



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

ELAINE CRISTINA DEMARCHI

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELO DANO ESTÉTICO

**Assis/SP
2018**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

ELAINE CRISTINA DEMARCHI

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELO DANO ESTÉTICO

Projeto de pesquisa apresentado ao curso Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando: Elaine Cristina Demarchi

Orientador: Profº Ms.Gerson José Beneli

**Assis/SP
2018**

FICHA CATALOGRÁFICA

DEMARCHI, Elaine Cristina

Responsabilidade civil médica pelo dano estético / Elaine. Fundação Educacional do Município de Assis –FEMA – Assis, 2018

Número de páginas:44 p.

1. Responsabilidade civil. 2. Dano Estético .

CDD:342.151
Biblioteca da FEMA

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELO DANO ESTÉTICO

ELAINE CRISTINA DEMARCHI

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador:

Prof. Ms. Gerson José Beneli

Examinador:

Prof. Aline Silvério de Paiva

**Assis/SP
2018**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que contribuíram direta ou indiretamente em minha formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram no decorrer desta jornada, especialmente a Deus, a quem devo minha vida. Ao meu esposo Luciano que sempre me apoiou nos estudos e nas escolhas tomadas, incentivando e compreendendo nos momentos difíceis e ao orientador Prof. Gerson José Beneli que teve papel fundamental na elaboração deste trabalho.

As minhas amigas Luana e Mikaelly que sempre estão ao meu lado , eternas amigas que a faculdade me presenteou.

RESUMO

Pretendeu-se com o presente trabalho, analisar os limites da responsabilização do médico cirurgião plástico em procedimentos embelezadores em casos de erro, ou mesmo com a obtenção do resultado final o efeito jurídico da falta ou falha no dever de informação. Ainda, o dever indenizatório e os métodos de mensuração do dano e liquidação deste. Empregou-se o método de abordagem dedutivo e os de procedimento comparativo e monográfico, com fichamentos doutrinários, análise jurisprudencial e legislativa para justificar as conclusões obtidas por meio da pesquisa.

Palavras-chave: Cirurgia Plástica Embelezadora; Dano Moral Estético; Dever Indenizatório; Responsabilidade Civil do Cirurgião; Obrigação de Resultado

ABSTRACT

The purpose of this study was to analyze the limits of the responsibility of the plastic surgeon in procedures to beautify in cases of error, or even with obtaining the final result the legal effect of the lack or failure of the information duty. Also, the indemnification obligation and the methods of measuring the damage and liquidation of this. The method of deductive approach and those of a comparative and monographic procedure were used, with doctrinal records, jurisprudential and legislative analysis to justify the conclusions obtained through the research.

Keywords: Embellishment Plastic Surgery; Aesthetic Moral Damage; Duty of Indemnity; Civil Liability of the Surgeon; Income obligation

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
2.1. Conceito.....	15
2.2.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	15
2.3.DAS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	16
2.3.1.Responsabilidade Contratual e Extracontratual	16
2.3.2.Responsabilidade Objetiva e Subjetiva	17
2.3.3. Elementos da Responsabilidade Civil.....	16
3. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	21
4.DO DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO E A BOA-FÉ CONTRATUAL .	23
4.1.BREVE HISTÓRICO DA BOA-FÉ	23
4.2.A BOA-FÉ E A INFORMAÇÃO	23
5.O DANO ESTÉTICO NA CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	27
5.1.DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	27
5.2.OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO	27
5.3.A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO E O ERRO	29
5.4.O DANO ESTÉTICO E A SUA REPARAÇÃO.....	35
6.A RESPONSABILIZAÇÃO DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO.....	37
6.1.DA CIRURGIA PLÁSTICA.....	38
7.CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....44

1. INTRODUÇÃO

O brasileiro é vaidoso, basta observar os números apontados em pesquisa realizada pela Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (ISAPS) no ano de 2015, estando o País em segundo lugar no *ranking* internacional de realização de cirurgias plásticas.

No País no ano da pesquisa foram realizados 1,2 milhão de cirurgias plásticas perdendo apenas para os Estados Unidos com 1,4 milhão de procedimentos. O Brasil assume a liderança quando se trata de cirurgias em jovens e adolescentes.

Os números assustam, pois, evidenciam a insatisfação do indivíduo com seu corpo, a busca desenfreada para se encaixar nos padrões cada vez mais cruéis de beleza. Por outro lado, demonstra-se a busca do bem-estar pelo procedimento estético, o culto ao corpo, o cuidado com a saúde e etc.

Sendo evidente neste cenário de números elevados, o aumento no índice de ações distribuídas em razão do erro médico, pedidos indenizatórios no intuito punitivo e de responsabilização do profissional.

A presente pesquisa pretende a resolução das dúvidas: Existe responsabilidade civil do médico cirurgião plástico em procedimento embelezador, em casos de erro na busca do resultado final pretendido pelo paciente? Existe dever indenizatório do profissional mesmo nas cirurgias embelezadoras? Em casos de sucesso no procedimento há indenização pela quebra (falha ou falta) de informação? Por fim, a mensuração/liquidação do dano e dever indenizatório se darão de quais formas?

Será realizada pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legislativa na busca de respostas as indagações acima dispostas. Da mesma forma, para se verificar o dano moral estético no ordenamento pátrio, bem como, a análise do princípio da dignidade da pessoa humana e a boa-fé aplicáveis as cirurgias plásticas embelezadoras.

A importância da pesquisa é indiscutível, pois, trata-se da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico que erra ao desempenhar seu exercício profissional frustrando assim o resultado por vezes, sonhado por anos pelo paciente, trata-se do dever indenizatório desta conduta altamente lesiva e de reparo psicológico por vezes impossível. Da mesma forma, os limites da conduta médica no que tange o dever de informação.

Para a realização da pesquisa adota-se o método de abordagem dedutivo vez que, parte-se do estudo de modo geral da responsabilidade civil no ordenamento jurídico nacional recortando a temática até o dano estético na cirurgia plástica embelezadora. Quanto ao procedimento adotou-se o monográfico comparativo.

A divisão da pesquisa se dará em cinco capítulos, onde, no primeiro verifica-se a análise geral da responsabilidade civil, no segundo o impacto do princípio da dignidade da pessoa humana para o estudo da responsabilidade civil, terceiro o dever de informar do médico e a boa-fé contratual, quarto o recorte principal do tema vem a luz com a análise do dano estético na cirurgia plástica embelezadora e a responsabilidade civil do médico. Por fim, no último capítulo, a finalização da pesquisa com a responsabilização do médico cirurgião plástico.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. CONCEITO

Quando se fala em responsabilidade civil pensa-se logo em uma reparação antes a prática de um ato ilícito, esta nada mais é que, um limite de atuação das partes uma obrigação havida, é o dever indenizatório pela violação do dever jurídico por meio de um ato ilícito. Logo, para que se garanta a ordem jurídica instituída pelo texto Constitucional, necessário se faz coibir a conduta da parte que contraria o disposto pelo Direito.

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano ,(pag.45,2013):

Responsabilidade tem sua origem latino “respondere”, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade.

Quando alguém através de um ato ilícito agride os direitos de outrem, o Direito traz a obrigação de responsabilizar e punir essa pessoa. Tem dupla finalidade, garantir o direito do lesado e servir como sanção civil punindo o lesante, ideia central dos artigos 186 e 187 do Código Civil. De acordo com Rodolfo Pamplona Filho ,p. 47 2013:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada, um dever jurídico sucessivo, de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essa que podem variar (reparação dos danos e /ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Maria Helena Diniz (2003, pag. 34) define assim a responsabilidade civil:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Responsabilidade Civil, portanto, é a consequência jurídica e patrimonial de reparar o dano que foi causado através do descumprimento de uma obrigação prevista, decorrente da convivência conflituosa da sociedade.

2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nas primeiras formas de civilização, na fase pré-romana o modo de punir aquele que cometeu um ato ilícito era feito através da vingança coletiva, uma reação em conjunto do grupo contra a pessoa que causou ofensa a um de seus componentes.

Posteriormente, dentro deste contexto, a vingança coletiva passou a ser realizada de forma individual, isto é, os homens praticavam formas de punição com suas próprias mãos. Fundamentada na Lei de Talião, da retribuição do mal pelo mal, conhecido até hoje pela expressão “olho por olho, dente por dente, quem com ferro fere, será ferido”, reagia-se contra o mal injusto, a intervenção do poder público era apenas para evitar os abusos, declarando-se quando a vítima poderia ter o direito de retaliação, isto é, causar na pessoa do lesante dano igual ao que causou, proporcionando à mesma, o direito de lesar o agressor inicial, de forma idêntica a que antes sofrera. A chamada lei de Talião. Trata-se da primeira tentativa de controlar a vingança, estabelecendo uma proporção entre o dano recebido num crime e o dano produzido com o castigo, uma forma de vingança semelhante ao dano recebido.

Para evitar a aplicação da pena de Talião, concebeu-se um pouco mais tarde a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, assim o autor do dano pagará uma importância em dinheiro ou com outros bens com a finalidade de reparar o mau causado.

“ (...)este período sucede o da composição tarifada, imposto pela lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é somente uma questão entre particulares. A lei das XII Tábuas, que determinou o quantum para a composição obrigatória, regulava casos concretos, sem um princípio geral fixador da responsabilidade civil.” Alvaro Lima

A edição da “Lex Aquilia”, representou um marco na evolução histórica da responsabilidade civil, ela traz a virtude que o dano causado tinha que ser reparado na mesma proporção. Mais tarde a revolução da responsabilidade jurídica se deu quando a humanidade percebeu que um elemento fundamental para fixação da responsabilidade era a ideia de culpa. O responsável pelo determinado dano é culpado por ele. A culpa representou um avanço, porém, tal teoria da culpa não conseguia satisfazer todas as necessidades da sociedade, casos concretos que não tinham a possibilidade de comprovação do elemento. Surge então a responsabilidade civil para regulamentar os atos conflituosos na sociedade.

2.3. DAS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

2.3.1. Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Pode-se definir a responsabilidade civil contratual como uma obrigação estabelecida previamente, existindo um liame entre as partes. A responsabilidade de indenizar surge quando uma das partes causa dano ou prejuízo a outra, violando uma obrigação ou deixando de realizar algo que contratualmente assumiram.

Segundo Maria Helena Diniz (2011, pag.266):

A responsabilidade do autor, havendo liame obrigacional oriundo de contrato ou de declaração unilateral de vontade, designar-se-á responsabilidade contratual, não havendo vínculo obrigacional, será denominada responsabilidade extracontratual.

Sílvio Rodrigues (2002, pag. 09, Volume IV, 19ª Ed.):

Afirma que a responsabilidade contratual cria obrigação de indenizar para aquele que não cumpriu sua parte no contrato, ocasionando prejuízo a outra parte, pois “na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção.

Em relação a responsabilidade civil extracontratual ,conhecida também como aquilina , não existe vínculo contratual , não advém de contrato. O agente infringe um dever contido em uma norma legal.

Relata Sílvio de Salvo Venosa (2003, pag.18/19):

(...) lex Aquilia é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação do Lex Aquilina o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem de responsabilidade extracontratual. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquilina essa modalidade.(...)

Aplica-se o disposto do art. 186 Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito. ”

Todo aquele que causar dano a outrem , tem o dever de reparar , ainda que cometido por culpa em sentido estrito ou dolo. Mesmo não tendo um vinculo contratual, esse dever é regido por meio da lei como acima disposto.

2.3.2. Responsabilidade Objetiva e Subjetiva

O ordenamento jurídico nacional aponta que, em determinadas situações a reparação de um dano independe de culpa, é a chamada responsabilidade objetiva, em que para ter a reparação basta ter nexos de causalidade e o dano.

Carlos Roberto Gonçalves (pág. 48, 2013):

Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente de prova da culpa. Ela é reconhecida como mencionada, independentemente de culpa. Basta assim, a vítima do dano ter que provar apenas três elementos; o fato (conduta) e a relação de causalidade entre a ação e o dano.

Haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor - a teoria do risco -, por sua natureza implica riscos para o direito de outrem.

Como bem preceitua Rui Stoco (1997, pág. 65):

A doutrina objetiva encontra maior supedâneo na 'doutrina do risco'. De um lado, uns mantêm fidelidade à teoria da responsabilidade subjetiva, repelindo a doutrina do risco, de outro lado, há os que abraçam a doutrina do risco, considerando-a substitutivo da teoria da culpa, que seria insatisfatória e estaria superada. Outros admitem a convivência de duas teorias: a culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade aplicando-se a doutrina do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expôs o lesado ao risco do dano que sofreu.

Sílvio Rodrigues (2002, pag. 10.) assim comenta a teoria do risco:

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

Responsabilidade subjetiva é aquela que se esteia na ideia de culpa, provar a culpa é pressuposto necessário para que o dano possa ser indenizado, além da ligação entre ação ou omissão do agente, o dano e nexos causal, vínculo de imputabilidade essencial para a caracterização da responsabilidade civil.

2.3.3. Elementos da Responsabilidade Civil

Os elementos são peças fundamentais para a caracterização da responsabilidade civil, são eles, a ação ou conduta humana, o dano ou prejuízo e, o nexo de causalidade.

Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona,(pag.73,2013):

A ação ou omissão humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil, tem-se que a conduta humana, positiva ou negativa, guiada pela vontade do agente, é que desemboca no dano ou prejuízo.

A ação nada mais é do que aquele ato que o agente voluntariamente produz com total liberdade de escolha. Podendo ser uma ação positiva (comissiva) ou negativa (omissiva), qualificada como um ato ilícito (ilicitude é a regra geral) ou lícito, causando dano ou prejuízo.

Maria Helena Diniz (2003, pag. 37) define conduta humana como sendo:

O ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, (...) que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”, e ainda “responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, (...) principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos.

Assim, trata-se de um comportamento que se destaca pela sua voluntariedade, pois, a conduta do indivíduo só interessa ao Direito quando há um grau de consciência daquele que o realiza.

Dano é a lesão ocorrida ao interesse jurídico devidamente tutelado, seja ele material ou moral. O dano é o principal ponto do estudo, pois, sem ele a reparação configuraria um enriquecimento sem causa, por isso ele deverá existir.

Sergio Cavalieri Filho (pag.70,2000 ,2 ed.), lesiona que:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Como visto, a responsabilização só existe diante de uma conduta que cause um dano, se não houver dano, não há o que se cogitar a responsabilidade civil, esse dano poderá ser patrimonial e extrapatrimonial.

Sílvio de Salvo Venosa (2003, pag. 30) em suas palavras define dano patrimonial :

Aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização. Será aquele que de alguma forma pode ser reparado.

Já o extrapatrimonial é aquele que não volta ao estado anterior ao dano, não tem valor pecuniário, pois são classificados como os direitos da personalidade, da vida, físico e moral, onde provisoriamente se encaixa a temática estudada.

Já o nexos causal, é um liame entre o fato e o dano por ele causado, um pressuposto fundamental para o dever de reparar e da responsabilidade civil.

Sílvio de Salvo Venosa (pag.39,2004), ao definir nexos de causalidade ensina que:

O conceito de nexos causal, nexos etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluimos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

É preciso ter uma ligação jurídica – não física – um elo entre a conduta do agente e o fato gerador do dano.

3. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Conceituar de forma taxativa o princípio em análise é algo um tanto improvável, pois, dignidade é algo subjetivo de cada indivíduo, variando de acordo com a evolução da sociedade, momento histórico-político de um País, costumes locais dentre outros, ainda, trata-se de uma soma de diversos fatores jurídicos e sociais, logo, tenta-se aproximar de um conceito provável partindo da análise do texto Constitucional e suas garantias fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana apoia-se em valor que seguirá a consciência e o sentimento de bem estar de todos, sendo tarefa do Estado garantir aos seus geridos os direitos constitucionalmente dispostos, necessários para viver com dignidade em sendo, proteção e direito a vida, liberdade, saúde, honra, culto, moradia, segurança, tratamento igualitário, à dentre outros.

Tal garantia princípio lógica pode funcionar tanto como regra ou valor, a Constituição Federal trata como valor supremo quando da leitura do seu artigo 1º, inciso III, já como regra, de forma subentendida na leitura de tantos outros artigos e suas garantias fundamentais onde, o homem é colocado como centro do universo jurídico, sendo o Estado um coadjuvante que existe em razão do homem e para atender as necessidades deste.

Este princípio é o norte das Constituições do sistema contemporâneo, estando ele descrito (codificado) mesmo que de forma subentendida nestes textos observa-se a chamada segurança jurídica assim, para a análise das fontes e casos de estudos (concretos) entre o direito público e o direito privado (com destaque ao Direito Civil, recorte da presente pesquisa) é de fundamental importância da verificação e interpretação sob o manto dos preceitos constitucionais, acima de tudo sob o prisma do Direito Fundamental.

O Doutrinador Sergio Cavaliere Filho (pag.61,2005) expressa o seu entendimento da seguinte forma:

Entre os superiores princípios (valores) consagrados na Constituição de 1988,

merece especial destaque o da dignidade da pessoa humana, colocado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art 1º, III). Temos hoje o que podemos chamar de direito subjetivo constitucional á dignidade. Ao assim fazer ,a Constituição colocou o homem da Nação , fez dele a primeira e decisiva realidade , transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos . Isso é valor.

O princípio em debate possui algumas categorias de proteção, destaca-se apenas a de relevante importante para a presente pesquisa, em sendo, os direitos de personalidade. Diferente das direitos fundamentais que são tutelados pelo Estado, verifica-se no estudo da personalidade a autonomia privada, é o livre exercício do homem, ilimitado desde que não ocorra o prejuízo a um terceiro. É o que ocorre na cirurgia plástica de objetivo embelezador, o indivíduo tem a livre disposição de seu corpo para tanto, contudo, deverá se atingir o resultado ajustado e pretendido com o procedimento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o contrato ganhou uma nova compreensão e forma de análise, escapa-se do Direito Civil com sua definição puramente individual e patrimonial, voltando-se a proteção do indivíduo e seus valores definidos como existenciais, assim, o contrato perde seu conceito totalmente econômico e ganha proximidade com as garantias fundamentais, com enfoque especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. Especificamente volta-se ao tema em estudo, posto que, o paciente (parte/vítima) dispõe em um procedimento de sua vida e, esta jamais será um objeto de valoração econômica.

Por fim, destaca-se que, o princípio em análise é reconhecido pelo texto do Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 4º e 6º ,bem como, as demais normas que serão analisadas posteriormente no que tange as cirurgias plásticas embelezadoras.

No Código Consumerista observa-se ainda, a discussão do dano e a responsabilidade subjetiva do profissional liberal (médico), tudo de acordo com o artigo 14, §4º, sob o manto da dignidade da pessoa humana. Do mais, mesmo o Código Civil de 2002 ser norma posterior e geral, contudo, com conceitos específicos hierarquicamente inferior ao Código de Defesa do Consumidor, são textos complementares e que dialogam entre si, em ambos, parte-se da premissa da boa-fé objetiva nos contratos.

4. DO DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO E A BOA-FÉ CONTRATUAL

Vive-se um período onde o homem é definido como ser social buscando-se o cumprimento da finalidade existencial em comunidade, sociedade, não mais isoladamente como em períodos históricos anteriores. Para tanto existe o Direito, como garantia da preservação do ser individual mas com a delimitação quanto suas práticas em sociedade.

O Direito garante a cada indivíduo a segurança quanto as iniciativas do outro, não permitindo a dúvida quanto as ações e comportamento humano, sendo as práticas pautadas em um conjunto de deveres codificados e estruturados segundo a boa-fé.

4.1. BREVE HISTÓRICO DA BOA-FÉ

Durante a Idade Média e a observância do Direito Canônico caracterizava-se a boa-fé pela ausência do pecado, sendo aplicada em sua forma subjetiva, evoluindo para o escopo obrigacional implicado pelo Direito Romano.

Obteve seu desenvolvimento pleno a partir de 1900 com o Código Civil Alemão, no Brasil em 1850 com o Código Comercial, contudo, com observância efetiva apenas em 1990 sob a luz do Código de Defesa do Consumidor e, mais tarde com o Código Civil de 2002.

Por último observa-se que, que a boa-fé em sua forma subjetiva não é um princípio haja vista que, para garantir a segurança nos negócios jurídicos pela ordem guia-se pela forma objetiva, amparando as expectativas dos contratantes, ou seja, o comportamento do indivíduo e a exatidão de seus atos, não mensurando sua convicção – boa-fé subjetiva em seu reverso é a má-fé do indivíduo.

4.2. A BOA-FÉ E A INFORMAÇÃO

Quando se fala em boa-fé logo se pensa em uma conduta íntegra, ética, pautada na moral, é o agir com correção, dignidade, honestidade, amparado no fator ajudar alguém não no propósito de prejudicar um terceiro. Assim, conceituar a mesma de forma taxativa é uma tarefa complexa ante sua amplitude de possibilidades e a alta subjetividade, pois, o

correto para alguns, nem sempre será para outros.

Entendida como agir adequadamente, a boa-fé se divide em subjetiva e objetiva. Na primeira é o estado psicológico da pessoa, que age de acordo com seu consciente de que, aquele agir é correto, no entanto não o é a luz do Direito, este desconhece a antijuridicidade de sua prática. Já a objetiva, reconhecida como pilar de todos os ramos do Direito pelo Supremo Tribunal Federal, é um conjunto de deveres que serão exigidos nos negócios jurídicos, especificamente nos contratos, é um dever de conduta que irá limitar a atuação das partes que, terão a obrigação de colaborar mutuamente para que se atinja o objetivo final do pacto.

Ao estudo da boa-fé se integra o chamado dever de lealdade ou confiança necessário para uma vivência em sociedade, presente nos artigos 161, 164, 180, 295, 363 todos do Código Civil e, nos artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor.

Na atualidade as obrigações assumidas pelas partes contratantes seguem além da concepção clássica de meramente se esgotar no dever de prestar e, no direito da outra parte de exigir o bastante pactuado, hoje, as relações obrigacionais são de cunho complexo onde diversos fatores se somam aos clássicos apontados, para então se ter o cumprimento da finalidade contratual.

Dentre estes fatores, surgem as “novas” obrigações contratuais chamadas deveres anexos de conduta (que podem ser colaterais, laterais, instrumentais e outros), além dos pressupostos sociais como honestidade, colaboração, zelo e outros, entrelaçasse estes deveres. No intuito de maior proteção das partes contratuais, o resguardar da obrigação e seu exato cumprimento, evidenciando-se a tutela da dignidade de cada parte.

Estes deveres anexos de conduta que seguem as relações contratuais são frutos da jurisprudência alemã e sua utilização no País. O dever de prestar e de exigir (clássicos da relação principal) soma-se aos deveres de conduta (relação complexa, obrigação secundária), devem ser obedecidos pelas sob pena de ofensa a boa-fé objetiva.

Destaca-se que, não basta o simples cumprimento da obrigação principal, há a necessidade da observância dos deveres de conduta, de informar (enfoque da presente pesquisa), de cooperar, de agir com lealdade (rol meramente exemplificativo), para que assim s obtenha o êxito do negócio. Mesmo com o alcance da obrigação principal, o desrespeito aos deveres de conduta enseja a chamada violação positiva do contrato ou

adimplemento ruim.

Embora a prestação de serviços do médico, por ser um profissional liberal, seja regida pela conceituação da obrigação principal (em regra), não sendo pelos deveres de agir anexos, obriga-se este ao dever de informação. Mesmo sendo um pacto bilateral o interesse não é mútuo, posto que, a atividade deste é feita em detrimento do interesse ou proveito alheio.

O dever (ou princípio da) de informação e da transparência é basilar nas relações de consumo, é dever do prestador de serviços, figura fundamental no texto do Código de Defesa do Consumidor, recebendo tratamento deste como direito essencial observado em diversos artigos.

É o que nos mostra o artigo 4º,IV e 6º ,III do Código do Consumidor: “educação e informação de fornecedores e consumidores , quanto aos seus direitos e deveres(...)” “ a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (...)”.

O dever de informação vai muito além da informação em si, é dar subsídios a parte contratante/consumidor de se sentir segura, confiante na prestação do serviço oferecido. No caso da relação médico-paciente é o primeiro sendo claro ao segundo quanto ao tratamento adotado, medicamentos utilizados, vantagens na adoção daquele procedimento, os riscos havidos dentre outros.

A informação deverá ser mútua em casos específicos de cirurgia plástica, o paciente irá explicar sua motivação para o procedimento, da mesma forma doenças existentes, sua rotina alimentar e afins. Convencido o médico cirurgião, este, passará então a prestar suas informações quanto ao procedimento a ser realizado.

A grande questão somada ao dever de informação é quanto ao seu limite, quando ela é considerada suficiente ou completa, resposta que nem a doutrina ou Tribunais prestam de forma unívoca.

No caso da cirurgia plástica embelezadora foco do presente trabalho, o resultado e a expectativa são de níveis elevados, desta forma, o médico deverá informar o paciente da forma mais completa e clara possível, evitando um discurso técnico e de pouca compreensão, possibilitando o entendimento e a tomada de decisão por aquele que irá se submeter ao procedimento.

A informação deverá ser prestada mesmo que de forma verbal, contudo, para se

assegurar do cumprimento do dever facilitando o ônus probatório, em atendimento a ética médica o profissional poderá redigir o chamado termo de consentimento informado, fazendo constar as informações devidas ao paciente suficientes para a decisão do procedimento, com ênfase aos riscos e benefícios do tratamento escolhido. Assim, o termo deverá ser redigido e lavrado antes do início do tratamento efetivo.

Destaca-se que o dever de informar é mútuo, pois, havendo o silêncio do paciente quanto a uma informação necessária ou até mesmo a distorção desta, acarreta-se a não responsabilização do médico por eventual erro decorrente do não informado.

No caso em estudo – a cirurgia plástica embelezadora, que será tratada especificamente em capítulos posteriores – o procedimento é tido como dispensável, neste a falha ou falta de informação é ainda mais grave do que em procedimentos considerados como indispensáveis, pois, é o paciente que decide baseado nas informações prestadas se, vai ou não se submeter ao risco.

A informação deverá recair sobre os fatos previsíveis pelo médico e, mesmo que o procedimento seja bem sucedido pode ocorrer a condenação em dano moral do profissional em caso de falha ou falta de informação ante as obrigações serem autônomas e, por ser violada a liberdade de escolha do paciente e a autonomia deste.

5. O DANO ESTÉTICO NA CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Em uma relação entre consumidor e profissional liberal existem diversos fatores complexos que envolvem a prestação de serviços, ainda, situações imprevisíveis pela parte como por exemplo, a morte de uma destas. Tal situação é ainda mais profunda quando se trata de uma relação médico-paciente, em especial no que tange as ocorrências em uma cirurgia embelezadora.

As adversidades em meio ao procedimento precisam ser administradas pelo médico cirurgião, possuindo este o controle da situação baseado e respaldado nos limites legais do País, os conceitos morais do ato e na ética de sua atividade profissional.

5.1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade civil médica é a obrigação que o profissional assume de reparar um dano por ele causado a outrem partir de um ato mau realizado por ele. A responsabilidade médica foi muito discutida no passado quanto à sua natureza jurídica: se era contratual ou extracontratual; se gerava obrigação de meio ou de resultado. Entendo que após o Código de Defesa do Consumidor essas discussões perderam a relevância.

Policastro (2010, pag. 03) “Diz-se que a responsabilidade inicia, quando o médico se dispõe a assistir o enfermo para encontrar a cura, minorar os efeitos da doença ou controlar a enfermidade. É fácil entender que dessa aproximação, surge entre ambos um vínculo de natureza contratual ou extracontratual estabelecido numa relação de confiança do doente no médico.”

Sem dúvida o médico ao cuidar de um paciente ele não pode garantir a cura de uma doença, por exemplo, mas a prestação de cuidados necessários para amenizar seus sofrimentos.

5.2. OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Trata-se a obrigação de meio daquela na qual o médico não assume o resultado de um determinado caso. Verifica-se a relação entre paciente e profissional , onde as partes acertam condições, direitos e obrigações. Todavia, nessas relações ele assume o dever de um tratamento cauteloso , utilizando de seus conhecimentos e ferramentas disponível para que possa exercer sua tarefa.

Segundo Arnaldo Rizzardo (2007. pag. 328 3ª Ed) :

Considera-se de meio aquela obrigação que impõe de quem a exerce ou executa o emprego de determinados meios propícios e adaptados para o fim visado.

Nesse caso não há de se falar em responsabilidade médica, podemos falar em inexecução de uma obrigação, mesmo sem obter a cura do paciente, não se pode dizer que o médico foi inadimplente.

Já a obrigação de resultado é aquela que o médico assume a produção exata do resultado final desejado, cita-se como exemplo o foco desta pesquisa, nas cirurgias plásticas embelezadoras o paciente procura o profissional para o melhoramento de sua aparência e que o resultado esperado deve ser alcançado. O paciente não esta doente , ele quer o embelezamento de sua aparência para melhor e ao procurar o cirurgião plástico , ela deposita toda sua confiança afim de chegar no resultado almejado e em muitos casos prometido pelo profissional.

Conceitua Rui Stoco (2007, pag. 557):

Em se tratando de cirurgia meramente estética não há como deixar de afirmar a obrigação de resultado do médico. Não se pode deslembrar que a responsabilidade de que cogitamos é contratual. Enquanto na atividade tradicional o medico oferece serviços de atendimento através de meios corretos e eficazes, comprometendo-se a propiciar a seu paciente todo o esforço, dedicação e técnicas, na atividade de cirurgião estético, o médico contrata um resultado previsto, antecipado e anunciado. Não ocorrendo este, salvo nas intercorrências e episódios que atuem como elidentes de sua responsabilidade, cabe exigir-lhe o adimplemento da obrigação de resultado assumida.

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nesse sentido:

Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade.

A indenização deve abranger tanto os danos materiais acarretados ao paciente, como os danos morais decorrentes da frustração provocada e, muitas vezes, do agravamento da situação.

No procedimento cirúrgico estético, em que o médico lida com o paciente saudável que apenas deseja melhorar sua aparência física e, conseqüentemente, sentir-se psicologicamente melhor, estabelece-se uma obrigação de resultado que impõe ao profissional da medicina, em casos de insucesso da cirurgia plástica, presunção de culpa, competindo-lhe inicialmente com a inversão do ônus da prova, de modo a livrá-lo da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente em razão do ato cirúrgico (STJ – 3º T – RESP.81.101- REL WALDEMAR ZVEITER- 13-04-00 – RT 767/111 E RSTJ 119/290).

Assim, na cirurgia plástica embelezadora observa-se a obrigação de resultado, ou seja, a execução da obrigação será atingida e finalizada apenas se o objetivo final for alcançado.

5.3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO E O ERRO

Quando se fala da responsabilidade dos cirurgiões plásticos, a obrigação por eles assumida é a do resultado, pois, seu trabalho é em geral de natureza estética. O paciente o procura com o objetivo de melhorar a aparência, e se o mesmo fica com aspecto pior após a cirurgia, não alcançando o objetivo que constituía o vínculo contratual, cabe-lhe o direito de indenização.

O princípio fundamental exposto no capítulo II, do código de Ética Médica nos traz que:

O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

Já a sua responsabilidade profissional do capítulo III do Código de Ética Médica veda algumas condutas que o profissional não poderá cometer no exercício de sua função:

Art 1º: Causar dano ao paciente , por ação ou omissão , caracterizável como imperícia , imprudência ou negligência.

Art 3º: Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou (...)

Art 4º: Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional quer tenha praticado ou indicado(...)

Deve-se mencionar os possíveis casos em que o cirurgião poderá se isentar da responsabilidade de indenizar:

Culpa exclusiva do paciente que não seguiu a orientações e cuidados médicos pós cirúrgico.

Existência de componentes psicológicos que podem interferir nas reações orgânicas do paciente e as reações do organismo humano, que podem rejeitar alguns procedimentos, como por exemplo, rejeição natural do organismo após colocação de uma prótese de silicone. Como sustenta o cirurgião Plástico Juarez Moraes Avelar:

A cirurgia plástica é uma especialidade, como as demais áreas da medicina, exposta as reações imprevisíveis do organismo humano e indesejadas consequências, sendo justo e humano considera – lá obrigação de meio e não de resultado.

Quanto ao erro médico em linhas objetivas, o mesmo poderá ser observado como uma prática inadequada fora dos limites legais e éticos profissional caracteriza-se pela imprudência, imperícia ou negligência médica, conduta omissiva ou comissiva capaz de gerar um dano a vida ou saúde do paciente.

Acórdão : decisão que excluiu a culpa do médico em uma cirurgia plástica realizada, em virtude de uma alergia que a paciente contraiu após o procedimento, não obtendo o resultado programado, porém o médico usou de todos os recursos disponíveis e

adequado para a realização da cirurgia, sendo assim não podemos falar em responsabilidade.

APELAÇÃO No: 0155991-77.2011.8.26.0100

APELANTE: Ilka Cytman

APELADO: Moris Anger

COMARCA : São Paulo

JUIZ: Marcello do Amaral Perino

TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO São Paulo 28a Câmara Extraordinária de Direito Privado

Erro médico. Indenização. Cirurgia estética é obrigação de resultado porque visa o embelezamento, mas não há responsabilidade quando o tratamento é adequado, sem qualquer evidência de culpa, e o resultado não ocorre por infecção que não se pode atribuir à conduta médica. Processo infeccioso fortuito e por causa não atribuível ao médico. Inexistência do dever de indenizar. Prova segura nessa direção. Improcedência acertada. Recurso improvido.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença que julgou improcedente ação de indenização por erro médico em cirurgia estética realizada na autora, que, no seu apelo, sustenta, em suma, que o resultado objetivado pela cirurgia não foi obtido em virtude de quadro alérgico e infeccioso posterior e que deve ser indenizada pelo insucesso da operação de embelezamento oriundo da falta de cuidado do requerido durante e depois da cirurgia.

Este é o relatório.

O recurso não merece provimento.

A teoria da responsabilidade civil impõe àquele que causa dano o dever de reparação. É o que assenta o artigo 186 do Código Civil: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*. Do mesmo modo dispõe o art. 927, *caput*, Código Civil: *“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”*. A configuração do dever de indenizar depende dos seguintes

pressupostos: da ação ou omissão, da culpa do agente, do dano e do nexos de causalidade. A ação ou omissão é o ato praticado em desacordo com a norma jurídica, violando direitos de outrem de forma a causar-lhe danos materiais ou morais. A culpa do agente é a infração a um dever de conduta que leva em conta os padrões médios de comportamento. O ato ilícito, enfim, deve conduzir ao resultado danoso para que se materialize o indispensável nexos de causalidade e o conseqüente dever de indenizar.

(...) Assim, pela regra, para a verificação do erro médico, é imperioso que se examine não o resultado do tratamento da doença, mas se os meios usados para tanto foram inadequados, ou, ainda que adequados, se o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia. A regra não persiste em se tratando de cirurgias plásticas embelezadoras, nas quais a obrigação é de resultado. Aquele que procura um cirurgião plástico não o faz por necessidade, mas tão somente busca melhorar sua aparência, não podendo, por óbvio, tê-la piorada. Deste modo, em caso de cirurgia estética, a responsabilidade do médico pelo mau resultado somente será excluída por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Ainda que, como se encontra na jurisprudência, a obrigação de resultado não torne objetiva a responsabilidade, há, sem dúvida, a inversão do ônus da prova para que a excludente seja comprovada (REsp 985888 / SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, em DJe 13/03/2012).

No caso, como bem assentado na r. sentença, cujos fundamentos também se adota como razão de decidir, os problemas que frustraram o resultado do embelezamento pretendido não decorreram de má técnica, nem de negligência, imperícia ou imprudência. A autora sofreu um fortuito processo alérgico e infeccioso que, embora tratado sem delonga, acabou prejudicando o resultado. embelezamento, conhecida como lipoenxertia, foi feita dentro dos padrões técnicos para a hipótese, sem intercorrência ou culpa em qualquer de suas modalidades. Do mesmo modo concluiu que o processo infeccioso se verificou independentemente de todos os cuidados durante e depois do ato cirúrgico, inclusive com acompanhamento de médico especialista em infectologia. A infecção foi curada, mas comprometeu o resultado esperado (fls. 393).

A cirurgia estética precisa ser realizada dentro de padrões adequados a produzir o resultado do embelezamento pretendido, sob pena de responsabilidade civil do cirurgião plástico porque a tanto se obriga no contrato de prestação de serviço que faz com a paciente. Não se estende a responsabilidade civil, porém, aos casos em que, por circunstâncias alheias à conduta médica adequada, como a complicação posterior por

infecção cuja ocorrência não se pode atribuir ao médico cirurgião, não atinge o resultado esperado.

CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY ensina que *“as eximentes da responsabilidade objetiva são um imperativo de equilíbrio e de boa-fé, não se concebendo, ainda que o sistema seja protetivo do consumidor, que se carregue ao fornecedor a responsabilidade por danos cuja causa não lhe possa ser atribuída. Ou seja, as circunstâncias excludentes referem-se, basicamente, à inexistência de causalidade entre o fornecimento do produto ou do serviço e o dano experimentado pela vítima”* (Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.). São Paulo. Saraiva. 2009, p. 159).

Enfim, não houve inadequação técnica, nem culpa do requerido. Fato superveniente não esperado, alheio à boa conduta médica, não induz responsabilidade civil capaz de gerar indenização.

(...)

Pelo exposto é que se nega provimento ao recurso.

MAIA DA CUNHA

RELATOR.

Desta forma, espera-se que o erro seja de forma involuntária, culposa, ou seja, a inexistência da intenção do médico em praticar o prejuízo ao seu paciente.

A responsabilidade civil do médico na situação em estudo, não poderá ser amparada no erro em si, posto que, este na atividade médica leva ao dano não devendo confundir o mesmo com o resultado indesejado, vez que, após a cirurgia o paciente pode estar diante de um dano passível de reparação sem que exista um erro propriamente dito.

No estudo das obrigações contratuais com enfoque nos profissionais liberais, verifica-se que estas são consideradas em sua maioria como de meio, ou seja, busca-se um resultado/fim empregando a melhor técnica e afins, contudo, não há a obrigação à efetivação do resultado, analisa-se o desempenho/atividade da parte.

Tanto a obrigação de meio como a de resultado são frutos da doutrina francesa, reconhecida pelos doutrinadores e jurisprudência nacional. Como disposto acima, a cirurgia plástica embelezadora trata-se de obrigação de resultado, com o objetivo final de estar mais belo e harmonioso exteriormente.

Neste caso, aplica-se a inversão do ônus da prova não sendo o uso da técnica adequada fator suficiente para a isenção da culpa do profissional ante o não cumprimento da obrigação contratada, irá se verificar a extensão do resultado não sendo este alcançado, haverá o dever de indenizar.

Assim, para que se tenha a responsabilidade civil do profissional é indispensável a ocorrência do dano. A origem da palavra consiste no diminuir, modificar o estado original da coisa, no caso em estudo o bem-estar do paciente ou então a redução ou perda de seus bens – originários ou derivados, patrimoniais ou extrapatrimoniais. Destaca-se que a jurisprudência dá tratamento mais complexo a definição do dano, analisando suas causas e efeitos, as consequências econômicas ou emocionais proporcionadas por este.

Uma vez havido o dano passa-se a discutir a indenização deste, o Código Civil de 1916 possuía no artigo 1545 o tratamento específico para a indenização em virtude do erro médico. Já o texto de 2002 não repetiu o conteúdo, contudo, possui correspondente no artigo 951 que trata da reparação devida em casos de negligência, imprudência ou imperícia no exercício profissional, causando morte, mal, lesão ou impedimento ao trabalho.

Em linhas gerais, a negligência ocorre quando não se faz o que deveria ser feito, já a imprudência é o contrário, em fazer o que não era para ser feito, por último a imperícia, em fazer mal feito. A primeira ocorre por omissão, as duas últimas por comissão.

Da mesma forma, o diploma maior do País em seu artigo 5º, inciso X, respalda o direito indenizatório decorrente do dano moral ou material (que não receberá enfoque nesta pesquisa), ainda, em virtude da violação da imagem das pessoas, onde se encaixa o dano estético havido na cirurgia plástica embelezadora.

É indiscutível a existência do dano moral ou seja, o prejuízo decorrente do dano estético da mesma forma, a possibilidade do abalo material decorrente deste, contudo, centraliza-se o estudo no debate do dano estético com enfoque à espécie dano moral a imagem social.

Na divisão em espécies o dano moral pode ser objetivo, subjetivo e à imagem social, nesta última enquadra-se o dano estético pois, se observa a desconfiguração física da pessoa, ainda o seu abalo social ante as restrições e constrangimentos que a deformidade causará para sua vida em sociedade, sendo o homem um ser social, interferir na vivência social do indivíduo – seja limitando ou retirando totalmente esta

interação ante a vergonha causada pela desconfiguração da aparência – é algo muito grave.

A cirurgia plástica embelezadora é a busca da melhoria da imagem, torná-la mais bela e harmoniosa para si, com reflexos diretos na convivência em sociedade. O erro neste procedimento além de retirar a expectativa da evolução visual, desfaz a imagem que o paciente tinha de si antes da submissão, logo, é a espécie de dano moral mais grave.

O Código Civil de 2002 não disciplinou o tema dano estético, faz-se por interpretação e aplicação do artigo 949:

No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

A ausência de um dispositivo específico levou a doutrina e jurisprudência ao debate de quais verbas ou tipos de prejuízos seriam cobrados ante o erro havido (financeiro, social, pessoal) até que em 2009 o Superior Tribunal de Justiça alinhou o entendimento que “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”, assim uma vez comprovada a extensão e as consequências do erro, poderá ocorrer a concentração de montantes nos pedidos indenizatórios.

5.4. O DANO ESTÉTICO E A SUA REPARAÇÃO

Beleza é conceito relativo, logo, mensurar o dano estético requer a sensibilidade de se verificar a modificação sofrida, o prejuízo ante o que a pessoa era e o que esperava ser. Destaca-se que a lesão não precisa ser necessariamente externa (visível a terceiros), mas sim, permanente ou de efeito duradouro para se configurar o dano estético, pois, o que se verifica é a existência da deformidade e o obrigar da parte/paciente a conviver, ver e sentir todos os dias. Tem-se a consciência da lesão e que, fatalmente em algum momento será exposta mesmo que para poucas pessoas, no círculo de relacionamento desta.

Para mensurar o dano além da sensibilidade, também se conta com a prova técnica no intuito de verificar a possível remoção, a estrutura e traços externos do indivíduo, bem como, as restrições havidas pelo erro, tais como, perda de movimento, dificuldade respiratória e outros, após evidentemente ser descartada a atenuação natural do dano como, por exemplo, vencido o prazo do processo de cicatrização.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

O dano estético é 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 afeamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.

A indenização é uma forma de atenuar a dor, o sofrimento, pois, anular este é algo pouco provável de ocorrer. Mesmo quando o erro possa ser totalmente reparado por outra cirurgia, a angústia vivida, a desconfiança ou até mesmo o trauma de nunca mais querer se submeter a uma cirurgia sempre estará presente na vida do paciente/vítima.

Desta forma, quando se fala em dano estético sabe-se que este é o dano moral onde a ofensa, a dor, o abalo, atacam não o nome, o respeito ante a sociedade, mas sim, no que a parte é (aquilo que ela vê no reflexo do espelho – abalando ao mesmo tempo diversos bens jurídicos, por isso a cumulação indenizatória para que a reparação seja o mais ampla possível).

6. A RESPONSABILIZAÇÃO DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

A responsabilização do médico por seu erro pode ser observada já no Código de Hamurabi (2400 a.C.) que narrava a punição de cortar as mãos em casos de homens livres, ou o pagamento do escravo morto ou cego pelo profissional em decorrência do tratamento estabelecido por este.

Já na Roma Antiga, especificamente no período Imperial, o médico quando considerado culpado por prática da imperícia pagava indenização pela morte em caso de escravos e com pena capital quando de homens livres (*Lex Aquilia* 286 a.C.).

A atividade médica em si, é ainda mais primitiva e acompanha o homem em todo arcabouço histórico evolutivo deste e a sociedade que se insere, evidentemente que, as primeiras atividades na área médica se detinha à cura dos males, não se organizava como ciência ou se voltava as patologias propriamente ditas, este exercício era prestado por feiticeiros, curandeiros e afins. Estes já poderiam ser responsabilizados caso a cura não fosse efetivada, podendo ser destituídos de seus postos.

O Direito Francês (1829, Academia de Medicina de Paris e a Teoria da Responsabilidade do Médico em sentido moral), foi o grande precursor no tratamento codificado quanto a responsabilização do médico servindo de base para o Brasil editar suas normas e jurisprudências sobre o assunto.

A evolução jurídica do tema sob a ótica da responsabilidade civil é inquestionável, diversas teorias quanto a responsabilização surgiram com o decorrer dos tempos, hoje nas duas principais observa-se que, na subjetiva a culpa é o principal elemento configurador, é a falta de cautela, o agir com negligência ou imprudência, de acordo com o artigo 186 do Código Civil – sendo lógico, o dever indenizatório. Já na objetiva verifica-se os casos onde não haverá respaldo na culpa e seu conceito clássico, mas sim, na teoria do risco sendo a responsabilidade averiguada por meio do nexo causal entre o dano ocorrido e a sua autoria.

No caso dos profissionais liberais – médicos – deverá ser observada a teoria havida no artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor da culpa lato sensu, subjetiva, que envolve a análise da culpa ou dolo.

6.1. DA CIRURGIA PLÁSTICA

Feitas as considerações necessárias sobre a responsabilidade civil, passa-se a análise da terminologia cirurgia plástica. Esta tem por objetivo reconstituir uma parte do corpo humano seja por razões médicas, a chamada reparadora, ou quando se busca melhorar, tornar mais belo e harmonioso, a estética ou embelezadora.

Ambas são consideradas tratamento médico, pois, para o paciente mesmo em casos estéticos haverá a real necessidade do procedimento com peso altamente psicológico ante a melhoria física desejada e a nova aparência a ser conquistada por meio da cirurgia.

Com a evolução do homem e sua vida em sociedade, é claro que alguns conceitos como o de beleza também acompanharam esta interação, os padrões do belo são outros e mudam constantemente, sendo cada dia mais difícil se encaixar plenamente nestes recortes de beleza, mesmo sendo tal conceito algo subjetivo.

Para acompanhar estes novos padrões os seguimentos estéticos fervilham e evoluem rapidamente com mais tratamentos, produtos, procedimentos e etc., desta forma, a cirurgia embelezadora é também curativa e necessária, pois, é preciso entender saúde na atualidade como bem-estar psíquico, físico e social.

Teresa Ancona Lopez (pag.61/62, 1980) enfatiza a modalidade de cirurgia plástica:

Ramo da medicina hoje em dia em franco desenvolvimento é o que diz respeito às operações que visam melhorar a aparência externa de alguém, isto é, tem por objetivo o embelezamento da pessoa humana. São as operações estéticas ou cosméticas. Tais intervenções foram muito combatidas no passado e, hoje, apesar de aceitas, a responsabilidade pelos danos produzidos por elas é vista com muito maior rigor que nas operações necessárias à saúde ou à vida do doente.

A cirurgia plástica embelezadora como já tratado anteriormente, trata-se de uma obrigação de resultado, ou seja, o que importa é o que se alcança com o resultado final, ligando diretamente o cirurgião ao dever de informação.

Nestes casos, conta-se ainda mais com a objetividade, clareza e ética do profissional, pois, este deverá dispor não só os resultados positivos como também e com enfoque os

negativos, possibilitando ao paciente escolher se submete ou não ao procedimento, ciente então de todos os riscos e custos inerentes da cirurgia.

Os tribunais tem esse entendimento majoritário como veremos a seguir:

01-AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. APRECIÇÃO DE PROVA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. ART. 131 DO CPC. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. NÃO CONFIGURAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA DA LIDE. SÚMULA 7/STJ. NÃO PROVIMENTO. 1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. 2. Como destinatário final da prova, cabe ao magistrado, respeitando os limites adotados pelo Código de Processo Civil, a interpretação da produção probatória, necessária à formação do seu convencimento. 3. Inviável o recurso especial cuja análise das razões impõe reexame do contexto fático-probatório da lide, nos termos da vedação imposta pelo enunciado nº 7 da Súmula do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 592036 SP 2014/0239108-8, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 04/11/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/11/2014).

02-DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. DANO MORAL, MATERIAL E ESTÉTICO. INOCORRÊNCIA. PROVA PERICIAL. SENTENÇA MANTIDA. 1. Embora a obrigação do médico, nos casos de cirurgias estéticas, afigure-se como sendo de resultado, diante do compromisso assumido de melhorar a aparência do paciente, há de se constatar a culpa do profissional, para que seja possível o reconhecimento da obrigação de indenizar. 2. Ausentes outros meios de comprovação acerca da ocorrência de irregularidades dos procedimentos médicos realizados, deve-se prestigiar as conclusões apresentadas pela perícia judicial. 3. Em que pese a ocorrência de insatisfação do paciente com o resultado do procedimento estético e da realização de outra cirurgia, correta a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais, uma vez não evidenciado que o médico tenha realizado procedimento fora dos padrões exigidos para tanto, a ensejar dano indenizável.

4. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF - APC: 20090111282706. Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Data de Julgamento: 27/05/2015, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 15/06/2015. Pág.: 526)

03-RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(STJ - REsp: 1180815 MG 2010/0025531-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2010

Nehemias Domingos de Melo (pag. 140, 2014) nos faz entender :

(...) impende considerar é que o profissional na área de cirurgia plástica , nos dias atuais, promete e se compromete com um determinado resultado(aliás, essa é sua atividade fim) , prevendo , inclusive com detalhes , esse novo resultado estético procurado pelo cliente. Alguns utilizam até mesmo de programas de computador que projetam a nova imagem desejada (...) .Estabelece – se , sem nenhuma duvida , entre médico e paciente uma relação contratual de resultado que deve ser honrada.

A aplicação conjunta do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil sana qualquer possível dúvida, restando evidente que, a responsabilidade civil do médico que realiza a cirurgia plástica embelezadora é subjetiva, contratual e trata-se de uma obrigação de resultado. Do mais, caso o debate persista o Novo Código de Processo Civil em seu artigo 373, §1º, aborda a chamada carga dinâmica das provas, assim, existindo um dano o que importa é provar quem causou ou a causa, sendo irrelevante o debate da obrigação ser de meio ou de resultado.

Por fim, nas obrigações de resultado aplica-se o ônus de inversão da prova, onde, o médico cirurgião culpado presumidamente deverá comprovar seu dever de informação, que agiu de acordo com a conduta ético médica ante o procedimento e que, por exemplo, o resultado não foi alcançado por falha do paciente no pós-operatório. Afasta-se a culpa do profissional quando comprovados que o caso fortuito, de força maior ou por culpa do paciente impediram o resultado.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por ser um País de clima tropical, o Brasil, possibilita aos seus uma maior exposição corporal o que de alguma forma resultou em uma maior preocupação com a estética. Ainda, é crescente o número de pessoas que tomam consciência da importância de cuidar da saúde para se ter um futuro longo, o que desencadeia o cuidado com o físico, por meio de atividades como corrida, nado, treinos dentre outros.

O País também é conhecido não só por ser tropical, mas, por ter um dos maiores números de cirurgias plásticas realizadas anualmente, sendo crescente a realização de procedimentos de finalidade embelezadora o que, de forma alarmante também aumenta o índice de ações distribuídas anualmente nesta seara.

Com o aumento das demandas e alta produção jurisprudencial sobre o tema, com destaque ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verificou-se com o presente trabalho a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico com o objetivo de analisar o respaldo legal dado ao paciente quando da não obtenção do resultado desejado em cirurgias embelezadoras, ainda, a responsabilização em virtude do erro médico, também pela ausência ou falha na informação que deveria ser prestada, caminhando assim até o dano estético.

Verificou-se que, o dever de informar do médico cirurgião plástico é de fundamental importância devendo este esclarecer o bastante necessário ao paciente, quais métodos utilizará, medicação aplicada, a existência de tratamentos alternativos, riscos, o pós-operatório e outros, possibilitando assim a autonomia da escolha da parte se irá submeter-se ou não ao procedimento, é pela informação que se limita as possibilidades do resultado a ser alcançado pelo médico e desejado pelo paciente.

Por ser autônoma e tratar da autonomia/liberdade de escolha da parte/paciente, mesmo que a cirurgia plástica embelezadora seja sucedida, apanhando o resultado pretendido, fala-se em responsabilidade do médico em casos de falha ou ausência das informações necessárias para a submissão.

A comprovação do erro médico será por meio da avaliação da conduta profissional sendo observado um comparativo da prática em si e se, outros métodos e modos de proceder acarretariam um resultado diverso do obtido. Lembrando que, no caso estudado, a culpa

do profissional apesar de subjetiva será presumida, cumprindo a este provar que agiu com diligência ou por se tratar de um evento irresistível.

Observou-se a dificuldade de conceituar o dano moral em sua modalidade estética (imagem social), sendo este definido pelos Tribunais ante suas consequências e não pela origem. Quanto a apuração do prejuízo à imagem da vítima não se observou dificuldade doutrinária ou jurisprudencial, recaindo assim na extensão e localização como a vítima era e ficou e, os efeitos da lesão causada pela cirurgia.

Por fim, com a presente pesquisa atingiu-se o objetivo central da indagação havida quanto existir ou não, responsabilização do médico cirurgião plástico que erra ao tentar atingir o resultado final pretendido pelo paciente, seu dever indenizatório e o limite do dever de informação a parte. Restando evidente que, a mensuração do dano e dever indenizatório dependerá de cada caso concreto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ancona, Teresa Lopez, "in" **O dano Estético** , Ed. RT, São Paulo, 1980

BRASIL. **Código Civil**. In: Vade Mecum Saraiva. . ed. São Paulo: Saraiva, 2018

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, In: Vade Mecum Saraiva. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

BRASÍLIA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. . **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASÍLIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. . **Guia do Advogado - Pesquisa de Jurisprudência**.[Http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTextoMultimedia.asp?servico=atendimentoStfServicos&idConteudo=178403&modo=cms](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTextoMultimedia.asp?servico=atendimentoStfServicos&idConteudo=178403&modo=cms). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio , **Programa de Sociologia Jurídica** , 11ªEd,RJ, 2005.

CIRURGIA plástica: assumindo o risco de morte. 2018.
[Https://biomedicinaestetica.com.br/cirurgia-plastica-assumindo-risco-morte/#.W2u_9ChKjIV](https://biomedicinaestetica.com.br/cirurgia-plastica-assumindo-risco-morte/#.W2u_9ChKjIV). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**, 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**, ed. São Paulo: Saraiva, 2009

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, **Novo Curso de Direito Civil**, 8. ed. Saraiva, 2003, v. 3

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

JORNAL DA USP - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (São Paulo). **Brasil lidera ranking de cirurgia plástica entre jovens**: Cerca de 90 mil jovens brasileiros recorrem à cirurgia plástica influenciados pela mídia, diz especialista. 2018. Elaborado por Rose Talamone. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/radio-usp/radioagencia-usp/brasil-lidera-ranking-de-cirurgia-plastica-entre-jovens/>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

Lima, Alvino , **Culpa e Risco** , Editora Revista dos Tribunais

Melo, Nehemias Domingos de , **Responsabilidade Civil por Erro Médico**, 3º Edição, Atlas , 2014.

R7 NOTÍCIAS (Brasil). **Erro médico: ginecologia e cirurgia plástica lideram as especialidades com mais processos em SP**: Dados do Cremesp mostram que muitas queixas de promessas não cumpridas pelo médico. Elaborado por Eugenio Goussinsky. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/saude/erro-medico-ginecologia-e-cirurgia-plastica-lideram-as-especialidades-com-mais-processos-em-sp-08122015>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

Rizzardo, Arnaldo, Responsabilidade Civil, 2007, 3Edº

Rodrigues, Silvio, **Direito Civil: Responsabilidade Civil** ,2002, IV, 19º ed.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. . **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

STOCO, Rui , **Tratado de Responsabilidade Civil**, 9 º Edição , 1997

Venosa, Silvo de Salvo, Direito Civil Responsabilidade Civil,2003, 4º ed., Atlas

WIKIPÉDIA (Brasil). **Lei de talião**. 2018. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_talião>. Acesso em: 08 ago. 2018.