estética. Obrigação de Resultado. Indenização. Dano Material e Dano Moral. Relator: Ministro Dias Trindade. Rio de Janeiro, 21 de junho de 1991. DJ. 19 de ago. 1991. 10993 p.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Civil e processual. Ação de indenização. Erro médico. Cirurgia plástica. Sequelas. Dano moral. Fundamentação existente. Omissão não configurada. Valor. Razoabilidade. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 05, dezembro de 2002. DJ. 24 de março de 2003. 233 p.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Responsabilidade Civil. Cirurgia estética. Lipoaspiração. Dano extrapatrimonial. Dano moral. Dano estético. Relator: Ministro Ruy Rosado Aguiar. São Paulo, 19 de novembro de 2002. DJ 16 de dez. de 2002. 347 p.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro,** Civil. Dano Material - Outros/ Indenização Por Dano Material. Relator: Desembargador Caetano Ernesto Da Fonseca Costa. Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2006. Disponível em:
<<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200600166581>>. Acesso em: 17 set. 2013.

CARMO, Christina Rocha do. **A responsabilidade civil por erro médico na cirurgia plástica estética.** 2011.55f. Monografia (Bacharel em Direito) – Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 577 p

COELHO, Aislan de Souza. **A responsabilidade civil do médico-cirurgião plástico.** Disponível em: <www.erromedico.org/cirurgia_plastica.htm> Acesso em: 14 nov. 2012.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em:
<<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=1450>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

COURI, Munir. Sua imagem sua escolha: considerações sobre cirurgia plástica e medicina estética. São Paulo: É Realizações. 2005. 160 p.

CZAJKOWSKI, Rainer. Responsabilidade civil dos médicos e hospitais: aspectos da jurisprudência. **Jurisprudência brasileira cível e comercial**, v. 113, p. 10-18, 2002.

DATAFOLHA. Instituto de Pesquisa. Cirurgia plástica no Brasil. Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. 2009. Disponível em: <<http://www.cirurgioplastica.org.br/df/>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 521 p. v.1

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 926 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 702 p.

FISHER, E. **O direito do consumidor e o dano estético**. São Paulo: Brasiliense, 2005.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica** - as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2002. 287 p.

GOMES, Rui Kleber Costa. **Responsabilidade civil do médico no código do consumidor**. São Paulo: Pillares, 2004. 92 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 537 p.

IGNÁCIO, Aline Leticia. **Responsabilidade civil decorrente de erro médico**. 2003. 81. Jurídica. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente/SP. 2003.

KFOURI NETO, Miguel. **A Responsabilidade civil do médico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 701 p.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 347 p.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. 487 p.

MAGRINI, Rosana Jane. Médico – Cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, v. 809, mar. 2003.

MÉLEGA, José Marcos. **Cirurgia plástica fundamentos e arte-cirurgia estética**. Rio de Janeiro: Medsi, 2003. 815 p.

NOGUEIRA, Alberto. **Jurisdição das Liberdades Públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 519 p.

NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações: fundamentos do direito das obrigações, introdução a responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. 1698 p.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. A responsabilidade civil por erro médico. In: âmbito Jurídico. Rio Grande. 2008. 59 p. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3580> Acesso em: 05 set. 2013.

PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 503 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 350 p.

PONTES DE MIRANDA. **Manual do Código Civil**, volume XVI, 3ª parte. Direito das Obrigações. nº 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REIS, Clayton. O dano moral nas relações sociais e de trabalho. Consulex: Revista Jurídica, Brasília, v.10, n. 238, p. 7-9, dez. 2006.

REIS, Leandro Roberto de Paula. **A Responsabilidade Civil dos Médicos nas Cirurgias Plásticas Estéticas**. Disponível em: <www.evandroreis.adv.br/responsabilidade.doc>. Acesso em: 14 nov. 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4. 274 p.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 148 p.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. São Paulo: Lejus, 1997. 248 p.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 989 p.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 2203 p.

TASCA, Flori Antonio. **Responsabilidade civil dano extrapatrimonial por abalo de crédito**. Curitiba: Juruá, 1998. 279 p.

WOLKOFF, Alexandre Porto Marinho. A teoria do risco e a responsabilidade civil objetiva do empreendedor. **Revista de Direito**. n 81. p. 29. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/respo_civil/responsabilidade_civil_objetiva_empreendedor_autoria.pdf> Acesso em: 30 out. 2013.