

NIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS

Tribunal Regional Eleitoral TO

Protocolo

3469/2007

04/06/2007 - 17:32



Remo Alcântara Santos
Chefe SEPEX
Mat. 30925199

ELIZETE LOIOLA

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO.

*Este Trabalho me foi
entregue pronto para
ser defendido (versão final).
Aguardando apenas a defesa.
João Portinho (orientador)
01/06/07*

PALMAS
2007

ELIZETE LOIOLA

Tribunal Regional Eleitoral TO

Protocolo

3469/2007

04/06/2007 – 17:32



Remo Alcântara Santos
Chefe SEPEX
Mat. 30925199

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO.

Monografia apresentada a Coordenação de Monografia do Curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins, como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Doutor João Portelinha da Silva,

PALMAS
2007

LOIOLA, Elizete

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

ELIZETE LOIOLA. Palmas, 2007. 69 páginas

MONOGRAFIA (TCC) – Universidade Federal do Tocantins, Curso de Direito, 2007

Orientador: Professor Doutor João Portelina da Silva

1. Responsabilidade Civil do Médico nas Cirurgias Plásticas 2. Abrangência da Responsabilidade Civil no Caso Específico da Cirurgia Plástica 3. Os Danos Decorrentes da Cirurgia Plástica

ELIZETE LOIOLA

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO.

BANCA EXAMINADORA

Monografia apresentada a Coordenação de Monografia do Curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins, como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Doutor João Portelinha da Silva.

Doutor João Portelinha da Silva
Professor orientador

Membro

Membro

Dedico este trabalho às pessoas a quem mais amo – meus pais: Raimundo Nonato Loiola e minha mãe Raimunda Pereira Loiola (*in memoriam*), e aos meus queridos irmãos, pelo amor e carinho a mim dedicados.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela vitória alcançada. Sem ele nada teria sido possível.

A minha mãezinha querida (in memoriam), pelos primeiros ensinamentos que recebi na vida, os quais me tornaram capaz de enfrentar todos os obstáculos.

Ao professor João Rodrigues Portelinha, pela generosidade ao orientar.

Aos colegas, pelo carinho e companheirismo demonstrados ao longo do curso. E em especial, agradeço à senhora Jacira Brito Tavares, amiga do Tribunal Regional Eleitoral, pela força e carinho dispensado nesse momento tão especial em minha vida.

Vocês fazem parte desta vitória.

A todos minha eterna
gratidão.

RESUMO

LOIOLA, Elizete. **Da responsabilidade civil do cirurgião plástico**: cirurgia plástica. 2007. 69 páginas. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2007.

Este trabalho monográfico visa primordialmente, oferecer subsídios para elucidar questões vinculadas à carga probatória, na verificação da culpa dos profissionais de medicina. Neste sentido visa abordar, em ampla perspectiva, as principais tendências relacionadas ao ônus da prova, verificáveis no âmbito jurisprudencial, doutrina e legislação vigente no Brasil. Ao mesmo tempo, busca-se apresentar o modo pelos quais essas teorias vêm encontrando receptividade na jurisprudência brasileira. Avultam, nesse contexto, a perda de uma chance de cura ou sobrevivência, do direito francês, a teoria das cargas probatórias dinâmicas ou compartilhadas, como as presunções, bastante valorizadas no direito italiano. Observa-se que a doutrina do consentimento informado, deveras interessante, merece especial relevo. Outro ponto de eixo de discussão do trabalho é o exame da inversão do ônus da prova, a luz do Código de Defesa do Consumidor, com o propósito de desfazer equívoca que, amiúde, envolve a análise da responsabilidade hospitalar e médica e dentro deste cenário teórico levantar o discurso quanto à responsabilidade civil do médico na cirurgia plástica como sendo de meio ou de resultado.

Palavras-chaves: Cirurgia Plástica. Dano. Responsabilidade civil.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS	12
2.1	Histórico e evolução da responsabilidade	12
2.2	Os institutos do erro e do defeito no Novo Código Civil	16
2.3	A responsabilidade do médico perante o Código de Defesa do Consumidor	18
3	A ABRANGÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO ESPECÍFICO DA CIRURGIA PLÁSTICA	24
3.1	O princípio da informação na relação médico/paciente	24
3.2	O consentimento na relação médico/paciente	26
3.3	A cirurgia plástica é uma obrigação meio ou de resultado?	29
4	OS DANOS DECORRENTES DA CIRURGIA PLÁSTICA	33
4.1	Cirurgia plástica	33
4.1.1	Dano moral	34
4.1.2	Dano estético	38
4.3	A obrigação de reparar os danos decorrentes da cirurgia plástica	41
4.4	Culpa exclusiva da vítima – é possível?	44
5	CONCLUSÃO	45
	REFERÊNCIAS	48
	ANEXO DE JURISPRUDÊNCIA	
1	Responsabilidade civil por uso de silicone em cirurgia plástica	50
2	Dano estético por cirurgia plástica	63

1 INTRODUÇÃO

O ser humano está sujeito à dor e às enfermidades. Para preservar sua saúde, evitar doenças, mantendo-se psíquico e fisicamente saudável, as pessoas recorrem aos médicos. Enquanto profissão, a medicina visa prevenir os males e a melhoria dos padrões de saúde e de vida da coletividade. Saúde, pois não é apenas a ausência de enfermidade, mas sim o estado de completo bem-estar físico e psíquico da pessoa.

A evolução da Ciência Médica, máxime no campo do diagnóstico e da medicina curativa, mesmo com o desenvolvimento de aparelhos de alta tecnologia, ainda assim, não se pode negar que existe uma aura de romantismo em torno dessa profissão.

Em um outro contexto o dano advindo da atuação do médico era tido como inevitável. Raro, nesses casos, buscar-se reparação. Daí, passou-se a uma situação totalmente contrária, não só de proteção ao lesado, como também de predisposição deste em imputar qualquer mau resultado ao profissional. Atualmente, as vítimas, ainda, pouco procuram o Judiciário. A notória dificuldade de acesso a uma ordem jurídica justa, aliada a timidez de nossos pretórios ao estabelecerem o culto ao profissional da medicina, são as principais causas dessas hesitações em buscar a reparação dos danos advindos da incorreta conduta médica.

Os médicos argumentam, e tem lá sua razão, que o Brasil, país em desenvolvimento, onde a saúde apresenta-se precária, exige-se de seus médicos uma medicina de primeiro mundo. No Brasil, proliferam as escolas médicas. Há, hoje, mais de 100 faculdades de medicina, além de outras vinte, a espera de autorização de funcionamento.

A importância e a necessidade dos serviços dos profissionais da medicina fazem com que o Estado exija título reconhecido para o exercício dessa atividade, configurando o chamado monopólio médico. Tudo isso, entretanto, não torna o médico imune a responder pelos danos que praticar, preenchidos os requisitos legais Kfoury Neto. (2003).

Nas últimas décadas a sociedade brasileira passou por uma evolução em seus costumes, principalmente com o advento da urbanização e industrialização, estes dois fatores delinearam um novo perfil nos grandes centros urbanos. Onde era exigido profissional cada vez mais habilitado nos novos campos que o mercado

abria, e neste cenário de mutações mercadológicas surgiu um apelo ao belo como nunca antes visto. As empresas passaram a impor que seus funcionários apresentassem além de excelente qualificação profissional, ótima apresentação: A moda invadiu os lares através do avanço das telecomunicações, que contribuiu para a fomentação de determinados padrões estéticos. Assim, a boa aparência física passou a ser requisito imprescindível tanto para uma boa colocação profissional, quanto para melhor aceitação social Lopez (2004).

A supervalorização pela sociedade pós-moderna do culto ao corpo e a luta pela beleza fez emergir uma especialidade médica – a Cirurgia Plástica, e com ela um elevado número de adeptos. Por consequência, do grande número de pacientes surge também à insatisfação com os resultados obtidos com a intervenção cirúrgica, e, havendo, portanto, o questionamento da responsabilidade civil do médico quanto a sua atuação profissional.

Na tentativa de construir uma narrativa instigante esta monografia tem como viés a metodologia bibliográfica, a qual fez possível o desenvolvimento e apresentação de dados colhidos através de pesquisa de campo realizada por vários autores descritos ao longo do trabalho. Vale ressaltar que os dados de amostragem apresentados neste trabalho monográfico, por sua vez, são de cunho bibliográfico.

Sendo o trabalho dividido em três capítulos onde o primeiro capítulo foi Responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas sendo subdividido nos seguintes tópicos: Histórico e evolução da responsabilidade, Os institutos do erro e do defeito no Código Civil, A responsabilidade do médico perante o Código de Defesa do Consumidor. Já o segundo capítulo tem como título A abrangência da Responsabilidade Civil no Caso Específico da Cirurgia Plástica. E o terceiro e último capítulo descreve-se os danos decorrentes da cirurgia plástica, o qual foi subdividido em Dano material, Dano moral, Dano estético, A obrigação de reparar os danos decorrentes da cirurgia plástica e Solidariedade exclusiva da vítima – é possível?

Em nenhum momento é pretensão exaurir o tema, ao contrário pretende-se instigar um questionamento em lugares ditos já conhecidos.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

2.1 Histórico e evolução da responsabilidade

Estudos mostram-nos que os primeiros documentos históricos que tratam do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (1790 – 1770 a. C), que também contém algumas singularidades normativas acerca do exercício da profissão médica em geral. Como por exemplo, as normas que estabeleciam para operações difíceis, uma compensação pela empreitada, que cabia ao médico. Paralelamente, em artigos sucessivos, impunha-se ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão. Caso contrário, desencadeavam-se severas penalidades que iam até a amputação da mão do profissional imperito. Isso ocorria quando o paciente sofresse lesão ou morresse, por imperícia ou má prática, sendo previsto o ressarcimento do dano quando fosse mal curado, um escravo ou animal.

Observa-se que havia a inexistência do conceito de culpa, num sentido jurídico moderno, enquanto vigorava responsabilidade objetiva coincidente com a noção atual, ou seja, se o paciente viesse a falecer logo após a intervenção cirúrgica, o médico que o matou era considerado culpado. Em outras palavras podemos dizer que na Idade Antiga, mas especificamente no período da vigência do Código de Hamurabi, o cirurgião não poderia expressar certa satisfação profissional, como o faz no dias atuais, como, por exemplo, afirmar que a operação fora muito bem-sucedida, todavia, o paciente está morto.

A forma normativa supracitada era uma forma primitiva ou, até mesmo, selvagem de responsabilizar civilmente tais profissionais de saúde. Contudo com o advento do Direito Romano, a vingança privada como forma de repressão do dano, passou para o domínio jurídico, ou seja, o poder público passa a intervir no sentido de permiti-la ou excluí-la, quando injustificável.

É a pena de Talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas. O estágio seguinte foi a composição voluntária, a critério da vítima, que recebia do agressor um resgate. Passa-se, em pós, a composição tarifada, prevista na Lei das XII Tábuas, que fixava, para cada caso concreto, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. Sobrevém, então, a Lei Aquília e tem início a generalização da responsabilidade civil. Lima, (2003).

Com a *Lei Aquilia de damno* formou-se um conceito de culpa, bem como se fixaram algumas espécies de delitos que os médicos poderiam cometer como o abandono do doente, a recusa à prestação de assistência, os erros derivados das imperícias e das experiências perigosa, Lima, (2003). Tal mudança de pensar estabeleceu a obrigação de reparar o dano, limitando-o ao prejuízo econômico, sem se considerar o que hoje se define como dano moral. A título de exemplificação, quem matasse um escravo ou um animal alheio seria condenado a ressarcir o mais alto valor que tivesse tido no ano anterior ao delito. Do mesmo modo quem tivesse ferido um escravo ou um animal alheio, como também destruído ou deteriorado coisa corpórea alheia, devia pagar ao proprietário o mais alto valor que o objeto tivera nos 30 dias precedentes ao delito. Os requisitos para intentar a *actio legis Aquiliae* eram:

- a) que o dano tivesse causado injúria, ou seja, contrariasse o direito;
- b) uma falta positiva (*in committendo*);¹
- c) um dano *copore datum*, ou seja, é o dano causado pelo contato direto da do corpo do autor com o da vítima.

Vale lembrar que em Roma os estrangeiros e escravos não eram considerados cidadãos romanos, pois somente àqueles é que era deferida a ação. Posteriormente, a jurisprudência ampliou, objetiva e subjetivamente, a aplicação da lei (subjetivamente, declarou-se responsável o *peregrinus* e se concedeu a ação ao usufrutuário, ao credor pignoratício, ao possuidor etc.; objetivamente, amenizou-se a exigência do contrato corporal, admitindo-se também como responsável quem tivesse causado conseqüências danosas).

Consta-se que na *Lex Aquilia* verificam-se os primeiros vestígios de responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou deportação do médico culpado de falta profissional.

[...] assim como se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar-lhe o que houver cometido por imperícia. Há mais de 1.500 anos, já se cogitava da imperícia do médico, que se tornava responsável pelos danos que viesse a causar ao paciente por falta de habilidade ou conhecimento. Valler, (1993).

¹ Vale ressaltar que deixar o escravo alheio morrer de fome, por construir culpa *in omittendo*, não gerava responsabilidade.

No primeiro momento admitia-se em Roma a responsabilidade médica, especialmente, a que decorria de imperícia médica. Os protagonistas deste cenário eram os curandeiros e sacerdotes. Com o passar do tempo passou a ser mais considerada e, na transição da Roma República para a Roma Imperial, assiste-se a uma elevação cultural, jurídica e sanitária da medicina, que se alçou a organizar-se em cursos e sendo codificado um sistema para a proteção da saúde pública e higiene social. Iniciou-se, também, a especialização médica, surgindo os primeiros clínicos gerais.

Em contrapartida a este cenário, temos a França do século XIX em que quase desapareceu a responsabilidade jurídica com a decisão da Academia de Medicina de Paris, em 1829, que proclamou a exclusiva responsabilidade dos profissionais a arte de curar. Tal discurso visava consagrar uma situação especial de imunidade: para que houvesse responsabilidade médica, seria necessário provar-se falta grave, imprudência visível, manifesta imperícia. Essa doutrina foi denominada responsabilidade eufemística. Iturraspe, (1999).

Seus doutrinadores afirmavam que por haver pluralidade de critérios nas questões médicas tudo se mostrava vago, conseqüentemente só se poderia responsabilizar os médicos por negligência ou torpeza que qualquer homem pudesse cometer, não aquela em que pudesse incorrer exclusivamente o servidor da medicina. A culpa médica haveria de ser grave, inescusável, advinda de erro grosseiro, sendo que o ônus da prova sempre incumbiria ao paciente.

Todavia, com o advento da evolução da Ciência Médica, com o desenvolvimento de aparelhos e alta tecnologia, máxime na medicina curativa, também foi mudando a concepção de médico agora sendo esse passivo de erro, de causar dano a outrem, razão pela qual muitos hospitais, assim como profissionais da área médica tem recorrido ao vínculo contratual e seguros. Tal mudança de eixo também advém da conscientização dos pacientes, em especial aos de cirurgias plásticas, para a reivindicação de seus direitos, razão pela qual se tem procurado o Poder Judiciário em busca de justiça. Percebe-se que a responsabilidade do médico deixou de ser uma discussão interna classista, por via do CRM, passando a ganhar os corredores forenses, sujeitando os profissionais a debates acerca de suas atuações.

Contudo, não é objeto do direito inibir a ação do médico. Ao contrário, impõe o respeito àquele profissional que labuta com o bem mais valioso do ser humano

que é a vida, pois o que o direito visa ao adentrar nesta ceara é assegurar a relação médico/paciente, pautada no respeito mútuo que deve existir. Senão vejamos:

A medicina é a arte de curar, profissão de amor e respeito ao ser humano, santuário de afeto e compaixão pela dor alheia, receptáculo das grandezas de espírito, divina força dos que buscam mitigar os seus males e altar da fé daqueles que a exercem, vem perdendo a sua altivez e a aureolar seriedade que sempre a envolveu, mergulhando no fosso nocivo da incompetência. (...) a medicina é a mais nobre das profissões, se ela decai, é porque seus cultores enfraquecem. Vieira, (1999).

2.2 Os institutos do erro e do defeito no novo código civil

O novo Código Civil pátrio, nos artigos 186 e 951, não se afastou da teoria subjetiva, ou seja, a responsabilidade do profissional da medicina continua a repousar no estatuto da culpa, tendo a vítima o ônus de provar o dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, para obter a reparação do dano.

Senão vejamos:

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

Conforme Rodrigues,(2004), afirma acerca dos conceitos de responsabilidade subjetiva (fulcrada na culpa) e objetiva que desconsidera a culpa, a rigor não se podem vislumbrar espécies diferentes de responsabilidade, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano. Com efeito, a subjetiva é a responsabilidade inspirada na idéia de culpa e a objetiva quando esteada na teoria do risco. Há doutrinadores que consolidam que a culpa é o elemento fundamental de responsabilidade, possuindo um lastro moral, daí não se poder conceber a responsabilidade senão nela fundada.

Podemos afirmar que a responsabilidade objetiva é presumida e nela não se cogita culpa, pois se transferem ao causador do dano o ônus de provar culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito, circunstâncias que arredam o nexo de causalidade, visando a eximir-se da obrigação de indenizar. Alcântara (2003), revela-se favorável a adoção da tese objetivista na responsabilidade médica, com as seguintes considerações: *"com elementos objetivos manuseamos muito mais desembaraçadamente"*. Ao julgador não se exigirá que vista o escafandro etéreo para mergulhar no âmago das almas litigantes, como gostariam os subjetivistas. Na era dos computadores, todos os cálculos são possíveis para se determinar uma incógnita desde que se conheçam alguns fatores concretos. A medicina de hoje tem muito pouco de abstrata, (Gonçalves, 2007).

No Código Civil brasileiro os arts. 944 e 945 inauguraram a análise da graduação da culpa e do próprio comportamento da vítima, para se fixar a extensão da reparação do dano. Dispõe os referidos dispositivos legais:

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

Parágrafo único: se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e do dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 944. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade da sua culpa, em confronto com a do autor do dano. Código Civil, (2002).

Os artigos supracitados representam uma inovação no texto civil, todavia, reintroduz a necessidade de o juiz estabelecer o grau da culpa com que se houve o causador do dano. Assim, o julgador, após demonstrar, concretamente, em que constituiu o agir culposo do réu, deverá avaliar a intensidade da imprudência, imperícia ou negligência caracterizada *in casu*, caso for grave, leve ou levíssima. Somente após análise fundamentada, tendo em conta o padrão de conduta do homem, ou médico, prudente, passará o juiz a quantificação da indenização. O juiz é livre nessa análise; conserva grande liberdade de apreciação. Não existe regra fixa. Preponderará a equidade como o próprio texto legal recomenda. Mas a culpa há de resultar configurada, plenamente provada. Impõe-se, agora, considerar a maior ou menor gravidade da culpa, não para se imputar responsabilidade, pois basta a existência de culpa provada, mas para se estabelecer o valor de indenização.

2.3 A responsabilidade do médico perante o código de defesa do consumidor.

Um dos critérios para que haja a caracterização da responsabilidade civil do médico é a exigência da conduta voluntária, do dano injusto e o nexo causal. Os fatores de atribuições da responsabilidade por dano ao agente podem ser subjetivos e objetivos. Os subjetivos consistem em dano e culpa, e aqui vale ressaltar que para a caracterização da culpa basta a simples voluntariedade da conduta que deverá ser contrastante com as normas impostas a imprudência e a imperícia. Já os objetivos consistem no risco e equidade. Tais fatores de atribuições devem ser previstos na lei. A responsabilidade do médico é subjetiva, calada na culpa *stricto sensu*.

Entre os magistrados tem-se consagrado a seguinte aferição da culpa médica:

A culpabilidade somente pode ser presumida na hipótese de ocorrência de erro grosseiro, de negligência ou de imperícia, devidamente demonstrados. Se os profissionais se utilizam de sua vasta experiência e dos meios técnicos indicados, com os habituais cuidados pré e pós-operatórios, somente uma prova irretorquível poderá levar a indenização pleiteada. Não tendo sido demonstrado o nexo causal a cirurgia e o evento morte, correta está a sentença dando pelo improvimento da ação. Kfoury Neto, (2003).

Segundo Avecone, 2005, um correto método de levantamento da culpa médica pressupõe:

- a) perfeita consciência do caso concreto, em todos os seus aspectos objetivos e subjetivos, evitando generalizações tão fáceis quanto falazes;
- b) o uso dos parâmetros jurídicos normais, utilizáveis também para outros tipos de culpa (previsibilidade, normalidade etc.) mesmo que, dada particularidade da matéria, mais difícil pareça tal aplicação.

A experiência forense demonstra que processos visando à apuração da responsabilidade médica, têm tramitação demasiadamente longa. É recomendável que os juízes imprimam especial celeridade a esses feitos, colhendo as provas ainda na flagrância dos acontecimentos, salvo quando sujeitas a contaminações e

influências. É demasiadamente difícil a verificação da ocorrência de erro médico, nessas demandas indenizatórias, os advogados afirmam com evidência a má prática médica, ao passo que os patronos dos requeridos, respaldados em compêndios científicos e laudos periciais, demonstram que o profissional, em momento nenhum, afastou-se dos cânones que a Ciência Médica estabelece para o procedimento questionado.

Pacheco (1991), elenca documentos e provas que devem ser levados em linhas de conta, nesse desdobramento, lembrando que o juiz deve verificar a regularidade do diploma do médico, emitido por faculdade reconhecida, e a respectiva inscrição no CRM; juntada da papeleta de anamnese e da evolução do tratamento, subscrita por médico e enfermeiros; livros e trabalhos científicos com a descrição das técnicas questionadas, a fim de se comparar com o desempenho dos acusados, no desenvolvimento do ato questionado.

Quanto aos meios de provas são os mais usuais destaca-se o depoimento pessoal do médico, a inquirição de testemunhas, informes, inspeção judiciais, presunções, prova pericial, a convicção e o convencimento do juiz. O magistrado no processo de apreciação da prova deverá considerar o dano, estabelecer o nexo causal e avaliar as circunstâncias do ato médico sem tergiversações. Prova cabal nesta esfera é difícilima por isso é mister julgar procedente a pretensão indenizatória. Apresenta-se jurisprudência uníssona, qual seja:

DANOS MORAIS – Erros médicos causados padecimento aos familiares da paciente, que veio a óbito – Indenização devida – apelo parcialmente provido.

I – Erro de diagnóstico. Médico que dispensou tratamento a paciente como estivesse em coma alcoólico, quando se tratava de acidente vascular cerebral, divulgando ainda o fato através da imprensa e causando padecimento aos seus familiares. II – Erro de tratamento. Médico que submeteu a paciente a desnecessária cirurgia para diagnosticar o AVC, sob suspeita de haver hemorragia intracraniana, quando não havia indicação quer pela angiografia cerebral, quer pela punção lombar. Como se tratava de infarto branco, a intervenção cirúrgica apenas agrediu a paciente, sem que houvesse qualquer melhora em urgente remoção dela a esta Capital, mas já sem possibilidade de reverter o quadro. TAPR – Ap. Civ. 63.372-1 – 1ª Câ. Civ. – Rel. desig. Juiz Munir Karam – j. 29.08.1995.

Antes de adentrarmos ao erro de diagnóstico, vai-se primeiramente definir o diagnóstico, que consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o

paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado. Visto isso, a responsabilidade civil médica, decorrente de erro de diagnóstico, revela-se muito difícil, porque se adentra a um campo estritamente técnico, o que dificulta enormemente a apreciação judicial, principalmente porque não se pode admitir em termos absolutos à infalibilidade médica. Em contrapartida as condições pessoais do próprio paciente também podem determinar tais erros.

Mediante destes dois pólos a postura do juiz, no exame de prova, não deverá se orientar na elucidação de intrincados médicos clínicos ou cirúrgicos e de terapêutica. A posição do julgador deverá ser a mesma adotada em face de qualquer outro erro profissional, pois ele terá de fazer fé e apreciar a questão a luz do alegado e o provado, atendendo, sobretudo, aos pareceres dos peritos e depoimentos das testemunhas. Portando, o médico que não relevar o cuidado exigível na conduta diagnóstica certamente incorrerá em responsabilidade civil.

Apresenta-se jurisprudência em consonância:

EMBARGOS INFRIGENTES – Morte de paciente – Dano moral – Erro médico no diagnóstico e tratamento adotados – Conduta não relacionada ao resultado letal – Indenização devida, porém, pela repercussão negativa do fato e padecimento ocasionado aos familiares - Voto vencido – Discordância tão-somente quanto ao valor estabelecido – Pretendida imposição do decreto condenatório também ao hospital demandado – Inviabilidade – Decisão unânime quanto a este aspecto – Não conhecimento – Pretendida reapreciação da tese da culpa dos médicos como determinante do evento morte e do conseqüente cabimento da condenação por danos materiais – Inadmissibilidade – Divergência, nesse ponto, não caracteriza – Subsistência da indenização apenas por dano moral – *Quantum deleatur* – Modicidade do arbitramento reconhecida – Elevação necessária – Elevação em quantia inferior a do voto minoritário – Provimento parcial. TAPR – Embs. Infrs. 63.372-1/02 – 2º. Gr. De Câm. Cíveis – Rel. Juiz Ruy Fernando de Oliveira – j. 17.12.1996.

Data vênua, a culpa *stricto sensu* na legislação civil nos arts. 186 e 951 continuam a defender a teoria da culpa, no que diz respeito à responsabilidade profissional do médico. Sobrevindo dano (morte, incapacidade ou ferimento) a vítima deve provar que o médico agiu com culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia) para poder ser ressarcida. Senão vejamos:

MÉDICO – Responsabilidade civil – Quando ocorre - Ação improcedente. A responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência, imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em medicina em virtude, mesmo, da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares – TJRJ – Rel. Des. Felisberto Ribeiro – RT 558/178.

França (1994), caracteriza a negligência através da inação, indolência, inércia, passividade, ou seja, é um ato omissivo. É necessário não confundir negligência com imperícia. A título de exemplo, um médico injeta no paciente soro antitetânico sem o necessário teste, será negligente, mas se assim se comporta porque não sabe que se deve proceder a referida prova, demonstrará imperícia. Outro fato exemplificativo de negligência seria a troca de prontuários e exames, em neurocirurgias, o médico não atentou para a radiografia invertida e operou o lado direito do cérebro, em vez do esquerdo, a demora no envio do paciente a especialista, o diagnóstico falho, por exame superficial, retardamento na intervenção cirúrgica por desatenção ou falta de cuidados. Vejamos então:

Erro médico – Mastectomia desnecessária – Informada de que sofria de uma forma agressiva de câncer de mama, Linda McDougal foi submetida a uma dupla mastectomia. Mas seus exames tinham sido trocados pelos de uma outra paciente e o equívoco a deixou sofrendo de infecções, tendo que enfrentar mais cirurgias e lutando para reconstruir sua vida. A mastectomia dupla foi realizada no ano passado. Quarenta e oito horas depois, o médico informou a paciente e seu marido que a operação não teria sido necessária, porque ela não tinha câncer. *Eu fiquei sem fala, lembrou McDougal. Fiquei em choque.* Levei sete meses para conseguir falar sobre isso, disse. Autoridades do United Hospital em St. Paul, no estado de Minnesota, disseram que o erro trágico ocorreu porque as lâminas de biopsia e documentação foram misturadas com as de uma outra paciente. GAZETA DO POVO, Mundo, 22.01.2003, p. 20.

Já na imperícia existe uma culpa comissiva, Assim, age-se com imperícia o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar de cautela. Verifica-se que a imprudência sempre deriva da imperícia, pois o dano médico pode derivar da imperícia, mas não é raro o caso de dano ocasionado pelo concurso de uma e outra forma de culpa.

Já a imperícia consiste na ausência de observação das normas, deficiência de conhecimento técnicos da profissão, o despreparo prático que também caracteriza-se pela incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos numa profissão. Senão vejamos:

O Des. Rüter Oliva, do Tribunal de Justiça de São Paulo, acerca da eficácia do método contraceptivo, assentou: Indenização – Danos morais – Alegação de execução imperfeita do contrato – Esterilização cirúrgica – Obrigação de meio – Método de eficácia não absoluta – Recurso desprovido. Conquanto a esterilização cirúrgica pela laqueadura das trompas constitua um método contraceptivo definitivo em decorrência da irreversibilidade da capacidade reprodutiva, a sua eficácia não é absoluta já que mínima, há probabilidade de insucesso. Então não se pode ver no contrato entre o médico e a paciente senão uma obrigação de meio e não de resultado, pois o médico não pode garantir que não haverá risco de gravidez. E não se pode cogitar da falta do dever jurídico por parte do médico em não orientar a paciente de precauções essenciais, pois seu estado à concepção, pois a esterilização fora realizada exatamente com essa finalidade e para os incômodos de outros métodos. TJ – AC 76.989 – 4 – Campinas – 9ª C. D. Priv. – j. 08.06.1999 – v.u.

Mas afinal diante do exposto o que diz o Código de Defesa do Consumidor sobre a problemática elencada. Segundo o texto normativo que regula as relações de consumo no seu artigo 14 dispõe que a responsabilidade por danos causados aos consumidores por serviços prestados de forma defeituosa, consagra a responsabilidade objetiva, nos seguintes termos: *“o fornecedor de serviço responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos a prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes e inadequadas sobre sua fruição e riscos.”*

O texto supracitado avulta quando se trata de responsabilidade médica devido sua natureza de serviço que é especialíssima. Isso nos remete à idéia de que o dano médico deve ser apreciado a partir da análise do elemento subjetivo, da culpa quer seja o profissional vinculado a estabelecimento hospitalar ou não. Opondo-se também quanto à relação de consumo que a conclusão contraria o sistema do Código onde afirmam que o consumidor interessa pleitear o ressarcimento da pessoa jurídica, economicamente mais poderosa. Na contramão de tais objeções há aqueles que defendem que a responsabilidade objetiva não se

coaduna com atividade médica, dada à singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas, se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoas físicas e jurídicas, ou de apenas um deles.

Neste sentido o entendimento dos tribunais tem sido de que sempre o consumidor for hipossuficiente em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito ou sua alegação for verossímil, deve o magistrado inverter o ônus da prova. O consumidor é hipossuficiente tecnicamente, intelectualmente e economicamente. A hipossuficiência econômica é quando o litigante litiga sob o pálio da justiça gratuita.

3 A ABRANGÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO ESPECÍFICO DA CIRURGIA PLÁSTICA.

3.1 O princípio da informação na relação médico/paciente

Quando não se tratar de cirurgia estético-embelezadora ou de exames clínicos, radiológicos e assemelhados, a obrigação médica é de meio. Não pode o médico assegurar a cura, o resultado. Deve aplicar, entretanto, toda diligência de sua técnica para atingi-lo. Na grande maioria das atuações, portanto, a obrigação do médico é de meio, por vezes será de resultado, como se afirma na cirurgia plástica meramente estética e em exames laboratoriais.

É dever do médico prestar todas as informações ao paciente. Cumpre ao médico explicar a natureza da moléstia e os riscos do tratamento ou terapia. Deve aclamar sobre as conseqüências normais de determinada conduta. Portanto, o consentimento é um processo de informação que atinge seu final com a concordância, seja ela documentada, se possível com duas testemunhas, do paciente com o tratamento se, for o caso, que lhe está sendo ministrado. Vejamos, pois o que Alvim (2006), tem a dizer sobre o tema:

A necessidade d conciliar o dever de informação acerca do estado de saúde com a preservação da moral e do equilíbrio psíquico do doente é objeto do art. 59 do Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de medicina 1.246), segundo o qual é vedado ao médico deixar de informar ao paciente o diagnostico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.

Doravante, a omissão na informação correta ao paciente pode acarretar responsabilidade profissional, deve-se observar que as situações de emergências devem ser devidamente sopesadas. As informações somente podem ser suprimidas quando efetivamente não puderem ser prestadas. O princípio a ser levado em conta é que, quando mais arriscada a intervenção do profissional, seja com tratamento, seja com cirurgia, tanto mais necessário tornam-se a advertência e a informação ao paciente.

A principal importância do princípio da informação consiste em munir o paciente de elementos básicos à sua decisão. Pois, como já vimos, na hipótese de

submissão do paciente ao tratamento médico por insuficiência de esclarecimento dos dados, inválido será o consentimento. Giostri (2001), dispõe:

A insuficiência ou falta de informações ao paciente ou responsável no momento da obtenção do consentimento faz com que juridicamente se cuide da matéria que foram sonogados, os diretamente interessados melhor poderiam sopesar os detalhes e decidir de forma diversa.

A questão do princípio de informação na relação médico/ paciente se tem, ainda mais ênfase, nos casos dos analfabetos e juridicamente incapazes. De fato, estes devem ter a vontade respeitada quanto à oposição ao tratamento, pois o processo de avaliação da compreensão e concordância deve ser explícito, principalmente nas situações que apresentam possibilidade de dano grave ao paciente, sendo exigido o consentimento do representante legal para a realização do ato médico. Branco, (1996).

2.2 O consentimento na relação médico/paciente

A responsabilidade do médico é contratual, pois há entre médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, mas por não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os processos da medicina. Todavia, há casos em que se supõem a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade, nas cirurgias estéticas e nos contratos de acidentes.

Observa-se que para que haja atribuição sobre a responsabilidade um ato danoso, faz-se necessário que ele tenha deixado de cumprir com seus deveres, que são dever de informar e aconselhar, ou no dever de assistir no dever de prudência. Sabe-se que o contrato médico contém, implicitamente, os seguintes deveres:

- a) conselhos ao seu cliente, logo, o médico responderá por violação do dever de aconselhar se não instruir seu cliente no que concerne as preocupações exigidas pelo seu estado. Com por exemplo, se não aconselha a hospitalização, a hospitalização de um doente, quando não se poderia tratá-lo convenientemente em sua residência; se não advertiu os familiares do doente quanto aos riscos das intervenções cirúrgicas ou dos tratamentos a que deverá ser submetido;
- b) cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina em caso de substituição o médico, que só poderá fazer-se substituir por outro colega nos seguintes casos: sua escolha não foi feita *intuitu personae*, se demonstrar que lhe era realmente impossível ocupar-se do doente, observar que o enfermo ou sua família não seguem suas recomendações, pretenderem impor-lhe ajudante ou enfermeira cuja habilidade ou competência desconheça ou que critiquem seu modo de agir, não lhe derem a devida consideração, quando a sua revelia, for consultado outro médico, colocando-o em situação falsa perante o colega;
- c) no que diz respeito ao dever de prudência do médico, consiste em o médico agir com respeito, ou seja, ele não poderá fazer testes em seus

pacientes ou realizar operação que envolva enorme risco de vida, sem a autorização, ainda que tácita do cliente ou seus familiares. Lopez, (2004).

Segundo Diniz, (2007), na relação médico paciente não deve o médico assistente proceder negligentemente, enviando o doente que requer cuidado especial a médico de pouca prática ou menos hábil. Caso em que o médico assistente responderá pela má escolha que fez. Visto isso, ver-se que o médico não poderá forçar o cliente ao tratamento preconizado, devendo obter prévio e esclarecido consentimento dele para aplicá-lo, e, em se tratando de operação, tal necessidade será ainda mais rigorosa, salvo premência do caso, quando não houver tempo para obtê-la. Nesta situação o médico deverá solicitar autorização do cliente para proceder a uma operação ou a um tratamento arriscado, após explicar-lhe os riscos ou os perigos. Entretanto, o enfermo, em certas hipóteses, não poderá dar tal anuência isso ocorrerá em tais situações:

- a) for menor ou doente mental; ²
- b) a operação ou tratamento se imponha como decisão de emergência, ante o perigo ou tratamento se imponha como decisão de emergência, antes o perigo de vida que corre o doente.

Excepcionalmente a responsabilidade do médico terá natureza delitual, se ele cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão. Todavia, em regra o médico deve cumprir os deveres supracitados, pois sua violação acarretará culpa que pode ser caracterizada conforme as seguintes condutas: agir como imprudência, ou seja, com descuido; agir com negligência que consiste em deixar de adotar as providências recomendadas ou ainda, agir com imperícia que consiste no descumprimento de regra técnica da profissão.

No que consiste a apuração da culpa médica aos critérios de culpa o magistrado irá comparar os procedimentos e cuidados que deveriam ter sido adotados em determinado caso concreto com o procedimento efetivamente adotado pelo acusado, se caso houver culpar responder pelos danos causados, Silveira, (1995). Vale ressaltar o reconhecimento pelos Tribunais da incidência das normas

² O consentimento do doente ou de seus parentes libera o médico da responsabilidade, porém haverá casos em que o médico não poderá invocá-lo.

do Código de Defesa do Consumidor na relação médico/paciente, conforme decisão do Supremo Tribunal de Justiça. Vejamos:

STJ – Acórdão: RESP 171988 / RS; RECURSO ESPECIAL 1998 / 0029834 – 7 – Relator Min. WALDEMAR ZVEITER (1085) Ementa RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO E HOSPITAL. INVERSAO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS – MATÉRIA DE FATO E JURISPRUDÊNCIA DO STJ (REsp. Nº 122.505 - SP). 1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a "responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa" (art. 14, §4º). 2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao *critério do juiz*, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática apurada pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias. 3. Recurso especial não conhecido. Data da decisão 24/05/1999 – Órgão Julgador: T3 – TERCEIRA TURMA.

Neste cenário é relevante salientar que não pode haver na decisão do paciente cuja deve ser consciente e voluntária a existência de vício de consentimento como a ignorância, erro ou coação. Entende-se por ignorância quando há ausência de conhecimento sobre o objeto da decisão. Já no caso do erro, existe uma falsa noção sobre determinado fato ou coisa. Na ocorrência de quaisquer vícios assinalados poderá ser pleiteado o reconhecimento da invalidade do consentimento, apurando-se as responsabilidades.

Segundo Coutinho (2003), o Código de Ética Médica no art. 46 sobre o consentimento informado faz o seguinte comentário:

Este artigo, que constava no Código anterior, é de suma relevância. Certamente por influência da época

3.3 A Cirurgia plástica é uma obrigação meio ou de resultado?

A cirurgia estética está autorizada no art. 51 do Código de Ética Médica.

São licitas as intervenções cirúrgicas com finalidade estética, desde que necessárias ou quando o defeito a ser removido ou atenuado seja fator de desajuste psíquico. Coutinho, (2003).

Neste caso o desajuste psíquico é conceito dúctil. O médico deve ser convenientemente responsável no aconselhar ou desaconselhar cirurgia plástica estética. Um aleijão no rosto de uma jovem causa evidente problema psíquico. Uma cicatriz em músculo lutador de boxe poderá não sê-lo. O caso concreto dará a solução. A doutrina e a jurisprudência afirmam que a cirurgia plástica constitui obrigação de resultado. Senão vejamos:

Responsabilidade Civil por erro médico – cirurgia plástica de natureza estética – obrigação médica de resultado – A cirurgia plástica de natureza meramente estética objetiva embelezamento. Em tal hipótese o contrato médico-paciente é de resultado, não de meios. A prestação de serviço médico há que corresponder ao resultado, não de meio. A prestação de serviço médico há que corresponder ao resultado buscado pelo paciente e assumido pelo professor da medicina. Em sendo negativo esse resultado ocorre presunção de culpa o profissional. Presunção só afastada se fizer ele prova inequívoca tenha agido observado estritamente os parâmetros científicos exigidos, decorrentes, o dano, de caso fortuito ou força maior, ou outra causa exonerativa o tenha causado, mesmo desvinculada possa ser a própria cirurgia ou posterior tratamento. Forma de indenização correta. Dano moral. Sua correta mensuração. (TJRS – AC 595068842 – 6ª C. Civ. – Rel. Des. Osvaldo Stefanello – J. 10.10.1995)

Ou seja, deve o profissional, a priori, garantir o resultado almejado. Neste sentido não resta dúvida de que a cirurgia estética ou meramente embelezadora trará em seu bojo uma relação contratual. Como nesse caso, a maioria das vezes, o paciente não sofre de moléstia nenhuma e a finalidade procurada é obter unicamente um resultado estético favorável, trata de obrigação de resultado. Vejamos pois:

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. DTJ – 3º T. – Ag. Reg. no Agr.de Instr. N. 37.060-9 – RS, Rel. Min. Dias Trindade. Contratada a realização de cirurgia embelezadora, o cirurgião assume a obrigação de resultado, sendo a indenizar pelo não cumprimento da finalidade, tanto pelo dano material, como pelo dano moral, decorrente de deformidades, salvo prova de força maior ou caso fortuito. STJ – RE nº 10.536/ Rio de Janeiro, Rel. Min. Dias Trindade.

Vale ressaltar que esta orientação não pode ser peremptória. Existem cirurgias estéticas que não podem ser consideradas obrigações de resultados: figure-se a hipótese de médica que é obrigada a realizar essa cirurgia em pronto-socorro, em pessoa acidentada, com urgência, a fim de evitar danos irreversíveis, cabendo ao juiz avaliar o caso concreto. Outro ponto é quanto ao dano estético decorrente do mau resultado em uma cirurgia, deve ser avaliado no caso concreto, sempre levando em conta que essa modalidade de dano, atinge diretamente a personalidade e admite indenização por dano moral. Senão vejamos:

Responsabilidade médica – Danos morais e estéticos – Cirurgia estética – obrigação de resultado – Indenização devida – Voto vencido – Na cirurgia estética, embelezadora, assume o cirurgião obrigação de resultado, obrigando-se a indenizar quando haja intercorrência de deformidade – A indenização por danos estéticos é devida quando fica demonstrada modificação na aparência da vítima, capaz de causar-lhe constrangimento no convívio social – Já em matéria de lucro cessantes, não se indenizam os danos potenciais, nem as esperanças de negócios lucrativos, mas tão-somente os efetivos ocorridos. V. v.: Não tendo a autora se desincumbido de provar que a cirurgia plástica foi embelezadora e comprovado que a mesma se realizou através do SUS, o qual somente autoriza intervenções corretivas, deve ser julgado improcedente o pedido de indenização – Negar provimento aos recursos, vencido o juiz vogal. TAMG – Ap. Cível 03333581 – 7, 6-6-2001, 3ª Câmara Cível – Rel. Wander Morotta.

Segundo Venosa, (2005), quando se estabelece vínculo contratual com o cirurgião plástico para obtenção de novo formato de nariz, cova no queixo, tipoaspiração etc., a obrigação será de resultado. A cirurgia plástica populariza-se. Homens e mulheres a ela recorrem com freqüência, elas compreensivelmente mais

do que eles. A facilidade de acesso e essa intervenção exige cuidado especial do julgador quando da aferição da responsabilidade, no sentido de evitar abusos.

A inversão do ônus da prova, que caracteriza a obrigação de resultado, é determinação correntia, como se constata em diversos outros julgados. Vejamos pois;

CIVIL – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS – CIRURGIA ESTÉTICA – 1 – O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de atendimento, com zelo e dedicação, de acordo com as normas científicas atinentes a doença do paciente. 2 – Na hipótese de cirurgia estética, a situação é outra, buscando o paciente melhorar as condições da aparência física, comprometendo-se o cirurgião a produzir o resultado pretendido. 3 – Diverge a jurisprudência quanto à reparação do dano estético e do dano moral, embora o primeiro seja espécie do qual o segundo é gênero. Recomenda-se uma só condenação quando estão intimamente ligados. Precedentes. TJDF – ApCiv 199901 10286579 – 5º T. – Rel. Juíza Haydevalda Sampaio – DJU 15/08/2001.

Em decisão do desembargador Sousa Lima, publicado na RT 694/00, dispõe o seguinte sobre a matéria:

(...) a responsabilidade civil do médico não é idêntica a dos outros profissionais, já que a sua obrigação é de meio e não de resultado, exceção feita a cirurgia plástica. Se isso é assim não é porque o médico deva ser considerado um privilegiado em relação aos outros profissionais, mas porque lida ele com a vida e a saúde humana, que são ditadas por conceitos não exatos, alguns até mesmo não explicados pela ciência. Nestes termos, cabe ao médico tratar o doente com zelo e diligência, com todos os recursos de sua profissão para curar o mal, mas sem se obrigar a fazê-lo, de tal modo que o resultado final não pode ser cobrado ou exigido. (TJRS – AC 658068842 – 6ª C. Civ. – Rel. Des. Fernando Sousa Lima – J. 10.10.1995).

Partindo da premissa do Acórdão acima, pode-se afirmar que sendo a cirurgia plástica uma obrigação de resultado, basta o lesado, demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do objetivo prometido, pois isso é suficiente para que haja a caracterização do descumprimento do contrato, independente das suas razões, cabendo ao devedor provar, o caso fortuito ou força maior, caso de hipótese de exoneração da responsabilidade. Vejamos pois:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. RESP. nº 10536. Relator: Dias Trindade. Data do julgamento: 21/06//19991. DJ de 19.08.1991, p. 10993. Emenda: civil. Responsabilidade civil. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Indenização. Dano material e dano moral. Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigação a indenizar pelo o não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo de força maior ou caso fortuito.

Mas afinal, em que momento estaria caracterizado o caso fortuito ou força maior. Segundo Lopez (2004), seria nos casos em que o paciente corresse risco de vida. Contudo, a decisão solitária do médico em intervir no tratamento do paciente, sem o consentimento do paciente ou responsável, deverá ser esclarecida em juízo, cabendo ao profissional da área de saúde provar que a gravidade da situação justificava a prática adotada, não havendo exagero recomendar ao médico, em face de sua segurança jurídica, que em tais casos, decida auxiliado pela opinião de outros profissionais.

Em suma, como afirma Lopez (2004).

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, como 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 tristeza.

Partindo da referência acima observamos que a obrigação assumida pelos cirurgiões estéticos é uma obrigação de resultados e não de meio.

4 OS DANOS DECORRENTES DA CIRURGIA PLÁSTICA

4.1 Cirurgia plástica

Historicamente, segundo Lopez (2004), a cirurgia plástica, como ramo da cirurgia geral, surgiu como especialidade, a partir de 1914, tendo em vista a readaptação funcional dos traumatizados de guerra. Contudo, já nos fins do século XIX, seus conhecimentos adquirem, com as primeiras próteses nasais, as dimensões incipientes, dando surgimento ao que hoje se chama rinoplastia. Somente em 1930 é criada a Sociedade Científica Francesa de Cirurgia Reparadora, Plástica e Estética. Ramo da medicina bem desenvolvido hoje é o que diz respeito às operações que visam melhorar a aparência externa de alguém, são as operações plásticas estéticas ou cosmetológicas.

Estas intervenções foram demasiadamente combatidas no passado e, hodiernamente, apesar de aceitas e até em moda, a responsabilidade pelos danos produzidos por elas é vista com muito maior rigor que pelas operações necessárias a saúde ou a vida do doente. Entretanto, somente esta plástica estética propriamente dita recebe esse tratamento porque a plástica reparadora é considerada tão necessária quanto qualquer outra operação, tendo da mesma forma finalidades terapêuticas como nos caso de queimaduras deformantes.

Percebe-se que a obrigação assumida pelos cirurgiões estéticos é uma obrigação de resultado e não de meio. Pois 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, tempo e, em alguns casos, desgaste emocional.

4.1.1 Dano moral

Lopez, (2004), conceitua dano moral como sendo conseqüência do ilícito civil ou do inadimplemento contratual, é elemento imprescindível na configuração da responsabilidade civil, sem o qual esta não existe. Os pressupostos para que exista a responsabilidade são: ação ou omissão do agente, culpa do agente, relação de causalidade, entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, dano efetivo. Isto quando da responsabilidade subjetiva, pois, na responsabilidade objetiva, bastam à ação do agente, o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano. Tal responsabilidade se aplica aos casos em que o agente desenvolve atividades perigosas e deve, por isso, assumir seus riscos, mesmo que não tenha culpa. Em suma, excluir-se a idéia de culpa. Esse tipo de responsabilidade está previsto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Revedo a legislação brasileira, no aspecto civil, percebe-se que a responsabilidade é medida pela extensão do dano e não pelo grau de culpa, podendo mesmo a culpa levíssima gerar a obrigação de indenizar. Portando, não havendo dano, não há indenização. Aliás, nem se pode falar de ilícito civil sem a existência de um prejuízo; é este elemento que dá conteúdo que dá ao ilícito. Por outro lado, não haverá indenização no caso de danos provocados por atos ilícitos, como os praticados em legítima defesa, em estado de necessidade e no exercício regular de um direito, por serem atos legitimados pelo direito e desde que dentro de seus limites.

Segundo Diniz, (2007), nos dias atuais, em que correm dúvida quanto a possibilidade de se compensar o dano moral, o dano decorrente da privação ou diminuição daqueles bens que tem um valor precípuo na vida do homem e que soa a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. Tais danos não são patrimoniais podem originar-se de ato culposo do médico, acarretando o dever de compensação. Senão vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA
MALSUCEDIDA – DESPESAS MÉDICAS – DANO MORAL –
REDUÇÃO DO JULGADO – Responsabilidade civil. Cirurgia estética.
Danos sofridos pela paciente.

Sendo a cirurgia estética uma obrigação de resultado, responde o cirurgião pelos danos causados a paciente, ainda que a intervenção possa não ter sido a única causa desses danos, mas que, de

qualquer forma, contribuiu para o resultado danoso. Apelos providos parcialmente – TJRJ – AC 7063/ 96 – Reg. 100697 – Cód. 96.001.07063 – 9ª. Câmara. Civ. – Rel. Des. Nilson de Castro – j. 04.12.1996.

A indenização moral não possui o acanhado aspecto de reparar unicamente o *pretium doloris*, mas busca restaurar a dignidade do ofendido. Por isso, não há se dizer que a indenização por dano moral é um preço que se paga pela dor sofrida.

Há componentes de natureza axiológica, se atentarmos para o fato de que o ato de reparar ou refazer o patrimônio do ofendido não representa apenas um dever funcional da responsabilidade civil, especialmente no plano das indenizações situadas na esfera dos danos não patrimoniais. Aqui, o que se repara é a dignidade da pessoa ofendida. Nesse caso, a indenização assume uma importante função em defesa de novos valores, Diniz, (2007).

Até 1988, quando vigente a Carta Magna, o entendimento que se tinha era que indenizar ou não o dano moral, a partir de então a óptica desloca-se para os limites e formas de indenização, problemática que passou a preocupar a doutrina e a jurisprudência. Sem dúvida, a Constituição de 1988 abriu as comportas de demandas represadas por tantas décadas no meio jurídico brasileiro, referentes ao dano moral. Porém, em espectro mais amplo, a promulgação dessa Carta coincide com rumos absolutamente novos que a responsabilidade civil tomou no final do século XX.

Para Venosa, (2005), dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, a sua dignidade enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade. Ou seja, somente a pessoa natural pode ser atingida nesse patrimônio. Contudo, avoluma-se em nossa jurisprudência a admissão do dano moral a pessoa jurídica, por extensão do conceito as pessoas naturais que dela participam. O ente personalizado tem direito à proteção de seu nome. Graças ao desenvolvimento constante dessa categoria de danos morais, a responsabilidade civil tornou-se assim um instrumento cada vez mais adaptado para a proteção dos direitos da personalidade.

No que diz respeito à pessoa jurídica, que por muito tempo a doutrina mais antiga refutou a idéia de possibilidade de dano moral a pessoa jurídica, nos dias hodiernos a reparação de dano moral causado a pessoa jurídica ainda sofre certas

restrições na doutrina e na jurisprudência, principalmente por parte dos que defendem que a personalidade é bem personalíssimo, exclusivo da pessoa natural.

Direito civil – Protesto indevido de título cambial – Dano moral – Prejuízo – Reparação – Pessoa jurídica – Possibilidade – Honra objetiva – Doutrina – Precedentes do tribunal – critérios na fixação do dano – Prudente arbítrio do juiz – Recurso desacolhido. I – O protesto indevido de título cambial acarreta a responsabilidade de indenizar razoavelmente o dano moral correspondente, que prescinde da prova de prejuízo. II – A evolução do pensamento jurídico, no qual convergiram jurisprudência e doutrina, veio a afirmar, inclusive nesta Corte, onde o entendimento tem sido unânime, que a pessoa jurídica pode ser vítima também de danos morais, considerados esses como valores da sua honra objetiva. II – A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, as suas atividades comerciais, e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelo critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom-senso, atento a realidade da vida, notadamente a situação econômica atual e as peculiaridades de cada caso. STJ – Resp. 17084/ MA – 9800257446 – Data da decisão: 18/08/1998 – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira DJ, 05/10/1998, p. 00102.

Observa-se que a honra possui um aspecto interno ou subjetivo e um aspecto externo ou objetivo. A honra subjetiva que diz respeito à conduta humana, sua auto-estima, é própria da pessoa natural; já a honra externa ou objetiva reflete-se na reputação, no renome e na imagem social. Uma notícia difamatória pode afetar o bom nome de ambas, em prol de seus negócios.

Dano Moral – Protesto indevido – Indenizatória ajuizada por pessoa jurídica – Admissibilidade – Súmula 227 do STJ – Utilização, todavia, de critérios de equidade para fixação do valor da reparação de personalidade que não é dotada de foro íntimo ou consciência crítica – Recurso provido para diminuir o ressarcimento a cinco salários mínimos. 1º TACSP – Ap. 0797124 – 4, 15/05/2000, 1ª Câmara – Rel. Silva Russo.

Dano Moral – Protesto indevido de título de crédito – Possibilidade de pessoa jurídica ser moralmente lesionada – Desnecessária de comprovação do prejuízo patrimonial - Verba devida, mas também com condenação a publicação, na imprensa e nos mesmo canais onde o ato ofensivo teve publicidade, de retratação do erro pela

ofensora, as expensas destas – Estabelecimento, no entanto, de uma sistemática de reparação – Recurso parcialmente provido para esse fim. 1º TACIVSP – Ap. 0832057-2, 19/03/2002. Câmara – Rel. José Luiz Gavião de Almeida.

Verifica-se, pois, que no caso em tela, houve a lesão ao nome da empresa, sendo desnecessário que a mesma comprovasse que sofrera prejuízo em decorrência do ato lesivo. A verba foi comprovadamente devida, entretanto, houve condenação para que a empresa ofensora publicasse a retratação pelo erro cometido.

Por fim, o que se observou foi a reparação de um dano moral.

4.1.2 Dano estético

Segundo Silva, (1998), dano estético caracteriza-se como lesão a beleza física, a harmonia das formas externas de alguém. Ressalta a autora que o conceito de belo é relativo. Ao apreciar-se um prejuízo estético deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que era antes.

(...) a existência do dano estético exige que a lesão que enfeiou determinada pessoa seja duradoura, caso contrário não se poderá falar em dano estético propriamente dito, mas em atentado reparável a integridade física ou lesão estética passageira, que se resolve em perdas e danos habituais, Silva, (1998).

Observa-se que o dano estético, como dano moral, representa uma ofensa a um direito da personalidade. Entretanto, ninguém poderá ser compelido a se submeter a qualquer cirurgia, mesmo para a reparação de dano estético.

No ordenamento jurídico brasileiro só é parte legítima para pleitear indenização a vítima da ofensa, da qual resultou o dano. Admite-se, na doutrina alienígena, notadamente na França, a possibilidade de terceiro pleitear a indenização por dano estético. Se a estabilidade conjugal, por exemplo, resultar abalada pela deformidade da mulher, o marido poderia pleitear a reparação: vendo a mulher desfigurada, foi ele acometido de trauma nervoso, caindo doente, daí surgindo o dever indenizatório. Ou, ainda, pais de filho inválido – que também sofrem o dano moral.

Em matéria de prejuízo estético, como prejuízo moral, não se pode falar em reparação natural, nem em indenização propriamente dita. Nesses casos não há ressarcimento e sim compensação ou benefício de ordem material, que permite ao lesado obter confortos e distrações que, de algum modo, atenuam sua dor. Partindo desta premissa pode-se afirmar que o dano moral ou estético propriamente dito seria a compensação como forma de restabelecer uma situação que se havia modificado, em função de prejuízo ou dano causado. Ou seja, indenização teria a finalidade de integrar o patrimônio da pessoa daquilo em que se desfaleceu pelos desembolsos, de recompô-lo pelas perdas ou prejuízos sofridos. A restituição seria a forma de recomposição patrimonial *in natura*; a recomposição patrimonial pelo equivalente denomina-se ressarcimento.

Elucida Carrand, (1940), assevera que, na Suíça, muito frequentemente, por força das circunstâncias, a reclamação submetida ao Tribunal federal não compreendia somente uma indenização por desfiguração, mas também uma indenização por incapacidade de trabalho e por dano moral. Em geral, em casos deste gênero, o Tribunal federal, quando fixava o montante das perdas e danos, não calculava separadamente as diversas espécies de danos.

Todavia, no acórdão Riedel vs. Buol, de 23.02.1907, o Tribunal Federal calculou nitidamente as diversas indenizações devidas pelos diversos danos obtidos pela vítima (despesa de tratamento, dano estético, desfiguração, dano moral).

Olga Riedel, com oito anos e meio, foi mordida pelo cachorro de Buol, na face direta. O médico assistente descreveu assim os ferimentos por ocasião do acidente:

- a) um grande ferimento até ao osso, com cerca de 7 cm de comprimento, partindo do meio da face interna do nariz, para a direita;
- b) a face interna do nariz estava rasgada, o sangue correndo da narina direita;
- c) três ferimentos menores, todos até o osso, sob o olho direito, o menor dos três tendo cerca de 2 cm de comprimento;
- d) ferimentos e traumatismos na pálpebra.

Cerca de quatro meses mais tarde, o médico assistente escreveu num relatório que a criança, antes bonita, estava desfigurada para o resto dos seus dias. Os peritos que funcionaram perante o Tribunal de primeira instância consideraram que se tratava essencialmente de uma desfiguração permanente. O Tribunal federal julgou que era considerar, com a primeira instância, que a desfiguração limitava o campo de atividade da vítima, assim como suas oportunidades de casamento. Era preciso, pois, apreciar os imponderáveis e as probabilidades. Tendo em conta a gravidade da falta de responsabilidade do réu, o Tribunal fixou a indenização pela desfiguração de 2.000 frs. a título de reparação moral, para levar em conta as dores físicas que havia experimentado, e os sofrimentos que havia suportado e suportaria ainda, e que diminuíram sua alegria de viver.

Em suma, ver-se possível escandir o dano estético do dano moral, atribuindo-se a cada um deles indenização compensatória autônoma. Visto que não ser apenas possível, mas principalmente justa referida cumulação. Ambos os danos

atingem bens jurídicos diferentes. Como assentado pelo TJSP, nada obsta a cumulação do dano estético e o dano moral, cada qual pontuando sobre enquadramento específico. Os sofrimentos, a dor moral, levam a uma cobertura patrimonial concernente. O dano estético sobre a ofensa ao natural, na imagem pessoal, o aleijão que acompanha a vítima.

Doravante, o dano estético a pessoa, podem ter sua origem não só nos delitos ou quase-delitos, ou seja, quando não há vínculo anterior entre as partes, mas também nos contratos, em que uma convenção já existia entre a vítima e o ofensor. Neste último caso, estão, por exemplo, as lesões advindas de operações ou tratamentos médicos, de tratamentos dentários, das de plásticas e outros.

4.2 A obrigação de reparar os danos decorrentes da cirurgia plástica

Hodiernamente o posicionamento dos tribunais brasileiros quanto à cirurgia estética tem sido mais rigoroso. A doutrina tem admitido que a obrigação do cirurgião estético não diverge, em essência, da obrigação de qualquer outro médico operador em virtude de álea inerente a qualquer intervenção cirúrgica. Dois aspectos fundamentais são levados em conta: a informação devida ao paciente e a obtenção de seu consentimento, em todos os casos onde inexistia álea.

É impossível ao médico informar ao paciente todos os riscos que o tratamento envolve, sob pena de transformar a consulta num curso de medicina. As informações devem ser claras, exatas, mas limitadas aos riscos razoáveis e estatisticamente previsíveis. Entretanto, ao cirurgião plástico incumbe advertir o paciente sobre todos os riscos; mesmo quanto àqueles que excepcionalmente acontecem.

Um exemplo é quanto à lipoaspiração que é um método seguro, os acidentes são raros. Porém, acontecem e até podem provocar a morte do paciente. Essas intercorrências vão deste simples hematomas, desvios laterais do umbigo, hipertrofia cicatricial, hérnia diafragmática, até a perfuração da cavidade abdominal, com aspiração de alças intestinais.

CIRURGIA PLÁSTICA CORRETIVA DE SEIOS MAL SUCEDIDA – Provado o erro médico atribuído ao apelado na cirurgia plástica corretiva dos seios da apelante que nela realizou, inclusive por haver custeado a cirurgia reparadora procedida por médico indicado pela apelante, precedida de acordo ao leito do processo para a realização da segunda cirurgia. Tal custeio equivale à confissão, sobretudo se a prova oral produzida a ocorrência de reiterado erro médico da mesma natureza. O médico, que procedeu a cirurgia reparadora, atestou que foi necessário fazer toda a cirurgia, bem como que se o réu tivesse utilizado o mesmo tipo de ponto que utilizou, outro poderia ter sido o resultado da cirurgia, rematando com a assertiva de que o estado em que se encontrava a paciente impediu a avaliação do erro médico quando da aplicação dos pontos. Tal depoimento subsidiado pelos prestados por duas mulheres também operadas pelo réu, em cirurgia plástica de busto, com a afirmação de que as cirurgias, a exemplo da procedida na apelante, foram mal sucedidas. Apresentando as mesmas lesões, induzem a convicção de que houve mesmo o erro médico imputado ao apelado, aliás, reforçado pelo fato de ele haver patrocinado espontaneamente a cirurgia reparadora dos seios da autora antes do julgamento da causa. Quem age assim, dúvida confessada. Destarte, não deve ser negada à apelante o pagamento, pelo réu, da indenização por danos

morais, já também pleiteada na inicial e reiterada, sendo certo que as demais verbas pretendidas ficaram prejudicadas pelo sucesso da cirurgia reparadora. Realmente, a dor, a humilhação, a vergonha e, sobretudo o modo da irreversão da deformação estética infligidos a apelante caracterizam o dano moral digno de reparação, sem a necessidade de aditamentos doutrinadores e jurisprudências em reforços desse entendimento, de clareza meridiana. Pelo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para condenar-se o apelado a pagar a apelante a quantia equivalente a 100 salários mínimos e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação. TJRJ – 12ª Câm. Civ. – Ap. 8.598/1999 – v.u – DJ 13.04.2000 – Rel. Des. Rodinald de Carvalho – ADV – COAD, Sel. Jur., set. out. , 2000.

Hodiernamente, a discussão a respeito do enquadramento de tal responsabilidade dentro da culpa contratual ou extracontratual está superada. A doutrina e a jurisprudência têm declinado pela responsabilidade *ex contractu* do médico. O Código Civil colocou a responsabilidade médica dentro das obrigações por atos ilícitos, mas isto não lhe tira o caráter de contratual. A responsabilidade desses profissionais está prevista no artigo 951, muito mais abrangente que o artigo 1.545, pois se estende a todo tipo de profissional que, por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilita-lo para o trabalho.

INDENIZAÇÃO - Erro médico – Cirurgia plástica malsucedida – obrigação de o profissional restituir à vítima os honorários, bem como reparar os danos causados.

INDENIZAÇÃO – Erro médico – Dano moral e estético – Verba não devida se deferido o pedido de pagamento de despesas relativas à futura cirurgia corretiva – Recurso desprovido.

Emenda oficial: Indenização. Erro médico. Culpa grave. Honorários profissionais. Dano estético e moral.

Em se tratando de pedido de indenização por cirurgia plástica malsucedida, provada a culpa, fica o profissional obrigado de restituir ao paciente os honorários, bem como a reparar os danos decorrentes do erro médico.

Se em ação de indenização houve pedido de reparação pecuniária por danos morais e estéticos decorrentes de defeitos da cirurgia e outro para pagamento de despesas com futura cirurgia corretiva, atendido este, inadmissível será o deferimento do primeiro.

Mas de que maneira pode-se avaliar a responsabilidade médica no que diz respeito ao dano, Lopez, (2004), elenca alguns pontos:

The first part of the document is a letter from the
 Secretary of the State to the Governor, dated
 the 10th day of January, 1862. The letter
 contains a report on the state of the
 treasury, and on the condition of the
 public debt. It also contains a list of the
 names of the members of the Board of
 Finance, and of the officers of the
 State Treasury.

The second part of the document is a report
 on the state of the treasury, and on the
 condition of the public debt. It contains
 a list of the names of the members of the
 Board of Finance, and of the officers of the
 State Treasury.

The third part of the document is a report
 on the state of the treasury, and on the
 condition of the public debt. It contains
 a list of the names of the members of the
 Board of Finance, and of the officers of the
 State Treasury.

The fourth part of the document is a report
 on the state of the treasury, and on the
 condition of the public debt. It contains
 a list of the names of the members of the
 Board of Finance, and of the officers of the
 State Treasury.

- a) se houver infração contratual, ou seja, descumprimento dos deveres contratuais;
- b) se houver infração extracontratual, isto é, lesão aos direitos subjetivos absolutos, como a saúde, integridade física, vida.
- c) as circunstâncias objetivas do dano; como local, espécie e extensão dessa lesão;
- d) as circunstâncias subjetivas da vítima e do ofensor.

4.3 culpa exclusiva da vítima – é possível?

Conforme Lopez, (2004), o dano estético pode ter consequências jurídicas cometido pela própria pessoa. Como por exemplo, os atos de autolesão que não são previstos no âmbito civil, pois seria inconcebível obrigar o autor da autolesão a indenizar a si mesmo. Ademais, o Código Civil em vigência é expresso no artigo 186 e no caput do artigo 927, ao considerar ato ilícito passível de reparação o prejuízo a outrem.

Quanto à esfera penal também não haverá crime, pois o artigo 129 do Código Penal só considera crime de lesão corporal a ofensa à integridade corporal ou a saúde de outrem.

Pelo Código Civil vigente, em seu art. 945, a Responsabilidade Civil do Paciente passa a ter peso na quantificação da indenização pretendida por este, em caso de erro médico, pois assim diz o Código Civil. "Art. 945 – Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

No caso de erro médico a vítima é o paciente que sofre lesão originária de ato médico. Mas como já visto anteriormente, muitas vezes o paciente age contrário às prescrições médicas, o que ocasiona um erro médico por culpa do próprio paciente, que agiu com imprudência, imperícia ou negligência.

O CDC, no capítulo referente aos Direitos Básicos do Consumidor, prescreve em seu artigo 6º, que são direitos do consumidor: "I – a proteção à vida, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas provocadas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos". Entenda-se nesse inciso que, se um indivíduo se automedica, indo até a drogaria e adquirindo determinado medicamento que pode ser vendido sem receita médica, não cabe ao médico ou mesmo ao farmacêutico que o atendeu, nenhuma culpa, pois o consumo de medicamentos não está vinculado unicamente à apresentação de receita médica. Nesse caso, é patente a culpa exclusiva do paciente que se automedicou.

5 CONCLUSÃO

Aplica-se ao médico a responsabilidade subjetiva, calcada na culpa *stricto sensu*, a exigir prova da imperícia, imprudência ou negligência. Tal culpa é definida, como vimos como infração a um dever de conduta, a uma obrigação fixada pela lei ou pelo contrato. Por exemplo, quando o médico se afasta das normas de conduta, exigíveis em cada uma das etapas do relacionamento com o paciente, passando pela exigência de exames de laboratório e outros testes complementares, diagnósticos, tratamentos, dever de informação e confidencialidade torna-se passível de responsabilização.

Os Tribunais examinam a cirurgia estética com rigorismo. Constata-se, entretanto, que alguns doutrinadores e a jurisprudência tem admitido que a obrigação do cirurgião estético não diverge, em essência, da obrigação de qualquer outro médico operador, em virtude da álea inerente a qualquer intervenção cirúrgica. Neste sentido dois aspectos são fundamentais: a informação devida ao paciente e a obtenção de seu consentimento. Observa-se que em todos os casos onde inexista álea a obrigação torna-se de resultado.

Partindo dessa premissa afirmamos que a obrigação, em cirurgia estética não é fundamentalmente diferente da obrigação das demais modalidades de cirurgias, em razão da álea, do imponderável, inerente a todo ato cirúrgico. Entretanto nas cirurgias plásticas embelezadoras, o rigor é transposto para o dever de informação ao paciente.

No julgamento do Recurso Especial 81.101. – PR, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, após decidir recurso relativo a responsabilidade civil em cirurgia plástica estética, assim ementou o julgado:

Civil e processual: - Cirurgia estética ou plástica – obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva) – Indenização – Inversão do ônus da prova.

Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, devendo indenizar pelo não-cumprimento da mesma, decorrente e eventual deformidade ou de alguma irregularidade.

Partindo-se do principio de que a sanção imposta ao autor do dano tem a finalidade específica de reparar juridicamente o mal causado, tem-se em conta que toda esta matéria deve ser regida pela regra geral de uma adequada equivalência entre a reparação e o dano. Ora, em matéria de dano moral existe uma dificuldade

enorme de ordem prática: exatamente esta impossibilidade de achar um equivalente para estabelecer o montante exato da indenização.

Quanto à parte material pode-se chegar, quase sem dificuldades, a soma da indenização, pois a aí se computam tanto as despesas de tratamento e lucros cessantes quanto os danos emergentes que dizem respeito à diminuição ou perda dos ganhos do autor. Todavia, o sofrimento, o desgosto, as humilhações causadas por essas desfigurações são impossíveis de serem medidas com precisão matemática.

Contudo, nem todo dano patrimonial é possível chegar a uma equivalência exata entre o dano e a reparação. Esta equivalência, aliás, não existe na maioria das vezes; o que existe é um sucedâneo do prejuízo sofrido, pois em alguns casos é impossível o restabelecimento absoluto do estado anterior.

Quais são os critérios que o juiz usa para chegar à convicção de que houve dano estético indenizável? Segundo Casado, (2000), há certas diretrizes que devem ser seguidas e que darão conteúdo ao *pretium doloris*, tais como:

- a) tem de ter havido uma lesão a pessoa conforme o artigo 949 do Código Civil;
- b) o valor dessa indenização será regulado segundo as posses do ofensor, ou seja, de acordo com sua riqueza;
- c) a gravidade objetiva do dano. Trata-se da lesão permanente, como é a do estético propriamente dito observando que tipo de deformidade abaterá mais a pessoa pela sua vida afora;
- d) as circunstâncias particulares do ofendido, tais como sexo, idade, as condições sociais, profissão e beleza.

Apesar de não haver um critério-padrão a ser seguido pela jurisprudência, há uma inclinação para isso em acórdãos esporádicos.³

Na reparação dos danos morais há uma dupla função a de pena ou expiração em relação ao culpado e a de satisfação, relativa à vítima. Contudo, a função expiratória não é admitida por todos os estudiosos da matéria. Penso que a soma em dinheiro paga a título de satisfação ocupa um lugar intermediário entre

³ Veja no TAMG – RT 795/

indenização e a pena. Por outro lado, não há dúvida de que esta idéia de pena privativa dará margem a que se julgue com influência do grau de culpa do agente. Da mesma forma, a culpa concorrente da vítima deverá ser claramente considerada. A responsabilidade civil brasileira toma conceitos do direito penal para que possa chegar à justa indenização, quando se trata de danos à pessoa. Em resumo, percebe-se primeiramente que na avaliação do dano moral vai ser levado em conta o tamanho do dano, isto é, a gravidade, extensão, e sem dano não há lugar para indenização, mas, havendo este, também se deve considerar o grau de culpa do ofensor, Kfoury Neto (2003).

Quanto ao valor da indenização por dano moral pode ser estabelecida de forma líquida e certa, dispensando-se a fase de liquidação, podendo a vítima ou sua família requerer a execução nos próprios autos e conforme o art. 604 do CPC. O pedido de execução deve ser instruído com memória discriminada e atualizada dos cálculos.

REFERÊNCIAS

AVECONE, Pio. **A responsabilidade do médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ALVIM, Arruda et al. **Código de defesa do consumidor comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ALCANTARA, Hermes Rodrigues de. **Deontologia e diceologia**. São Paulo: Andrei, 2003.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 733, nov. 1996.

CARRARD, Jean. **O dano estético e sua reparação**. Revista Forense vol.83/401 – 411. 1940.

COUTINHO, Léo Meyer. **Código de Ética Médica comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASADO, Márcio Mello. Responsabilidade o Objetiva no Código de Defesa do Consumidor: Justificativas, precedentes e análise do sistema nacional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 3, jul./set. 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.v 7** São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. São Paulo: Fundo Editorial ~~BYK~~ Prociencx, 1994.

GIOSTRI, Edgard Taggesell. **Erro Médico a luz da jurisprudência comentada**. Ed. Juruá. Curitiba, 2001.

GONÇAVES, Carlos. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MUNDO. **GAZETA DO POVO**, 22 jan. 2003.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: RT, 1990.

LOPEZ, Tereza Ancora. **O dano estético: responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Atlas, 1999.

PACHECO, Newton. **O erro médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva 2004.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 674, 1995.

VALLER, Wladimir. **Responsabilidade civil e criminal nos acidentes automobilísticos**. Campinas: Julex, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade civil médica**. *Júris Síntese*, n. 19 – set/out. 1999.

DESTRI, Célia. **Erro médico: julgo procedente**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

Anexo de jurisprudência

SUMÁRIO:1. Responsabilidade Civil por uso de silicone em cirurgia plástica - 2. Dano estético por cirurgia plástica.

1. USO DE SILICONE (CIRURGIA PLÁSTICA)

A autora procurou um Cirurgião Plástico, buscando um rejuvenescimento através do *lifting*, porém o médico sem o consentimento da cliente, resolveu injetar silicone líquido ao redor de seus lábios para eliminar as rugas.

A aparência da autora ficou monstruosa, pois o silicone aplicado não se espalhou, mas sim, transformou-se em bolsas localizadas, tomando os lábios grossos e feios.

A Ação foi proposta contra a Clínica de Cirurgia Plástica, primeiramente, com uma Medida Cautelar por Antecipação de Provas e, posteriormente, a Ação Indenizatória.

Tal ação foi julgada **procedente**, pela 31ª Vara Cível/RJ, confirmada pela 2ª Câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade.

" Todo cidadão tem direito e liberdade de expressar a sua verdade, principalmente, quando se trata de sua saúde física e mental, mas, utilizar-se de silicone líquido, cujo uso é proibido no Brasil, para experiências macabras é desumano, vergonhoso e vexatório. Além do que é um ato ilícito que merece punição". Destri (2002).

JUÍZO DE DIREITO DA 31ª VARA DA CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL – RJ

Processo nº 16.253

Ação de Produção Antecipada de Prova – Exame Pericial

Parte autora: Irene Paganoto de Souza

Advogada: Célia Destri

Parte ré: Clínica de Cirurgia Plástica Dr. Onofre Moreira Ltda.

Advogado: Luiz Gonzaga de Medeiros.

SENTENÇA

Trata-se de processo cautelar, entre as partes acima nomeadas e qualificadas na inicial, visando a produção antecipada de prova.

Foi produzida prova pericial, vindo os laudos realizados pelo perito nomeado pelo Juízo e pelo assistente técnico indicado pela parte ré, sobre os quais foi dada a oportunidade para que todos se manifestassem. Foram prestados esclarecimentos pelo *expert* nomeado pelo Juízo, sobre os quais as partes também se pronunciaram.

Cumprido esclarecer que:

1- a lei prevê que o laudo seja único somente quando existe um acordo entre os profissionais. Havendo divergência, os laudos devem ser separados. As divergências devem ser trazidas ao processo.

2- a indicação de assistente técnico pela parte é uma faculdade, não um dever.

3- o Dr. Rinaldo E. Couri é pessoa de confiança, que, inclusive, já proferiu palestras no Tribunal de Justiça, convidado pela EMERJ, salvo engano.

4- o juiz não está adstrito às conclusões do laudo do perito por ele nomeado.

Isto posto, formalmente em ordem o processo, homologo para os devidos fins, a prova produzida.

PRI.

Rio de Janeiro, 6 de novembro de 1992

MARIA CHRISTINA LOUCHARD DE GOÉS RORIZ

RELATÓRIO

Trata-se de apelação contra decisão homologatória de processo cautelar de antecipação de prova pericial, consistente em exame físico da requerida, para apuração de defeitos resultantes de operação plástica a que se submeteu. Alega a apelante a existência de irregularidades na perícia, já que não lhe foi dada oportunidade de manifestar-se sobre o laudo oferecido pelo perito. Além disso, o *expert* oficial não teve isenção de *animus*, porquanto beneficiou indevidamente a parte contrária. Impunha-se assim a realização de nova perícia, com obediência às formalidades legais.

Contra-razões, prestigiando o *decisum*.

Ao eminente Desembargador revisor.

Rio de Janeiro, 6 de março de 1993

LINDBERGH MONTENEGRO

Relator

2ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 6.224/92

RELATOR: JUIZ DES. LINDBERGH MONTENEGRO

Medida cautelar. Produção antecipada de prova. Não se defere segunda perícia sem a presença de erro que tome imprestável a primeira, devendo o mérito desta ser discutido na ação principal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 6.224/92, em que é apelante Clínica de Cirurgia Plástica Dr. Onofre Moreira Ltda. E apelada Irene Paganoto de Souza.

ACORDAM os Desembargadores da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro por unanimidade em negar provimento ao recurso.

Relatório às fls 98.

Desprocede o recurso.

A decisão prolatada em produção antecipada de prova, consistente em exame físico da apelada, para apuração de defeito resultante de operação plástica, tem conteúdo meramente homologatório. Assim, uma vez concluída a perícia, permanecem os autos em cartório, onde as partes poderão solicitar as certidões que desejarem. O mérito da perícia será examinado na ação principal, quando as partes terão oportunidade de pedirem esclarecimentos ao perito, na audiência de instrução e julgamento.

Nessas condições, não há como acolher-se a crítica feita pela apelante ao laudo, ou à falta de isenção do perito nas respostas aos quesitos formulados. De resto, se este não merecia a sua confiança, podia a apelante argüir a sua suspeição, o que não fez.

De outro lado, não procede o pedido de nova perícia, sabido que esta só tem lugar se a matéria não estiver suficientemente esclarecida na primeira.

Rio de Janeiro, 23 de março de 1993

DES. MARIA STELLA RODRIGUES

Presidente

DES. LINDBERGH MONTENEGRO

Relator

Processo nº 17.496

SENTENÇA

Vistos, etc.

Irene Paganoto de Souza ajuizou, em face de Clínica de Cirurgia Plástica Dr. Onofre Moreira, ambos qualificados às fls. 2, **Ação Ordinária Indenizatória**, pelos seguintes motivos:

- que a autora se submeteu a uma cirurgia facial da Clínica Ré, que redundou numa tentativa fracassada de correção facial, com seqüelas negativas na região arco facial e frontal;

- que lhe foi injetado silicone líquido nos lábios, formando-se caroços nesta região, sendo que a autora sofreu séria depressão em virtude de tais resultados, o que a levou a um trabalho psicológico;

culpa pelo fato de a paciente, em idade avançada, apresentar flacidez facial, sendo que a recuperação celular e toda a sua natureza orgânica se ressentiam da idade madura. Descabe ao cirurgião informar tais fatos à paciente. O cirurgião não se propôs o fim, mas o resultado. Para felicidade da autora ela apenas teve uma dificuldade de assimilação orgânica e de cicatrização no pós-operatório, momentos perfeitamente superados com o passar do tempo. A autora tem natureza contrária à implantação, tendo omitido o seu quadro clínico de rejeição, seguramente conhecido porque houve rejeição nos implantes odontológicos. A ré anexa um único documento às fls. 162.

Em réplica (fls. 164/168) a autora refuta as preliminares argüidas, enfatizando que o perito nomeado é médico legista do IML e, portanto, preparado para qualquer tipo de perícia. A cirurgia plástica de estética é uma obrigação de resultado, sendo cego e mal informado aquele que pensa que tal intervenção deixa cicatrizes. O cirurgião estava ciente de seu erro, e assim, quis submeter a autora a nova operação, tendo até oferecido a autuação de um colega para tal fim.

As partes especificam provas às fls. 172 e 175. O despacho saneador irrecorrido vem às fls. 183.

A audiência de instrução e julgamento se realizou conforme assentada de fls. 186, com o depoimento pessoal da autora e de uma testemunha.

Em alegações finais, a parte autora diz que considerando ser a cirurgia plástica uma obrigação de resultado e não tendo a autora logrado o resultado esperado, requer a procedência do pedido nos termos da inicial. A parte ré apresenta seus memoriais às fls. 191/194, aduzindo que com o comparecimento da autora à audiência foi possível constatar a sua perfeita recuperação. A própria autora confessou ter abandonado o tratamento, sendo que tal procedimento a faz culpada pelo resultado obtido.

Esquece-se de que ela própria optara pela utilização do silicone ao invés da técnica de lixamento. O depoimento pessoal da autora foi marcado por inverdades devendo observar o magistrado que a foto de fls. 25 do processo cautelar já apresenta um quadro de deformidades labiais de séria gravidade.

Este é o relatório.

Examinados, DECIDO.

Trata-se de ação de indenização por danos patrimoniais e morais, em que a parte autora diz que sofreu tais prejuízos por ter a ré agido culposamente, eis que o dano estético foi produzido por imperícia e imprudência.

Para que o lesado possa ter direito à reparação, necessária se faz a conjugação dos seguintes pressupostos: que sofra dano injusto de caráter pessoal, moral ou patrimonial; que seja decorrente de fato de terceiro; que haja nexos causal entre o evento e a ação do terceiro.

Com efeito, de início, deve haver dano, ou prejuízo ressarcível para o ofendido. Deve, pois, haver invasão injusta da esfera jurídica do lesado por fato de outrem, vinculado ou não. Em seguida, mister se faz que o lesado, e traduzido em: ação ilícita ou exercício de atividade perigosa, dentro dos dois planos em que se desenvolve a teoria da responsabilidade civil (responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva). Trata-se, portanto, de ação qualificada pelo Direito, que faz gerar, para o violador, obrigação de reparar.

Na responsabilidade civil subjetiva, na qual se funda o pedido da autora, é da prática de ilícito, fora ou dentro de relação contratual, que nasce a obrigação (arts. 159 e 1.056 do CC). Deve, por fim, haver vínculo (nexo causal) entre a ação e o evento de sorte a poder-se concluir que o dano proveio do fato do agente.

A responsabilidade civil profissional tem suporte no pressuposto de que quem exerce uma atividade técnica acha-se capacitado para seu exercício. Assim, o Direito procura resguardar os interesses do cliente, ante a defesa de que o dano se deveu a um acidente técnico profissional. Quando existe vínculo entre o cliente e o profissional, as relações que os envolvem são resolvidas pelos princípios da responsabilidade contratual. É o que ocorre no caso em tela: a autora firmou contrato com a ré para efetuar uma cirurgia plástica facial rejuvenescedora.

A responsabilidade civil do cirurgião plástico envolve uma obrigação de resultado, tendo em vista que eles não podem merecer o mesmo tratamento jurídico que os outros médicos. Pois se para estes o resultado pode ser uma incógnita, para aqueles deve ser uma certeza. Dificilmente alguém, na incerteza do resultado, submeter-se-ia a esse tipo de cirurgia. No caso da chamada cirurgia estética rejuvenescedora, o paciente não é um doente em busca de melhoria ocasional: é, em regra, pessoa fisicamente sadia, que busca resultado estético, melhor aspecto facial. Se houve insucesso, o resultado visado não foi obtido. Inegável, dessarte, à responsabilidade da ré pelo dano causado à autora.

Mesmo que se admita que a cirurgia plástica embelezadora é contrato de meio e não de resultado, a imperfeita execução da avença dá margem à reparação do dano. A verba do dano moral no caso se justifica e é devida cumulativamente com a indenização pelos danos materiais, pela ofensa à sensibilidade da mulher deformada pela cirurgia imperfeitamente executada.

A contestação da ré é marcada pela incoerência, contradição e absurdidade. A se considerar as assertivas da ré, a autora tem que se considerar feliz por ter saído com vida da mesa de operação! Existe até a alegação de que a culpa coube exclusivamente à autora e que a vítima foi o médico que a atendeu e que foi por ela "abandonado"!

A prova colhida em audiência deu a esta magistrada a noção do perigo que as pessoas correm nas mãos de médicos incompetentes, aventureiros, totalmente insensíveis e que não têm o menor respeito pelo seu semelhante. Não se acham culpados de nada de errado que possa acontecer em uma cirurgia, a culpa é do paciente que não acatou sua opinião para a técnica a ser utilizada. Não têm o dever de alertar aos seus clientes sobre possíveis insucessos advindos de uma disposição genética adversa. São até capazes de alegar que as cicatrizes são naturais em uma cirurgia estética, não se dando ao trabalho de fazer as incisões em locais onde não possam ser vistas! O que visam é apenas o lucro.

O depoimento pessoal da autora pinta, com as cores mais terríveis, este quadro triste e macabro. Os caroços de seu rosto foram espremidos em uma

sala de curativo, com anestesia local. Sua roupa ficou toda suja de sangue e as cicatrizes de tal intervenção se situam em volta dos lábios e na testa! Esta magistrada pôde verificar as deformações ainda existentes em sua boca. E a ré ainda tem a ousadia de afirmar que " o ato cirúrgico em si foi prenhe de êxito "!

A perícia efetuada na ação cautelar preparatória foi decisiva ao concluir que o médico agiu com imperícia e imprudência. Houve erro de conduta no caso das cicatrizes efetuadas para o *lifting* facial, que ficaram aparentes. O cirurgião, ao utilizar-se do silicone, produziu uma grande deformidade, atingindo os limites excessivos de imagem horripilante.

Isto posto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido de fls. 02/06, para condenar a ré a pagar à autora uma indenização, a ser calculada em liquidação de sentença, que compreende as seguintes verbas:

- a título de indenização patrimonial, a devolução das quantias recebidas pela Clínica Ré quando da cirurgia plástica, bem como o ressarcimento de despesas com exames, viagens e consultas e tudo quanto esteja ligado com o tratamento até aqui efetuado;

- a título de indenização por danos morais, tendo em vista a ofensa à integridade física que repercute na alma de cada um, que o obriga a submeter-se a terapias de recuperação, privando-o de ter uma vida normal e ainda ter que suportar os olhares curiosos e constrangedores de quem observa uma deformidade; para indenizar esta lesão imaterial, arbitro o valor de cem salários mínimos;

- a título de indenização estética, verba para reparação cirúrgica que será procedida por profissional da escolha da autora;

O total da indenização será atualizado mediante o critério da correção monetária, fluindo juros de mora de 6% a.a ., a contar da cirurgia e até a data do efetivo pagamento.

Condeno, ainda, a ré, às custas do processo e honorários de advogado na base de 20% do valor da condenação.

PRI.

Rio de Janeiro, 13 de março de 1994

THEREZINHA MARIA DE SOUSA SOUTO

Juíza de Direito

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fls. 196/7, com o acréscimo de que esta concluiu pela procedência do pedido, condenando a ré a devolver as quantias pagas pela autora, além de financiar outra cirurgia plástica, por profissional de escolha da autora, bem como de reparação de dano moral, arbitrado em cem salários mínimos, custas e honorários de advogado de 20% do valor da condenação.

Apela a ré, acoimando o laudo pericial de tendencioso, porquanto o perito ao invés de constatar fatos, pretendeu, em verdade, julgar a causa, com pronunciamento que não lhe competia. Aduz que a intervenção cirúrgica a que se submeteu a autora teve êxito, sendo certo que o médico responsável é de reconhecida competência sendo chamado periodicamente a fazer palestras e conferências, além de operações plásticas em pessoas importantes da Europa e dos Estados Unidos. Alego que a autora ardilosamente propôs a ação em face da clínica, e, não, em face do Dr. Onofre Moreira, porque sabia que dificilmente conseguiria ministrar a culpa deste na operação realizada. Conclui o pedido a improcedência do pedido, à falta de prova de culpa, seja por insuficiência seja por imperícia.

Contra-razões prestigiando julgado.

Ao iminente Desembargador Revisor.

Rio de Janeiro, 20 de julho de 1994.

DES. LINDBERGH MONTENEGRO

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2.627/94

RELATOR: DESEMBARGADOR LINDBERGH MONTENEGRO

Responsabilidade civil. Cirurgia plástica. Dano estético.
Obrigação de indenizar.

Demonstrada através de perícia o erro médico impõe-se o dever de indenizar, independentemente do exame da culpa, já que a cirurgia plástica é obrigação de resultado, e, não de meio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2.627/94, em que é apelante CLÍNICA DE CIRURGIA PLÁSTICA DR. ONOFRE MOREIRA apelada IRENE PAGANOTO DE SOUZA.

ACORDAM os Desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Adota-se o relatório de fls. 224.

Inicialmente cumpre ressaltar que a prova pericial realizou –se dentro das determinações previstas na lei processual. Desprocede a alegações de que o laudo foi tendencioso, a partir do momento que ao invés de se limitar a informar os fatos passou a tomar partido, a ponto de pretender julgar a causa. Ora, para chegar à conclusão de que houve erro na cirurgia plástica realizada na face da autora, a ponto de pretender julgar a causa. Ora, para chegar à conclusão de que houve erro na cirurgia plástica realizada na face da autora, a ponto de produzir cicatrizes que ficaram aparentes, evidentemente teve o perito a

necessidade de descrever e dizer em que consistiram, o que não significa dizer que este pretendeu julgar a causa, ou entrar no seu mérito.

De resto, a prova testemunhal veio a corroborar todos os aspectos constatados na perícia.

Igualmente não procede o argumento de que a ação devia ser ajuizada não em face da sociedade ré, e sim do autor, a fim de que fosse produzida prova de sua culpa . Primeiro, porque o saneador que examinou a legitimidade passiva transitou em julgado. Segundo, porque, em se tratando de cirurgia plástica, uma vez constatado o erro médico, fastidioso seria entrar no exame da culpa, sabido que a denominada operação embelezadora constitui obrigação de resultado, e não de meio, como as demais intervenções médicas.

Ao dar pela procedência do pedido, a eminente Juíza da 1º grau fez justiça às partes.

Rio de Janeiro, 23 de agosto de 1994

DESEMBARGADORA MARIA STELLA RODRIGUES

Presidente

DESEMBARGADOR LINDBERGH MONTENEGRO

Relator

2. DANO ESTÉTICO POR CIRURGIA PLÁSTICA

1) INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – operação plástica – Dano estético – Verba devida relativamente aos danos morais e aos apurados quando da realização de nova cirurgia para reparação – Acréscimo de correção monetária – decisão confirmada – Voto vencido.

Ap. Civ. 288.226- São Paulo – Apelantes e reciprocamente apelados Almir de Oliveira Corrêa Filho e Edicléia Vicentini ou Edicléia Vicentini Gossn.

ACÓRDÃO - Acordam em sessão da 4ª Câmara da 1ª Sessão Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, adotado relatório, de fls. 536/538, como parte integrante deste ,rejeitar a preliminar de nulidade da sentença e por igual votação, dar provimento integral ao recurso adesivo da autora e, por maioria de votos , negar provimento ao apelo do réu, vencido o revisor que lhe dava provimento, parcial, para excluir da condenação a apuração dos lucros cessantes por dano estético.

(...) Não há, realmente, bis in idem, na condenação pelos danos morais, já suportados pela apda., e a possibilidade de reparação mediante realização de nova cirurgia , cujo valor deverá ser apurado. O dano estético, embora não se confunda, propriamente, com os lucros cessantes deve, contudo, segundo entende a maioria da E. Turma Julgadora, ser indenizado, na espécie, apesar da idade, profissão ou estado civil da autora, em razão do evidente prejuízo por ela sofrido em sua imagem ou aparência física. (Lex 65/174 – Grifos nossos.)

2) INDENIZAÇÃO – Erro médico – Cirurgia plástica malsucedida – Obrigação de o profissional restituir à vítima os honorários, bem como reparar os danos causados.

INDENIZAÇÃO – Erro médico – Dano moral e estético – verba não devida se deferido o pedido de pagamento de despesas relativas à futura cirurgia corretiva - recurso desprovido.

Ementa oficial: Indenização. Erro médico. Culpa grave. Honorários profissionais. Dano estético e moral.

Em se tratando de pedido de indenização por cirurgia plástica malsucedida, provada a culpa, fica o profissional obrigado a restituir ao paciente os honorários, bem como a reparar os danos decorrentes do erro médico.

Se em ação de indenização houve pedido de reparação pecuniária por danos morais e estéticos decorrentes de defeitos da cirurgia e outro para pagamento de despesas com futura cirurgia corretiva, atendido este, inadmissível será o deferimento do primeiro.

Ap 110.111-3 – 4ª Cãm. – j. 2108.1991 – rel. Juiz Mercêdo Moreira.

ACORDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível 110.111-3, da comarca de Poços de Caldas, sendo apelantes : 1.º) Vera Lúcia Barbosa Corrêa; 2.º) Assad Aun Netto e outro e apelados os mesmos: Acorda, em Turma, a 4ª Câmara civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, rejeitar as preliminares, dar provimento parcial à segunda apelação e negá-lo à primeira. (...)

Destina-se a ação à obtenção de indenização por danos patrimoniais, estéticos e morais sofridos pela autora em consequência de cirurgia

plástica malsucedida a que se submeteu, realizada pelo primeiro réu no estabelecimento hospitalar pertencente ao segundo.(...)

Pretende esta apelante que lhe seja concedida indenização por dano estético e dano moral, negada pela v. sentença recorrida.

Conforme bem assinalou o douto Juiz monocrático em sua v. sentença, a indenização por dano estético já se acha compreendida nos valores referentes às indenizações concedidas.

Realmente, tendo em vista a natureza dos danos produzidos pela cirurgia plástica malsucedida, seria *bis in idem* inaceitável a condenação dos apelados ao pagamento das indenizações referentes às despesas feitas e às destinadas à correção dos defeitos estéticos decorrentes da cirurgia e mais outra pelos danos estéticos produzidos. Se tais danos não pudessem ser corrigidos através de outra cirurgia, cabível seria a indenização autônoma pleiteada. Não, porém, quando a eliminação de tais defeitos é possível e se pleiteia indenização para que tal se efetive.

O mesmo se diga dos danos morais. A sua reparação se dará de forma eficaz com a correção dos resultados negativos obtidos com a desastrosa cirurgia feita pelo réu. Corrigidos esses defeitos estéticos, reparados ficarão os danos morais dele decorrentes.

Assim, a condenação dos réus ao pagamento das despesas relativas à futura cirurgia para a correção de tais defeitos destina-se obviamente à reparação dos danos morais dele resultantes. Não há, assim, que se falar em indenização, autônoma por esses danos.(...) (RT 692/149-Grifos nossos.)

3) INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – Dano estético – Procedência – Médico que, a despeito de confessar-se incompetente no ramo da cirurgia plástica, aventurou-se à mastectomia – Culpa do réu, pela deformidade mamária, evidenciada – Pretendida imputação das mutilações deficiências pós-operatórias- Conjectura que, ainda assim, não lhe aproveitaria- Hipótese em que, deixando de assistir pessoalmente à autora após a desinternação, incidiu em evidente negligência- Recurso não provido.

TJSP- aApCív 129.946-1- rel Dês. Cezar Peliso.

4) Cabe responsabilidade civil de cirurgião plástico se, em razão de abdominoplastia, o paciente, após o ato cirúrgico, apresenta deformidades estéticas, cicatriz supra-publica, com prolongamento laterais excessivos; depressão na parte mediana da cicatriz, em relação à distância umbigo/púbis; gorduras remanescentes e resultado não satisfatório.

Embora não evidenciada culpa extracontratual do cirurgião, é cabível o ressarcimento. A obrigação, no caso, é de resultado, e não de meio. Conseqüentemente, àquele se vincula o cirurgião plástico.

Procedência parcial do pedido, para condenar o réu ao pagamento das despesas necessárias aos procedimentos médicos reparatórios.

Ap 338/93 – rel. Dês. Marcus Faver. (RF 325/182)

5) RESPONSABILIDADE CIVIL – Cirurgia plástica – Erro profissional – Deformação – Indenização – Hospital responsável.

Há responsabilidade civil de estabelecimento hospitalar por erro profissional de sua equipe médica quando ocorre culpa *in eligendo*.

Na cirurgia estética existe responsabilidade do médico quando há resultado diverso do pretendido pelo paciente.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível 23.341, em que é apelante Clínica Dermatológica de Ipanema e apelada Antonieta Pereira Bornhausen: acordam por unanimidade votos dos Desembargadores da 8.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em negar provimento ao agravo retido e em dar provimento parcial ao recurso para excluir da condenação a indenização de dano moral. Custas *ex lege*.

E assim decidem, integrando neste o relatório de fls., quanto ao agravo retido de fls., por não ser a mulher casada processualmente incapaz, podendo ingressar em juízo sem outorga marital, salvo nos casos previstos no art. 10 do CPC,¹ em cujo elenco não se enquadra a presente ação. Quando à incerteza do pedido, não tem procedência também o agravo. A autora, deformada por tratamento médico, só poderia pleitear, pelo menos, o restabelecimento de sua imagem anterior (*statu quo ante*), mediante cirurgia plástica, na presunção de a ciência médica poder obter esse resultado. No processamento da ação, ou seja, com a perícia médica, é que poderia ser verificada a possibilidade científica de ser alcançado tal resultado. Assim, antes da perícia a autora não poderia formular outro pedido, pois o que lhe interessava era sua aparência, a sua imagem, não dinheiro. Mas, no correr da ação, com a perícia, verificou-se a impossibilidade científica da remoção da deformidade. A autora, que recorreu a uma clínica especializada, na zona sul da cidade, em Ipanema, só poderia pretender, com a presente ação, ficar, pelo menos, com as pequenas marcas ou cicatrizes, decorrentes de problema de acne, que anteriormente apresentava em seu rosto dissimuláveis por maquiagem. Não poderia imaginar - nem seu advogado - a

irreversibilidade dos danos resultantes do tratamento. Assim, o pedido é certo. Como cirurgia estética ou tratamento médico especializado, para resultantes do tratamento. Assim, o pedido é certo. Como cirurgia estética ou tratamento médico especializado, para resultado estético a ser imposto pela sentença, na forma pleiteada na inicial, é obrigação de fazer e como, segundo a perícia, não é possível ser estabelecida a imagem da autora nem removidos por cirurgia estética os danos resultantes do tratamento, a solução é o pagamento de perdas e danos (art. 879 do CC) [art. 248, CC/2002]. Pedindo a autora a imposição de determinada obrigação de fazer – a única que poderia pleitear, levando-se em conta a motivação (estética) do tratamento, que a levou a se submeter na clínica ré – e se pericialmente foi constatada a impossibilidade da mesma, resolve-se a obrigação em perdas e danos, como está na condenação, que, por isso, não é *extra petita*. Por tais motivos, improcedem o agravo retido e a preliminar de decisão *extra petita*.

Quanto ao mérito, há responsabilidade civil do estabelecimento hospitalar, ora apelante, pelo dano sofrido pela apelada, que, como evidenciam as fotografias constantes dos autos, ficou desfigurada com o tratamento médico a que foi submetida na clínica, ora apelante. Sofreu a autora, em consequência do tratamento, deformidade permanente. As lesões, irremovíveis, que sofreu estão localizadas no rosto, que, esteticamente, prejudicam-na, não podendo ser escondidas nem disfarçadas. A responsabilidade civil do estabelecimento hospitalar por erro profissional de sua equipe médica funda-se em *culpa in eligendo* (ApCiv. 19.453- 8.ª Câm. Cível – 22.12.1981). Nesse caso, não se discute a questão da natureza do contrato, se de meios ou de resultado, ou seja, não se apura a culpa profissional. A documentação que instrui a inicial comprova ter sido o contrato celebrado com a apelante (fls.). O dano sofrido pela apelada é irreversível. A cirurgia estética, como dito, não pode removê-lo; a apelada procurou embelezar-se e acabou deformada. Há, portanto, além da deformidade, acima referida, dano estético. Em se tratando de culpa *in eligendo*, só a culpa da vítima excluiria a da empresa, que incorre .

Destarte, inegável a culpa do apelante.

Mas mesmo que assim não fosse *ad argumentandum*, em se tratando de tratamento médico-estético com emprego de *peeling* químico e ação mecânica de dermoabrasão a que foi submetida a apelada, o resultado é levado em conta. Nessa hipótese, o médico pode não garantir o resultado, ou seja, embelezar o paciente, respondendo, entretanto, se for alcançado resultado negativo, ou, melhor „diverso, ou seja , se agravar os defeitos ou se deformar a paciente. Se a paciente submetida a cirurgia estética ou tratamento médico-estético, com é o caso dos autos, não alcançar o resultado visado pelo tratamento ou pela cirurgia, não há culpa do médico. Mas, se o tratamento estético agravar os defeitos, deformar, enfear, em vez de embelezar, nesse caso o resultado é levado em consideração, havendo culpa do médico, porque as contra-indicações do tratamento ou da cirurgia devem ser, em cada caso, pesquisadas com muita cautela antes da submeter o paciente a tratamento médico-cirúrgico. Assim, se a finalidade – embelezar – não é atingida, não responde o médico, mas, se alcançado resultado oposto com o tratamento estético, ou seja, a imagem da pessoa, do ponto de vista estético, piora com o tratamento, o resultado é considerado, havendo, nesse caso, também culpa profissional. Tal ocorreu, com vimos, no presente caso. Portanto, seja por culpa *in eligendo*, seja por culpa profissional, inegável a obrigação de indenizar da apelante, por pertencer à sua equipe médica o médico que executou o tratamento (*peeling* químico e lixamento) na apelada. Houve, pois, dano estético, que não precisaria, *in casu*, de perícia médica para confirmá-lo, bastando a comparação das fotografias da apelada antes do tratamento médico e depois do mesmo, que se encontram nos autos. Mas a indenização do dano estético exclui a indenização do dano moral por estar implícito naquele (RE 93.169-RJ, RTJ 97/463), como aliás, já decidiu esta E. Câmara em caso análogo(ApCív. 21.816,22.06.1982).

Assim, é dado pela Câmara provimento parcial ao recurso para excluir da condenação o dano moral, mantida, no mais, a sentença recorrida.

Rio de Janeiro, 21 de setembro de 1982 – DOURADO DE GUSMÃO, presidente e relator. (RT 566/191).