



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
BACHARELADO EM DIREITO

VANDERLÉIA DE ALMEIDA

ERRO MÉDICO:
RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS ESTÉTICOS

JUIZ DE FORA- MG

2010

VANDERLÉIA DE ALMEIDA

**ERRO MÉDICO:
RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS ESTÉTICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof . CLEYSON M MELLO

JUIZ DE FORA

2010

VANDERLÉIA DE ALMEIDA

ERRO MÉDICO: RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS ESTÉTICOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

CLEYSON M MELLO
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Nome do membro da banca
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Nome do membro da banca
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em ___/___/___

RESUMO

A presente monografia está dividida em 04 (quatro) capítulos, tendo como objeto a responsabilidade civil do médico por erro em cirurgia de estética. O primeiro capítulo aborda questões da responsabilidade civil, tais como a parte histórica, a responsabilidade objetiva e subjetiva, a contratual e a extracontratual, enfim visa explicar a mesma de uma maneira geral. No segundo capítulo estão as causas que excluem a responsabilidade civil, ou seja, o caso fortuito e a força maior, a culpa exclusiva da vítima, o estado de necessidade, a legítima defesa etc. No terceiro capítulo o presente trabalho entra na esfera da responsabilidade civil médica, tratando da parte histórica, bem como de outros fatores, dentre eles a natureza jurídica, a prova de culpa, o erro de diagnóstico etc. O quarto capítulo versa sobre a responsabilidade civil do médico no âmbito da cirurgia plástica estética, apresentando os seguintes tópicos: o dano estético, a diferença entre cirurgia plástica estética e reparadora, bem como a *lex artis ad hoc*. Para a elaboração desta pesquisa, foram utilizadas obras doutrinárias, legislação, acórdãos; artigos de jornais, revistas, sites na internet e jurisprudências, além de um estudo comparativo entre jurisprudências de tribunais, bem como entre doutrina. Assim sendo, esta monografia visa debater um assunto atual, de alta relevância social que envolve questões polêmicas como a auto-estima, o bem estar e a vaidade humana, daí a opção pelo tema, que é bastante atrativo e complexo.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade, Médico, Dano, Erro, Cirurgia, Plástica, Estética.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	6
2.1 Origem	6
2.2 Conceito	7
2.3 Conduta	08
2.4 Causalidade	10
2.4 Dano	11
3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA	13
3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual	14
4 RESPONSABILIDADE DO MÉDICO	16
4.1 Histórico	16
4.2 Da obrigação do meio e de resultado	17
4.3 Deveres do médico	17
4.4 Outras responsabilidades médicas	18
5 RESPONSABILIDADE CIVIL NA CIRURGIA ESTÉTICA	21
5.1 Histórico	21
5.2 Cirurgias, reparadora e estética	22
5.3 Obrigação de meio ou resultado?	23
5.4 Cumulação do dano moral e dano estético	26
5.5 Causas excludentes de responsabilidade	27
CONCLUSÃO	29
REFERÊNCIAS	31

1 INTRODUÇÃO

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

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

Em decorrência destas falhas, passou-se a questionar acerca da responsabilidade médica com relação à cirurgia plástica estética, visto que houve um aumento demasiado nas demandas judiciais, com o objetivo de se reparar erros cometidos neste tipo de cirurgia.

Desta maneira, justifica-se a opção pela feitura do presente trabalho, dada a importância que o tema vem ganhando na mídia, bem como a alta relevância do objeto perante a sociedade.

Estudar-se-á primeiramente a responsabilidade civil de forma geral e introdutória, em seguida será abordada a responsabilidade civil dos médicos, analisando os aspectos fundamentais sobre a conduta, os deveres, as obrigações e responsabilidades assumidas pelos médicos e por fim, os aspectos relativos à cirurgia estética e as conseqüências geradas pelo seu insucesso.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Origem

No início da civilização, sobrepujava a vingança grupal, onde um bando de indivíduos emergia-se versus o agressor de um dos membros do grupo.

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

Até aqui a responsabilidade era objetiva, pois não dependia da culpa. A Lei das XII Tábuas, na tábua VII lei 11ª impôs a pena de Talião a quem ferisse outrem, a não ser que existisse prévio acordo.

A culpa como fundamento da responsabilidade aparece; somente agindo com culpa o agente seria responsabilizado pelo dano causado. Para fixar o valor do prejuízo, o Estado passou a intervir, obrigando a vítima a aceitar a composição e renunciar à vingança. Segundo Maria Helena Diniz (2003, p.10) “essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre responsabilidade civil e penal”. Quando a sociedade notou que mais conveniente do que a retaliação seria a reparação do dano pelo pagamento de certa quantia em dinheiro, surgiu a composição. Com a *Lex Aquilia de Damno* a idéia de reparação pecuniária pelo autor ao dano causado se reforçou, impondo a este que suportasse com seus bens o ônus da reparação, traçando assim os pilares da responsabilidade extracontratual.

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

Ocorreu então uma objetivação da responsabilidade, independente da prova de culpa, bastando apenas prova de que o evento danoso decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo seja indenizado. Essa idéia visou proteger a pessoa humana, especialmente os trabalhadores e vítimas de acidentes. Com relação ao fundamento da responsabilidade civil também será observado uma evolução. O dever de reparação não se baseia mais só na culpa,

mas também no risco. Toda pessoa que se aproveita dos riscos ocasionados por certa atividade deve responder pelos danos causados.

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

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

2.2 Conceito

O conceito de responsabilidade pode ser tirado da própria raiz do vocábulo. Responsabilidade vem do latim *respondere* que significa responder, ou seja, que o autor de algum ato danoso deve ser responsabilizado.

Maria Helena Diniz (2003) entende que se o responsável é aquele que responde e que a responsabilidade é a obrigação do responsável, então estando este em conformidade com a norma ou dever não há que se falar de sua responsabilidade no sentido de gerar uma obrigação de reparação, então, quando se refere à responsabilidade, o que interessa é a circunstância da infração da norma ou obrigação do agente, servindo a responsabilidade para traduzir uma atitude daquele que não cumpriu seu dever.

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

2.3 Conduta

Conduta é a ação ou omissão humana consciente dirigida a uma finalidade. Ação ou omissão significa que o crime sempre é praticado através de uma conduta positiva (ação), comissiva. Ou, através de uma conduta negativa (omissão). É o não fazer. A inércia.

Dentro destas condutas positivas (ação) e negativas (omissão) pertencentes à estrutura do crime, não se pode olvidar os crimes comissivos por omissão, ou seja, aqueles que são praticados através de uma conduta negativa (omissão), mas que produz um resultado positivo (um fato visado e desejado pelo agente). É o clássico exemplo da mãe, que desejando matar seu próprio filho de tenra idade, deixa de amamentá-lo, com a finalidade de matá-lo de fome.

O novo Código Civil descreve os atos ilícitos (Vade Mecum, 2010)

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Da obrigação de Indenizar, tem-se o teor do artigo 927 do Código Civil Brasileiro (Vade Mecum, 2010)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Sobre a indenização

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Diante do acima exposto, entende-se que se o ato ilícito praticado "simplesmente" violar direito de outrem, sem causar-lhe dano, não haverá o dever reparatório (indenizatório) em virtude da supressão da expressão "violar direito de outrem" do art. 927.

Se tal tese fosse aplicada literalmente poderia ocorrer um verdadeiro caos civil. Por exemplo: Há um automóvel devidamente estacionado na rua. Um cidadão, querendo impressionar uma moça, entra no automóvel e, partindo com o mesmo, encontra-se com a moça levando-a para passear. Terminado o passeio, deixa a moça em sua residência e estaciona o carro no local de onde o havia retirado, sem provocar qualquer dano no mesmo, inclusive deixando cheio o tanque de combustível do veículo. Civilmente, a teor do novo Código Civil, qual seria a responsabilidade deste cidadão perante o legítimo proprietário do veículo que sequer o conhecia? Pelos citados artigos da lei, não haveria que se falar em responsabilidade civil, mesmo tendo havido um ato ilícito derivado de violação do direito de propriedade (e disponibilidade) do referido automóvel, havendo apenas responsabilidade criminal.

Assim, buscando afastar eventual incompreensão do direito e decisões causadoras de inúmeros prejuízos à coletividade em geral, por justificada precaução, o artigo 927 do novo Código Civil mereceria nova redação, mais completa, para incluir a expressão "ou violar direito de outrem": "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano ou violar direito de outrem, fica obrigado a repará-lo".

A razão da sugestão encontra respaldo na segurança que os indivíduos e a sociedade devem resguardar no trato das suas relações contribuindo para efetivação da tão almejada paz social.

Mesmo que esta opinião não esteja correta, acertos e desacertos não são raros, inclusive, pelos membros do Poder Judiciário. Prevendo estas reais possibilidades, cabe, então, ao Estado diminuir as chances dos erros (e injustiças) de interpretação e aplicação do direito ditando normas objetivas e mais claras possíveis que poderão ou não incidir, de acordo com o desejo do Estado e das condutas humanas e fatos futuros. Válidas são as palavras magistralmente citadas pelo Professor Humberto Theodoro Júnior (2002, p.53), dispondo sobre tema diverso:

O aprimoramento dos sistemas jurídicos do Estado Democrático de Direito, embora repila a jurisdição como fria operação de reproduzir a literalidade da lei abstrata, não convive, também com uma justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador. Se isto pode funcionar na maestria de um juiz de extremada sensibilidade, apresenta-se, todavia, como sério risco de arbitrariedade e insegurança diante do comum dos julgadores. Daí a inclinação dos ordenamentos contemporâneos por ‘uma técnica de aplicação do direito que se vincula a elementos não-subjetivos, a uma estrutura normativa que possibilita aos membros da sociedade, que vão a Juízo, contarem com a mesma segurança, no processo, quer estejam perante um juiz dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares, quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmos predicado.

Conclui-se, pelos motivos expostos, que o artigo 927 do novo Código Civil merece nova redação para afastar, contextualmente, o perigo de equívocos e injustiças oriundas da sua atual redação.

2.4 Causalidade

Nexo causal vem a ser a relação entre o fato, ação ou omissão culposa, praticada pelo agente e um mal causado à vítima. Como último dos pressupostos da responsabilidade civil, tem-se o nexo de causalidade.

Segundo Maria Helena Diniz (2003, p. 100),

O vínculo entre prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

Assim sendo para que haja responsabilidade, não basta a existência do dano experimentado pela vítima, mas também uma ligação entre o dano e o fato praticado pelo agente.

O ônus de provar o nexo de causalidade cabe ao autor. Caso não haja essa ligação, entre o dano e ação, não há que se falar em responsabilidade.

Importante referir também aos motivos excludentes do nexo causal, Maria Helena Diniz (2003, p. 66) ensina que não haverá nexo de causalidade se o evento se der:

- a) Por culpa exclusiva da vítima, como por exemplo, pessoa que tentando suicidar atira-se sob as rodas do veículo.
- b) Por culpa concorrente da vítima e do agente, caso que não desaparece o liame de causalidade, mas que atenua a responsabilidade do agente, podendo ser dividida ou diminuída proporcionalmente, como no caso do lesado e lesante concorrem com uma parcela de culpa, produzindo um mesmo prejuízo, porém, por atos independentes.
- c) Por culpa comum, quando vítima e ofensor causaram culposa e conjuntamente o mesmo dano, caso em que se terá compensação de reparações.
- d) Por culpa de terceiro, no caso de alguém ser demandado, mas a ação que causou o dano foi exclusivamente de terceiro, como por exemplo, um pedestre que é atropelado pelo motorista de um táxi em razão de um caminhão desgovernado.
- e) Por cláusula de não indenizar, que exclui a responsabilidade civil em vista da própria convenção e não por dissipar-se o liame de causalidade.

2.4 Dano

Para que haja indenização é necessária a existência de um prejuízo, pois a responsabilidade civil só existe se houver um dano.

Neste se compreende o dano emergente, que traduz uma diminuição de patrimônio, sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu, e o lucro cessante, aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar. O dano patrimonial é aquele que pode ser avaliado pecuniariamente, sendo reparado por reposição em dinheiro.

A respeito do lucro cessante, este é para Maria Helena Diniz (2003, p.66),

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.

Sobre dano emergente, Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 30) diz,

Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano. O termo razoavelmente posto na lei lembra, mais uma vez, que a indenização não pode converter-se em um instrumento de lucro. Assim, no exemplo do veículo sinistrado, temos que calcular quanto seu proprietário deixou de receber com os dias em que não pôde utilizá-lo. Se o automóvel pertencia a um taxista, evidentemente que o lucro cessante será calculado de forma diversa do que para um proprietário de um veículo utilizado exclusivamente para lazer.

O dano moral ocorre quando a pessoa se acha afetada em seu ânimo psíquico, moral e intelectual, seja por ofensa em sua honra, intimidade, imagem, nome ou próprio corpo, e poderá estender-se ao dano patrimonial se a ofensa de alguma forma impedir ou dificultar atividade profissional da vítima.

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2003, p34), “Será moral o dano que ocasionar um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso”.

Caso a ofensa a alguém impeça ou dificulte de alguma forma atividade profissional da vítima, como já citado anteriormente, esse dano moral se estende causando também um dano patrimonial. Vale ressaltar que dano meramente moral ocorre quando se trata apenas da reparação por conseqüência da dor causada à vítima, sem reflexo em seu patrimônio.

3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

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

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

Numa linguagem mais popular tem-se que na responsabilidade Objetiva o causador do dano não discutirá sua culpabilidade, ou seja, se é ou não responsável, simplesmente o Princípio é Taxativo quanto a isso e impõe a reparação, o que não quer dizer que não vá buscar o responsável ou co-responsável através da Ação de Regresso.

Em vários aspectos será encontrada a responsabilidade objetiva, a saber: Civil por parte do Estado; Médica; Do empregador, Acidente de trânsito, entre outras.

Certos atos, embora não sejam culposos por estarem cercados de prudência, são praticados em favor e pela vontade do causador do dano, não da vítima. Daí criou-se várias noções de risco, tais como: risco-proveito, risco criado, risco profissional, risco excepcional e risco integral.

Já no que pertine a responsabilidade subjetiva, a pretensão da reparação do direito é delineada pelo fator culpa, que implicará na vontade do agente em causar consequência lesiva a outrem, devendo responder pelos prejuízos provocados. É um pouco mais difícil de apuração em virtude de ter como divisor de águas a moral. Ora, se alguém se conduz dentro das normas e parâmetros sociais e causa dano a terceiro, não poderá ser responsabilizado. Não responde em virtude da moral que está inserida na lei.

Pode-se citar a culpa *in eligendo* (a recepcionista que trata mal as pessoas que se precisam daquela empresa) ou *in vigilando* (se o meu cão morder alguém, serei responsável), portanto nesses casos, se a presunção é absoluta, caberá à vítima tão-somente a demonstração de causalidade, podendo o agente deixar de responder civilmente por: ausência de causalidade ou alguma excludente de responsabilidade.

A responsabilidade no Código Civil O Código Civil de 2002 regulou a Responsabilidade Civil entre os artigos 927 e 954, no Título IX, Livro I da Parte Especial. O

título está subdividido em dois capítulos. O Capítulo I trata “Da Obrigação de Indenizar” (arts. 927 a 943), regulando sobre as pessoas e os fatos em que há responsabilidade, e o Capítulo II trata “Da Indenização” (arts. 948 a 954), regulando os meios de reparação.

Embora tenha reservado um título específico sobre “Responsabilidade Civil”, o Código Civil possui outros diversos dispositivos referentes ao assunto. No Título IV do Livro I da Parte Especial (art. 389 a 420), foi regulado o inadimplemento de obrigações, conseqüentemente, diversos artigos são referentes à responsabilidade do inadimplente perante o seu credor, tais como o dever de indenizar (art. 389), a responsabilidade pela mora (arts. 395, 399 e 400), as perdas e danos (arts. 402 a 405). A responsabilidade civil também está presente de forma esparsa no código.

Há dispositivos que tratam a responsabilidade de forma casuística, ou seja, na regulamentação das mais diversas relações, sejam contratuais, sejam tão somente obrigacionais, sejam por vínculos de parentesco, por fato de coisa ou de terceiro.

3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

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

Já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana decorre do ato ilícito causado por aquele que age culposa ou dolosamente. Como exemplo de responsabilidade contratual tem-se a do comodatário, que por sua culpa permite o perecimento e assim deixa de entregar objeto emprestado, ou a do autor que não entrega em prazo acertado obra ao editor gráfico.

Segundo Silvio Rodrigues (2002, p. 9),

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

No primeiro caso, na responsabilidade contratual, competirá ao devedor provar a inexistência de sua culpa ou a presença de cláusula excludente do dever de indenizar, já na relação extracontratual o ônus cabe à vítima que, para obter o ressarcimento, deverá provar a culpa do agente; já no segundo caso, com relação à capacidade, temos o exemplo do menor,

que só se vincula ao contrato, sendo responsabilizado por seu inadimplemento, no caso de ter sido assistido por seu representante legal ou ter, de forma astuciosa, se declarado maior, ao passo que na responsabilidade extracontratual cumpre-lhe reparar o prejuízo sempre. A doutrina mais moderna tem se colocado no sentido de que ambas as responsabilidades são de igual natureza, pois ambas se fundam na culpa, porém, em alguns aspectos estas se diferem, como no caso da prova e com relação à capacidade.

4 RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

4.1 Histórico

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

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

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

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

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

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

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

4.2 Da obrigação do meio e de resultado

Tem-se a obrigação de meio quando o contratado é obrigado a desempenhar a atividade da melhor maneira possível, com a diligência necessária para obter o melhor resultado, porém, não se obrigando a assegurar qualquer resultado.

Na obrigação de resultado o contratado se obriga a alcançar determinado fim, e caso isto não ocorra será responsabilizado pelo não cumprimento de tal dever, a não ser que prove que o descumprimento se deu por caso fortuito ou força maior.

Como regra geral, a obrigação assumida pelos médicos é de meio e não de resultado. Quando um paciente contrata os serviços médicos, este não tem o dever de curar o paciente, mas sim de agir com cuidado e diligência, utilizando dos recursos de sua profissão e conforme os progressos da medicina. Para que haja responsabilidade do médico será necessário provar que o insucesso foi resultante de negligência ou imprudência. Como exceção, a obrigação do médico será de resultado no caso das cirurgias plásticas estéticas, uma vez que o médico assume obrigação de alcançar certo fim.

Segundo Rui Stoco (2001, p. 116),

Em ambas a responsabilidade do profissional está escorada na culpa, ou seja, na atividade de meios culpa-se o agente pelo erro de percurso e não pelo resultado, pelo qual não se responsabilizou. Na atividade de resultado culpa-se pelo erro de percurso e também pela não obtenção ou insucesso do resultado, porque este era o fim colimado e avençado, a meta apta.

4.3 Deveres do médico

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

Segundo Maria Helena Diniz (2003, p. 88) no contrato médico estão contidos implicitamente alguns deveres:

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

- b) Cuidar do enfermo com zelo e diligência, utilizando todos os recursos da medicina, uma vez que a falta de assistência e a negligência para com o paciente só prejudicarão sua recuperação, indo em sentido oposto ao objetivo da medicina.
- c) De abster-se do abuso ou desvio de poder, não tendo o médico o direito de fazer experiências médicas com seu paciente, a não ser que isso seja imprescindível para a vida do paciente.

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

1. Agir com o máximo de zelo e o melhor de sua qualidade profissional em prol da saúde do ser humano;
2. Lutar por boas condições de trabalho e remuneração justa, a fim de exercer a Medicina com honra e dignidade.
3. Zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão.
4. Aprimorar-se continuamente e usar o melhor do progresso científico em benefício de seu paciente.
5. Guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente.
6. Jamais utilizar seus conhecimentos para provocar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para acobertar ou permitir tentativa contra a sua integridade e dignidade.
7. Exercer com total autonomia a sua profissão, recusando-se a prestar serviços a quem não deseje, salvo em casos de urgência, na ausência de outro médico, ou quando sua recusa provocar danos irreversíveis ao paciente.
8. Jamais, sob hipótese alguma, renunciar à sua liberdade profissional.
9. Nunca exercer a Medicina como comércio.
10. Não permitir que seu trabalho seja explorado por terceiros, objetivando lucro ou propósitos políticos ou religiosos.
11. Guardar absoluto sigilo quanto a informações a que tiver acesso em decorrência do exercício profissional.
12. Buscar a melhor adequação do trabalho ao ser humano.
13. Denunciar às autoridades competentes qualquer forma de poluição ou deterioração do meio-ambiente.
14. Empenhar-se para melhorar as condições de saúde pública e de serviços médicos, assumindo sua parcela de responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde.
15. Solidarizar-se com os movimentos de defesa da dignidade profissional, tanto no que se refere à remuneração condizente quanto às condições mínimas de trabalho para o exercício ético da Medicina.
16. Não renunciar a sua liberdade de escolha de meios para estabelecimento de diagnóstico e para execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.
17. Assegurar as condições mínimas para o exercício da profissão, quando investido em cargo diretivo.
18. Preservar o respeito mútuo nas relações com os demais profissionais da área de saúde.
19. Ter respeito, consideração e solidariedade para com seus colegas, sem, entretanto, eximir-se de denunciar a quem de direito atos que contrariem os postulados éticos.

4.4 Outras responsabilidades médicas

Apesar da responsabilidade médica ser tratada pelo Código Civil dentro do capítulo que trata dos atos ilícitos, a doutrina e a jurisprudência não deixa dúvida de que se trata de responsabilidade contratual.

Conforme Maria Helena Diniz (2003) o nascimento de um contrato ocorre a partir do momento em que o médico atende a um chamado do paciente ou de terceiro em benefício deste, apresentando-se esse contrato como uma obrigação de meio.

Com relação ao erro médico, cumpre fazer a distinção entre este e o erro profissional. O erro médico ocorre quando da ação ou omissão dolosa ou culposa o paciente vem a sofrer dano físico, psíquico ou moral. Já o erro profissional ou escusável acontece em função da imperfeição da medicina e da precariedade dos conhecimentos humanos. Ocorre sempre que o profissional emprega de forma correta e oportuna os conhecimentos e regras da medicina, mas chega a uma conclusão falsa. O erro escusável isenta o médico de qualquer responsabilidade, mas segundo Maria Helena Diniz (2003, p. 89), “se grosseiro, levará o médico a responder por isso.”

Segundo Delton Croce e Delton Croce Júnior (2002), como exemplo de erro escusável pode-se tomar o caso do médico que não realiza intervenção cirúrgica em tempo hábil, em vítima de facada, por ela não apresentar sinal ou sintoma inerente aos ferimentos transfixantes de órgãos ocos ou maciços na cavidade abdominal, vindo esta a falecer.

Com relação a responsabilidade médica no Código de Defesa do Consumidor, o tratamento médico foi alcançado pelos princípios deste, de forma que o paciente colocou-se no lugar de consumidor e o médico ou pessoa jurídica prestadora de serviços como fornecedora.

Segundo o artigo 14 do CDC, o defeito ou falha da pessoa jurídica na prestação de serviços médicos independe de culpa, sendo objetiva, como caso de clínica ou hospital. Somente a responsabilidade do médico, enquanto profissional liberal, continua sendo subjetiva.

Sabe-se que, em regra, cabe ao autor da ação o ônus de provar o alegado. No entanto o artigo 6º do CDC permite ao juiz inverter o ônus da prova, tendo em vista a verossimilhança do alegado ou pela hipossuficiência da parte, que no caso de um paciente médico é latente, tendo em vista, como regra, sua falta de conhecimentos.

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa (2003, p.105),

[...] o juiz poderá determinar a inversão do ônus da prova, se plausíveis as alegações do consumidor ou quando este for hipossuficiente. Entre os direitos básicos do consumidor, elencado no art. 6º, VIII, o legislador incluiu: “a facilitação da defesa

de seus direitos, inclusive com inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL NA CIRURGIA ESTÉTICA

5.1 Histórico

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

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

A partir do século XIX aparecem nomes de pesquisadores importantes como Diefenbach em 1.814, Warren em 1.840, Langenbeck e Billroth em 1.861. Em 1.869 Reverdin publica sua tese mostrando a possibilidade de transferir pele de uma região para outra (enxerto livre).

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

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

Segundo Rui Stoco (2001, p 41),

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

A evocação da beleza e juventude divulgada amplamente pela mídia e tão em voga nos dias de hoje, têm levado as pessoas a desejarem mudanças em seus corpos, espelhando-se nos

corpos e rostos de atrizes e modelos famosos, dispostos a enfrentar dores e inconvenientes de uma intervenção cirúrgica e até mesmo despende de boa parte de seu patrimônio na busca de seus desejos.

5.2 Cirurgias, reparadora e estética.

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

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

Segundo Tereza Ancona Lopez (1999, p.90),

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

José de Aguiar Dias (1983, p.275),

Aspecto eminentemente moderno da medicina é a cirurgia estética. Esta aplicação da ciência não tem sido encarada com muita benevolência pelos tribunais, naturalmente impressionados pela feição menos nobre da cirurgia estética posta a serviço da vaidade fútil ou dos até hoje inexecutáveis processos de rejuvenescimento, mas esquecidos das assombrosas possibilidades que ela pode abrir à humanidade, dentro das altas finalidades da arte médica.

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

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

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

[...] se o paciente tem desvio de personalidade, dando excesso de atenção a detalhes irrelevantes de sua aparência e sofrendo com isso, o médico, como pessoa equilibrada, não pode abrir mão do bom senso e do exaustivo dever de advertência, contra-indicando a cirurgia, pelos riscos decorrentes. Quando desses deveres descure, a ponto de ver no paciente apenas oportunidade de ganhar dinheiro fácil, deve pagar pelo mau resultado – se ocorrer.

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

5.3 Obrigação de meio ou resultado?

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

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

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

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

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

Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito (STJ – 3ª T. – Resp – Rel. Dias Trindade – j. 21.6.91 – RSTJ 33/555)

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

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

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

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

submeterem a qualquer procedimento médico, esperam dele o melhor resultado, o resultado satisfatório.

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

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

Nesse sentido, Rui Stoco (2001, p. 415),

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

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

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

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

5.4 Cumulação do dano moral e dano estético

O dano estético é compreendido como a lesão física que causa modificação permanente ou duradoura na beleza física da pessoa, causando-lhe humilhações e desgostos, dando origem a uma dor moral, portanto ser o dano estético um dano moral e em alguns casos como quando houver redução para a incapacidade de trabalho, um dano patrimonial.

O dano estético é, como ensina Maria Helena Diniz (2003, p.73),

[...] toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sob sua capacidade laborativa.

Se o dano estético é dano moral, poderá haver cumulação entre eles? Tereza Ancona Lopez (1999), aceitando ser o dano estético também dano moral levanta tal questão, e acredita que sim.

Segundo a autora, apesar de ser o dano estético também dano moral, pode haver cumulação entre os dois, pois no primeiro o sofrimento é gerado pela transformação física e no segundo pelo dano à imagem social da pessoa.

Tereza Ancona Lopez (idem, p. 125) explica que, “É óbvia a dificuldade que tem uma pessoa deformada ou paraplégica para se inserir socialmente, não só porque está complexada e triste, mas também porque a sociedade a trata, de agora em diante, de maneira diferente, o que vem a piorar ainda mais o problema”.

Tal cumulação pode até parecer verdadeiro *bis in idem*, porém as duas indenizações são dadas a título diferente, uma pelo dano estético, em virtude da grave deformação física, e outra pelas tristezas e sofrimentos interiores que acompanharão a vítima por toda vida.

No artigo 5º, inciso V da Constituição Federal encontra-se a base legal para a cumulação de dano estético e dano moral, pois admite a reparação para três tipos de danos: o moral, o material e o dano à imagem. Entendendo o dano à imagem com valor ético, que inclui o respeito e aceitação social.

No sentido que é admitida a cumulação dos danos:

AÇÃO INDENIZATÓRIA - Dano Moral e estético - Admissibilidade da cumulação dos pedidos, ainda que derivados do mesmo fato, desde que passíveis de apuração em separado. Ementa de Redação: É perfeitamente possível a cumulação de pedidos indenizatórios por dano moral e estético, ainda que derivados do mesmo fato, desde que passíveis de apuração em separado. (REsp. 116.372- MG - 4ª T. - j. 11.11.97 - rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira - DJU 02.02.1998 - RT 751/230)

Importante atentar que a cumulação entre dano estético e dano moral só devem acontecer em situação grave, onde as deformações ou desfigurações acarretem vergonha para a vítima e cause sua rejeição no meio social.

Nesse sentido,

INDENIZAÇÃO – Danos estéticos e moral – Verba somente devida se a lesão importar desfiguração e rejeição da vítima no ambiente social – Comprovação tão somente de cicatriz insuficiente para fundamentar o pedido – Inépcia Decretada. (Ap. 437.582-2 – 3ª Câmara Esp. Julho/90 –10.07.1990 – Rel. Juiz Antonio de Pádua Ferraz Nogueira)

Assim sendo, se ocorre o dano estético sem desfigurar a pessoa e assim não importar sua rejeição no ambiente social em que vive, não se pode admitir a reparação pelo dano estético e o moral.

5.5 Causas excludentes de responsabilidade

Sabe-se que o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima constituem causas excludentes de responsabilidade, por romperem o nexo causal entre o procedimento utilizado e o dano sofrido pelo paciente.

Existem casos em que apesar de aplicadas técnicas consagradas e cuidados necessários a intervenção cirúrgica não obtém sucesso em razão de características inerentes ao paciente. É o que acontece segundo Rui Stoco (2001), com certa frequência com pessoas que apresentam, após a intervenção cirúrgica, cicatriz hipertrófica, ou cicatriz quelóidiana, onde se formam as quelóides devido a extensão do corte, o que as torna mais evidente, comprometendo o resultado esperado ou prometido. É caracterizado pela formação excessiva de tecido colágeno, ocorrido em razão de causas desconhecidas. Enquanto nas cicatrizes normais há um equilíbrio entre a síntese do colágeno e sua degradação, nas cicatrizes hipertróficas, em razão de causas desconhecidas, ocorre um aumento da síntese do colágeno.

Ainda segundo Rui Stoco, como fatores conhecidos e já identificados que podem influir no aparecimento das quelóides, temos: a raça de origem, hereditariedade, idade, fatores locais, tensão entre os bordos da ferida, ocorrência de infecção local e suturas muito apertadas.

No caso de algumas dessas hipóteses, em que se torna imprevisível a manifestação adversa, configura-se verdadeiro caso fortuito.

A jurisprudência nesse sentido decidiu,

O profissional que se propõe a realizar cirurgia , visando melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar. (STJ - 3ª T. AgReg. - Rel. Eduardo Ribeiro - j. 28.11.94 - RT 718/270

Cirurgia. Plástica. Se não houve culpa do médico, que observou as técnicas adequadas ao tipo de operação, o resultado, que contrariou a paciente, não engendra responsabilidade para respaldar o pleito indenizatório. (TJRJ, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível 225/90, 11.05.90, data do julgamento)

Não podendo imputar assim, responsabilidade ao médico pelo insucesso, desde que o paciente seja alertado sobre a possibilidade dessas ocorrências.

CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

- BRASIL.** Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF.
- BRASIL.** Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF.
- BRASIL.** Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BUSSADA, Wilson. **Erro Médico interpretado pelos tribunais.** 1ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2000.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- CROCE, Delton ; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro Médico e o Direito.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 8ª ed. vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro – responsabilidade civil.** 5ª ed. vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. **Da responsabilidade civil.** 8ª ed. vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 2ª ed. vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1990.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência.** 6ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico.** 4ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LOPES, Teresa Ancona. **O Dano Estético.** 2ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 8ª ed. vol. 2, Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- _____. **Instituições de direito civil.** 8ª ed. vol. 3, Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil – responsabilidade civil.** 13ª ed. vol 4, São Paulo. Saraiva, 1993.
- SILVA, José Maria da. SILVEIRA, Emerson Sena da. Apresentação de Trabalhos Acadêmicos – Normas e Técnicas. Petrópolis, RJ. Vozes, 2007.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Theodoro Júnior Humberto. Prática Jurídica – Ano I – N.º 6 – 30 de setembro de 2002 – **Editora Consulex** .