



CURSO DE DIREITO

“RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIA MERAMENTE ESTÉTICA”

AURICEIA RAMOS VILELA

RA: 308716-9

TURMA: 3109-B

FONE:(11) 8213-8668

E-MAIL: alryy@hotmail.com

São Paulo

2012

AURICEIA RAMOS VILELA

“RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIA MERAMENTE ESTÉTICA”

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU, como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Roberto Senise Lisboa.

São Paulo

2012

BANCA EXAMINADORA:

Professor Orientador: _____

Dr. Roberto Senise Lisboa

Professor Argüidor: _____

Professor Argüidor: _____

DEDICATÓRIA

À pessoa mais importante da minha vida, minha mãe, **Maria Lúcia**, que sempre me ensinou a acreditar na minha capacidade e a correr atrás dos meus sonhos, independentemente dos obstáculos.

AGRADECIMENTOS

Me vem à mente, ao entregar o presente trabalho de conclusão de curso, que sou a precursora do caminho acadêmico em minha família. Assim, tomei para mim a responsabilidade, mesmo que indireta, de influenciar e formar opiniões. Destarte, almejo que esta porta que abri seja adentrada por outros entes queridos, pois acredito que o conhecimento é o descortinar de um novo mundo, é a certeza do dever de disseminar o que aprendemos, porque o conhecimento é uma corrente infinita.

Seguem os meus agradecimentos.

Primeiramente a Deus, por se fazer presente em todos os momentos da minha vida.

Agradeço à minha mãe, que foi a base de tudo para mim, e nunca, em nenhum momento hesitou ou mediu esforços para proporcionar-me as melhores oportunidades, por isso, ela é a principal responsável por esta etapa vitoriosa. Mãe, dizer-te que você é importante seria singelo demais, mas aprendi que as coisas mais singelas e singulares são as mais consideráveis, portanto, indizíveis.

Ao meu orientador Roberto Senise Lisboa, muito obrigada pela confiança, por acreditar em meu potencial.

À Prof^a Gisele Lenzi, mesmo com tantos compromissos que a atividade docente requer, ainda assim, pôde me passar orientações valiosíssimas. Saber que existem profissionais como você, é ter a esperança de que o conhecimento nunca deixará de ser disseminado.

Meu muito obrigado.

Ao meu grande amigo, Kelson Chan, pelas inúmeras discussões jurídicas sobre o referido trabalho, pelas aulas de português, pelas palavras de incentivo, pela paciência, enfim, pela amizade incondicional. Saiba que você faz parte da minha história.

Aos meus queridos avós, pelas orações ao longo destes anos e pela compreensão pela minha ausência.

Ao meu namorado, Bruno Feitosa, este com uma paciência infindável, com uma compreensão toda dele, acreditou em minha proposta, sonhos e no meu ideal, muito obrigada pelo seu jeito único.

Às minhas queridas amigas da faculdade, Lilian Conceição, Karina Iglesias, Paloma Bandeira, Maria Micelene, Liliane Sobreira. Saibam que vocês acalantam, dão força e por vezes até me guiam no momento de desgaste e, portanto, é com grande alegria que dedico este agradecimento a vocês.

“Nunca deixe que lhe digam que não vale a pena acreditar nos sonhos que se têm, ou que os seus planos nunca vão dar certo, ou que você nunca vai ser alguém...”

(Renato Russo)

RESUMO

A melhor aparência sempre foi algo perseguido pelo ser humano. A preocupação estética está associada a vários fatores e influências na sociedade, o que tem resultado em uma crescente procura por cirurgias plásticas. Esta demanda crescente também gerou uma profusão de clínicas e cirurgiões plásticos, com ofertas para pessoas de todos os níveis sociais. Há, no entanto, um lado negativo deste crescimento, que também é o aumento de ações indenizatórias em âmbito cível. Grande parte destas demandas na justiça se refere a resultados não satisfatórios nos procedimentos cirúrgicos, sob o ponto de vista do paciente. A cirurgia plástica, diferentemente da modalidade reparadora, constitui-se em obrigação de resultado, em que o médico deve atingir o resultado avençado. Sob a ótica do Código Civil e do Código de Defesa do consumidor, serão perquiridas desde a natureza jurídica do negócio entre médico e paciente, suas obrigações, até a responsabilização civil na ocorrência de dano, seja patrimonial, moral, ou estético, ou a conjugação destes, assim, como a discussão sobre a sujeição passiva entre hospital e médico.

Palavras-chave: Cirurgia plástica. Cirurgia Estética. Responsabilidade civil do médico.

ABSTRACT

A good-looking appearance has been always pursued by mankind. This concern about aesthetics is related to many factors and influences in the society, which resulted in a crescent search for cosmetic surgeries. This increasing demand also caused many clinics and plastic surgeons to arise, reaching all social stratum. However, there's a perverse side of this growth, an increasing number of civil lawsuits, which great part represents unsatisfactory results from the aesthetic surgeries. This kind of surgery, unlike the reparatory one, refers to an obligation of result, in terms of the agreement between the medical surgeon and the patient. Under a critical analysis based upon the legal provisions from the Civil Code and the Consumer Protection Code, issues will be discussed, from the legal nature of the carried out business contract between the plastic surgeon and the patient, obligations of both parts, to the civil liability in case of moral, patrimonial or aesthetic damage, and the accumulated harms, and also a discussion on the joint liability among the surgeon and the hospital.

Key-words: Plastic surgery. Aesthetic surgery. Civil liability on the medical doctor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1. HISTÓRICO DA RESPONSABILIZAÇÃO MÉDICA NA CIRURGIA PLÁSTICA	3
1.1. O ideal de beleza ao longo da história.....	3
1.2. Histórico da Cirurgia Plástica.....	8
1.2.1. Histórico da cirurgia plástica no Brasil	12
1.3. Histórico da Responsabilização Médica.....	14
CAPÍTULO 2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	24
2.1. Responsabilidade Contratual	24
2.1.1. Natureza Jurídica.....	24
2.1.2. Obrigação de meio e de resultado na atividade médica	27
2.1.3. O Consentimento Informado	34
2.1.4. Princípios aplicáveis ao contrato médico	37
2.1.4.1. O Contrato Médico.....	37
2.1.4.2. Princípio da boa-fé objetiva	38
2.1.4.3. Princípios aplicáveis segundo o Código de Ética do Conselho Federal de Medicina.....	40
2.2. Responsabilidade civil do médico segundo Código de Defesa do Consumidor	46
2.2.1. Conceito de fornecedor e consumidor	47
2.2.2. Diálogo das fontes	49
2.2.3. Inversão do ônus da prova.....	51
2.2.4. Responsabilidade civil do hospital e do médico.....	52
2.2.5. Excludentes no Código de Defesa do Consumidor	60

2.3. Teoria da Perda da Uma Chance	63
2.4. A validade da cláusula de não indenizar nos contratos médicos	69
CAPÍTULO 3. A DEFESA DOS DIREITOS DO PACIENTE	74
3.1. Dano	74
3.2. Dano Patrimonial	75
3.3. Danos Extrapatrimoniais	76
3.3.1. Dano Moral	77
3.3.2. Dano estético	82
3.4. Cumulação de dano estético, moral e material	86
3.5. Reparação do dano estético	90
CAPÍTULO 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	95
REFERÊNCIAS	101
ANEXOS	104

INTRODUÇÃO

A busca da aparência ideal hodiernamente tornou-se uma doença crônica, cada vez mais as pessoas buscam melhorar a sua aparência recorrendo muitas vezes a inúmeras intervenções cirúrgicas. Apesar de, muitas vezes realizadas de forma adequada, obedecendo aos requisitos médicos previstos no código de ética, as cirurgias plásticas não alcançam o resultado esperado pelo paciente, pois as pessoas não se dão conta de que o conceito “beleza” é totalmente subjetivo.

A sociedade indiretamente impõe que cada indivíduo se adapte a uma imagem de perfeição utópica, sonho impossível.

Esta busca desenfreada vem desde os primórdios e cresce cada vez mais, chegando à situação de a sociedade acreditar que existe consonância entre beleza, bem-estar, ascensão profissional e popularidade.

Assim, nasce mais um conflito na sociedade em que a “Ciência do Direito” precisa incidir, pois a sua principal função é dirimir lides, trazendo soluções aos problemas gerados, como na temática tratada.

Um destes problemas reside no campo da responsabilidade civil médica, quanto à cirurgia plástica. A cirurgia plástica está dividida nas modalidades reparadora e estética. No que diz respeito às cirurgias de caráter reparador, o entendimento é pacífico, tratando-se de obrigação de meio, não sendo necessário alcançar determinado resultado, desde que o profissional exerça sua profissão de maneira correta e obedecendo a todos os requisitos necessários. Já em relação à cirurgia meramente estética, objeto do presente trabalho, há grande controvérsia quanto à responsabilidade civil, sendo necessário diferenciá-la da cirurgia reparadora. No fim estético, o médico deverá alcançar impreterivelmente a obrigação objeto do contrato, sob pena de responsabilização segundo a legislação pátria, não acometendo, da mesma forma, a modalidade reparatória, em que se exige apenas o exercício com perícia, prudência e atenção.

Vale salientar que o médico sempre trabalha com uma zona de risco ao seu favor, pois cada indivíduo tem natureza personalíssima, assim as suas reações ao mesmo tratamento podem variar, sendo, portanto, imprevisíveis. Esta margem pode possibilitar que o profissional médico tenha sua culpa mitigada ou até isentada.

Como devemos e será que podemos fixar o quantum da indenização pelo dano estético ocasionado, já que esta lesão trouxe prejuízos à vítima? Prejuízos estes que incidiriam tanto na esfera material quanto na moral, tendo em vista se tratar de um direito de personalidade. E será que a compensação pecuniária seria a melhor opção para reparar esta espécie de lesão? Qual a importância da informação clara e ostensiva ao paciente, sobre as possíveis consequências na realização da cirurgia estética?

Como será a implicância da lesão estética no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, uma vez que a modificação resulta em um estado pior do que o anterior?

Assim, o ponto nodal do trabalho consiste em esclarecer as dicotomias mencionadas, efetuando um estudo mais detalhado delas, trazendo possíveis soluções, bem como os atuais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do assunto.

CAPÍTULO 1. Histórico da Responsabilização Médica na Cirurgia Plástica

1.1. O ideal de beleza ao longo da história

A busca da independência da mulher culminou na sua figura moderna que, no seu ideal, seria alguém bem-sucedida, boa mãe, boa esposa e ainda permanecer sempre bela. Este ideal, associado a padrões comportamentais impostos pela mídia, impinge invariavelmente a um ideário estético inalcançável naturalmente, razão pela qual se busca a solução na cirurgia estética. Enquanto o pensamento coletivo estiver permeado pelo pensamento social, este artificial e altamente manipulável, haverá uma busca interminável e insaciável pela beleza.

O ideal de beleza normalmente é ligado intimamente à questão de aceitação social, não coincidindo, necessariamente, ao conceito de beleza comum à grande maioria das pessoas. Segundo Dilmar Miranda¹, professor do curso de filosofia da Universidade Federal do Ceará, as mulheres geralmente são as vítimas da ditadura do corpo perfeito devido à herança histórica e cultural da sociedade machista.

O ideário de beleza tem culminado na perda da individualidade em termos estéticos, em prol de um produto de consumo manipulado, no qual determinadas figuras “fabricadas” pela mídia acabam se tornando modelos de perfeição estética. Isto tem levado não apenas aos procedimentos estéticos, mas também a determinados casos de doenças como bulimia, anorexia e depressão, cada vez mais presentes nos dias atuais. Este poder de influência estética é tão grande que gera reflexos desde os primeiros anos de vida, como se verifica, por exemplo, em bonecas, nas quais o modelo ideal de beleza é a de características como traços finos no rosto, cabelos loiros, seios grandes e constituição essencialmente magra. Eventualmente existem variações, como bonecas de outras etnias, corpos mais realísticos, mas estas ainda são coadjuvantes. Outro ponto que corrobora com a idéia da banalização precoce da estética são os concursos infantis de beleza. Como se observa, o ideal de beleza se tornou um produto de consumo altamente manipulável.

¹ LIMA, Aline. A Beleza Feminina: imposição de padrões ao longo do tempo, fev. 2010. Disponível em: <<http://pergaminhoamarelo.blogspot.com/2010/02/beleza-feminina-imposicao-de-padroes-ao.html>>. Acesso em: 05 set. 2011.

O filósofo Immanuel Kant² teorizou que, quando julgamos o que é belo é porque se acredita na sua existência, mas não há perseguição de um belo, mas de um ideal de belo. O ideal de belo é relativo, mutável e varia segundo cada cultura. Já o belo ideal é universal, imutável, eterno, algo próximo do consensual entre todos. Kant trouxe o subjetivismo na análise da beleza, sendo que o que seria considerado esteticamente belo variava conforme um juízo de valor, em que se justificavam os gostos. Estes juízos de valor muitas vezes tendiam a um conceito universal.

Indo contra o subjetivismo de Kant, o filósofo contemporâneo Monroe Beardsley (1915-1985)³ defendia que o belo independia de gostos pessoais, mas sim da existência de determinadas características nas coisas ou pessoas, o que pode se traduzir em atributos físicos.

O padrão de beleza na sociedade sofreu diversas modificações ao longo da história, remontando à pré-história, quando o ideal de beleza estava ligado a características que “indicassem” uma maior capacidade de reprodução, como seios fartos e quadril largo. Já na Grécia Antiga, o conceito de beleza era ligado a características perceptíveis. Platão acaba por se afastar de tal conceito de beleza física ao teorizar que a beleza deveria agradar aos sentidos, principalmente a visão e a audição, sendo que, quando o objeto era o corpo humano, a beleza ia além, devendo-se considerar as qualidades da alma e do caráter. Aristóteles, por sua vez, trouxe a idéia de proporcionalidade à beleza, tendo como parâmetro as proporções matemáticas, muitas vezes representadas nas obras de arte, em que se podia aplicar a beleza harmônica do homem. As esculturas gregas, herança histórica da humanidade, refletiam exatamente a permeabilidade destas proporções matemáticas ao ideário estético do homem.⁴

² KANT, Immanuel. *Crítica da Faculdade do Juízo*, 2. ed. (1793). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

³ BEARDSLEY, Monroe Curtis. *Aesthetics: Problems in the Philosophy of Criticism*. 2. ed. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1981.

⁴ LIMA, Aline. *A Beleza Feminina: imposição de padrões ao longo do tempo*, fev. 2010. Disponível em: <<http://pergaminhoamarelo.blogspot.com/2010/02/beleza-feminina-imposicao-de-padroes-ao.html>>. Acesso em: 05 set. 2011.



Figura 1. Afrodite.⁵

A influência grega sobre as formas harmônicas da beleza também encontrou guarida na escola de Pitágoras, em que houve uma conexão entre matemática e beleza. Esta escola pregava a aplicação da “proporção áurea”⁶ na consideração do que era belo e mais atraente.⁷

A arquitetura grega de simetria e proporção foi grande influenciadora da arquitetura romana. Enquanto os gregos preferiam representar a beleza estética de deuses, os romanos tinham preferência à representação de pessoas reais, sobretudo governantes e pessoas influentes, mas sempre com a preocupação estética das obras.

A Idade Média manteve os conceitos de proporção e harmonia na beleza estética, mas trazendo um componente adicional, a derivação divina da beleza. Santo Agostinho e São Tomás de Aquino identificavam a beleza como reflexo da beleza de Deus. E como a igreja e a religiosidade eram muito fortes e influenciadores na sociedade, então houve prevalência deste conceito divino. O que não era belo era

⁵ MILO, Alexandros de. Afrodite (nome grego) ou Vênus de Milo (nome romano), deusa grega do amor e da beleza. Cerca de 150 a 100 a.C. Estátua com 2,02 m. Museu do Louvre, Paris, França.

⁶ Proporção áurea, também chamada de proporção divina, é uma constante real irracional algébrica representada pela letra grega ϕ (“phi”), originada de uma relação algébrica específica. Esta relação tornou-se tão conhecida pelo fato de ser encontrada nas mais diversas medidas na natureza, como na proporção de conchas ou até nas falanges dos dedos. É muito utilizada na arte.

⁷ LIMA, Aline. A Beleza Feminina: imposição de padrões ao longo do tempo, fev. 2010. Disponível em: <<http://pergaminhoamarelo.blogspot.com/2010/02/beleza-feminina-imposicao-de-padroes-ao.html>>.

Acesso em: 05 set. 2011.

considerado permeado pelo mal. Segundo Aline Lima⁸, a mulher bela era a que tinha pele branca, olhos negros, seios pequenos, face corada, corpo em forma, mas com barriga saliente, o que remetia à idéia de maternidade e à virgem Maria. A mulher com o corpo voluptuoso e farto era considerado fonte de pecado e deveria ser negado.⁹

No período renascentista, o ideal de beleza feminina era a mulher mais “cheia” e branca, pois a primeira característica representava a boa alimentação proporcionada pela condição econômica e a segunda a distância do sol no trabalho braçal em lavoura. Um fato interessante foi a invenção do espartilho ou “corset” no séc. XVI, peça de vestuário criada para controlar as formas naturais do corpo, manter a postura e dar suporte aos seios. Mas apenas no séc. XVIII (Era Vitoriana) é que tomou a forma mais conhecida, com o acinturamento da peça e o uso de barbatana de baleia como matéria-prima, já que era mais flexível. Foi um grande impulso rumo à artificialidade corporal da estética, tentativa de transviar a forma natural do corpo.¹⁰

A Revolução Francesa trouxe uma breve retomada da beleza natural da mulher, sendo suplantada rapidamente no período da Revolução Industrial e com a ascensão da classe burguesa. Os “corsets” voltaram com toda a força, sendo que a estética da bela mulher era a que tinha a forma de ampulheta, o que trouxe danos à saúde da mulher, provocados por respiração dificultosa, movimentos limitados e até casos de abortos e danos a órgãos internos.¹¹

O século XX acompanhou uma relativa libertação das mulheres. Se por um lado as mulheres puderam expor mais o corpo, por outro lado isto trouxe a preocupação em relação a outras mulheres, gerando certa competição, o que também aumentou o nível de auto-exigência e uma crescente insegurança. O corpo da mulher passou por várias fases no séc. XX: medidas mais uniformes, quase masculinizadas, com ombros largos, a partir da 2ª Guerra Mundial; a volta da cintura fina, na figura da célebre Marilyn Monroe nos anos 50; corpo magro e de seios pequenos com o movimento hippie dos anos 60; os anos 80 e 90 tiveram uma alternância entre a mulher musculosa, que representava a mulher capaz de fazer frente ao homem e a mulher mais feminina,

⁸ Idem, 2010.

⁹ GILMAN, Sander L. Making the body beautiful: A cultural history of aesthetic surgery. Princeton: Princeton University Press, 1999. Disponível em: <<http://press.princeton.edu/chapters/s6545.html>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

¹⁰ LIMA, Aline. A Beleza Feminina: imposição de padrões ao longo do tempo, fev. 2010. Disponível em: <<http://pergaminhoamarelo.blogspot.com/2010/02/beleza-feminina-imposicao-de-padroes-ao.html>>.

Acesso em: 05 set. 2011.

¹¹ Idem, 2010.

representada por figuras como as modelos Cindy Crawford e Luíza Brunet. No entanto, a ditadura da magreza instalada por modelos como Kate Moss, no final dos anos 90 e início do novo século, tem perdurado até os dias atuais. Modelos de grande projeção atual, como Gisele Bündchen, Heidi Klum e Adriana Lima, têm trazido relativa suavização à ditadura da magreza, com uma pitada de sensualidade, proporcionado por uma moderada voluptuosidade no formato de seus corpos. Apesar desta nova tendência de uma aparência mais saudável ao modelo de beleza, ainda se está muito longe de alcançá-la, o que contribui imensamente para a grande profusão de cirurgias plásticas.

Em relação ao homem, houve pouca variância em relação a padrões estéticos, ao longo do tempo. Desde os primórdios da história, os homens de semblante mais rude e constituição mais “parruda” eram considerados os mais promissores, desde para prover o sustento e a segurança da família, como pela capacidade de resistir às inúmeras guerras e conflitos, entre outras características. O homem quase sempre foi mais valorizado por suas características físicas do que meramente estéticas ou intelectuais. A beleza estava intimamente ligada ao poder físico, ao poder de se impor. Não era por acaso que as figuras mais lembradas da antiguidade eram ligadas a grandes monarcas e guerreiros, como Aquiles, o Imperador Trajano ou Genghis Khan, figuras longe de serem franzinas ou puramente intelectuais.¹²

O século XX, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, trouxe uma relativa mitigação em relação ao homem. Com o fim dos conflitos de grandes proporções, a necessidade subjetiva da estética do homem belicoso foi em muito diminuída. Com o prevaletimento do capitalismo e das leis sobre a coletividade, o homem passou a ser mais valorizado pela sua capacidade de provimento financeiro do que pelo seu poder de autotutela (no sentido de defesa por meios próprios).

Atualmente, em algumas sociedades e mesmo por imposição de canais midiáticos, a estética do homem atual tenta alcançar um ponto em comum com o da mulher sob vários aspectos, tanto de personalidade, quanto na preocupação em soluções estéticas. Neste sentido, surgiram figuras mais suavizadas do homem-padrão, com denominações como “macho beta”, “metrossexuais”, entre outros, pois afinal de contas, não há mais tantas guerras a lutar, não é mais necessário caçar o próprio alimento, nem defender mais suas propriedades com as próprias mãos, esta que é tarefa do Estado.

¹² GILMAN, Sander L. Making the body beautiful: A cultural history of aesthetic surgery. Princeton: Princeton University Press, 1999. Disponível em: <<http://press.princeton.edu/chapters/s6545.html>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

1.2. Histórico da Cirurgia Plástica

A origem dos procedimentos estéticos e reconstrutivos remonta a mais de 2.000 anos atrás na Índia, época em que os hindus puniam o adultério com a decepação do nariz do agente causador. Os equivalentes a cirurgias plásticas da época tentavam reparar esta desfiguração facial e social com a remoção de pele da testa e posterior enxerto, ou pelo esticamento da pele local para que a cavidade gerada pela decepação fosse coberta. Este procedimento ficou conhecido como cirurgia de Susruta. Não há, no entanto, estatísticas que comprovem o sucesso de tal cirurgia plástica. A esta época, não havia procedimentos cirúrgicos padronizados, o que se fazia era meramente empírico e rudimentar.¹³

O tipo de cirurgia plástica iniciada pelos hindus foi aperfeiçoado em Bolonha em 1597 por Gesparo Tagliacozzi (1546-1599)¹⁴, que juntava uma porção de tecido irrigado do próprio braço do paciente, sem separá-lo, até que houvesse uma assimilação do tecido. A partir da aderência, o tecido era finalmente separado do braço e costurado sobre o buraco onde antes havia o nariz. Este procedimento teve relativo sucesso, mas ainda deixava muito a desejar. Um fato curioso é que à época, a inquisição considerava a cirurgia plástica uma atividade contrária à vontade de Deus, pois a deformidade ou a aparência menos favorecida deveria ser carregada por toda vida, sendo destino da pessoa.

Em termos de cirurgia cosmética em si, um dos primeiros procedimentos registrados foi o tratamento para rejuvenescimento das pálpebras, conhecida como “blefaroplastia”, que consiste em pequenas incisões ao redor dos olhos para levantar as pálpebras e, assim, combater o olhar de aspecto cansado ou triste. Historicamente, este procedimento é atribuído a Cornélius Celsus (25 a.C. – 50 d.C.)¹⁵, que se acredita que foi o primeiro a descrever o procedimento de incisão da pele da pálpebra superior.

¹³ GILMAN, Sander L. Making the body beautiful: A cultural history of aesthetic surgery. Princeton: Princeton University Press, 1999. Disponível em: <<http://press.princeton.edu/chapters/s6545.html>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

¹⁴ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aspectos históricos da responsabilidade civil médica. Revista Jus Vigilantibus, jun. 2003. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/300>>. Acesso em: 05 set. 2011.

¹⁵ Idem, 2003.

Cornélius Celsus foi também o criador da técnica de “rotação de retalhos”, em que porções de pele adjacentes ao órgão deformado, na maioria das vezes nariz, lábio e orelha, seriam ideais para serem transplantados nas partes afetadas, sem que houvesse grande probabilidade de rejeição e necrose. Além disso, o pesquisador registrou detalhadamente as técnicas empregadas, sendo considerado como o “pai da cirurgia plástica”.

Albucasis (1000 d.C.), renomado cirurgião prático espanhol propôs o uso de uma técnica de blefaroplastia em que se utilizava a cauterização para alterar o aspecto “caído” das pálpebras (Fig. 2).¹⁶

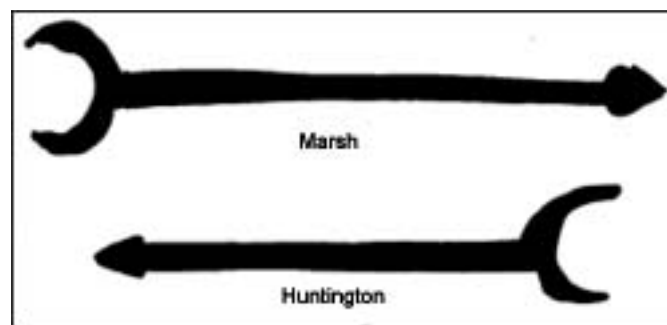


Figura 2. Instrumentos rudimentares usados na cirurgia de blefaroplastia (levantamento de pálpebras caídas).

Durante o mesmo período de 1000 d.C., uma diferente técnica de levantamento de pálpebras era utilizada em Bagdá. A pele era pinçada entre duas hastes de madeira por 10 dias. Este procedimento resultava na necrose do excesso de pele, que naturalmente se soltava, não deixando cicatrizes.

Durante a vigência do império bizantino, o médico Oribasius se notabilizou por ter criado um importante documento chamado “Synagogue Medicae”, no qual havia estudos sobre a utilização de retalhos de pele para evitar a distorção das características faciais, e também o processo de criação de fios de sutura sem tensão. O trabalho do médico foi de grande valia para as modernas técnicas médicas e cosméticas atuais.

Apenas no século XV é que houve uma nova evolução na cirurgia plástica, com os estudos de Heinrich Von Pfolspundt, que conseguiu alcançar uma completa reconstrução do nariz com excesso de pele do braço. A partir destes estudos, a

¹⁶ GILMAN, Sander L. Making the body beautiful: A cultural history of aesthetic surgery. Princeton: Princeton University Press, 1999. Disponível em: <<http://press.princeton.edu/chapters/s6545.html>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

rinoplastia foi considerada como a precursora das plásticas reconstrutoras, o que possibilitou uma melhora considerável na aparência dos mutilados nas guerras armadas.

O marco da cirurgia estética foi dado em 1871 por Jacques Joseph, em uma operação de rinoplastia para melhorar a aparência do nariz de uma mulher queixosa com a sua aparência excessivamente grande.¹⁷

Segundo POLTRONIERI (2007, p. 17), o período do séc. XV até 1869 comportou um grande avanço na cirurgia em geral, o que influenciou substancialmente o desenvolvimento da cirurgia plástica. Ainda segundo o autor, quatro fatores conjugados foram cruciais no período¹⁸:

- 1) Perda gradual da força e do poder de influência dos teólogos da Igreja Romana, que pararam os ataques à cirurgia plástica;
- 2) Com a maior liberdade de atuação, há o desenvolvimento de técnicas, procedimentos e divulgação de descobertas relativas à cirurgia plástica;
- 3) Descoberta química dos anestésicos em 1856, o que conferiu maior amplitude aos procedimentos cirúrgicos;
- 4) Maior emprego de procedimentos de assepsia, assim como substâncias anti-sépticas, desinfetantes, durante o ato cirúrgico.

Guerras e combates contribuíram mais para o desenvolvimento de cirurgias plásticas reparadoras e cosméticas do que quaisquer outros eventos na história. Feridas por arma de fogo, queimaduras, cortes por instrumentos cortantes (facas, espadas e assemelhados), acabaram por fazer com que os cirurgiões inventassem novos procedimentos para tratar desfiguramentos e ferimentos. Assim, a cirurgia reparadora teve grande impulso nos campos de batalha. Durante o século XIX, médicos norte-americanos e europeus experimentaram várias técnicas, como enxerto de pele e rinoplastia para fins de reparação. A partir da 1ª Guerra Mundial é que a cirurgia plástica se tornou efetivamente uma especialidade médica.

Além da melhoria das técnicas cirúrgicas, a invenção da anestesia cirúrgica foi outro grande impulsionador da cirurgia plástica, pois tornou os procedimentos mais seguros e menos dolorosos.

¹⁷ GILLIES, H.; MILLARD, D. R. The principles and art of plastic surgery. Boston: Little Brown, 1957 apud POLTRONIERI, 2007, p. 17.

¹⁸ POLTRONIERI, 2007, p. 18.

Em 1930 surgiu a Sociedade Científica Francesa de Cirurgia Plástica e Estética¹⁹ e, segundo Gomes (2002, p. 82), na mesma época a jurisprudência francesa considerava que os médicos seriam culpados por qualquer dano causado ao paciente.

Em 1935, no Congresso Internacional de Dermatologia em Bucareste, cunhou-se a expressão “cosmetologia”, que também englobava as cirurgias estéticas. A partir de tal fato, em 1950 foi criada a Sociedade Francesa de Cosmetologia.

O termo “cirurgia plástica” foi cunhado pela primeira vez pelo médico Eduardo Zeis em 1838, que conferiu um sentido unificado entre técnica e arte, em benefício sômato-funcional e consequente alívio psíquico.²⁰

Segundo FARINA²¹, alguns avanços comprovam o grande desenvolvimento técnico da cirurgia plástica:

- 1) Descoberta do “peeling químico” em 1960, técnica de abrasão da pele, que estimula a regeneração da pele, combatendo cicatrizes provenientes de acnes e rugas;
- 2) Lipoaspiração em 1976, constituindo um marco na história da cirurgia plástica. Esta técnica, desenvolvida por Yves Gérard Illouz, consiste na retirada de depósitos de gordura através de cânulas conectadas a um aparelho aspirador. No início, a técnica não era apurada, o que ocasionou acidentes como perfuração de órgãos e vasos. Em 1985 houve a evolução da lipoaspiração para a lipoescultura por Pierre Fournier. Esta nova técnica consistia no aproveitamento de gordura do próprio corpo para modelar outras partes, evitando rejeição pelo organismo;
- 3) Cirurgia plástica em fetos: consiste na intervenção cirúrgica dentro do útero da gestante. Um bom exemplo foi a técnica criada pelo médico brasileiro Ortiz Monastério, em que se corrige o lábio leporino no feto e este nasce sem qualquer cicatriz aparente;
- 4) Emprego do ácido retinóico e derivados do ácido glicólicos: são substâncias que têm eficácia contra estrias e manchas na pele. Não são cirurgias, mas complementares a elas ou recursos que as postergam.

¹⁹ MAGRINI, Rosana Jane. Médico-cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 809, 2003. p.142 apud PRADO, 2010, p.11.

²⁰ DAVIS, J. S. The story of plastic surgery. Annals of Surgery. v. 113. 1941. p. 641-656 apud POLTRONIERI, 2007, p. 15.

²¹ FARINA, R. Cirurgia plástica: histórias e curiosidades. Revista do Hospital das Clínicas e da Faculdade de Medicina da USP, v.1, n.4, p. 441-462, 1946 apud POLTRONIERI, 2007, p. 18.

- 5) Computação gráfica aplicada à cirurgia plástica: permitem que o médico utilize modernos recursos computacionais para simular a aparência final do paciente.

As técnicas de cirurgia plástica estão em constante evolução, sempre acompanhando a evolução da medicina e as tendências ditadas pelos movimentos culturais.

1.2.1. Histórico da cirurgia plástica no Brasil

O panorama atual das cirurgias plásticas no país revela um grande crescimento da demanda nos últimos anos, sobretudo as de cunho estético. Em pesquisa feita pelo Ibope (Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística), encomendada pelo 11º Simpósio Internacional de Cirurgia Plástica, houve a realização de 645.464 mil cirurgias plásticas em 2009, sendo que as seguintes informações foram levantadas²²:

- Do total de cirurgias plásticas, apenas 18,4% foram feitas em homens (cerca de 119 mil), sendo a maioria esmagadora de mulheres (81,6% ou cerca de 527 mil procedimentos);
- 72% dos pacientes se encontram na faixa dos 19 aos 50 anos, sendo 38% na faixa de 19 a 35 anos e 34% na faixa de 36 a 50 anos;
- Dentro das cirurgias plásticas, 73% foram estéticas e 23% foram reparadoras;
- Em relação aos procedimentos cirúrgicos estéticos, o aumento de mama correspondeu a 21% do total, enquanto que a lipoaspiração obteve 20% e a cirurgia de abdômen 15% do total;²³
- Nos procedimentos cirúrgicos reparadores, as intervenções mais recorrentes foram as relacionadas a: tumores (43%), acidentes urbanos (13%), defeitos congênitos (12%), queimaduras (12%), acidentes domésticos (7%) e reconstrução mamária (3%);²⁴

²² Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, 2009. Disponível em: <<http://www2.cirurgioplastica.org.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

²³ Vide anexo, p. 112.

²⁴ Vide anexo, p. 112.

- O ano de 2009, em comparação com 2008, teve aumento de 2,6% no número de procedimentos, sendo que houve aumento de 17% nas operações de aumento dos seios (prótese mamária);
- No período de cinco anos, até 2009, houve aumento de 30% no número de homens que fizeram cirurgias estéticas.

Os principais fatores para o crescimento acentuado da procura por cirurgias plásticas por homens são, segundo o presidente da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, Nelson Edy Guerra, o mundo competitivo (no trabalho e social), padrões de beleza impostas pela mídia e a busca pela autoestima.

Historicamente, as primeiras intervenções médicas em cirurgia plástica no país surgiram por volta de 1842, nas primeiras faculdades de medicina do país, localizadas em Salvador e no Rio de Janeiro. Neste ano, o médico Joaquim Januário Carneiro realizou o primeiro registro acerca da cirurgia plástica no país, um estudo sobre o lábio leporino.

Apenas após 1940 é que houve um grande salto na cirurgia plástica, com a criação da Sociedade Latino-Americana de Cirurgia Plástica em 1941 e da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP) em 1948.²⁵

A criação da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica permitiu o regramento da atividade no país, além da titulação de especialistas na área, contribuindo para que o país se tornasse umas das referências mundiais na cirurgia plástica.

O mais conhecido cirurgião plástico brasileiro, Dr. Ivo Pitanguy, ganhou notoriedade por seu trabalho em cirurgia plástica reparadora em pessoas queimadas, a partir de 1949. O iminente professor teve passagens por importantes instituições norte-americanas, como a Clínica Mayo, além de experiência adquirida com importantes profissionais como o Dr. Marc Iselin, francês, um dos criadores da cirurgia de mão, referência no atendimento a mutilados da 2ª Guerra Mundial. Por sua apurada técnica tanto em cirurgia reparadora, quanto em cirurgia estética, o Dr. Ivo Pitanguy, autor de mais de 800 trabalhos científicos publicados, é uma das mais importantes autoridades mundiais em cirurgia plástica e membro da Academia Brasileira de Letras.²⁶

²⁵ POLTRONIERI, 2007, p. 20.

²⁶ Idem, 2007.

A grande expansão da cirurgia plástica no país tem o seu lado negativo. A estrutura legal não tem acompanhado a evolução técnico-cirúrgica, além do restrito controle ético (POLTRONIERI, 2007, p. 20). O resultado disso é uma popularização perigosa dos procedimentos cirúrgicos estéticos, havendo, inclusive, exploração de pacotes turísticos para estrangeiros, nos quais, além de passeios, há intervenções cirúrgicas inclusas.

Outro ponto preocupante da crescente demanda por cirurgias estéticas é a profusão de cirurgiões sem a devida formação. A Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica exige que os seus especialistas tenham formação específica, além de residência, contudo, muitos pacientes não se preocupam em exigir a demonstração da proficiência, atraídos por custos menores. Isto tem impacto direto no aumento de demandas judiciais por reparação cível, pelo resultado não alcançado, sem afastar as implicações criminais e administrativas (perante o Conselho Federal de Medicina).

1.3. Histórico da Responsabilização Médica

a) Origens Históricas da Responsabilização Médica

Historicamente, o primeiro documento a tratar da responsabilização médica foi a “*Ley de Ur Nammu*”, escrito sumério também conhecido como “*Tábuas de Nippur*”, de 2.050 a.C. Este documento é o registro mais antigo sobre responsabilização médica e serviu de base para os demais códigos.²⁷

Segundo Kfoury Neto (2010, p.37), desde os primórdios havia a figura dos taumaturgos, sacerdotes ou feiticeiros, que se encarregavam de curar ou amenizar dores, fraturas e males da saúde em geral. Estas figuras eram as mais próximas dos médicos atuais e quando do seu insucesso no tratamento, eram acusados por imperícia ou incapacidade, sofrendo sanções. Tem-se, portanto, desde os tempos mais remotos, a responsabilização pelo insucesso nos procedimentos médicos.

²⁷ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aspectos históricos da responsabilidade civil médica. Revista Jus Vigilantibus, jun. 2003. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/300>>. Acesso em: 05 set. 2011.

O famoso “Código de Hamurabi” (1.790-1.770 a. C.) surgido na Babilônia, por sua vez, foi historicamente o primeiro documento a referenciar a reparação do dano causado por erro médico. Este “codex” era um apanhado de leis que regulavam a vida social, econômica e política, sendo que também trazia a responsabilização do médico, de acordo com o sucesso ou insucesso dos tratamentos médicos. O *Código de Hamurabi* era severo para os médicos considerados imperitos, podendo sofrer até pena de amputação de suas mãos, quando da morte ou lesão do paciente, por imperícia ou má prática. Pelo Código, o ressarcimento do dano era previsto quando um escravo ou animal fossem mal curados, posto o seu valor econômico como mercadoria ou por serem geradores de renda e trabalho. (KFOURI NETO, 2010, p. 38)

Segundo Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas²⁸, as situações indenizatórias mais comuns nos primórdios da responsabilização médica eram:

- ✓ O chamado “homem livre”, segundo a Lei de Talião, contida no Código de Hamurabi, em que a máxima “olho por olho, dente por dente” representava que a punição deveria ser na mesma medida que o dano causado. À época da criação deste dispositivo, no entanto, havia os homens livres ou “awilum”, os escravos e uma classe intermediária ocupada pelos “muskênum”. A regra de Talião valia, mas quando cometida por um homem livre contra um escravo ou um muskênum, a punição era branda, na forma de indenização.
- ✓ O campesino, em que a indenização a este era arbitrada pela figura de um juiz da época e podia ser financeira ou por bens. A pena de talião novamente não poderia ser requerida se o dano tivesse sido cometido por alguém de classe superior, um nobre, por exemplo, a um camponês (normalmente miserável). O mesmo valia para os equivalentes a médicos da época (taumaturgos). Se houvesse dano decorrente de procedimento médico a um nobre, a pena era severa, mas se fosse a camponeses, o máximo seria a indenização.
- ✓ O escravo também estava inserido na lógica anterior, o dano a ele só poderia ser indenizado, mas com o limitante do seu custo de aquisição.

²⁸ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aspectos históricos da responsabilidade civil médica. Revista Jus Vigilantibus, jun. 2003. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/300>>. Acesso em: 05 set. 2011.

A Lei de Moisés, que teve uma longa aplicação, aproximadamente de 1.500 a 600 a.C., também continha trechos a respeito da reparação pelo dano corporal, aplicando-se a procedimentos médicos. A Lei de Talião era igualmente utilizada, posto que a sua influência era ampla e adotada por diversos povos. Segundo DANTAS²⁹, o castigo para os médicos em caso de resultados adversos ou má prática era superior ao preço recebido pelo êxito. Sendo assim, se a cura de um homem livre fosse de dez moedas de prata, o insucesso poderia levar à amputação das mãos do médico. Mas, se o dano, seja morte ou incapacidade, fosse contra um escravo, o cirurgião era obrigado a ressarcir com outro escravo.

Durante a vigência da Lei de Moisés, houve uma codificação judaica chamada “Michna” em que havia a previsão de indenização por dano. Segundo DANTAS³⁰, a décima lei da “Michna” tratava do “Nezikin”, ou “Rhalabah” (hebraico), que significa justamente “dano”, e continha cinco situações suscetíveis de indenização:

- a) “Neze”, que era a reparação do dano (lesão) propriamente dita, variável caso o dano fosse temporário ou permanente. A Lei do Talião seria aplicada apenas no caso de dano permanente;
- b) “Tsaor”, que correspondia à dor física, medida para estimar o valor do dano corporal e assim o quantum indenizatório, se fosse o caso;
- c) “Rippui”, que significava a cura ou o período de cura, o qual era integrado ao dano, pois sendo a enfermidade consequência da violência sofrida, seria natural que o devedor, no caso o cirurgião, também reparasse os gastos despendidos com o tratamento, assim como este período em que o lesado ficasse sem trabalho;
- d) “Chevet”, ou tempo perdido, similar ao conceito de “lucros cessantes”, ou seja, a frustração do potencial acréscimo patrimonial pela vítima, situação que enseja indenização pelo período correspondente;
- e) “Bochet”, que tratava da humilhação sofrida ou honra atingida, sendo considerada no cálculo da reparação civil. É o que atualmente é chamado de prejuízo ou dano moral.

²⁹ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aspectos históricos da responsabilidade civil médica. Revista Jus Vigilantibus, jun. 2003. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/300>>. Acesso em: 05 set. 2011.

³⁰ Idem, 2003.

Assim como outros códigos da época, na “Michna”, tanto os autores quanto os ofendidos não tinham penas e reparações semelhantes. As regras eram diferentes para diferentes vítimas:

- **Crianças menores de 10 anos:** caso sofressem lesão, a indenização deveria ser dividida entre elas e seus “possuidores”;
- **Trabalhadores com deficiência física ou surdos-mudos:** quando houvesse dano a eles, estes seriam sempre considerados vítimas e, portanto, ressarcidos;
- **Escravos:** a reparação civil em relação ao escravo iria para o seu proprietário, pois se considerava que o escravo não possuía honra, condição necessária para ser pessoalmente ressarcido. Caso o escravo viesse a ficar surdo, como numa intervenção médica, o proprietário deveria ser ressarcido pelo seu inteiro valor.

Ainda segundo DANTAS³¹, alguns critérios balizavam a reparação do dano:

- O homem livre não tinha preço;
- Os ressarcimentos de lesões sofridas ao longo tempo eram independentes uns dos outros, diferindo, ainda, segundo a forma de requerimento: se o pedido de reparação era feito a cada lesão, então as indenizações eram independentes; se o pedido era feito após a última lesão, então se aplicava uma fórmula indenizatória que levava em conta o conjunto dos danos;
- O quantum indenizatório considerava a capacidade de ganhos do lesado (semelhante aos lucros cessantes, mas aqui se trata da perda pela impossibilidade de ganhos por trabalhos futuros) e a capacidade de trabalho (perda por deixar de trabalhar).

b) Direito Romano

³¹ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aspectos históricos da responsabilidade civil médica. Revista Jus Vigilantibus, jun. 2003. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/300>>. Acesso em: 05 set. 2011.

Os conceitos que fundamentam a Responsabilidade Civil nos moldes atuais receberam forte influência do Direito Romano. Diante da profusão de povos, culturas e costumes diferentes no Império Romano, muitas vezes classificados de “bárbaros”, percebeu-se em Roma que era necessário estabelecer um conjunto de regras de convivência ou leis, que serviriam como sustentáculo da república romana.

O princípio romano do *neminem laedere*³² é um princípio de direito natural e pressupõe que a vida social deve ser conduzida de modo a não causar lesão a outrem, sendo um dever geral da sociedade (conceito criado por Ulpiano, jurista romano do séc. I). Quando do acometimento de uma lesão a outrem, há o nascimento da obrigação de indenizar pelo dano causado. Esta teoria foi historicamente a base da responsabilização com indenização para lesões resultantes de procedimentos cirúrgicos.

A Lei das Doze Tábuas de 450 a.C., cerne da constituição da República Romana, representou a passagem da norma consuetudinária para a norma escrita. As penas nela previstas iam da multa ao exílio, da prisão à morte, sendo que muitas das penas tinham como princípio a sanção pela retaliação (pena de Talião).

Em Roma, a antes vigente idéia da vingança privada foi substituída pelo ideário de que o Estado é quem deveria ter o monopólio da tutela das relações interpessoais, cabendo-lhe disciplinar o quantum indenizatório quando do dano de uma pessoa a outra. A punição retaliativa ainda perdurava, porém esta passou a ser precedida da autorização do Estado para ser aplicada.

Segundo Kfoury Neto (2010, p.38), a Lei Aquília (*Lex Aquilia de Damno* – 286 a.C., República Romana) trouxe as primeiras noções de culpa, sendo também um princípio geral da reparação do dano. Nela se tipificaram algumas espécies de delitos que os médicos poderiam vir a cometer, como o abandono do doente, a recusa à prestação de assistência, os erros derivados da imperícia e as experiências perigosas. Sendo assim, estabeleceu-se a obrigação de reparar o dano, limitado, contudo, ao prejuízo econômico, ainda não considerando danos morais. Para intentar a “*actio legis Aquiliae*” (pleitear a indenização), seria necessário: **a)** que o dano tivesse causado injúria, isto é, contrariasse o direito; **b)** uma falta positiva (*in comittendo* – comissiva)³³;

32 *neminem laedere*: expressão em latim que significa “não ofender ninguém”.

33 Note que, deixar o escravo alheio morrer de fome não gerava responsabilidade, pois era culpa *in omittendo* – omissão.

c) dano *corpori corpore datum*, ou seja, o dano deveria ter sido causado por contato direto do corpo do autor com o corpo da vítima.

O Direito Romano constituiu um marco tão relevante na história do ordenamento jurídico que, Justiniano, soberano do Império Romano do Ocidente, mais tarde Império Bizantino, ordenou que fosse compilado por juristas, professores e advogados da época (528 d.C.). Foram aproveitadas as leis emanadas pelos imperadores romanos, sendo ainda reaproveitados vários “codex” clássicos, dando origem ao *Corpus Juris Civilis*³⁴ ou Código Justiniano, coleção fundamental e uma das bases dos códigos civis atuais.

c) A influência grega

A civilização grega no seu apogeu trouxe uma grande revolução na medicina, devido, sobretudo, ao desenvolvimento de métodos científicos, em contraparte à medicina até então praticada, baseada no empirismo e em métodos não científicos, muitas vezes justificados por poderes sobrenaturais, em que os poderes divinos é que determinavam a existência ou não de moléstias.

O grande marco do cientificismo médico grego foi o *Corpus Hippocraticum*³⁵, coleção de cerca de 60 tratados de temas variados iniciado por Hipócrates, a partir do século III a.C. Esta coleção de tratados gerou por volta de 70 livros e foi base fundamental dos conhecimentos médicos que se desenvolveram até os dias atuais. Um de seus documentos é o famoso “Juramento de Hipócrates”, ainda utilizado pelos médicos no mundo todo.

À época do *Corpus Hippocraticum*, houve uma inédita aproximação multidisciplinar à medicina, como a anatomia e a filosofia, que permitiram grandes evoluções em termos de diagnóstico, tratamento e cura. A medicina, então, aproximava-se cada vez mais de uma ciência, o que fez com que o Estado voltasse em sua direção, através de regulamentações mais apuradas.

O profissional da medicina, que antes era culpado pelo insucesso de suas intervenções em todas as situações, passou a ser responsabilizado não pelo resultado, mas por sua conduta em cada caso concreto.

34 *Corpus Juris Civilis*: “corpo da lei civil”.

35 *Corpus Hippocraticum*: “coleção hipocrática” ou de Hipócrates.

Segundo VAZ e REIS³⁶, a culpa médica passou a ser analisada e atestada por um colegiado de profissionais, que somente poderiam declará-la se houvesse desatenção a preceitos médicos ou pelo descumprimento de práticas e procedimentos médico-sanitários aceitos à época.

Ainda segundo VAZ e REIS, foi criada em Atenas a “Lei Geral de Reparação”, que tinha tratamento desigual entre os homens, mas distinguia o dano involuntário (culposo), a que correspondia uma indenização determinada, e o dano voluntário (doloso), de montante equivalente ao dobro do devido caso fosse o dano involuntário. Platão conseguiu emplacar uma evolução conceitual, ao propor que a Lei de Talião fosse deixada de lado, sendo a indenização baseada na idéia filosófica de que o valor compensatório a ser pago poderia transformar o sentimento de ódio em amizade. Platão inovou também ao desenvolver a idéia de dano estético, através das seguintes proposições:

- No caso de tentativa de homicídio em que culminasse em lesões, o infrator seria condenado a indenizar a vítima em uma quantia determinada “X”;
- Sendo o crime a tentativa de lesão, se esta fosse bem sucedida, o quantum indenizatório seria duplicado (= 2X);
- Se a intenção fosse produzir dano e deste resultasse em dano estético, a indenização seria triplicada (= 3 X);
- Sendo a lesão estética incurável, a indenização deveria ser em quádruplo (= 4 X).

A Grécia foi, portanto, berço tanto da Medicina como ciência, quanto das primeiras noções de indenização civil por dano estético.

d) Responsabilização médica na França

A importância de se citar a responsabilização médica na França é que o Código Civil francês é de suma importância quanto à introdução pioneira da responsabilidade

³⁶ VAZ, Wanderson Lago; REIS, Clayton. *Responsabilidade Civil e Consentimento Informado*. **Revista Jurídica Cesumar**, v.8, n.2, p. 533-568, jul/dez. 2008.

extracontratual, tendo sido referência-padrão para as legislações cíveis atuais. Esta responsabilidade extracontratual tem como fundamento a culpa efetiva e provada, sendo esta a essência da responsabilidade aquiliana, norte das legislações modernas.³⁷

A construção doutrinária e jurisprudencial francesa e o direito francês ao longo dos dois últimos séculos formaram os fundamentos da responsabilidade civil do médico com os contornos atuais. (MELO, 2008, p.5)

Segundo KFOURI NETO (2010, p.38), uma decisão da Academia de Medicina de Paris, de 1829, quase fez desaparecer a responsabilidade jurídica em relação ao médico, pois proclamara a exclusiva responsabilidade moral dos profissionais médicos. Esta decisão fazia com que, para haver a responsabilização médica, seria necessário provar falta grave, imprudência visível, manifesta imperícia. Iturraspe denominou esta doutrina de “responsabilidade eufemística”.³⁸

Iturraspe defendia que, por haver pluralidade de critérios nas questões médicas – diagnóstico, prognóstico, tratamento, cirurgia, etc. – tudo se mostrava vago, conjectural. A consequência disto é que a responsabilização do médico por negligência ou torpeza só seria possível se pudesse ser cometido por qualquer homem, não exclusivamente o servidor da medicina. Sendo assim, a culpa médica deveria ser grave, inescusável, originada de erro grosseiro, elementar. O ônus da prova caberia ao paciente.³⁹

Neste contexto, segundo KFOURI NETO (2010, p.39), questionava-se a possibilidade de ressarcimento material do dano. Estas ações eram encaradas como enriquecimento sem causa, à custa do médico, sendo considerada, ainda, “uma atividade desumana de molestá-lo, por vingança, atribuindo-lhe uma fatalidade do destino, um engodo para burlar a obrigação de pagar honorários...” (KFOURI NETO, 2010, p. 39).

Segundo Newton Pacheco⁴⁰, operou-se uma verdadeira revolução na jurisprudência a partir de 1832, devido ao processo em que atuou o procurador Dupin. Este emblemático caso se refere à decisão do médico Dr. Helie de Domfront de amputar as duas mãos de um bebê no momento do parto, por considerá-los impeditivos para a realização da operação. A família do recém-nascido ingressou em juízo contra o médico, o que polarizou a sociedade francesa, entre os que defendiam a atuação do

³⁷ LIMA, Alvino, 1960, p. 169 apud MELO, 2008, p. 5.

³⁸ ITURRASPE, Jorge Mosset. Responsabilidad por Daños – Eximentes. Buenos Aires: Ediar, 1979, t. III, p. 67 apud KFOURI NETO, 2010, p. 39.

³⁹ KFOURI NETO, Miguel. op. cit., p. 39.

⁴⁰ PACHECO, Newton. O Erro Médico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991, p. 23-24 apud KFOURI NETO, 2010, p. 39-40.

médico, como a Academia Nacional de Medicina da França e o julgado que foi a favor dos impetrantes. O médico foi finalmente condenado ao pagamento de pensão anual de 200 francos.

Nas palavras do procurador Dupin:

Do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em relação à responsabilidade puramente civil, procurar se houve de sua parte intenção culposa.⁴¹

Nos dias atuais, a reparação por dano médico é plenamente aceita. Segundo KFOURI NETO (2010, p. 41), a título de ilustração, o Tribunal Correccional de Mans (França) condenou um ginecologista a reparar as consequências civis de seu erro, este que consistiu no emprego sistemático de método cirúrgico que deixou de ter todas as garantias, em termos de segurança, que requeria a técnica particular para determinado ato.

A partir da tese de Josserand⁴², na qual os médicos deveriam responder contratualmente pelos danos resultantes de tratamento contra-indicado ou por uma intervenção infeliz, é que a Câmara Civil da Corte de Cassação Francesa, em julgado de 20 de maio de 1936, reconheceu que a responsabilidade médica tinha natureza contratual.

Na teoria jurídica francesa há o conceito de “perda de uma chance” (*La perte d’une chance*), em que se apregoa que o erro é precisamente não dar todas as chances de cura ou sobrevivência ao doente. Se o médico perdeu uma única chance, e isto se revelou danoso, ele deverá responder por isso, mesmo que de forma mitigada. “É, sem dúvida, manifestação de um espírito sancionador deveras rigoroso”. (KFOURI NETO, 2010, p. 41). No Brasil, a teoria da perda de uma chance é ainda insipiente, não constando de nenhuma legislação específica, mas tem sido utilizada, com base em construção jurisprudencial e doutrinária, ainda não amplamente aceita. Será vista mais adiante em sessão específica.

⁴¹ PACHECO, 1991, p. 25 apud KFOURI NETO, 2010, P. 40.

⁴² JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. **Revista Forense**, v.86, p. 548 apud MELO, 2008, p. 7.

As normas de responsabilização médica surgidas na França foram, além de parâmetro para a maioria das nações, também base para a legislação brasileira.

CAPÍTULO 2. Responsabilidade Civil do Médico

2.1. Responsabilidade Contratual

2.1.1. Natureza Jurídica

A responsabilidade enseja o dever jurídico sucessivo de reparar o dano ocasionado por um ato ilícito, através da reparação civil, cuja regra consiste na possibilidade de restaurar as condições “a quo” da vítima, isto é, a condição “in natura”. E na impossibilidade de se atingir tais condições, buscam-se outras formas de indenização. O referido dever jurídico sucessivo teve origem na violação de outro dever jurídico originário. Por exemplo, um indivíduo contrata um vidraceiro para trocar as janelas de sua casa, este efetua o serviço de maneira negligente e, em eventual dano, ele será responsabilizado por sua negligência, pois deveria ter cumprido a obrigação originária da melhor maneira possível.

Para um melhor entendimento, é necessário deixar clara a diferença entre dever jurídico originário e dever jurídico sucessivo.

Todos os contratos devem obedecer ao princípio do “pacta sunt servanda”, que norteia a obrigatoriedade das relações contratuais. No entanto, caso haja o desrespeito ao estipulado no contrato, ou seja, o dever jurídico originário, obrigação “a priori”, então nasce o dever jurídico sucessivo, que é a eventual responsabilidade de reparar o dano ocorrido, em razão da violação do primeiro. Cavalieri (2010, p. 2) corrobora com esse entendimento de que “[...] toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil”.

Esta diferenciação é trazida pelo próprio Código Civil de 2002 em seu art. 389 quando dispõe que, “não cumprida a obrigação [obrigação originária], responde o devedor por perdas e danos...[obrigação sucessiva]”.

A responsabilidade pode ser oriunda de uma relação contratual ou extracontratual. A responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou ilícito relativo, conforme já citado, é a que nasce quando o dever jurídico sucessivo for

oriundo da manifestação de vontade materializada pelo contrato, ensejando o dever de indenizar as perdas e danos, com base no art. 389 do Código Civil⁴³.

Já a responsabilidade extracontratual incide quando o dever jurídico sucessivo tiver origem em uma obrigação que não foi criada por um contrato. Esta responsabilidade recebe o nome de “ilícito aquiliano” ou “absoluto”, prevista expressamente no art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete **ato ilícito**”. (grifo nosso)

De fato, no que tange à responsabilidade médica, esta foi incluída no Código Civil em dispositivo relativo à responsabilidade aquiliana ou extracontratual, no art. 951.⁴⁴

A grande diferença entre as duas espécies de responsabilidade acima mencionadas diz respeito à qualidade da violação. O dever jurídico de ambas é preexistente, contudo, a violação na responsabilidade contratual possui previsão contratual decorrente do vínculo obrigacional, enquanto que na responsabilidade extracontratual esta lesão não é prevista contratualmente, mas sim na ordem jurídica.

Em outros tempos se discutia muito quanto à natureza jurídica da responsabilidade médica: se era contratual ou extracontratual, sendo que a responsabilidade médica, prevista no Código Civil de 1916, em seu artigo 1.538, localizava-se no capítulo inerente à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos⁴⁵.

Com a revogação expressa do Código Civil de 1916 pelo Código Civil de 2002, o art. 1.538 do antigo código foi substituído pelo art. 949, que está inserido no capítulo relacionado à indenização (capítulo II) por responsabilidade civil (título IX), com o seguinte texto: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. A modificação no enquadramento para o campo da “responsabilidade civil” fez com que a indenização por

⁴³ (Art. 389, CC/02): Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

⁴⁴ Art. 951, CC/02: O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte ao paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

⁴⁵ Art. 1.538, CC/1916. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grão médio da pena criminal correspondente.

responsabilização médica fosse inerentemente relacionada à relação jurídica, sendo que a responsabilidade civil é garantidora da reparação na sua violação.

Hoje o entendimento é pacífico quanto à incidência da responsabilidade contratual nesta espécie de atividade, haja vista a relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente. Neste sentido, Gonçalves (2011, p. 256) aduz:

Não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico, quando este o atende. Embora muito já se tenha discutido a esse respeito, hoje já não pairam mais dúvidas sobre a natureza contratual da responsabilidade médica.

José de Aguiar (2006, pag. 253), por sua vez, preleciona que, independentemente da responsabilidade do médico ser enquadrada nos atos ilícitos ou não, ela será contratual:

Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante a sua colocação no capítulo dos atos ilícitos. Aliás, já o dissemos, quando as duas ações, contratual e extracontratual, conduzem ao mesmo resultado, a confusão entre as duas espécies do mesmo gênero é falta meramente venal.

Contudo, Kfoury Neto entende que a responsabilidade médica pode ser de origem extracontratual, como no caso de atendimento de um médico a uma vítima qualquer na rua. Sendo assim, a responsabilidade civil médica sempre existirá, seja resultante de contrato ou não:

É claro que poderá existir responsabilidade médica que não seja oriunda de um contrato propriamente dito, por exemplo, o médico que atende vítima desmaiada na rua. A obrigação de reparar o dano, entretanto, sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele. (KFOURI NETO, 2010, p. 58)

Temos assim, que a posição majoritária considera que a atividade médica tem natureza jurídica contratual, não desconsiderando, contudo, situações peculiares extracontratuais que também a induzem.

2.1.2. Obrigação de meio e de resultado na atividade médica

A obrigação de meio na atividade médica refere-se ao comprometimento, pelo profissional médico, do emprego da melhor forma possível de suas técnicas e esforços, mas não há a mesma garantia no que tange ao resultado. O médico pode tentar a cura do paciente, mas não prometé-la. Neste caso, a responsabilização recai na comprovação de culpa do médico pelo paciente, na seara da responsabilidade subjetiva.

Neste sentido aduz Rui Stoco (2011, p. 628):

Ora, na obrigação de meio o que se exige do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. Esse tipo de obrigação é o que aparece em todos os contratos de prestação de serviços, como o de advogados, médicos, etc. Dessa forma, a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária e normal dessa profissão para o melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la.

Já na obrigação de resultado, o médico deve alcançar um resultado “previsto, antecipado e anunciado” (STOCO, 2011, p. 629). Assim ocorre na cirurgia estética, em que o médico assume a responsabilidade de alcançar um resultado previamente ajustado com o paciente. Na obrigação de resultado há a presunção da culpa, devendo o médico provar que não agiu com culpa, alegando que o resultado não foi alcançado por fatores além de sua atuação, operando alguma excludente de responsabilidade.

Importante estabelecer qual o tipo de obrigação que deve ser aplicada a cada espécie de cirurgia, reparadora ou estética. Esta diferenciação diz respeito à questão da presunção de culpa, pois na obrigação de meio ela não existe, assim, o paciente ou sua

família devem provar que o médico agiu de forma negligente, imprudente ou imperita.⁴⁶ Já na obrigação de resultado incide esta presunção de culpa.

O doutrinador Nehemias⁴⁷ traz em sua obra ambos os conceitos:

Obrigação de meio (...) o lesado somente logrará obter indenização se provar, e esse é seu ônus, que os resultados somente não foram atingidos porque o profissional não agiu com a diligência e os cuidados exigidos para a realização do contrato. Em contrapartida, a obrigação de resultado (...) bastará ao credor demonstrar que o objetivo colimado não foi atingido, para fazer surgir a obrigação de indenizar por parte do prestador de serviço. Trata-se de presunção de culpa, o que significa dizer que o consumidor se libera do ônus probatório transferindo este ônus para o profissional que deverá demonstrar, de maneira cabal, que agiu com prudência, diligência ou perícia desejada ou, ainda, provar a ocorrência de força maior ou caso fortuito.

A diferenciação entre a obrigação de meio e a obrigação de resultado também norteia a distinção entre duas modalidades de cirurgia plástica, a cirurgia reparadora e a cirurgia meramente estética.

A cirurgia reparadora, em regra, tem a finalidade de corrigir deformidades congênitas e aleijões que dificultam o funcionamento fisiológico de alguma função do paciente. Já a cirurgia estética visa reparar apenas um descontentamento que o paciente tem com a sua imagem.

Conforme o jurista Miguel Kfoury Neto, em sua obra acerca do tema (2010, p. 166), “a cirurgia estética propriamente dita é aquela que busca corrigir imperfeições da natureza; a cirurgia reparadora tem por fim reparar verdadeiras enfermidades, congênitas ou adquiridas”.

O professor Roberto Senise⁴⁸ também traz o conceito de ambas as cirurgias:

⁴⁶ Segundo, CAVALIERI FILHO (2010, p. 36):

Imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação.

Negligência é a mesma falta de cuidado, porém por conduta omissiva.

Imperícia decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica.

⁴⁷ MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por erro Médico: doutrina e jurisprudência. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 67.

⁴⁸ LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 346.

A cirurgia estética possui por causa a insatisfação pessoal do paciente pura e simplesmente com a sua imagem, enquanto a cirurgia reparadora ou de correção pressupõe uma deformidade física anterior ou aleijão oriunda de acidente ou outro fator.

Já o professor Fabrício Zamprogna Matielo entende que a cirurgia meramente estética é a que procura melhorar a aparência física externa, mas quando a cirurgia estética é na recuperação de lesões externas por acidentes ou defeitos congênitos, ela se chamará terapêutica ou reparadora. Assim, conforme o autor:

Cirurgia estética deve-se entender aquela que busca melhorar a aparência física externa do paciente pelo manejo dos contornos corporais tidos por deficientes ou incorretos. Quando utilizada para a recuperação de queimados de todos os graus, na restauração de membros lacerados por acidentes de automóveis, na reconstituição de partes do corpo suprimidas por cirurgias de controle de doenças como o câncer, como mecanismo de reparação de males congênitos e em tantos casos assemelhados, a cirurgia plástica recebe a denominação de terapêutica ou reparadora, exatamente porque se destina a corrigir uma falha orgânica ou funcional provocada por fatores exógenos, ainda que com origem endógena. Há nela conteúdo de essencialidade ou, ao menos, indicação clínica de necessidade para retorno as condições originais. Não é fruto de vaidade, capricho ou de exigências psicológicas simples, mas tendentes a devolver ao paciente tudo aquilo que fisicamente lhe foi suprimido pelo episódio lesivo, ou minimizar as conseqüências deste mediante redução dos efeitos desagregadores. (MATIELO, 2006, p. 63)

Oportuno trazer alguns exemplos baseados na obra do professor e cirurgião plástico Juarez Moraes Avelar⁴⁹:

⁴⁹ AVELAR, Juarez Moraes. Cirurgia Plástica: obrigação de meio. São Paulo: Hipócrates, 2000 apud GONÇALVES, 2011, p. 263.

As deformidades físicas adquiridas como sequelas de algum tipo de trauma facial (acidente de automóvel, queimadura, amputação, mordida de animal, de ser humano, etc.), ou devido à ressecção (remoção de tecido) de tumor (câncer), com destruição parcial ou total de lábios, nariz, pálpebras e orelhas, geralmente alteram o contorno facial e reclamam a reconstrução para a recomposição da auto-imagem do paciente.

Nos exemplos supra mencionados aplicar-se-á a cirurgia reparadora, pois a referida cirurgia nestes casos visa corrigir deformidades, defeitos físicos que comprometem o bom funcionamento da atividade morfológica da vítima.

Já a cirurgia meramente estética não tem como objeto principal o bom funcionamento das atividades humanas e sim a correção de imperfeições em âmbito estético apenas, buscando uma maior harmonia na imagem do paciente, como, por exemplo, colocação de próteses mamárias, correção das orelhas de abano, eliminação de rugas.

As figuras abaixo mostram claramente a diferença entre as duas modalidades de cirurgia plástica, sendo a primeira com fins meramente estéticos e a segunda para restaurar funções comprometidas devido a acidente, no caso, deglutição e respiração:



Cirurgia estética no nariz (Rinoplastia)

Cirurgia reparadora de reconstrução facial

Figura 3. Ilustração comparativa entre cirurgia plástica estética e reparadora.

Outra peculiaridade importante quanto à distinção das referidas cirurgias em questão diz respeito à própria necessidade de sua realização. Enquanto a cirurgia meramente estética nunca é urgente, não restando em nenhum prejuízo se o paciente

optar em não realizá-la, a não realização da cirurgia reparadora poderá acarretar prejuízos a vítima, posto a sua finalidade curativa.

Apesar das peculiaridades de cada cirurgia, oportuno deixar consignado que elas possuem uma importante relação entre si, pois a cirurgia reparadora, para atingir o seu objeto principal de forma válida, não basta que se corrija a deformidade, da melhor forma possível, mas também que se atenda a parâmetros e princípios existentes no campo da estética, como, por exemplo, harmonia, simetria, entre outros aspectos.

Assim, quando falamos em responsabilidade médica em cirurgias reparadoras, aplicamos a obrigação de meio, pois o objeto principal desse contrato não é a cura propriamente dita, mas sim a aplicação dos serviços médicos da melhor forma possível visando corrigir deformidades que dificultam o bom funcionamento de determinada função do corpo do paciente.

Neste sentido Roberto Senise Lisboa (2010, p. 346) aduz:

Na cirurgia estética prevalece a teoria da obrigação de resultado, todavia não se pode exigir do profissional que a mesma solução seja conferida para a cirurgia de reparação, que não logra o êxito, em muitos casos, que é recompor a integridade física do paciente ao estado no qual ela se achava antes do sinistro. **Logo, na cirurgia reparadora adota-se ainda a obrigação de meio** (...). (grifo nosso)

Já, quando falamos em cirurgias meramente estéticas, em razão das suas peculiaridades já exaustivamente mencionadas, o entendimento majoritário é sobre a aplicação da obrigação de resultado, pois neste caso o médico se compromete a alcançar um resultado específico, pois seria incoerente pensar que um paciente contrataria um cirurgião plástico, pagaria por seus serviços e passaria por uma cirurgia visando apenas o “talvez”, ou seja, algo futuro e incerto. Em função da obrigação de resultado, a maioria da doutrina também entende pela prevalência da responsabilidade objetiva na atividade médica estética.

Corroborando com esse entendimento a maioria da doutrina como, por exemplo, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 263):

(...) A obrigação que assumem é de resultado. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas

pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória.

Rui Stoco (2011, p. 629) assim trata do assunto: “Em se tratando de cirurgia meramente estética não há como deixar de afirmar a obrigação de resultado do médico”.

Maria Helena Diniz (2011, p. 330), sobre o tema, discorre:

Há casos em que se supõe a obrigação de resultado com sentido de cláusula de incolumidade, como ocorre na cirurgia plástica estética (...), hipóteses em que sua responsabilidade civil será objetiva e não subjetiva.

Entretanto, alguns doutrinadores não compartilham o entendimento majoritário acima exposto, como o doutrinador Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁵⁰, que considera a correção pela obrigação de meio. Assim aduz o autor:

Acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião plástico uma obrigação de meio. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea esta presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico.

O autor dispõe que, ainda que “algum cirurgião plástico ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco”.

O professor e cirurgião Juarez Moraes Avelar, em sua obra⁵¹, também defende não se tratar de obrigação de resultado quando se tratar da responsabilidade médica na cirurgia estética, mas sim obrigação de meio:

⁵⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 84, n. 718, p. 40, ago. 1995 apud GONÇALVES, 2011, p. 263.

A aplicação em regra aduz sobre a existência de componentes psicológicos que podem interferir decisivamente nas reações orgânicas dos pacientes, bem como uma série de outros fatores, como a conduta pós-operatória individual, que o levaram a optar pelo título de sua obra. Sustenta o mencionado autor que a cirurgia plástica é uma especialidade, como as demais áreas da medicina, exposta as reações imprevisíveis do organismo humano e indesejadas consequências, sendo justo e humano considerá-la obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado.

O doutrinador CAVALIERI FILHO (2010, p. 397), acatando parcialmente o pensamento majoritário, entende que a cirurgia estética seja sim obrigação de resultado, porém defende a aplicação da responsabilidade subjetiva, em face do art. 14, parágrafo 4º, do Código de Defesa Consumidor:

(...) A indagação só cria embaraço para aqueles que entendem que a obrigação de resultado gera sempre responsabilidade objetiva. Entendo, todavia, que a obrigação de resultado em alguns casos apenas inverte o ônus da prova quanto a culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida. O Código do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de sua responsabilidade continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo, continuam a ser-lhes aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assumem obrigação de meio; e as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem obrigação de resultado.

O entendimento de Cavalieri é no sentido da aplicação do parágrafo 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, em que há a previsão da responsabilidade subjetiva aos profissionais liberais. No que diz respeito ao elemento da “culpa”, seria

⁵¹ AVELAR, Juarez. op. cit. apud GONÇALVES, 2011, p. 263.

aplicado o art. 6º, VIII⁵² deste código, permitindo a inversão do ônus da prova em razão da hipossuficiência técnica do paciente. Destarte, caberia ao médico provar que não teve culpa ou mesmo uma das excludentes que será visto em momento oportuno.

Independentemente de posições doutrinárias divergentes, a aplicação da obrigação de resultado à cirurgia estética significa dizer que neste tipo de obrigação médica ocorrerá a presunção da culpa, ou seja, o paciente que contratou o especialista da área médica para realizar determinada cirurgia de caráter estético não precisa provar que o médico agiu com culpa (sentido lato), pois ela é presumida. Isso não significa dizer, no entanto, que a vítima não terá que provar os outros elementos que compõem a responsabilidade civil, tais como, a conduta omissiva ou comissiva, o dano efetivo e o nexo de causalidade entre a conduta realizada pelo médico e o resultado danoso.

2.1.3. O Consentimento Informado

O consentimento informado consiste na informação prestada pelo médico ao paciente, sobre os detalhes do tratamento ou procedimento cirúrgico e, após o devido esclarecimento, há a possibilidade de anuência (consentimento) para que este se proceda.

O consentimento é ato jurídico unilateral, com conotação de liberdade, consciência e livre-arbítrio, sendo prévio ao contrato de serviço médico. No processo de informação, o médico deve apresentar tecnicamente quais os procedimentos pelos quais o paciente será submetido, os benefícios, as implicações, a evolução do tratamento, os custos e todos os riscos incidentes. Isto também é chamado de “disclosure” e decorre do fato de que todo paciente tem direito à informação, devendo ser plena e total, sem rebuços ou tergiversações.⁵³

A aquiescência do paciente está ligada ao princípio da autonomia, que determina a realização do serviço, no que tange à relação médico-paciente. Em outras palavras, após explanação do profissional, o paciente terá autonomia de vontade e, caso seja pela aprovação do tratamento, o médico deverá dar prosseguimento, constituindo obrigação

⁵² (Art. 6º, CDC): são direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências

⁵³ Cf. STOCO, 2011, p. 669.

moral. É, ainda, intimamente ligado ao princípio da dignidade humana e aos princípios bioéticos e de ética médica. Acerca do tema, José Carlos Maldonado de Carvalho assim dispõe: “O consentimento – expresso ou tácito – legitima o tratamento médico-cirúrgico, individualizando o objeto do contrato, aclarando o conteúdo, a extensão e todas as fases da prestação ajustada”.⁵⁴

Qualquer informação omitida, mal explicada ou transmitida de forma imprecisa tem a potencialidade de ser arguida judicialmente como fato causador de eventual dano, resultante da atividade médica. Contudo, há a possibilidade de não se transmitir a informação diretamente ao paciente. Segundo o art. 34, do Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009), é vedado ao médico: “*deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal*”. É o caso de paciente com grave risco de vida e que a comunicação do iminente desenlace fatal pode levar à sua abreviação.

O Código de Ética Médica também dispõe acerca da obrigatoriedade de consentimento do paciente ou de seu representante legal, no art. 22: “*É vedado ao médico: deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte*”. A ressalva se refere à superposição do princípio do benefício sobre o princípio da autonomia da vontade do paciente, em que, mesmo que não haja consentimento pelo paciente ou seu representante, o médico pode optar por salvá-lo do risco iminente de morte.

No que tange à cirurgia estética, segundo STOCO (2011, p. 670), “a informação deve ser completa e exaustiva, inclusive quanto ao uso de novos medicamentos ou novas técnicas cirúrgicas ou não cirúrgicas”. Ainda segundo o autor, a informação deve ser transmitida de modo compreensível ao leigo, posto que deverá propiciar ao paciente a capacidade para decidir sobre o “tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta”.⁵⁵

Não se confunde o “termo de consentimento” com o “termo de responsabilidade”. Este se refere às informações requisitadas, em questionário, sobre o

⁵⁴ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Iatrogenia e erro médico. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 84 apud STOCO, 2011, p. 669.

⁵⁵ STOCO, 2011, p. 669.

histórico da saúde do paciente, estilo de vida, vícios, etc., que servirão para o convencimento do médico para fazer procedimento com o maior grau de segurança possível.

Em um julgado do Superior Tribunal de Justiça, a egrégia corte considerou que a falta do consentimento informado pode ocasionar em negligência no exercício da profissão:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CONSENTIMENTO INFORMADO. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar – nos casos mais graves – negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com o maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (STJ – REsp. 2002.0025859-5. 4ª Turma. Rel. Ruy Rosado de Aguiar. J. 01 out. 2002. DJ 18/11/2002 – RSTJ 168/406).

Em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, este considerou o hospital responsável solidário com o médico de seu quadro que deixou de obter o consentimento informado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. SANTA CASA. CONSENTIMENTO INFORMADO. A Santa Casa, apesar de instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro de seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido. (STJ – REsp. 467.878-0. 4ª Turma. Rel. Ruy Rosado de Aguiar. j. 10 fev. 2003 – RSTJ 174/413).

A responsabilidade médica poderá surgir, então, previamente à intervenção cirúrgica. Sendo a informação precária e insuficiente, “poderá surgir a obrigação de reparar, se ocorrer um dano, quase sempre de natureza patrimonial e moral” (STOCO, 2011, p. 671). Contudo, segundo STOCO (2011, p. 671), para que o médico se livre do dever de reparação, ele terá que provar que o paciente teria feito a intervenção mesmo que não informado adequadamente.

2.1.4. Princípios aplicáveis ao contrato médico

2.1.4.1. O Contrato Médico

O contrato médico é um negócio jurídico celebrado entre as partes, ou seja, entre o paciente e o seu médico, que em regra assume apenas a responsabilidade de prestar seus serviços profissionais da melhor maneira possível, não se aplicando, no entanto, aos casos de cirurgia estética, conforme discutido anteriormente.

Uma discussão recorrente é se o contrato médico seria de prestação de serviços ou um contrato *sui generis*, ou seja, peculiar, de características próprias. O doutrinador Cavalieri (2010, p. 385) entende que o contrato médico tem natureza *sui generis*, em razão das peculiaridades que versam esse tipo de contrato:

Tendo em vista que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda e protetor do enfermo e de seus familiares, parece-nos mais correto o entendimento daqueles que sustentam ter a assistência médica a natureza de contrato *sui generis* e não de mera locação de serviços.

O mesmo autor também dispõe que essa discussão não tem muita relevância, visto que trata-se de responsabilidade contratual, não alterando a responsabilidade médica em eventual prejuízo à vítima.

O contrato médico pode ser realizado de diversas formas, conforme dispõe o autor Fabrício Zamproga Matielo (2006, p. 48): “Esse acordo pode ser feito pelas mais variadas formas, tanto verbalmente como por escrito, seja por telefone, por carta, pessoalmente ou de qualquer modo suscetível de prova”.

Podemos classificar o contrato médico como inominado (ou atípico), de direito privado de consumo, sinalagmático, oneroso, informal, consensual:

- **Atípico ou inominado:** a formatação é livre, não estando vinculado a forma pré-estabelecida pelo diploma brasileiro civil, devendo apenas respeitar a função social do contrato e o princípio da boa fé;
- **Contrato de Direito Privado de consumo,** pois é acordo de vontade entre um tomador de serviço (paciente) e o prestador de serviço (médico);
- **Contrato bilateral ou sinalagmático:** consiste naquele contrato que traz obrigações recíprocas para as partes. O médico no referido contrato realiza uma obrigação de “fazer a cirurgia”, por exemplo, e em contra partida o paciente assume a obrigação de “dar o pagamento devido”;
- **Oneroso,** pois ambas as partes auferem vantagens, o que se traduz em pecúnia para o médico e a intervenção com objetivo de cura (em obrigação de meio) ou a satisfação do resultado (em obrigação de resultado);
- **Informal ou não-solene:** o contrato não precisa de formalidades especiais, que visem uma maior segurança, como no caso do registro de imóveis. Basta a aceitação entre o médico e o paciente.
- **Consensual:** o contrato médico é considerado formado com a simples proposta e aceitação.

Além das características contratuais típicas aplicadas ao contrato médico, há também características próprias que o tornam particular, *sui generis*, em razão da especificidade da atividade profissional. Serão vistas logo a seguir.

2.1.4.2. Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva tem previsão expressa no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, bem como no art. 422 do Código Civil, in verbis:

Art. 4º, CDC: (...) III – Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CF/88), sempre com base na **boa fé** e

equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (grifo nosso)

Art. 422, CC. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e **boa fé**. (grifo nosso)

Oportuno trazer a diferenciação da boa fé objetiva e subjetiva.

Leonardo de Medeiros Garcia, em sua obra⁵⁶, traz o conceito da boa fé objetiva:

(...) Constitui um conjunto de padrões éticos de comportamento, aferíveis objetivamente, que devem ser seguidos pelas partes contratantes em todas as fases da existência da relação contratual, desde a sua criação, durante o período de cumprimento e, até mesmo, após a sua extinção.

O doutrinador Fernando Noronha⁵⁷ assim dispõe acerca do tema:

A boa-fé subjetiva diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; já a boa-fé objetiva a elementos externos, as normas de conduta que determinam como ele deve agir. Num caso está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, esta de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, a outra, boa-fé princípio.

Os contratos médicos devem obedecer ao princípio da boa-fé objetiva, que norteia a conduta das partes, que devem agir com lealdade, probidade e confiança recíprocas, no limite da função social do contrato. A formalização do contrato tem como objetivo principal evitar a ocorrência de diversos tipos de abusos, pois os contratantes desde logo devem agir de forma adequada e justa, almejando sempre que o seja cumprido integralmente e de forma equilibrada, podendo a vítima, no caso de descumprimento contratual, utilizar-se dos dispositivos tanto do Código de Defesa do Consumidor, quanto do Código Civil. Estes códigos trazem em seus diplomas a boa fé

⁵⁶ GARCIA, Leonardo de Medeiros. op. cit. p. 46.

⁵⁷ NORONHA, Fernando. Os direitos dos contratos e seus princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 132.

objetiva, sendo possível, ainda, utilizar-se do recurso da “teoria do diálogo das fontes”, a qual traz a possibilidade de fusão entre os respectivos diplomas jurídicos. Esta teoria será explicada posteriormente com mais detalhes.

2.1.4.3. Princípios aplicáveis segundo o Código de Ética do Conselho Federal de Medicina

O Código de Ética Médica, Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/09, expedido pelo Conselho Federal de Medicina, traz as regras gerais que regulam a atividade médica.

Antes da vigência do novo Código de Ética Médica de 2009, havia grande descontentamento dos pacientes nos resultados da cirurgia estética, muitas vezes pela falta de informação sobre o tratamento estético. Sendo assim, foram expedidas duas resoluções abordando o assunto, a resolução nº 1.621/01 e a resolução nº 1.711/03.

A resolução nº 1.621/01 trouxe alguns esclarecimentos sobre a cirurgia estética, determinando que não existe diferença entre a cirurgia reparadora e a estética, pois entende tratar-se de uma especialidade única, indivisível e, assim, seria uma obrigação de meio, conforme os artigos 1º e 4º.⁵⁸

Entretanto, o entendimento jurídico majoritário não é o apresentado, pois as cirurgias são distintas entre si, conforme explicado anteriormente. Deste modo, a responsabilidade do médico será definida pelo tipo de obrigação assumida pelo médico e seu paciente, assim, entende-se pela aplicação da obrigação de resultado nas cirurgias meramente estéticas. Contudo, em que pese a posição majoritária, o Conselho Federal de Medicina entende que mesmo nas cirurgias estéticas o médico não pode comprometer-se a determinado resultado, pois mesmo nesse tipo de cirurgia os riscos de uma intervenção médica estão presentes, defendendo, então, que deve ser aplicada nesse caso a responsabilidade subjetiva.

⁵⁸ (Art. 1º, Res. CFM 1.621/01) - A Cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente.

(Art. 4º, Res. CFM 1.621/01) - O objetivo do ato médico na Cirurgia Plástica como em toda a prática médica constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado.

A resolução também traz de forma expressa o dever do médico em passar todas as informações necessárias ao paciente sobre a cirurgia em questão, com fulcro no art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º - Na Cirurgia Plástica, como em qualquer especialidade médica, não se pode prometer resultados ou garantir o sucesso do tratamento, **devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento.** (grifo nosso)

O dever à informação é um princípio também previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, art. 4º, IV⁵⁹, bem como no art. 6º, III⁶⁰, como direito básico do consumidor, dispondo que a informação deve ser impreterivelmente transmitida de forma ostensiva ao consumidor.

Assim, o médico tem como dever buscar sempre atualizar-se sobre o progresso da ciência, podendo, deste modo, informar da melhor forma possível sobre os tratamentos e medicamentos existentes, bem como orientar o paciente e sua família quanto aos riscos e benefícios existentes.

O dever de informar também pode ser encontrado no art. 15 do Código Civil: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Ao se analisar este dispositivo, se conclui que, quem não pode ser constrangido também não pode ser enganado, pois, ao conhecer todas as informações, terá parâmetro para decidir sobre a realização ou não da cirurgia.

Outra questão importante é sobre o conteúdo da informação prestada pelo médico no caso concreto, sendo que, segundo o Cavalieri (2010, p. 394), há unanimidade na doutrina sobre este assunto:

Todas as informações necessárias e suficientes para o pleno esclarecimento do paciente quanto aos aspectos relevantes para a formação de sua decisão de submeter-se ao procedimento, tais como

⁵⁹ (Art. 4º, CDC): A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: IV, - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

⁶⁰ (Art. 6º, CDC). São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

os riscos, conseqüências do tratamento, chances de êxito, efeitos colaterais e outros aspectos relevantes.

Após dois anos da edição da resolução nº 1.621, fora editada a resolução nº 1.711 em 2003, com dispositivos dos Princípios Fundamentais do então vigente Código de Ética Médica, de 1965. A resolução nº 1.711/03 trouxe relevantes esclarecimentos sobre a cirurgia de lipoaspiração e, o mais importante, trouxe expressamente a possibilidade de responsabilização do médico que realizar procedimentos médicos sem o consentimento prévio do paciente:

[A Resolução CFM no 1.711/2003] estabelece parâmetros de segurança que devem ser observados nas cirurgias de lipoaspiração, visando garantir ao paciente o direito de decisão pós-formada e aos médicos, os limites e critérios de execução.

CONSIDERANDO que é vedado ao médico efetuar procedimentos sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo nos casos de iminente perigo de vida (art. 46 CEM);

CONSIDERANDO que é vedado ao médico desrespeitar o direito de livre decisão do paciente quanto à execução de prática terapêutica (art. 56 do CEM).⁶¹

Importante deixar claro que o dever de respeitar a livre decisão do paciente está intimamente ligado ao dever à informação, uma vez que o paciente devidamente informado estará apto para decidir pelo eventual tratamento terapêutico ou não.

Assim, apesar do médico em regra não ser responsabilizado pelos riscos inerentes da atividade exercida, deve sempre estar munido do consentimento do paciente ou de sua família, evitando, assim, esta responsabilização. É importante lembrar que cabe ao médico o ônus da prova, no que diz respeito ao consentimento informado.

Para um melhor entendimento das questões suscitadas, cabe trazer alguns esclarecimentos sobre o que são “riscos inerentes”. Conforme entendimento do doutrinador Cavalieri:

⁶¹ Referem-se à parte introdutória da Resolução 1.711/2003 do Conselho Federal de Medicina – CFM.

Há riscos que são inerentes a certos serviços, intrinsecamente atados à sua própria natureza e modo de funcionamento – como, por exemplo, os serviços médicos – hospitalares. A cirurgia de uma pessoa idosa ou mesmo outros tipos de cirurgias e tratamentos, por si só, representa riscos que não podem ser evitados ainda que o serviço seja prestado com toda a técnica e segurança. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.174)

Os riscos inerentes na atividade médica são, portanto, ligados intrinsecamente às características tanto do procedimento a ser realizado, quanto do paciente. Estes riscos estão no campo na inevitabilidade, ou seja, insuscetíveis de serem afastados, mesmo que se empreguem todos os procedimentos técnicos e de segurança. Por isso, o médico, para evitar responsabilidades, deve prestar seus serviços sempre da melhor forma possível, informando o paciente sobre todas as nuances envolvidas em eventual tratamento terapêutico ou intervenção cirúrgica, bem como ter sempre o consentimento do paciente ou de sua família, na hipótese da impossibilidade do paciente por si só anuir.

Por fim, o Conselho Federal de Medicina expediu recentemente a importante resolução nº 1.974/2011, que regula a participação direta ou indireta do profissional de medicina em propagandas, anúncios, que versem sobre a sua atividade profissional. Esta resolução tem como finalidade combater a mazela da autopromoção e do sensacionalismo que anda cercando a profissão médica, evitando o seu irremediável desprestígio com esta prática.

A importância da regulação dos anúncios relativos à atividade médica, no caso da cirurgia estética, está justamente no binômio resultado e informação. A propaganda não pode criar expectativas que não serão traduzidas na realidade, nem omitir informações sobre os procedimentos cirúrgicos, sob o risco de serem enganosas e invadirem a esfera dos direitos do paciente.

A resolução em seu art. 1º conceitua o que seria anúncio, publicidade ou propaganda, trazendo um único conceito para todas essas ferramentas de marketing, não as diferenciando.⁶²

⁶² (Art. 1º, Res. 1.974/2011) - Entender-se-á por anúncio, publicidade ou propaganda a comunicação ao público, por qualquer meio de divulgação, de atividade profissional de iniciativa, participação e/ou anuência do médico.

Já o artigo 2º da resolução nº 1.974/2011 determina quais são as informações necessárias que os anúncios precisam conter quando tratar-se da pessoa física do médico, tais como: o nome do profissional, a sua especialidade e o número da inscrição no Conselho Regional de Medicina.

Visando evitar a falsa impressão de que determinado aparelho possui atributos além de sua capacidade, a referida resolução proíbe que o médico utilize aparelhos nos anúncios e, conforme art. 3º, alínea “a”⁶³.

O Art. 3º, alínea “i”⁶⁴, veda a possibilidade de o médico oferecer seus serviços por meio de consórcio ou similares. O intuito da resolução foi o de combater a mercantilização fútil da atividade médica, pois o referido exercício não deve ter como finalidade única a obtenção de lucro, uma vez que estamos falando do maior bem tutelado pelo direito, “a vida”, conforme citação de Gisele Lenzi⁶⁵: “A facilidade no pagamento com natureza de crediário acaba desvalorizando o trabalho do médico e banalizando os riscos de uma cirurgia”.

A resolução, em seu art. 3º, inciso “k”⁶⁶, também traz a impossibilidade do médico garantir a obtenção de determinado resultado, uma vez que, como anteriormente explicado, em regra aplica-se a obrigação de meio à atividade médica, pois este profissional não tem a obrigação de cura e sim apenas aplicar as melhores técnicas existentes e possíveis ao caso concreto. Este dispositivo, conforme entendimento do Conselho Federal de Medicina, também se aplica quando o objeto da propaganda ou anúncio é a cirurgia estética.

Outra vedação que a resolução traz está no seu art. 3º, incisos “d” e “f”⁶⁷, quanto à impossibilidade de o médico utilizar, em sede de propaganda, métodos ou técnica que não passaram pelo crivo da comunidade científica, evitando, assim, que o médico

⁶³ (Art. 3º, Res. 1.974/2011) - É vedado ao médico: a) anunciar aparelhagem de forma a lhe atribuir capacidade privilegiada.

⁶⁴ (Art. 3º, Res. 1.974/2011) – É vedado ao médico: i) Oferecer seus serviços por meio de consórcio e similares.

⁶⁵ LENZI, Gisele Ilana. Resolução nº 1.974/2011 do Conselho Federal de Medicina à luz do Consumidor. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3050, 7 nov. 2011. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/20378>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

⁶⁶ (Art. 3º, Res. 1.974/2011) – É vedado ao médico: k) Garantir, prometer ou insinuar bons resultados do tratamento.

⁶⁷ (Art. 3º, Res. 1.974/2011) – É vedado ao médico: d) Permitir que seu nome seja incluído em propaganda enganosa de qualquer natureza; f) Fazer propaganda de método ou técnica não aceito pela comunidade científica.

incorra em propaganda enganosa ou abusiva, condutas ilícitas previstas tanto no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 37⁶⁸, quanto no Código de Ética Médica.

Ao médico também é vedado oferecer consultoria eletrônica ao invés da consulta pessoal aos pacientes, conforme o art. 3º, inciso “j”⁶⁹. Este artigo foi inserido em razão da grande disseminação dos fóruns de perguntas e respostas na internet, que visam captar clientes por meio dessa ferramenta.

O art. 5º da resolução dispõe sobre o conteúdo dos anúncios quando versar sobre pessoa jurídica, determinando ainda, em seu parágrafo 1º, que os planos de saúde, seguradoras e estabelecimentos hospitalares devem seguir as diretrizes do Conselho Federal de Medicina.⁷⁰

O art. 9º da referida resolução também impossibilita que o médico pratique determinadas condutas almejando a sua autopromoção e sensacionalismo. A professora Gisele traz as hipóteses que podem restar na configuração desses dois institutos vedados:

O sensacionalismo é a propaganda feita de forma exagerada, que exalta determinado profissional ou clínica passando a imagem de ser a única capaz de cuidar do caso. Neste sentido, usar o profissional da área médica de dados estatísticos falsos para seu próprio benefício. Veicula informações que possam causar intranquilidade, pânico ou medo social. E ainda, utilizar de representações visuais sedutoras para fazer promessa de resultado.⁷¹

E por fim, o médico não pode utilizar, com base no art. 10⁷² da referida resolução, a imagem do paciente visando divulgação de caráter pessoal, salvo quando for para meios científicos, devendo o paciente autorizar tal divulgação previamente. A

⁶⁸ (Art. 37, CDC). É proibida toda publicidade enganosa e abusiva

⁶⁹ (Art. 3º, Res. 1.974/2011) – É vedado ao médico: j) Oferecer consultoria a pacientes e familiares como substituição da consulta médica presencial.

⁷⁰ (Art. 5º, Res. 1.974/2011) - Nos anúncios de clínicas, hospitais, casas de saúde, entidades de prestação de assistência médica e outras instituições de saúde deverão constar, sempre, o nome do diretor técnico médico e sua correspondente inscrição no Conselho Regional em cuja jurisdição se localize o estabelecimento de saúde.

⁷¹ LENZI, 2011, op. cit.

⁷² (Art. 10, Res. 1.974/2011) – Nos trabalhos e eventos científicos em que a exposição de figura de paciente for imprescindível, o médico deverá obter prévia autorização expressa do mesmo ou de seu representante legal.

professora Gisele aduz em seu artigo que esta previsão evita os favores médicos: “Ficam vedados desta forma os comuns "favores médicos", onde artistas são submetidos à cirurgia plástica gratuita, divulgando o trabalho do médico realizador em troca”.⁷³

2.2. Responsabilidade civil do médico segundo Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor tem previsão expressa na nossa carta magna em seu art. 5º, inciso XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, sendo adotado como um princípio fundamental, e também no art. 170, inciso V, da Constituição, em que enumera a “defesa do consumidor” como princípio geral da atividade econômica.

Dizer que o Código de Defesa do Consumidor é um princípio fundamental, é o mesmo que dispor que todos, inclusive o poder público, devem seguir suas diretrizes. Vale salientar também que seus dispositivos são formados por normas de ordem pública, ou seja, seu teor não pode ser alterado por vontade das partes.

Destarte, o doutrinador Paulo Kouri (2005, p. 33), em sua obra, dispõe:

Esse direito é reconhecido no texto constitucional como fundamental porque o consumidor busca no mercado, na qualidade de não profissional, de destinatário de tudo o que o mercado produz, a satisfação de suas necessidades essenciais de alimentação, saúde, educação, segurança, lazer, etc.

Assim, também aduz o doutrinador Leonardo de Medeiros Garcia (2011, p. 1):

E o que chamamos de força normativa da Constituição, na expressão de Konrad Hesse, em que a Constituição, ou os direitos nela assegurados, em especial os direitos fundamentais, não são meros programas ou discursos a serem seguidos, mas apresentam força de norma (norma jurídica), passível de ser executada e exigível.

⁷³ Ibidem, 2011.

O Código de Defesa do Consumidor tem como objetivo principal proteger a parte mais vulnerável da relação de consumo, que em regra ocupa um lugar hierarquicamente inferior, tanto em seu aspecto econômico como em caráter de conhecimento-técnico, sendo esse entendimento claro com a leitura do 4º. I: “*Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo*”. (grifo nosso)

Com a devida importância dada pelo Código de Defesa do Consumidor à relação de consumo, houve maior facilidade de acesso ao Poder Judiciário, como assevera Matielo (2006, p. 83):

(...) o que conduz à menor carga de exigências para o acesso ao Poder Judiciário e êxito nas demandas interpostas, mediante diminuição no rigor que normalmente se adotava quando do exame das provas carregadas aos autos pelo pretense lesado. Não significa que ao autor da ação se vá conferir liberdade total e irrestrita, ou alçar a condição de prova elementos que nada de concreto demonstram contra o réu; contudo, indubitavelmente deve-se favorecer a produção das provas, aproveitando-as ao máximo, até onde permitido e possível.

2.2.1. Conceito de fornecedor e consumidor

Oportuno trazer o conceito de consumidor e fornecedor para que possamos aplicar a regra geral ao caso concreto. Tais institutos estão previstos no Código de Defesa do Consumidor, in verbis:

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final. (grifo nosso)

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (grifo nosso)

A lei traz os elementos necessários para se tornar consumidor, ou seja, adquirir ou utilizar produto ou serviço em caráter de destinatário final, mas não explica o que seria essa destinação final. Com isso, surgiram discussões doutrinárias, dando origem a duas correntes: a finalista e a maximalista.

A teoria finalista (ou subjetiva) traz uma interpretação mais limitada no que seria “destinatário final”, baseada no conceito econômico de consumidor. Para essa corrente, apenas será considerado consumidor aquele que adquirir ou utilizar o produto ou serviço para proveito próprio. Neste sentido é o escólio de Garcia (2011, p. 13):

(...) o destinatário final é o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), é aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, já que está transformando e utilizando o bem para oferecê-lo, por sua vez, ao cliente, consumidor do produto ou serviço.

A teoria maximalista (ou objetiva) traz um entendimento mais amplo, baseada no conceito jurídico de consumidor e no Código de Defesa do Consumidor. Ela defende que o destinatário final será aquele que for destinatário fático de um determinado produto ou serviço, não importando a destinação econômica pretendida. Neste sentido dispõe Garcia (2011, p. 15): “Assim, para os maximalistas, a definição de consumidor é puramente objetiva, não importando a finalidade da aquisição ou do uso do produto ou serviço, podendo até mesmo haver intenção de lucro”.

O Código de Defesa do Consumidor também traz expressamente o conceito do que seria serviço, no art. 3º, §2º:

§ 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (grifo nosso)

Assim, para a sua caracterização, a atividade exercida pelo prestador de serviço deve restar sempre em pagamento, não estando incluídas aquelas atividades desempenhadas a título gratuito, como por exemplo, as feitas de favores.

Destarte, a atividade médica pode ser aplicada aos preceitos do Código do Consumidor, uma vez que os médicos são considerados prestadores de serviços, através dos quais ele aplica todo o seu conhecimento técnico na cura do paciente, mas sempre almejando receber em troca valor pecuniário. Os pacientes, por sua vez, revestem-se na condição de consumidores, pois são tomadores desse serviço, esperando obter o melhor atendimento possível, ficando clara, portanto, a existência de uma relação de consumo.

2.2.2. Diálogo das fontes

A Teoria do Diálogo das Fontes foi criada pelo jurista alemão Erik Jayme e foi trazido para o Brasil pela Prof^a. Cláudia Lima Marques. A teoria consiste na aplicação do melhor dispositivo ao caso concreto consumerista, sem a limitação das regras gerais no que diz respeito às antinomias.

Em regra, os conflitos de leis são resolvidos à luz dos critérios temporal, da especialidade e da hierarquia, ou seja, prevalece a lei mais nova, mais específica e aquela hierarquicamente superior baseada na pirâmide de Hans Kelsen. A prof^a. Cláudia Lima Marques trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro uma inovação, propondo que, ao invés de manter uma visão positivista na solução do conflito de normas, o operador do direito tenha um entendimento jurídico mais amplo, verificando e aplicando todas as possibilidades jurídicas possíveis, mesmo que elas não se encontrem em um único código. Além disso, a doutrinadora propõe que não se respeite estritamente as diretrizes clássicas, devendo-se priorizar a solução mais benéfica ao consumidor, mas observando sempre as normas constitucionais trazidas pela nossa carta magna.

Assim dispõe VIANNA (2011) ⁷⁴:

(...) pode-se dizer que, em uma relação jurídica em que existam normas consumeristas e normas civilistas incidindo, a princípio, com igual força, a solução, a teor do que dispõe os arts. 5º, inc. XXXII, e 170, inc. V, ambos da Constituição Federal, deve ser aquela que melhor represente as aspirações Constitucionais,

⁷⁴ VIANNA, José Ricardo Alvarez. A teoria do diálogo das fontes. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2.755, 16 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18279>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

significa dizer: a prevalência da norma mais favorável ao consumidor, mesmo que esta norma esteja prevista, formal e circunstancialmente, no Código Civil ou em outros diplomas legais. Aqui, pois, a essência do Diálogo das Fontes, a tutela eficaz e efetiva do bem jurídico em simetria com os postulados Constitucionais, mesmo que isso, aos menos desavisados, possa contrariar, por exemplo, o princípio da especialidade. Não contraria, implementa-o, embora não nos moldes clássicos.

Vale lembrar que essa teoria tem previsão em dois artigos no nosso diploma brasileiro, no art. 7º do Código de Defesa do Consumidor, e no art. 5º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB).⁷⁵

A jurisprudência tem acolhido a teoria do diálogo das fontes nas relações de consumo, ainda que timidamente:

CONSUMIDOR E CIVIL. ART. 7º DO CDC. APLICAÇÃO DA LEI MAIS FAVORÁVEL. DIÁLOGO DAS FONTES. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO.

O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo das fontes, e não somente por intermédio do CDC. Assim e nos termos do art. 7º do CDC, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. (STJ - REsp 1.009.591/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi. j. 13/04/2010 – DJe 23/08/2010)

⁷⁵ (Art. 7º, CDC): os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade

(Art. 5º, LINDB): Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum.

PRESCRIÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ENERGIA ELÉTRICA.

(...) Assim, em matéria de consumidor vige um método de superação das antinomias, segundo o qual o diploma consumerista coexiste com as demais fontes de direito como o Código Civil e leis esparsas. O objetivo último da proteção do consumidor, pois, promove um diálogo entre essas fontes, facilitando a aplicação dos dispositivos, sempre no que for mais favorável ao consumidor. (TJSP - EMBI 9177366-29.2007.8.26.000/50001. 21ª Câ. Dir. Privado. Rel. Itamar Gaino. j. 02/02/2011)

Entretanto, existem doutrinadores que defendem que a aplicabilidade da teoria do diálogo das fontes acabaria gerando insegurança jurídica, pois o juiz na hora de formar o seu convencimento, eventualmente poderia assumir função típica do poder legislativo, isto é, criar leis quando do proferimento da referida sentença.

Mas, contrapondo esse entendimento devemos lembrar que todas as decisões prolatadas pelo magistrado devem trazer seu fundamento jurídico, sem contar que a referida decisão poderá ser reexaminada, uma vez que o princípio do duplo grau de jurisdição permite que o interessado tenha seu pedido reapreciado por um órgão colegiado, mediante a peça processual denominada “recurso”.

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 traz artigo expresso sobre a obrigatoriedade das decisões prolatas pelos juízes trazerem sempre a referida fundamentação, *in verbis*: Art. 93, IX - “*todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*”.

2.2.3. Inversão do ônus da prova

O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, traz referência expressa da inversão do ônus da prova:

A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a **inversão do ônus da prova**, a seu favor, no processo civil,

quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. (grifo nosso)

O dispositivo assevera que, quando constatado pelo juiz a dificuldade de produção da prova pelo consumidor ou quando a sua produção for muito onerosa, ou mesmo quando os seus argumentos parecerem verdadeiros, há a possibilidade de inverter a competência do ônus da prova, que em regra é competência de quem alega, podendo ser excepcionalmente realizada pelo réu.

Neste sentido, o procurador do Estado do Espírito Santo Leonardo de Medeiros Garcia (2011, p. 78) assim afirma: “a inversão do ônus da prova procura restabelecer a igualdade e o equilíbrio na relação processual em razão do fornecedor, geralmente, dispor de melhores condições técnicas e econômicas para a disputa judicial”.

Deve ser lembrado que a hipossuficiência, que o artigo acima traz, não diz respeito apenas à natureza econômica, mas também ao conhecimento técnico. De modo análogo, Gonçalves (2011, p. 257) afirma: “(...) a hipossuficiência nele mencionado não é apenas econômica, mas precipuamente técnica. O profissional médico encontra-se sem dúvida, em melhores condições de trazer aos autos os elementos probantes necessários à análise de sua responsabilidade”.

2.2.4. Responsabilidade civil do hospital e do médico

O Código de Defesa do Consumidor dispõe no seu art. 14, que, em regra, a responsabilidade do fornecedor de serviços será objetiva, ou seja, a culpa será presumida. Entretanto, no mesmo artigo em seu parágrafo 4º, o referido diploma legal traz uma exceção quanto a essa regra, possibilitando que os profissionais liberais respondam pelos seus atos mediante a responsabilidade subjetiva, ou seja, a reparação civil só ocorrerá com a comprovação da culpa.

Oportuno trazer o conceito de profissional liberal, uma vez que essa exceção aplica-se ao médico no que diz respeito à sua responsabilidade civil.

Rizzatto Nunes (2011, p. 405), em sua obra, conceitua o profissional liberal:

Os profissionais liberais clássicos são bem conhecidos: o advogado, o médico, o dentista, o contador, o psicólogo, etc. As características do trabalho desse profissional: autonomia profissional, com decisões tomadas por conta própria, sem subordinação, prestação de serviço feita pessoalmente, pelo menos nos seus aspectos mais relevantes e principais; feitura de suas próprias regras de atendimento profissional, o que ele repassa ao cliente, tudo dentro do permitido pela lei e em especial da legislação de sua categoria profissional.

Em relação ao hospital, discute-se qual a responsabilidade incidente, tendo em vista que o parágrafo 4º do art. 14 menciona expressamente que a responsabilidade subjetiva incidirá apenas em caráter pessoal do profissional liberal, mas se cala sobre a responsabilidade das clínicas e hospitais, no que diz à atuação dos médicos.

O doutrinador Cavalieri aduz em sua obra que a exceção trazida pelo Código de Defesa do Consumidor diz respeito apenas à responsabilidade pessoal do profissional liberal, em nada citando pessoa jurídica ou sociedade a qual ele faça parte e, portanto, excluindo-as do comando legal:

Devemos ter em mente, todavia, que o Código do Consumidor foi bem claro ao dizer que a exceção só abrange a responsabilidade pessoal do profissional liberal, não favorecendo, portanto, a pessoa jurídica na qual ele trabalhe como empregado ou faça parte da sociedade. Assim, por exemplo, se vários médicos resolverem constituir uma sociedade, a responsabilidade desta não será subjetiva. (CAVALIERI, 2010, p. 386)

Entretanto, em que pesem posições contrárias, o entendimento majoritário é sobre a aplicação da regra do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a responsabilidade objetiva, aos hospitais, por se tratarem de pessoas jurídicas prestadoras de serviço.

Outra discussão se faz sobre a possibilidade de responsabilização do hospital em caráter solidário pela atuação do médico. Neste sentido, há debate sobre a real necessidade da prévia prova de culpa do médico, para só então poder acionar o hospital solidariamente.

Segundo Leonardo de Medeiros Garcia (2011, p. 157), a regra do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (responsabilidade objetiva) é sim aplicada ao hospital, devendo este responder pelos seus atos e dos médicos de maneira objetiva e solidária, porém condicionada à prova de culpa do médico, contudo o médico deve integrar o seu quadro de empregados.

A responsabilidade dos profissionais liberais, dentre os quais o médico se enquadra é subjetiva (mediante culpa). Ou seja, para que o dano seja indenizado, é necessário que se prove a culpa do médico (negligência, imprudência ou imperícia). Uma vez constatada a culpa do médico, a responsabilidade do hospital é objetiva e solidária, ou seja, não poderá entrar na discussão de prática culposa de sua parte. Desta forma, uma vez constatada a culpa do médico e reconhecido o vínculo deste com o hospital, responderá o hospital pelos danos causados.

Segundo o autor, a responsabilidade objetiva do hospital é conexas à responsabilidade subjetiva do médico que com ele possui vínculo. Bastaria ao paciente provar que houve culpa do médico para que também possa responsabilizar o hospital de modo solidário, desta vez independentemente de culpa.

Sobre o tema, o posicionamento de Nehemias Melo⁷⁶ é no sentido da responsabilidade objetiva dos hospitais de forma solidária, também condicionada à existência de vínculo empregatício entre o médico e o hospital, o que, então, afastaria a questão da culpa:

(...) embora o profissional liberal responda mediante a aferição de culpa (exceção contida no §4º do art. 14 do CDC), esta exceção não se aplica ao hospital, tendo em vista que sua responsabilidade será sempre objetiva, devendo ser enquadrada no caput do art. 14 da lei 8.078/90. Evidente que tal assertiva somente se aplica aos casos em que haja vínculo empregatício entre o profissional e o hospital quando então a questão da culpa

⁷⁶ MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por erro Médico: doutrina e jurisprudência. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 115.

restará afastada, e o nosocômio (hospital) responderá objetivamente, tendo em vista que o erro médico equipara-se a falha de prestação de serviço. Nestas circunstâncias a possibilidade de sucesso da demanda, proposta pelo eventual lesado, se amplia na exata medida em que não necessitará provar a culpa do profissional, já que a responsabilidade da casa de saúde, clínica ou hospital, enquanto prestadores de serviços, será objetiva.

O mestre Gustavo Tepedino⁷⁷ também se posiciona a favor da antecedente prova de culpa do médico, para haver responsabilização solidária do hospital: “(...) somente a demonstração da culpa é que poderá desencadear a responsabilidade do profissional e, em consequência do hospital, solidariamente”.

Em consonância com este entendimento foi decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Uma vez caracterizado a culpa do médico que atua em determinado serviço disponibilizado por estabelecimento de saúde, responde a clínica de forma objetiva e solidária pelos danos decorrentes do defeito nos serviço prestado, nos termos do art. 14,§1º, CDC. (STJ – REsp 605435/RJ. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão – Dje 16/11/09)

Também é importante consignar relevante posição doutrinária de Rui Stoco⁷⁸, quando o médico é funcionário ou contratado do hospital. Em ambos os casos o médico é considerado preposto. Segundo o autor, nesta condição, aplicar-se-á a regra herdada do Código Civil de 1916 e adotada no art. 932 do Código Civil de 2002, em que o patrão responde pelos atos de seus empregados, serviçais ou prepostos⁷⁹. O responsável primário será, então, o hospital, na figura do empregador, tendo sido o responsável imediato pelo dano empregado ou preposto. Segundo o doutrinador, haverá o direito de regresso do hospital contra o causador do dano, se o primeiro tenha indenizado a vítima.

⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: ARRUDA ALVIM et al. (Coord.). Aspectos controvertidos do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 300 apud MELO, 2008, p. 118.

⁷⁸ STOCO, 2011, p. 860.

⁷⁹ (Art. 932, CC/02): São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Não há, no entanto, impedimento para que a vítima acione o hospital, o preposto ou ambos.

Esta posição de Rui Stoco não considera o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, art. 14, parágrafo 4º, em que há que se comprovar antecipadamente a culpa do profissional liberal (médico), para que se alcance a solidariedade com o hospital. Para o autor, no caso de médico preposto, basta a aplicação do dispositivo no Código Civil de 2002, sendo solidários, desde a ocorrência do dano, o médico e o hospital. Nas palavras do eminente autor:

(...) se deve examinar primeiro se o médico é contratado do hospital, de modo a ser considerado como seu preposto.

Se tal ocorrer, aplica-se a surrada e vetusta regra que herdamos do CC/1916 de que o patrão responde pelos atos de seus empregados, serviçais ou prepostos (CC, art. 932, III).

Aqui, responsável primário será o hospital, na condição de empregador, se o responsável imediato pelo dano for empregado ou preposto, assegurado o seu direito de regresso para reaver o que pagou, apesar de inexistir impedimento a que a vítima faça opção entre dirigir a ação contra o hospital, o preposto ou contra ambos.

Em consonância com a posição de Rui Stoco, assim prescreve jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Procede indenização contra estabelecimento hospitalar por erro profissional de membro de sua equipe médica. Sendo o médico considerado preposto, no exercício de sua profissão, há configuração de culpa presumida do empregador. (TJRJ – 8ª C. – Ap. – Rel. Dourado de Gusmão – j. 22.12.81 – RT 559/193)

Entretanto, na hipótese de o médico apenas utilizar as instalações para o atendimento de pacientes particulares, responderá sozinho pelo erro médico, não ensejando, neste caso, nenhuma responsabilidade ao estabelecimento hospitalar, salvo pelos danos ocasionados pelos serviços de hospedagem, equipamentos, ou falha do pessoal auxiliar, mas não pelo erro médico.

Neste sentido é o entendimento de Rui Stoco (2011, p. 861):

(...) se o médico não for preposto, ou seja, não tiver sido contratado pelo hospital com vínculo empregatício, nem contratado para prestar serviços àquele como autônomo, mas tiver apenas atuado como profissional independente, ou como representante de plano de saúde que tenha usado as dependências do nosocômio por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio – em razão da aparelhagem, qualidade das acomodações e instrumental, ou apenas como mero hospedeiro – ter-se-á de apurar a culpa desse médico, como enfatizamos anteriormente, se o dano decorrer de sua ação ou omissão.

Neste sentido também é jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Responsabilidade civil. Erro médico. Hospital e médicos cadastrados. Solidariedade. Inocorrência. Paciente que contratou diretamente com o cirurgião. Estabelecimento de saúde que figurou como mero hospedeiro, permitindo o uso de suas instalações, não podendo interferir nos autos de prestação de serviços. Preposição inexistente. Responsabilidade do hospital afastada. Embargos infringentes rejeitados. (TJSP – 4ª Câmara de Direito Privado – Rel. Olavo Silveira – julgado de 28.09.2000 – JTJ-LeX 248/367).

Em decisão da 2ª Seção (órgão que compõem a 3ª e a 4ª Turmas) do Superior Tribunal de Justiça, por quatro votos a três, prevaleceu o entendimento de que o hospital apenas responderá pelos atos do médico que ocasionou o dano, se este possuir vínculo empregatício:

Segunda Seção – Responsabilidade. Cirurgia

Cuida-se de ação indenizatória ajuizada pela recorrida em desfavor de hospital e de dois médicos, sob o argumento de que foi submetida à cirurgia de varizes realizada pelos réus nas dependências do hospital, ante a negligência e imperícia do cirurgião. Foram lesionados nervos

de sua perna esquerda, de forma que perdeu definitivamente os movimentos tanto da perna quanto do pé. A Min. Relatora não conheceu do recurso, considerando que o hospital não demonstrou nenhuma circunstância excludente de responsabilidade e que o fato de ter admitido, em seu estabelecimento, a atividade que se revelou lesiva é suficiente para demonstrar o liame com o hospital do resultado danoso advindo da cirurgia. O Min. João Otávio de Noronha, divergindo do entendimento da Relatora, entende não se poder dizer que o acórdão recorrido tenha ofendido as disposições do § 1º do art. 14 do CDC, porquanto é inequívoco que a seqüela da autora não decorreu de nenhum serviço de atribuição da entidade hospitalar, razão pela qual não se lhe pode atribuir a condição de fornecedor a fim de imputar-lhe a responsabilidade pelo dano. Aduz que, atualmente, tem-se remetido às disposições do § 1º do art. 14 do CDC, como sendo a norma sustentadora de tal responsabilidade. Também ocorre que, na hipótese dos autos, não se está diante de falha de serviços de atribuição do hospital, tais como as indicadas (instrumentação cirúrgica, higienização adequada, vigilância, ministração de remédios etc.), mas diante de conseqüências atinentes a ato cirúrgico de responsabilidade exclusiva da área médica, de profissional sem nenhum vínculo com o hospital recorrente. Assim, não há por que falar em prestação de serviços defeituosos, a ensejar, por conseguinte, a reparação de danos pelo hospital. Quanto ao fato de inexistir vínculo de emprego entre o cirurgião e o hospital, não resta dúvida, nos autos, de que o médico cirurgião não tinha nenhum tipo de vínculo com o hospital, apenas se serviu de suas instalações para as cirurgias. Diante disso, a Seção, ao prosseguir o julgamento, por maioria, conheceu do recurso do hospital e deu-lhe provimento, a fim de julgar a ação improcedente quanto a ele. (REsp 908.359-SC, Rel. originária Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 27/8/2008).

Na situação em que tanto o hospital quanto o médico agirem com culpa, mesmo que o médico não tenha qualquer vínculo com o hospital, ambos responderão em caráter de solidariedade. Isto se deve ao fato de que ambos concorreram para o dano. Segundo STOCO (2011, p. 861), a “atuação de todos se insere na linha causal do dano e ganha

status de causa eficiente por sucessão”. Neste caso, o autor considera haver solidariedade extracontratual, dado que o médico não possui vínculo empregatício nem contrato de prestação de serviços com o hospital. Segundo ele, para que os responsáveis possam ser demandados pelo total da indenização, seriam necessárias as seguintes condições (STOCO, 2011, p.862):

- a) que cada parte tenha contribuído com culpa, que deve ser provada, se não houver contra eles presunção de culpa ou dever jurídico de reparação;
- b) o fato culposo deverá ter sido prejudicial, com o dano resultado da atuação dos responsáveis.

É importante deixar claro que mesmo que o médico seja empregado do hospital ele não perderá a sua característica de profissional liberal, uma vez que a intenção do legislador foi resguardar a categoria médica em si, não podendo fazer distinção, pois conflitaria com o princípio constitucional da isonomia. Corroborando com esse entendimento o jurista Frabício Zamprona Matielo (2006, p. 85):

Mesmo quando há vinculação laboral, relação trabalhista entre o médico e o hospital, permanece intacta a definição da atividade como liberal, eis que o legislador não pretende apenas atribuir resguardo ao profissional liberal enquanto estiver realizando seu trabalho por conta e risco próprios; tutela, isto sim, a categoria como um todo, à margem de maiores perquirições acerca do exercício como empregado ou não. Seria de todo ininteligível e sibilino que a lei determinasse a incidência da responsabilidade subjetiva para o médico que tem consultório e clínica próprios e deixasse de estender idêntico critério àquele que, por opção ou imposição da vida, passou a trabalhar como empregado de algum estabelecimento, fazendo sobre ele recair os gravames da responsabilidade sem culpa.

Os doutrinadores citados têm um ponto em comum em relação à responsabilidade civil entre o médico e o hospital, que se o cirurgião não estiver revestido da condição de preposto, incluindo médicos com relação de contrato de serviço, o dano por ele causado não alcançará o nosocômio. Para os autores, quando da

ocorrência do dano pelo médico preposto, não há dúvida da responsabilidade objetiva do hospital. A divergência entre os autores reside justamente na necessidade de comprovação prévia da culpa do médico (responsabilidade subjetiva) ou na sua inexigibilidade, o que balizará o momento da solidariedade com o hospital.

2.2.5. Excludentes no Código de Defesa do Consumidor

As excludentes existentes no Código do Consumidor são objeto de discussão, pois existem dois entendimentos. Há aqueles que defendem que as excludentes aplicadas na esfera consumerista seriam apenas aquelas previstas expressamente no parágrafo 3º do art. 14. Há aqueles que defendem a existência de mais excludentes, tais como o caso fortuito e a força maior, bem como a culpa concorrente da vítima que poderia ser utilizada para diminuir o valor indenizatório. *In verbis*:

Art. 14, §3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: (grifo nosso)

I – que, tendo prestado serviço, o defeito inexiste

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

Faz-se necessária uma breve análise dos tópicos do referido artigo:

a) Caso Fortuito e Força Maior

O mestre Senise defende aplicação das excludentes em caráter limitado⁸⁰:

(...) o mestre Senise é peremptório ao afirmar que o microssistema é incompatível com as normas do sistema civil que exoneram a responsabilidade por caso fortuito ou força maior. E, assim o faz, após tecer considerações no sentido de que a lei do consumidor é silente quanto à matéria, portanto, não deveriam ser aplicadas as normas do

⁸⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 271 apud MELO, 2008, p. 56.

Código Civil, porque na interpretação das normas restritivas de direito não pode o intérprete querer alargar a aplicação da norma, devendo se ater à sua forma declarativa ou estrita.

Corroborar com esse entendimento Rizzato Nunes (2011, p. 330), que entende ser o rol trazido pelo parágrafo 3º do art. 14, taxativo: “A utilização do advérbio “só” não deixa margem de dúvida. Nenhuma outra que não esteja ali tratada desobriga o responsável pelo produto defeituoso”.

Já o doutrinador Nehemias (2008, p. 57) propõe um entendimento mais amplo, aceitando as excludentes por força maior ou caso fortuito:

(...) segue a direção da aceitação da tese pelo acolhimento do caso fortuito e da força maior como excludente da responsabilidade civil do fornecedor, na exata medida em que se deve compreender a lei consumerista, como legislação destinada a proteger as relações de consumo e, não exclusivamente o consumidor, de tal sorte que, ocorrido o fato imprevisível e inevitável, após a colocação do produto ou serviço no mercado de consumo, haveria a quebra do nexo causal, não se podendo responsabilizar o fornecedor por evento que não der causa, nem tinha como prever ou evitá-lo.

Em que pese entendimento quanto à interpretação extensiva na aplicação das excludentes de caso fortuito e força maior ao Código do Consumidor, seria mais coerente a sua utilização apenas no Código Civil, senão restaria em prejuízo ao consumidor.

b) Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

O legislador traz a possibilidade do fornecedor de serviços não ser responsável pelo prejuízo, quanto este ocorrer por culpa única e exclusiva do consumidor ou de terceiro, conforme o art. 14, parágrafo 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor: “*O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar (...) II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*”. (grifo nosso)

No caso do serviço médico, se o paciente, revestido na condição de consumidor do serviço, causou o fato danoso, sem a interferência do médico, então ocorre a sua culpa exclusiva. Deixa de existir o nexo causal entre o ato do agente que causa o dano, no caso o próprio paciente, e o prejuízo resultante. Isto quer dizer que não há o que se discutir quanto à responsabilidade civil do médico, pois não houve qualquer participação sua no resultado obtido. A culpa exclusiva do paciente geralmente ocorre quando este não segue tratamentos pós-operatórios prescritos pelo médico.

Por terceiro, entende-se como pessoa estranha à relação consumerista formada pelo consumidor e o fornecedor de determinado produto ou serviço. No caso da relação entre médico (ou hospital) e paciente, o terceiro, externo a esta relação, romperia o nexo de causalidade entre o resultado e a conduta do médico, pois este não teria participação alguma.

No entanto, se por acaso este terceiro tiver algum tipo de relação com o fornecedor, como, por exemplo, vínculo trabalhista, ele não será um terceiro autêntico e, assim, essa excludente (não ser parte da relação consumerista) não poderá ser aplicada. Isto se deve ao fato de o fornecedor responder pelos atos praticados por seus empregados, preposto ou representante autônomo, com base no art. 34 do Código de Defesa do Consumidor⁸¹. Neste sentido é julgado do Superior Tribunal Federal:

Responsabilidade civil de hospital. Ato de enfermagem praticado por empregado seu (enfermeiro) em doente internado no estabelecimento, ocasionando perda parcial de membro superior. Responsabilidade indenizatória com a inclusão do dano moral resultante de mutilação. (STF – 2ª Turma. Julgado de 12.06.1972 – RTJ 62/255)

Deste modo, o hospital responderá pela conduta comissiva ou omissiva de seus prepostos.

c) Culpa Concorrente

⁸¹ (Art. 34, CDC): O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos

Apesar de o Código de Defesa do Consumidor não fazer menção sobre a culpa concorrente da vítima ou de terceiro, alguns doutrinadores defendem a sua aplicação nas relações consumeristas, utilizando o art. 945 do Código Civil⁸² como analogia, com o objetivo de diminuir o valor da indenização.

Neste sentido, Nehemias (2008, p. 58) aduz:

E assim pensamos, porque é perfeitamente possível que o consumidor possa contribuir para que a fruição do produto ou de serviço possa ser realizada de maneira inadequada, vindo a gerar um dano, quando então não se poderia responsabilizar exclusivamente o fornecedor. Nesse norte, cabe também destacar que o CDC não trata da culpa concorrente, seja do utente ou adquirente, seja de terceiro. Nestes casos, contudo, cabe aplicar por analogia o Código Civil e, embora não possa ser considerada uma eximente, deve concorrer para minorar a responsabilidade do fornecedor.

O autor associa à inadequada fruição (pelo consumidor) do produto ou serviço, a possibilidade de geração de um dano que não pode ser imputado exclusivamente ao fornecedor. Cabe, ainda, a aplicação análoga do Código Civil, para atribuir concorrência de culpa à vítima, não para eximir o fornecedor, mas para mitigar a sua responsabilidade.

Neste mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar⁸³ dispõe: “havendo culpas concorrentes, poderão forrar-se à reparação na proporção em que provarem a culpa do consumidor”.

Esta posição também é coadunada por João Batista de Almeida (2009, p. 69): “a culpa concorrente não a exclui (responsabilidade), mas conduz a uma redução do ‘quantum indenizatório’”.

2.3. Teoria da Perda da Uma Chance

⁸² (Art. 945, CC). Se a vítima tiver incorrido 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.

⁸³ BITTAR, Carlos Alberto. Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor. 6. ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2003. p. 35 apud MELO, 2008, p. 58.

A teoria da perda de uma chance (*la perte d'une chance*) teve origem nos tribunais franceses, tendo sua aplicação difundida na área médica a partir da reapreciação pela 1ª Câmara Civil da Corte de Cassação, de um julgado de 1964 da Corte de Apelação de Paris, sendo basicamente um erro de diagnóstico que resultou em um tratamento inadequado e invalidez do paciente. A 1ª instância entendeu não haver preciso nexos de causalidade entre o erro médico e as consequências. Já a Corte de Cassação asseverou que, “presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilização”. Este entendimento foi baseado no fato de que o médico havia “perdido uma chance” de agir de outro modo, condenando-o, assim, a uma indenização de 65.000 francos⁸⁴.

O doutrinador português Jorge Sinde Monteiro⁸⁵ assim dispõe sobre o assunto:

Uma corrente jurisprudencial que começou a ganhar pé, na França, a partir do início dos anos 60, e que se pode dizer consolidada a partir de 1965, impõe ao médico que, por culpa sua, faz perder ao doente uma possibilidade séria de cura ou de sobrevivência, uma obrigação de indenização, todavia parcial com respeito ao prejuízo final constituído pela morte ou incapacidade. É o que se conhece por *perte de chance de guérison ou de survie* (teoria da perda da chance aplicada ao área médica).

No Brasil, a teoria da perda da chance começou a ser aplicada há pouco tempo, não tendo previsão expressa no Código Civil de 2002. A sua aplicação baseia-se em entendimento doutrinário e jurisprudencial e, por isso, deve-se ter a máxima cautela na sua aplicação, devendo os operadores do direito levar em consideração as peculiaridades de cada País.

O doutrinador Miguel Kfourri oferece restrições quanto à aplicação ampla da teoria, quando da dificuldade em se mensurar a perda de oportunidade, diante da dificuldade de diagnósticos precisos, sem culpa do médico:

Não há de olvidar as condições de trabalho dos nossos médicos, mormente em hospitais públicos a quase absoluta falta de recursos

⁸⁴ KFOURI NETO, 2010. p. 41.

⁸⁵ MONTEIRO, J. Ferreira Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, 1989. p. 146-147 apud KFOURI NETO, 2002, p. 98.

para exames complementares dificulta o diagnóstico. A própria desnutrição, mal tão comum aos brasileiros de todos os quadrantes, potencializa e agrava as demais moléstias e compromete qualquer terapia. (KFOURI NETO, 2002, p. 110)

Nos ensinamentos do doutrinador Cavalieri (2010, p. 394), a perda de uma chance no Brasil ficou conhecida como a “teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência” importada do direito francês: “Entende-se por chance a probabilidade de se obter uma vantagem ou de se evitar uma perda”.

Oportuno esclarecer que a indenização por perda de uma chance não pode ocorrer em qualquer hipótese, sendo aplicada precipuamente quando houver grande possibilidade de resultado favorável no tratamento, ou seja, a chance perdida deve ser séria e real, pois é necessária a comprovação da perda de oportunidade futura, sendo mais que uma esperança subjetiva.

Neste passo, o que se pretende reparar não é a perda da vantagem futura, a qual é incerta, mas sim a perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, em outras palavras, a concretização do dano não está na perda do benefício futuro, mas na perda da chance de alcançar o benefício almejado

Neste sentido, Miguel Kfourri, ao citar Yves Chartier⁸⁶, menciona: “(...) é verossímil que a chance poderia se concretizar; é certo que a vantagem esperada está perdida e disso resulta um dano indenizável”.

Corroborando também com esse entendimento o doutrinador Cavalieri (2010, p. 394): “A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance são indenizáveis”.

A teoria da perda de uma chance terá ampla eficácia, então, nas obrigações de resultado, não nas de meio. Nas obrigações de meio, desde o início não há o comprometimento quanto à cura, mas apenas do melhor emprego de técnicas durante o tratamento. Isto, no entanto, não afasta a aplicação da teoria da perda de uma chance, quanto à “perda da chance de maior sobrevivência do paciente ou - enquanto viver - de melhor qualidade de vida...” (STOCO, 2011, p. 667). Já na obrigação de resultado, sobretudo na cirurgia estética, a teoria da perda de uma chance encontra grande campo

⁸⁶ CHARTIER, Yves. *La réparation Du prejudice: dans la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1983 apud KFOURI NETO, 2002, p. 110.

de aplicação, pois o próprio resultado avençado é a baliza para a sua arguição. Ao se contratar uma intervenção estética para que realize uma rinoplastia, por exemplo, se o resultado sair diferente do combinado, surge uma clara oportunidade para a aplicação da teoria. Neste caso, o médico teria perdido a chance de ter empregado a apropriada técnica cirúrgica para se chegar ao resultado esperado e, por isso, haveria responsabilidade civil.

Quando da arguição da teoria em juízo, será o juiz do processo o responsável por analisar a real possibilidade de cura do paciente, utilizando todos meios acessíveis, como, por exemplo, o laudo pericial. Assim, será realizado um cálculo das probabilidades de ocorrência da vantagem, caso a chance de consegui-la não tivesse sido fulminada.

Neste sentido, Maurizio Bocchiola⁸⁷ discorre sobre a estatística probabilística aplicada ao valor do dano:

A estatística e cálculo das probabilidades adquiriram, nos dias de hoje, uma grande importância em diversas áreas do conhecimento. Graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades, é possível hoje predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que, inicialmente, parecia entregue apenas à sorte, ao ponto de poder considerá-lo um valor normal, quase estável, dotado de uma certa autonomia em relação ao resultado definitivo.

Em outras palavras, a quantidade de indenização não deve ser a mesma da vantagem perdida e sim, de acordo com um exame de probabilidades, o valor referente à chance que o indivíduo tinha de conseguir a vantagem esperada.

A perda de uma chance resulta em uma indenização a título de dano moral cujo valor será mitigado, conforme o doutrinador Cavalieri (2010, p. 395): “(...) pois a chance de sucesso, repita-se, terá sempre valor menor que o próprio sucesso, o que deve refletir no montante da reparação”.

⁸⁷ BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza Del dano. In Revista Trimestrali di Diritto e Procedura Civile. Anno XXX, p. 93-94 apud SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 20.

A utilização da teoria da perda de uma chance encontra, então, grande potencial de aplicação nas cirurgias estéticas e, apesar de a teoria ser incipiente, a sua arguição tem sido aceita em algumas jurisprudências no país.

Neste sentido, alguns julgados na área médica têm sido providos sob tal argumento jurídico. No julgado a seguir, o dano moral, baseado na teoria da perda de uma chance, ataca a inobservância do requisito essencial do “consentimento informado”:

INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. CONSENTIMENTO INFORMADO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 15 CC/02. PRECEDENTES. DANO MATERIAL. **PERDA DA CHANCE**. DANO MORAL CONFIGURADO. O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contra-indicações, para que o próprio paciente possa decidir, conscientemente (...) No Brasil, o Código de Ética Médica há muito já previu a exigência do consentimento informado *ex vi* arts. 46, 56 e 59 do atual. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu art. 15. A falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como consequência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos da cirurgia não informados ao paciente. A necessidade do consentimento informado só poderá ser afastada em hipótese denominada pela doutrina como privilégio terapêutico, não ocorrente no presente caso (...) Persiste o pedido quanto à condenação em todas as despesas oriundas do tratamento (...) nos termos do art. 608 do CPC. Dano moral configurado, impondo-se a redução como forma de equidade, por disposição do parágrafo único do art. 944 do CC/02; considerando que o réu agiu de acordo com a ciência médica no que tange ao procedimento, observando-se como única falha a falta do consentimento informado. PROVIMENTO PARCIAL DO PRIMEIRO RECURSO E DESPROVIMENTO DO SEGUNDO APELO. (TJRJ - Apelação Cível 2006.001.13957. Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 17/10/2006)

No julgado a seguir, a decisão condena civilmente hospital público por responsabilidade objetiva, tendo sido configurada culpa de prepostos e sob a fundamentação da teoria da perda de uma chance:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. HOSPITAL DA AERONÁUTICA. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ARTIGO 37, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO CAPAZ DE INFLUIR NO DIAGNÓSTICO DA CAUSA DA MORTE DO PACIENTE. **PERDA DE UMA CHANCE** CONFIGURADA. I. Constatando-se o nexu causal entre o fato ocorrido com o indivíduo e o exercício da função pública, não se provando a culpa da vítima ou culpa única de terceiros, fica configurada a responsabilidade objetiva da União pelo ato danoso de seus agentes, devendo a Administração indenizar o prejuízo causado. II. Sendo a ré responsável pelo diagnóstico, em face da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, e tendo em vista que a identificação errada da moléstia causou-lhe danos irreversíveis, mostra-se evidente a conjugação dos pressupostos indispensáveis à configuração do dever de reparação. III. In casu, o dano ocorreu porque não houve a detenção do processo causal, embora sem se saber ao certo se isso haveria conseguido salvar o paciente. A situação versada consubstancia-se, portanto, naquilo que se convencionou chamar, na doutrina e na jurisprudência mais modernas, de responsabilidade civil pela **perda de uma chance**. IV. A responsabilidade caracteriza-se pelo fato de não terem sido dadas ao paciente todas as “chances” (investigação e tratamento) de se recuperar de sua enfermidade, por não terem sido empregados todos os meios de investigação à sua disposição para o tratamento da mesma. V. Na fixação de danos morais, deve ser considerado um valor que não promova o enriquecimento ilícito, vedado pelo ordenamento jurídico, mas uma reparação pela perda sofrida. Reputa-se, pois, razoável a título de indenização o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), em virtude da extensão e da irreversibilidade do dano, de modo que a quantia a ser paga torna-se uma mera tentativa de

amenizar o sofrimento causado e desestimular a ocorrência de novos fatos análogos a outros pacientes, em virtude do caráter educativo da indenização. VI. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para reduzir a indenização por danos morais para o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). (TRF5 - APELREEX 11441. 4ª Turma. Rel. Des. Emiliano Zapata Leitão - DJE 16/09/2010)

2.4. A validade da cláusula de não indenizar nos contratos médicos

Segundo Carlos Alberto Gonçalves (2011, p. 475), a cláusula de indenizar consiste em “um acordo de vontades que objetiva afastar as consequências da inexecução ou da execução inadequada do contrato. Tem por função alterar, em benefício do contratante, o jogo dos riscos, pois estes são transferidos para a vítima”.

A referida cláusula não consiste em afastar a obrigação, bem como a responsabilidade em si, pois ambas continuam existindo. O que deixa de ser exigida é a reparação em si, do dano ocasionado.

Assim faz- se oportuno lembrar o conceito de obrigação e responsabilidade.

Segundo Cavalieri (2010, p. 528):

Obrigação é o dever originário que tem por fonte a lei, o contrato ou a ordem jurídica; A responsabilidade é um dever sucessivo (derivado) decorrente da violação do dever originário. Por isso, só se cogita de responsabilidade onde houver violação de um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.

A validade da cláusula de não indenizar ainda é muito discutida, alguns doutrinadores defendem a sua incidência alegando o princípio da autonomia da vontade das partes em sede do contrato, desde que lícito. Outros entendem ser uma cláusula imoral, pois viola a função social do contrato, como, por exemplo, no contrato de adesão em que as partes normalmente não estão no mesmo patamar.

Ainda segundo Cavalieri, o Código de Defesa do Consumidor não admite a presença da cláusula de não indenizar nos contratos:

O CDC, que se aplica atualmente a mais ou menos 80% dos contratos, não admite a estipulação da cláusula de não indenizar nas relações de consumo. Com efeito, em seu art. 24 o aludido diploma diz que “é vedada a exoneração contratual do fornecedor”. E, no art. 25, proclama: “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores”. Não bastasse isso, em seu art. 51, ao tratar das cláusulas abusivas, consideradas nulas de pleno direito as cláusulas que “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”, incluídos aqui os acidentes de consumo e os vícios redibitórios. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 476)

Não podemos esquecer que o Código de Defesa do Consumidor é constituído de normas de ordem pública, ou seja, são dispositivos que não podem ser contrariados pela vontade das partes, uma vez que vigora o princípio da supremacia do interesse público, em detrimento do interesse privado. Esta regra não ocorre com os contratos consubstanciados no Código Civil, uma vez que são formados por normas de caráter suplementar, tendo como objeto direitos disponíveis, isto é, aqueles que são renunciáveis, alteráveis ou abdicáveis, podendo, assim, ser alterados por manifestação de vontade das partes. Destarte, a cláusula de não indenizar pode ser utilizada nestes contratos sob a égide do Código Civil, contudo, sua aplicação sofre limitações. O jurista Carlos Roberto Gonçalves (2011) traz estas limitações, as quais são:

1. **Bilateralidade de consentimento:** a cláusula de não indenizar deve advir da anuência mútua das partes do contrato, o que consignaria uma transação. Assim está prescrito em “RT, 533/76, 563/146”: “A cláusula de não indenizar só tem cabimento quando estabelecida com caráter de transação, não podendo ser deduzida de fórmulas impressas não integrantes do contrato, nem de avisos afixados em paredes”.
2. **Colisão com preceitos de ordem pública:** um negócio jurídico privado não pode estar acima de preceitos de ordem pública ou dos bons costumes. Segundo

Aguiar Dias (2006, p. 702), “somente a norma que tutela mero interesse individual pode ser arredada pela referida cláusula”.

3. **Igualdade de posição entre as partes:** uma parte com melhores condições que a outra não pode determinar as cláusulas do contrato conforme sua única vontade, sem a oportunidade de manifestação da outra. Nestas condições restaria claro desequilíbrio na relação jurídica e, portanto, afronta à própria finalidade do contrato. Destarte, é vedada a cláusula de não indenizar em contratos de adesão.
4. **Impossibilidade de exoneração de dolo ou a culpa grave do estipulante:** a cláusula de não indenizar só pode abranger a responsabilidade contratual, não alcançando a responsabilidade extracontratual. No entanto, ela não pode ser utilizada como meio para descaracterizar o dolo ou a culpa grave, sob risco de gerar impunidade.

Para melhor esclarecimento sobre o que vem a ser culpa grave, é importante trazer a sua diferença para a culpa leve e a levíssima.

A culpa será considerada como grave se o agente agir com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem comum. É culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se aproxima do dolo eventual do Direito Penal. Em ambos o resultado é previsto, mas no dolo eventual o agente assume o risco da sua produção, enquanto que na culpa consciente o agente tem a crença sincera de que o evento não ocorrerá.

A culpa é leve se a falta puder ser evitada com atenção ordinária, própria do homem normal, de um *bonus pater familias*⁸⁸.

Já, a culpa levíssima representa a falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular.

5. **Impossibilidade de afastar obrigação inerente à função:** a cláusula de indenizar não pode excluir que uma parte deixe de realizar o que lhe foi acordado, se isto é essencial ao negócio jurídico. Em um contrato de prestação de serviço, o contratado não pode simplesmente convencionar com o tomador do

⁸⁸ *bonus pater familias*: significa literalmente o bom pai de família, o que figurativamente representa o “homem normal”.

serviço que a obrigação de fazer não seja realizada, se ela própria é o objeto principal do contrato.

Quanto à possibilidade de aplicação da cláusula de não indenizar nos contratos médicos, ela não é cabível, pois como visto anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor veda expressamente a sua aplicação. Ademais, o referido código é formado por normas de ordem pública e, estando o contrato médico sob a sua égide, a cláusula de não indenizar seria inaplicável, pois, sendo acordo de vontade entre particulares, contraria disposição expressa. Já em sede do Código Civil, a cláusula mostra-se inviável em contratos médicos, pois o objeto do contrato tutela direito indisponível, o direito à dignidade humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal⁸⁹.

Fabício Zamprogna Matielo (2006, p. 37) nos ensina que:

Os direitos à incolumidade e à integridade física e psíquica são irrenunciáveis, salvo quando expressamente admitidos em lei, como é o caso da transfusão de sangue, fato que representa, sem dúvida, afronta à inteireza orgânica, mas que em função da análise dos riscos em confronto com os benefícios é tolerada pelo ordenamento jurídico. Na contratação de cunho médico, o profissional está inarredavelmente jungido ao dever de cumprir com o seu mister de maneira devotada e com atenção aos cânones científicos e legais, sendo responsável toda vez que se afastar dessas prescrições. Ao estabelecimento de saúde, de outra banda, cabe a obrigação de zelar pela incolumidade do paciente, tanto no que se refere ao atendimento realizado por profissionais que atuam em suas dependências como no que concerne à necessária proteção contra a infecção hospitalar.

Outra consideração feita pelo mesmo autor diz respeito à natureza do contrato médico, que muitas vezes é realizado em um momento muito difícil para a parte contratante, acarretando em diminuição do seu discernimento no momento da sua celebração, com a possibilidade de se configurar autêntico contrato de adesão. Assim dispõe o autor: “A premência da situação do paciente, aliada à obnubilação dos sentidos normais de conotação patrimonial causada pelo abalo da saúde própria ou de pessoa

⁸⁹ (Art. 1º, CF): (...) III – a dignidade da pessoa humana.

próxima, retira da contratualidade a sua solidez característica”. (MATIELO, 2006, p. 37)

Mesmo que o paciente tenha sido informado dos efeitos da responsabilidade civil do médico e do hospital, por meio da cláusula de não indenizar, esta não deve ser válida.

CAPÍTULO 3. A defesa dos direitos do paciente

A responsabilidade civil do médico na cirurgia estética surge em decorrência de dano causado, podendo ser de caráter patrimonial, extrapatrimonial ou, em algumas hipóteses, com cumulação de ambos. No entanto, para que haja a validade da responsabilização civil, o dano causado deve ter o condão de ofender a esfera de direitos do paciente.

Para melhor esclarecimento das espécies de dano que incorrem em cirurgia estética, convém, a priori, conceituar o dano em sentido amplo.

3.1. Dano

A palavra “dano” consiste em modificar circunstâncias favoráveis mediante forças naturais ou pelo comportamento humano, podendo ensejar a responsabilidade civil apenas quando a referida alteração violar de alguma forma os preceitos jurídicos.

Cavaliere⁹⁰ em sua obra traz o conceito de dano:

(...) conceitua-se, então o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc.

Na esfera civil, a extensão do dano é elemento essencial para quantificar a extensão da reparação civil, não sendo o grau de culpa. Destarte, até mesmo a culpa levíssima pode gerar a obrigação de indenizar.

Como já mencionado, o dano ocorrido pode ser tanto extrapatrimonial como patrimonial. O dano patrimonial ocorre quando existe prejuízo concreto na esfera patrimonial da vítima, assim, nas palavras de Fischer⁹¹, “patrimônio é a totalidade dos bens economicamente úteis que se encontram dentro do poder de disposição de uma pessoa”.

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73.

⁹¹ FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1938 apud DINIZ, 2011, p. 84.

Por outro lado, o dano extrapatrimonial, também chamado como dano moral ou dano imaterial, consiste na lesão não patrimonial, ou seja, uma violação aos direitos de personalidade da vítima, ocorrendo tanto em pessoa física quanto jurídica. Sobre o tema, o posicionamento de Maria Helena Diniz é o seguinte:

Qualquer lesão que alguém sofre no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse; por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério da distinção não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se poderia falar em dano moral, oriundo de uma ofensa a um bem material. (DINIZ, 2011, p. 106-108)

O dano, objeto da reparação civil será, então, aquele que atender aos requisitos necessários para ensejar uma indenização em âmbito civil, ou seja, deve existir uma conduta humana omissiva ou comissiva, o dano efetivo, a presença do elemento culpa (em se tratando de responsabilidade subjetiva), além do nexo de causalidade.

3.2. Dano Patrimonial

O dano patrimonial acarreta diminuição no patrimônio da vítima, podendo ser em relação ao patrimônio atual, como também restar em dificuldade para obtenção de patrimônio futuro. Esses conceitos estão previstos no art. 402 Código Civil de 2002 que manteve a redação do art. 1.059 do código de 1916, classificando os danos como: dano emergente e lucro cessante.

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Assim, dano emergente seria a perda do patrimônio atual, isto é, o que efetivamente a vítima perdeu, já o lucro cessante seria o que a vítima poderia ter lucrado, se não tivesse ocorrido o dano.

O doutrinador Cavalieri explica, em sua obra, o que seria dano emergente e lucro cessante:

(...) o dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como, também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento, o seu aumento. Por isso, o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 74)

O dano emergente por se tratar de algo de fácil visualização não é objeto de discussões sobre o seu montante, entretanto, o mesmo não ocorre com o lucro cessante, pois trata-se de algo futuro e, por isso, a sua ocorrência deve ser pautada no princípio da razoabilidade, princípio este trazido pelo já citado art. 402 do Código Civil: “(...) além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (grifo nosso).

O doutrinador Cavalieri dispõe que o juiz, ao aplicar a razoabilidade ao lucro cessante, deve basear-se no que seria adequado, necessário e proporcional, ou seja, em uma probabilidade objetiva, “aquilo que o bom-senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos. Não pode ser algo meramente hipotético, imaginário, porque tem que ter por base uma situação fática concreta”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 75)

O ressarcimento do dano patrimonial pode ocorrer de duas formas: primeiramente verifica-se a possibilidade da reparação natural, ou seja, a restauração do *statu a quo* da vítima e, na sua impossibilidade, a indenização pecuniária.

O quantum da indenização pecuniária será estabelecido pela extensão do dano ocorrido, conforme preceitua o art. 944 do Código Civil: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

3.3. Danos Extrapatrimoniais

Segundo Savatier⁹², o dano extrapatrimonial é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Na concepção positivista, o dano extrapatrimonial é aquele que ataca um bem ligado à personalidade da pessoa, tutelado pelos direitos de personalidade.

Rubens Limongi França preceitua que os direitos de personalidade são direitos de defender a integridade física, a integridade intelectual e a integridade moral. E em relação à integridade moral, o autor cita quais os bens tutelados: “a honra, a honorificência, o recato, o segredo pessoal, doméstico, político, religioso e profissional, a imagem; a segurança moral, a intimidade, o **aspecto moral da estética humana**, a identidade sexual, o nome, o pseudônimo, a alcunha”.⁹³ (grifo nosso)

Os direitos de personalidade, pela classificação apresentada, estão intimamente relacionados à dignidade da pessoa humana, justamente um princípio expresso no art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988: “*A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana*”.

A Carta Magna também considera o direito à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas, como corolário do direito à dignidade, tendo estabelecido a indenização no caso de violação, conforme dispõe o art. 5º, inciso X: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a **indenização pelo dano material ou moral** decorrente de sua violação*” (grifo nosso).

Cavaliere vai ao encontro da definição de direito de personalidade ligada à dignidade da pessoa humana: “a dignidade humana é a essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 82).

Conforme será visto a seguir, o dano extrapatrimonial abrange, entre outros, o dano moral e o dano estético.

3.3.1. Dano Moral

⁹² SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français*. Paris, 1951 apud CAVALIERI FILHO, 2010, p. 82.

⁹³ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de Direito Civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 411 apud DINIZ, 2011, p. 91.

Antigamente se discutia sobre a possibilidade da aplicação de indenização por dano moral e material, pois entendia-se que o dano moral estava dentro do dano patrimonial. Contudo, hoje não existe mais essa discussão, uma vez que o dano efetivo atinge direitos distintos, assim, a indenização será possível, desde que os danos sejam autônomos entre si. Esta condição está prevista no art. 5º, incisos V e X⁹⁴ da Constituição, bem como no Código de Defesa do Consumidor, como direito básico do consumidor, no art. 6, VI⁹⁵.

Com efeito, a cumulação entre dano patrimonial e moral será possível, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº 37 prevendo expressamente essa possibilidade: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Hodiernamente o importante será identificar quando ocorre o dano moral, pois a partir desse ponto poderemos aplicá-lo ou não ao caso concreto.

O doutrinador Cavalieri traz os vários tipos de conceitos do dano moral tanto em caráter negativo como positivo:

Há os que partem de um conceito negativo, por exclusão, que, na realidade, nada diz. Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material. Segundo Savatier dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, dano moral é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação, enfim dor na alma. (CAVALIERI, 2010, p. 82)

Sobre o tema, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves conceitua o dano moral da seguinte forma:

O dano moral é aquele que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio e sim os bens que integram os direitos de personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o

⁹⁴ (Art. 5º, CF): (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁹⁵ (Art. 6º, CDC) - São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

bom nome etc. acarretando ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2011, p. 377)

Já Teresa Ancona Lopes (2004, p. 24) aduz que o dano moral é aquele que não incide no patrimônio da vítima e sim no campo do direito da personalidade, levando em consideração apenas os efeitos do dano e não a sua origem, uma vez que o dano sempre violará uma norma jurídica ocasionando de alguma forma um prejuízo patrimonial ou não.

Assim, entende-se que o dano moral seria uma espécie de dano extrapatrimonial sendo caracterizado tanto quando o dano ocasionar sofrimento, constrangimento, dor, à vítima, bem como quando ocorrer violação ao direito de personalidade da vítima, conjunto de direitos que são inerentes ao ser humano, pelo simples fato de o nascimento se dar com vida, conforme os artigos 1º e 2º do Código Civil⁹⁶.

Faz-se oportuno o momento para lembrarmos o que seriam direitos de personalidade. Conforme a doutrina de Maria Helena Diniz, em sua obra, ao citar TELLES JÚNIOR⁹⁷:

Os direitos de personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria, a imagem, etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.

A violação ao direito de personalidade na cirurgia estética incide tanto no direito à incolumidade física como no direito à imagem, pois a deformação ocasionada não só agride o corpo físico da vítima como também prejudica a harmonia do seu rosto.

O Código Civil de 2002, em seu art. 12, prevê expressamente a possibilidade de indenização pela lesão a direito de personalidade, in verbis: “*pode-se exigir que cesse a*

⁹⁶ (Art. 1º, CDC). Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

(Art. 2º, CDC). A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro

⁹⁷ TELLES JÚNIOR, Goffredo. Iniciação na Ciência do Direito. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008 apud DINIZ, 2011, p. 90.

ameaça, ou a lesão a direitos de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. (grifo nosso)

Oportuno trazer o conceito do direito à imagem, Carlos Alberto Bittar, em sua obra, pag. 94 traz um brilhante conceito do que seria o direito a imagem:

O direito à imagem consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto, etc.) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto, ou em partes significativas, como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa. (BITTAR, 2006, p. 94)

Importante lembrar ainda, que a violação à imagem da vítima por meio do dano estético, acaba acarretando como consequência violação à dignidade humana, princípio fundamental do nosso Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, III da Constituição de 1988. Conforme já mencionado, os direitos de personalidade estão inseridos no princípio da dignidade humana. É oportuno esclarecer que o direito a dignidade humana é um princípio constitucional que visa proteger o ser humano de qualquer coisa que o deprecie. Esta proteção é inerente ao ser humano, não estando vinculada a qualquer requisito de nacionalidade, sexo, religião, etc.

Carlos Roberto Gonçalves traz o conceito filosófico de dignidade humana de Kant:

A dignidade humana é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente. É uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes mortais. Na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. A dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática. A vida só vale a pena se digna. (GONÇALVES, 2011, p. 378)

A tutela em relação ao dano moral também pode ser fundamentada no art. 5º, incisos V e X da própria Constituição Federal, em que há a previsão de indenização em virtude de sua violação⁹⁸.

A indenização por dano moral é de difícil quantificação, ao contrário do dano material em que a lei traz previsão expressa como deve ser quantificado o seu valor. No dano moral é difícil estabelecer um valor que compense a angústia, sofrimento, dor, que determinada vítima enfrenta, em razão de uma cirurgia estética mal sucedida.

Em outros tempos, chegava-se a alegar que essa indenização era imoral, entretanto, atualmente este entendimento está ultrapassado. A indenização por dano moral passou a ter duas finalidades:

- a) A primeira finalidade consiste no caráter compensatório, mas não da mesma forma como ocorre no dano material, em razão da dificuldade de quantificar o sofrimento da vítima. A indenização terá como finalidade recompensar a vítima pelo dano ocorrido, mesmo que de forma parcial.
- b) A segunda finalidade tem caráter educativo, visa evitar que o causador do dano realize novamente a mesma conduta ilícita.

Uma questão bastante controversa é em relação à identificação dos sentimentos que configuram o dano moral, ou seja, humilhação, vexame, dor, etc. A discussão está no fato de que estes sentimentos podem ser confundidos com meros dissabores do convívio em sociedade. Sendo assim, tais sentimentos devem ter o condão de fugir da normalidade, alterando o estado psíquico da vítima, efetivamente restando em mágoa, pois do contrário, haveria grandes demandas tendo como interesse de agir causas triviais.

Em termos legais, a “mensuração” dos sentimentos é dificultada pela falta de critérios objetivos na lei. Cabe ao juiz essa difícil tarefa, devendo utilizar-se do bom senso e avaliar caso a caso, levando em conta critérios relevantes como, por exemplo, a culpa do ofensor, as condições sócio-econômicas das partes envolvidas, a repercussão do fato lesivo, entre outros. Neste sentido, Rui Stoco assim aduz:

⁹⁸ (Art. 5º, CF): (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Tratando-se de dano moral, nas hipóteses que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõem-se obediência ao que podemos chamar de “binômio do equilíbrio”, de sorte que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento ilícito para quem recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua para a superação do agravo recebido. (STOCO, 2011, p. 1.398)

Atualmente não há mais dúvidas do dano moral como sendo autônomo, consoante entendimento amplo e tutelado por dispositivos legais. No entanto, por não ser algo de fácil mensuração, pois atinge o âmago das pessoas, deve ter baliza em critérios objetivos, para que haja a apropriada compensação pela dor da vítima.

3.3.2. Dano estético

Oportuno trazer o significado de dano estético, conceito este oriundo do grego *aisthesis*, cujo significado é “sensação”. Esse dano guarda relação direta com o estudo da beleza baseado na concepção clássica de Aristóteles:

(...) é a estética uma ciência prática ou normativa que dá regras ao fazer humano sob o aspecto do belo. Portanto, é a ciência que tem como objeto material a atividade humana (fazer) e como objeto formal (aspecto sob o qual é encarado esse fazer), o belo. (LOPEZ, 2004, p. 44)

Teresa Ancona Lopez (2004, p. 46) pondera que o dano estético será caracterizado quando preencher dois requisitos, a permanência e o resultado repugnante. Nas palavras da autora: “o dano estético é qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um enfeamento que lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto a uma dor moral”.

Neste sentido o doutrinador Wilson Melo da Silva⁹⁹ assim considera o dano estético:

O dano estético não é apenas o aleijão, mas, também, as deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeamento da vítima ou que pudessem vir a se constituir para ela numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos, exercendo ou não influência sobre a sua capacidade laborativa, exemplo: mutilações (ausência de membros, orelhas, nariz); cicatrizes, mesmo acobertáveis pela barba ou cabeleira ou pela maquiagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos.

O professor Fabrício Zamprogna Matielo (2006, p. 63) traz uma importante consideração quanto à constituição do referido dano, defendendo que o nascimento do dano estético não está vinculado apenas à simples satisfação ou não do paciente, mas há ocorrência concreta de um resultado que não atenda aos fins adequados:

Ele [o dano estético] não deflui simplesmente do fato de o paciente ter ficado insatisfeito com o resultado obtido; ao contrário, depende da constatação de que este dissociou-se indevidamente do que se poderia esperar no contexto em que se inseria o cliente antes da operação. O cirurgião não é um mago, capaz de transformar indivíduos destituídos de certos dons naturais em modelos de beleza humana, e por isso a realidade se sobrepõe à ficção e aos sonhos no momento de decidir se houve ou não o dano.

Rui Stoco entende que o dano estético só ocorrerá se o dano não for passível de reparação, pois nesse caso será hipótese de dano patrimonial, no que diz respeito às despesas médicas, etc.:

O dano estético há de apresentar uma certa definitividade, ou seja, se possível de ser reparado, resolve-se como dano material. Todavia se

⁹⁹ SILVA, Wilson Melo da. O dano estético. RF, v. 194, p. 23 apud STOCO, 2011, p. 1.864.

for permanente, então terá produzido uma modificação sensível na pessoa, com relação à sua aparência anterior. Neste caso, pode-se então falar em dano estético, que transforma o vulto da pessoa. (STOCO, 2011, p. 1.865)

Em suma, o dano estético para ser caracterizado deve cumulativamente deformar desagradavelmente as feições da vítima, de modo, que cause grande repugnância e repulsa, bem como ser de caráter permanente, gerando grandes transtornos em sua vida social.

Na hipótese da lesão à integridade física ou à estética ser temporária, não há que se falar em dano estético e sim em dano material, conforme explica Rui Stoco: “(...) o dano estético reparável converte-se em dano material, se a alteração na imagem da pessoa puder ser corrigida, diante do notável avanço da medicina nessa área”. (STOCO, 2011, p. 1.865)

Antes da vigência do Código Civil de 2002, o dispositivo que regravava o dano moral e, por conseguinte o dano estético era o art. 1.538 do Código Civil de 1916 e seus incisos:

Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grão médio da pena criminal correspondente.

§1º. Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

§2º. Se o ofendido, aleijão ou deformado, for mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.

Este dispositivo, no entanto, gerava discussões em vários pontos:

- Na parte final do caput, onde se lê “importância da multa no grão médio da pena criminal correspondente”, ficou por longo tempo sem eficácia, pois não havia previsão de multa para crimes de lesão corporal na legislação penal.

- O parágrafo 1º trazia de fato a indenização por dano estético, porém limitada apenas a lesões de alta gravidade – aleijão ou deformidade. Segundo Teresa Ancona Lopez, o critério utilizado pelo legislador foi absorvido do Direito Penal, o que não deveria ocorrer, pois a “responsabilidade civil mede-se pelo dano e a penal pela culpa; seguem, portanto, sistemáticas completamente diferentes”. (LOPEZ, 2004, p. 181)
- Outro ponto controverso era a constituição de “dote” pelo ofensor, no caso de lesão (aleijão ou deformidade) a mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar. Primeiramente, se discutia a natureza do dote, se era mera reparação por dano patrimonial ou se dano moral puro. Outra questão era que o dispositivo restringia a indenização apenas às duas situações descritas, não contemplando outros, como mulheres divorciadas, homens solteiros, etc. A estes excluídos caberia apenas a indenização de caráter material por diminuição da capacidade laborativa, prevista no art. 1.539.

Com o advento do Código Civil de 2002, o dispositivo supra citado passou a não ter mais eficácia, sendo o dano estético regulado pelo art. 949 do novo código, em sua parte final:

(Art. 949, CC/02): No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, **além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido**. (grifo nosso)

Segundo Teresa Ancona Lopez (2004, p. 194), a necessidade de prova de “algum outro prejuízo” sofrido pela vítima, prevista no art. 949, seria desnecessária, já que ofensas a direitos de personalidade não precisam de prova, há presunção absoluta de dano, ou seja, *damnum in re ipsa*.¹⁰⁰

À parte de considerações doutrinárias, na hipótese da cirurgia meramente embelezadora restar em dano material, dano estético e/ ou moral, a indenização observará o dano patrimonial (lucro cessante e dano emergente), com base no art. 402

¹⁰⁰ *damnum in re ipsa*: “o dano fala por si”.

do Código Civil¹⁰¹, além do dano extrapatrimonial (dano moral e dano estético), aplicando-se a parte final do art. 949 do Código Civil de 2002.

Entretanto, se a referida cirurgia além de ocasionar o dano estético, também ocasionar lesão corporal de natureza leve, grave ou gravíssima, aplicar-se-á conjuntamente com o art. 949, o art. 950 do Código Civil, que prevê o pagamento de pensão:

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá **pensão** correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. (grifo nosso)

O Código Civil ainda traz a hipótese de o dano estético restar em homicídio, aplicando-se o art. 948¹⁰², conjugado com o art. 949 e o art. 950, sendo que o artigo 948 traz disposição expressa: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações (...)”.

Finalmente, cabe lembrar que a indenização do dano estético pode derivar apenas do ilícito civil, não sendo necessário que haja o ilícito penal.

3.4. Cumulação de dano estético, moral e material

Antigamente se discutia sobre a possibilidade de cumulação entre os danos moral, estético e material. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, editou a súmula 387, em 2009, que prevê a sua cumulação “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Contudo, apesar da cumulação ser amplamente aceita na jurisprudência, em razão da referida súmula, os doutrinadores ainda divergem quanto à sua cumulação.

¹⁰¹ (Art. 402, CC/02): Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

¹⁰² (Art. 948, CC/02): No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Segue jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

ACIDENTE DE VEÍCULO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL E DANO ESTÉTICO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. A cumulação dos danos estético e moral advindos do mesmo evento e amplamente aceita pela jurisprudência, confortada por decisões do E. Superior Tribunal de Justiça. (TJSP – Apelação 992.08.004548-0. 26ª Câmara. Rel. Renato Sartorelli – j. 09/02/2010)

O doutrinador Nehemias entende que o dano estético trata-se de dano autônomo, não podendo ser confundido com o dano material e moral, tendo em vista que a própria Constituição, em seu art. 5º, inciso V, assegura o direito à indenização por dano à imagem:

Entendemos ser perfeitamente possível originar-se de um mesmo fato, de maneira autônoma, tanto o dano estético, quanto o dano moral, além de eventualmente implicar também em dano material. Nosso entendimento decorre do fato de que se encontra expressamente previsto na CF/88, além do direito de resposta a qualquer agravo, o direito à indenização por dano material, por dano moral e também por dano à imagem. Se além do dano material o dano moral, a nossa lei maior assegura o direito a indenização em razão de dano à imagem, a toda evidência, encontra-se aí, de maneira autônoma, o dano estético, sendo assim supedâneo legal para assegurar a cumulação das indenizações a esse título. (MELO, 2008, p. 37)

O mesmo autor traz um exemplo em que ocorre a cumulação dos danos moral, estético e material. A vítima, no caso, por erro médico tem seu braço engessado, e, em razão desse infortúnio, acaba tendo um dos membros superiores amputados. Sobre esta situação, o autor discorre sobre as indenizações cabíveis em função de cada dano (MELO, 2008, p. 38):

- a. A vítima fará jus a uma indenização por dano moral, enquanto dor e constrangimento decorrente do próprio erro médico, tais como as dores próprias do engessamento errôneo e as da cirurgia para

amputação, bem como pelas angústias decorrentes do saber ser necessária a amputação, assim, como pelo período de afastamento de suas atribuições normais.

- b. Fará jus também a uma indenização por dano material na exata medida de sua incapacitação para o exercício de suas habituais funções, além da reposição das despesas hospitalares e cirúrgicas que tenha realizado.
- c. E, outra indenização, essa por dano estético em função da desarmonia física que lhe acompanhará por toda a vida, porquanto nem mesmo a colocação de uma prótese eliminará a anomalia física que a vítima passará a ostentar.

Neste sentido, o doutrinador Enéas de Oliveira Matos¹⁰³ aduz o seguinte:

(...) não se pode concordar que a Constituição ao elencar a dignidade da pessoa humana como princípio, norma, fundamental de nosso ordenamento, não acrescente nada à questão da reparação dos danos causados à pessoa humana: pelo contrário, com esse fundamento, deve-se interpretar a responsabilidade sempre no sentido de promoção e melhor proteção da pessoa humana, o que só se consegue com a orientação pela autonomia dos danos moral e estético.

Ainda, vale consignar o relevante entendimento do magistrado Gustavo Leite, do Egrégio Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro que, em julgado do qual foi relator, e cujo objeto de análise era a possibilidade de cumulação de dano material com dano moral e dano estético, decidiu a favor da cumulação, trazendo uma clara distinção entre os danos:

(...) também reconhece-se a possibilidade de se acumular o dano estético com os outros dois, porque cada um deles tem fundamento diferente. O dano material traduz o que efetivamente deixou de ganhar, o moral o sofrimento suportado em consequência do acidente

¹⁰³ MATOS, Enéas de Oliveira. Dano moral e dano estético. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 297.

e o estético pela deformação sofrida. (TACRJ – AC 11856/93. 1ª C. Rel. Juiz Gustavo A. K. Leite. j. 07/12/1993)¹⁰⁴

Existem, no entanto, alguns doutrinadores que não coadunam com a tese da autonomia dos danos, como o doutrinador Caio Mário, que não concorda com a dupla indenização pelo dano estético e moral, pois entende que o dano estético está dentro do dano moral: “Se é verdade que nem todo dano moral resulta em dano estético, a recíproca não é verdadeira, ou seja, todo dano estético redundando em dano moral. Além, evidentemente, do dano material que decorre do aleijão ou deformidade”.¹⁰⁵

A posição de Rui Stoco também é no sentido de que a cumulação dos referidos danos não seria possível, pois restaria em *bis in idem*¹⁰⁶: “Mas, segundo sempre entendemos, mostra-se impróprio pretender indenização por dano estético e por dano moral cumulativamente, pois haveria aí verdadeira *contraditio in terminis*¹⁰⁷, conduzindo a insuportável *bis in idem*”. (STOCO, 2011, p. 1.412)

Em suma, em que pesem entendimentos doutrinários contrários à aplicação da cumulação dos danos estéticos, morais e materiais, a sua aplicabilidade é totalmente cabível, conforme entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, o juiz quando for aplicá-la ao caso concreto deve analisar as especificidades que perfazem o dano estético, pois muitas vezes a vítima poderá sofrer lesões não incapacitantes que não acarretarão impedimentos em suas atividades normais, como na vida profissional. No caso de uma empregada doméstica, por mais que cicatrizes em seu abdômen não sejam inaceitáveis, estas não causarão diminuição significativa na sua capacidade laborativa, uma vez que a vítima não usa a imagem como o seu ganha-pão. Nestes casos, a vítima será eventualmente ressarcida pelos danos materiais sofridos, bem como pelo dano moral, no entanto, quanto ao dano estético, as chances de sucesso são reduzidas.

Se a vítima, no entanto, depender da sua imagem para o seu sustento, como no caso de uma atriz ou modelo, o dano estético estará caracterizado de modo mais evidente, pois essa mesma cicatriz tem o potencial de impedir que a vítima, por

¹⁰⁴ MELO, 2008, p. 30.

¹⁰⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Responsabilidade Civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 105 apud STOCO, 2011, p. 1.411.

¹⁰⁶ *bis in idem*: “não duas vezes sobre a mesma coisa”.

¹⁰⁷ *contraditio in terminis*: “contradição nos termos”.

exemplo, feche contratos publicitários em que haveria exposição de seu corpo. Neste sentido, o professor Nehemias aduz que:

Outro exemplo, que muito bem pode ilustrar a cumulatividade do dano moral, estético e material é o caso do modelo profissional, assim como de outros artistas, que dependem de suas harmônicas feições para a realização de seus trabalhos remunerados. Ora, é evidente que um acidente que resulte em deformidade física de um destes profissionais acarretará, a toda evidência, danos de ordem patrimonial, na exata medida da impossibilidade de realização de seus trabalhos; dano moral, em razão das angústias e sofrimentos decorrentes da agressão; e, finalmente, dano estético em razão da deformidade que lhe tenham alterado as feições. (MELO, 2008, p. 38)

A importância de se estabelecer a possibilidade ou não da cumulação dos referidos danos é absolutamente relevante no momento da fixação do quantum indenizatório, sendo que, na hipótese da cumulação, o juiz deverá considerar a repercussão da dupla agressão - moral e estética -, quanto ao dano extrapatrimonial.

3.5. Reparação do dano estético

Assim como mencionado anteriormente, a quantificação do dano indenizatório, quando extrapatrimonial, encontra dificuldade para a sua determinação, pois há muitos aspectos subjetivos envolvidos. Na hipótese de dano estético, o componente estimatório do sofrimento da vítima é ainda mais complexo. Segundo Teresa Ancona Lopez (2004, p. 129), “realmente, a dificuldade da estimativa dos sofrimentos espirituais, para posterior fixação do *quantum*¹⁰⁸ devido pela ofensa, é a pedra de toque de toda a doutrina da reparação dos danos morais”.

A justiça, no entanto, não pode obliterar-se nem ignorar quando demandada, deve de alguma forma proceder à reparação do dano. Segundo Teresa Ancona, para que o dano possa ser transformado em indenização, há que se proceder a dois tipos de

¹⁰⁸ *Quantum*: quantidade ou quantia, dependendo da circunstância.

averiguação, a primeira diz respeito ao que se considera devido – *an debeatur*¹⁰⁹; a segunda averiguação diz respeito ao montante da indenização – *quantum debeatur*.¹¹⁰

Apesar de o *quantum* indenizatório do dano estético estar sob o arbítrio do juiz, ele deve ter a baliza de alguns critérios objetivos. Segundo Teresa Ancona Lopez (2004, p. 131), algumas diretrizes devem ser seguidas e que orientarão a determinação do *pretium doloris*¹¹¹ (“preço da dor”):

- a) É necessário que tenha havido lesão à pessoa, conforme o art. 949 do Código Civil¹¹². Segundo a autora, analisa-se a gravidade objetiva do dano, ou seja, a extensão material do prejuízo no caso particular. Sendo a lesão permanente, como é a de cunho estético, deve-se balizar a deformidade com o seu poder de afetar a vida do ofendido, como, por exemplo, a deformidade no rosto tende a repercutir com mais força do que em outra parte do corpo. Logicamente que a perda de um membro seria muito mais grave do que alguma cicatriz no rosto.
- b) O valor da indenização deve ter como base o patrimônio do ofensor, as circunstâncias pessoais e sociais do ofendido e a extensão (gravidade) do dano sofrido. As circunstâncias pessoais do ofendido abrangem desde o sexo, a idade, as condições sociais, a profissão e até a sua beleza. Segundo Savatier¹¹³, “o atentado à estética será tanto mais grave quanto mais bela for a vítima”.

Apesar de a posição de Savatier ser suscetível a questionamentos, pois ser “mais belo” não quer dizer necessariamente uma vantagem social, há jurisprudências que consideram este fator:

RESPONSABILIDADE CIVIL. LIQUIDAÇÃO. DANO ESTÉTICO.
INDENIZAÇÃO. (...) Trata-se de uma jovem formada em direito, de
ótima aparência, que sofreu dano estético, que é de ser indenizado.

¹⁰⁹ *an debeatur*: “existência da dívida”; *quantum debeatur*: quantia da dívida

¹¹⁰ LOPEZ, 2004, p. 130.

¹¹¹ *pretium doloris*: “preço da dor”.

¹¹² Art. 949, CC/02: No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

¹¹³ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris, 1951. p. 108 apud LOPEZ, 2004, p. 132.

(...) A propósito, Jean Carrard, em lúcida monografia, reitera o ensino da jurisprudência no sentido de que o atentado à estética será tanto mais grave quanto melhor aspecto tenha a vítima.

(STF – RE 58.638/SP. Rel. Min. Gonçalves de Oliveira. j. 19/08/1966 - RTJ 39/113)

CICATRIZ HIPERTRÓFICA E QUELOIDIANA RESULTANTE DE INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. A extensa cicatriz cirúrgica no tórax e abdome da vítima, com formação de quelóide, caracteriza o dano estético, principalmente levando-se em conta que a vítima é jovem e fica constrangida em usar as roupas ditadas pela moda, bem como trajes de banho.

(TJMG – Ap. 326.867. 4ª C. Rel. Jarbas Ladeira. j. 21/03/2001 – RT 795/369)

Segundo Teresa Ancona Lopez (2204, p. 133), as condições pessoais da vítima, no entanto, não devem estar acima da gravidade do próprio dano. A extensão da gravidade é que dará a medida da indenização, pois senão pessoas humildes, de funções mais “braçais” seriam acometidas por injustiças.

Segundo KFOURI NETO (2002, p. 278), o juiz determinará a produção de provas que permitam comparar os “reflexos da mudança para pior da sua aparência [vítima], a ruptura de expectativas – como noivado ou casamento – analisar o contexto sociocultural do lesado, enfim, aferir todas as nuances do caso concreto (...)”.

Após a tarefa de determinar quais os elementos que auxiliarão o juiz a formar juízo de valor sobre o *pretium doloris*, procede-se ao cálculo do *quantum* indenizatório para a vítima de dano estético, também a critério do magistrado.

Alguns autores defendem que a fixação do valor indenizatório não pode estar plenamente ao arbítrio do juiz.

Esta prefixação do prejuízo é defendida por Agostinho Alvim¹¹⁴, que defende que o legislador estabeleça um *forfait*¹¹⁵, ou seja, uma prefixação do prejuízo. O autor

¹¹⁴ ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 236 e ss, apud LOPEZ, 2004, p. 136.

¹¹⁵ *Forfait*: palavra de origem francesa que representa a pré-fixação de um valor anterior a um fato específico.

entende que este valor pré-determinado seria baseado em casos graves e recorrentes de dano moral, sob a análise da jurisprudência.

Teresa Ancona Lopez (2004, p. 136) defende que ainda deve prevalecer o prudente arbítrio do juiz, mesmo se houvesse a solução de prefixação do prejuízo.

O valor da indenização também sofrerá limitação quanto ao montante. Segundo Brebbia¹¹⁶, o livre-arbítrio do juiz deve obedecer ao princípio segundo o qual a indenização não constitua enriquecimento sem causa para a vítima.

Antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, na determinação do *quantum* utilizava-se analogamente o parágrafo único do art. 1.547 do Código Civil de 1916, em que, no caso de o ofendido não conseguir provar o prejuízo material, o ofensor deveria lhe indenizar pelo dobro da multa no grau máximo da respectiva pena criminal. Acontece que a conjugação deste dispositivo com o Código Penal resultava no excessivo valor de 10.800 salários-mínimos, que servia de limite para as indenizações.

Com o advento do Código Civil de 2002, este raciocínio de combinação de valores foi abandonado, relegando a tarefa de determinar o *quantum* indenizatório ao arbítrio do juiz, conforme o art. 953, parágrafo único: “Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.

Em julgado do Superior Tribunal de Justiça, o relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira assim prescreveu:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÕES GRAVES. DANOS MORAL E ESTÉTICO. CUMULABILIDADE. POSSIBILIDADE. ORIGENS DISTINTAS. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. CRITÉRIO. PRECEDENTES.
 (...) II – Na fixação da indenização a esse título, recomendável que o **arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa**, ao nível sócio-econômico dos autores e, ainda ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelo critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, **com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.** (grifo nosso)

¹¹⁶ BREBBIA, Roberto H. El daño moral. 2. ed. Córdoba: Orbir, 1967. p. 237 apud LOPEZ, 2004, p. 137.

(STJ – REsp 228.244/SP. j. 09/11/1999, DJ 17/12/1999)

Não há, portanto, uma forma exata de se determinar o valor indenizatório, devendo o juiz utilizar, além de sua experiência, a equidade, a razoabilidade, a proporcionalidade e critérios mais próximos ao bom senso, nunca esquecendo de que o objetivo é a reparação satisfatória e justa do dano.

CAPÍTULO 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi exposto, cumpre-nos destacar as seguintes considerações:

- a) Quanto à eventual responsabilização do médico em cirurgia estética, esta dependerá do entendimento a ser seguido em relação à espécie de obrigação que incidirá neste tipo de cirurgia, pois a presunção da culpa ocorre apenas na obrigação de resultado.

Assim, se partimos do pressuposto que a cirurgia meramente estética deve alcançar a finalidade a que se propôs o médico, ele estará vinculado não só a prestar um bom atendimento como acontece na obrigação de meio, mas também a atingir o resultado convencionado com o paciente, objeto do contrato, sob pena de ser responsabilizado civilmente.

Na eventual ocorrência de dano, a responsabilidade será objetiva, deste modo a vítima não precisará provar a culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do médico, pois esta será presumida.

Entretanto, se partimos do pressuposto de que não existe diferença entre a cirurgia estética e a reparadora e aplicarmos o mesmo tipo de obrigação para ambas, ou seja, obrigação de meio, mesmo que o cirurgião plástico não chegue ao resultado que foi anteriormente avençado com seu paciente, a sua responsabilidade será subjetiva, vinculada à comprovação pela vítima da sua imprudência, imperícia e negligência.

O atual entendimento majoritário considera a aplicação da obrigação de resultado nas cirurgias estéticas e a obrigação de meio nas cirurgias reparadoras.

Com a devida vênia aos doutrinadores que entendem não caber distinção entre a cirurgia estética e a reparadora, compartilho com o entendimento majoritário, pois, como visto anteriormente, a finalidade das cirurgias são completamente diferentes, enquanto a cirurgia reparadora busca corrigir deformidades físicas que dificultam o funcionamento fisiológico de alguma função do paciente, a cirurgia estética visa apenas à correção da insatisfação do paciente em relação à sua imagem.

- b) Objetivando combater a autopromoção e o sensacionalismo da atividade médica, a Conselho Federal de Medicina editou a resolução nº 1.974/2011, que trouxe orientações e limitações à propaganda médica, visando manter o prestígio da classe médica.

Entendemos serem totalmente válidas as regras trazidas pelo referido dispositivo, uma vez que as cirurgias estão sendo tratadas como procedimentos corriqueiros, chegando muitas vezes a ser comparadas e tratadas como uma simples limpeza de pele, sem levar em conta os riscos que envolvem uma intervenção cirúrgica, por mais simples que seja. Os fornecedores de serviço, visando apenas aumentar o seu faturamento, trazem facilidades na condição de pagamento, pouco se preocupando com as consequências futuras. O problema é que isto envolve o maior bem tutelado, a vida. Por isso, antes da sua realização, o médico deve analisar se a cirurgia é realmente viável ou não. Ao constatar que os riscos são maiores do que a probabilidade de resultados favoráveis, não deve realizá-la. O cirurgião plástico deve, também, trazer ao paciente de forma clara e ostensiva todas as informações necessárias, apontando os prós e contras da cirurgia. E antes da realização do procedimento cirúrgico, deverá obter o termo de consentimento informado junto ao paciente.

- c) A prof^ª. Cláudia Lima Marques trouxe ao Brasil a teoria do Diálogo das Fontes, que entendemos ser cabível, pois muitas vezes o operador do direito fica engessado, limitando-se as regras clássicas de solução das antinomias. Essa teoria traz a possibilidade do operador de direito buscar apenas a solução mais benéfica ao consumidor, mesmo que isso signifique quebrar as amarras dos critérios da temporariedade, especialidade e hierarquia, podendo aplicar, inclusive, dispositivos conjugados de diplomas distintos, desde que respeite o texto constitucional.
- d) Outra discussão diz respeito a qual espécie de responsabilidade incidirá no hospital. Alguns doutrinadores entendem pela aplicação da responsabilidade subjetiva trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14º, parágrafo 4º, aplicando interpretação extensiva. Contudo, não compartilhamos com esse entendimento, uma vez que o dispositivo é claro e expresso dispondo

que a responsabilidade subjetiva aplica-se em caráter pessoal ao profissional liberal, pessoa física, não podendo, assim, hospitais ou estabelecimentos clínicos pleitearem esse tipo de responsabilidade, uma vez que são pessoas jurídicas.

- e) Sobre a solidariedade dos hospitais em relação à conduta dos médicos, este assunto é objeto de bastante controvérsia.

O doutrinador Leonardo de Medeiros Garcia entende que a solidariedade estaria inicialmente vinculada à existência do vínculo empregatício entre o hospital e o médico e posteriormente a vítima deveria comprovar a culpa do médico para só depois alcançar o hospital que responderá objetivamente, de forma solidária.

Já o doutrinador Rui Stoco concorda quanto à necessidade do vínculo trabalhista para existir a solidariedade, mas defende não existir a necessidade de se provar primeiro a culpa do médico (obrigação subjetiva) para depois chegar à responsabilidade solidária do hospital. A vítima poderá, então, desde o início, acionar ambos diretamente.

Segundo a opinião de vários doutrinadores, e também do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de ausência de vínculo trabalhista entre o médico e o hospital, não ocorrerá a solidariedade, e o médico responderá pessoalmente por eventual dano decorrente da cirurgia plástica. No entanto, se o dano tiver relacionado a algum defeito nas instalações do hospital ou com os serviços prestados por seus empregados, o nosocômio também poderá ser responsabilizado.

Em que pese entendimentos diversos, concordamos parcialmente com o entendimento trazido pelo doutrinador Rui Stoco, em que o médico, na condição de preposto do hospital, responderá solidariamente com este. Quanto a esta posição, entendemos que o Código de Defesa do Consumidor foi criado para trazer equilíbrio na relação de consumo, que em regra trata-se de uma relação desigual. Por conseguinte, a vítima deveria ter a opção de acionar um ou outro, ou ambos. No entanto, entendemos que a responsabilização também deveria abranger o hospital, mesmo quando o médico não pertença a seu quadro de funcionários, sendo solidária e objetiva. A justificativa pauta-se na teoria do risco, em que o hospital, ao permitir a utilização de suas instalações, possui

interesse econômico, assumindo, então, o risco pela ocorrência de danos. Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 172), “o consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização”. No caso do hospital, este está sob o risco do empreendimento, que segundo Cavalieri, “todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 172)

- f) Sobre as excludentes de responsabilidade existem duas correntes. O doutrinador Nehemias propõe entendimento amplo, admitindo que o caso fortuito e a força maior seriam espécies de excludentes do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, o doutrinador Roberto Senise não compartilha com esse entendimento alegando que o rol trazido pelo artigo 14, parágrafo 3º, seria taxativo. Concordamos com o entendimento do mestre Senise em limitar as excludentes, uma vez que o referente dispositivo traz as excludentes expressamente, não dando margem a dúvidas.
- g) No que diz respeito à culpa concorrente, também há discussão quanto a sua incidência ou não. Em que pesem posições contrárias, entendemos pela sua aplicabilidade, pois seria injusto que o médico fosse responsabilizado isoladamente por um dano em que concorreu com a vítima. Destarte, se o médico agir com negligência, imprudência e imperícia, mas o paciente concomitantemente deixar de obsevar as suas recomendações, o quantum indenizatório terá o valor diminuído.
- h) Apesar da teoria da “perda de uma chance” não ter previsão legal, tendo seu fundamento em entendimento doutrinário e jurisprudencial, entendemos ser cabível a sua aplicação, desde que aplicada com a máxima cautela. O juiz, no momento de formação do seu convencimento, deve analisar se realmente trata-se de uma chance perdida séria e real, devendo utilizar-se de todos os meios acessíveis, como, por exemplo, o laudo pericial. O que se busca nesta teoria não

é a reparação da vantagem perdida em si, mas a possibilidade de se ter alcançado essa vantagem.

- i) A cláusula de não indenizar também gera discussões, alguns doutrinários defendem a sua aplicação, dispondo que ela tem fundamento no princípio da autonomia da vontade das partes. Outros entendem que sua aplicação não pode ocorrer, porque viola a função social do contrato.

Corroboramos com o entendimento da sua não aplicação nos contratos médicos, pois a sua aplicabilidade encontra barreira expressa pelo Código de Defesa do Consumidor. Há sua não aplicação também se estende aos contratos médicos regidos pelo Código Civil, porque tais contratos tutelam o maior bem do ser humano, a vida, direito indisponível, insuscetível de negociação.

- j) Apesar do Superior Tribunal de Justiça ter editado a súmula 387, e ter contado com ampla aceitação jurisprudencial, alguns doutrinadores ainda relutam na sua aplicação, defendendo que a cumulação de danos restaria em *bis in idem*.

Apesar das controvérsias, partilhamos com o entendimento da possibilidade da cumulação dos danos, pois as consequências ocasionadas são indiscutivelmente distintas. O dano material traz uma diminuição na esfera econômica da vítima. Já o dano moral diz respeito à dor, o sofrimento e a humilhação que o dano ocasionou. Por fim, o dano estético resulta em uma deformação permanente e repugnante.

Importante lembrar que a aplicabilidade do dano estético estará vinculada às características pessoais da vítima, pois a gradação das consequências trazidas pelo dano estético se perfaz de forma diferente, dependendo de quem for a vítima, ou seja, os prejuízos serão potencialmente maiores para aquelas pessoas que vivem da sua imagem.

Pelos pontos abordados, percebe-se que as controvérsias decorrem do fato de não haver legislação específica que trate da especificidade da responsabilidade civil em cirurgias estéticas. As soluções passam pela analogia interpretativa de dispositivos legais que foram inicialmente previstos para outros ramos das relações de consumo e

dos negócios jurídicos, fazendo com que não haja uniformidade de entendimentos ou decisões.

Em que pese a resistência de decisões judiciais e de pensadores em dar amplitude à responsabilização na ocorrência de dano, não há como obstar, nem ignorar a realidade que permeia a sociedade, da grande expansão das cirurgias estéticas. A preocupação estética não está mais reservada às elites sociais, mas tem se tornado algo presente na vida de todos, o que se faz sentir pela grande procura pelos procedimentos médicos.

Certamente que o Código de Defesa do Consumidor representou um grande avanço para trazer maior equilíbrio nas relações de consumo, contudo, não tem sido plenamente satisfatório ao embarcar soluções para a responsabilização civil em cirurgias estéticas. Ainda que modernas teorias vêm sendo aplicadas, como a “perda de uma chance” e o “diálogo das fontes”, há necessidade de um esforço conjunto entre os Poderes para que se adequem, ou melhor, se atualizem em relação à “realidade estética”, sob pena de ficarem à margem das necessidades da sociedade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEARDSLEY, Monroe Curtis. **Aesthetics: Problems in the Philosophy of Criticism**. 2. ed. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1981.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

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

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Aspectos históricos da responsabilidade civil médica**. Revista Jus Vigilantibus, jun. 2003. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/300>>. Acesso em: 05 set. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2011.

GILMAN, Sander L. **Making the body beautiful: A cultural history of aesthetic surgery**. Princeton: Princeton University Press, 1999. Disponível em: <<http://press.princeton.edu/chapters/s6545.html>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3, n. 12, out/dez. 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. vol. 4. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LENZI, Gisele Ilana. Resolução nº 1.974/2011 do Conselho Federal de Medicina à luz do Consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3050, 7 nov. 2011. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/20378>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

LIMA, Aline. **A Beleza Feminina: imposição de padrões ao longo do tempo**. fev. 2010. Disponível em: <<http://pergaminhoamarelo.blogspot.com/2010/02/beleza-feminina-imposicao-de-padrees-ao.html>>. Acesso em: 05 set. 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O Dano Estético - Responsabilidade Civil**. 3 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2006.

MATOS, Enéas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NORONHA, Fernando. **Os direitos dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POLTRONIERI, Walter Vieira. **A Procura da Rinoplastia Estética: Um estudo exploratório à luz dos processos de atribuição**. 2007. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PRADO, Priscila Araújo. **Possibilidade de Cumulação do Dano Estético com Dano Moral em Cirurgias Plásticas**. 2010. 54 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

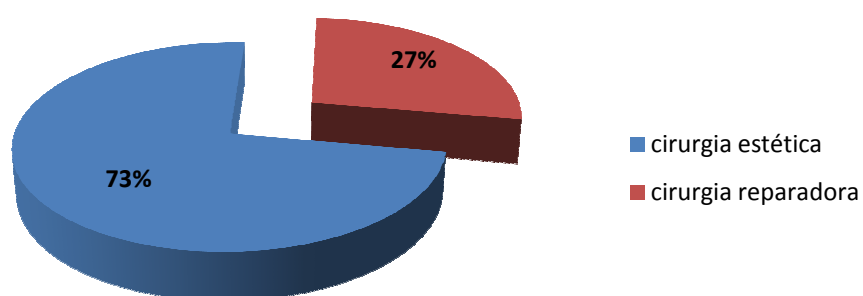
VAZ, Wanderson Lago; REIS, Clayton. *Responsabilidade Civil e Consentimento Informado*. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 8, n.2, p. 533-568, jul/dez. 2008.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **A teoria do diálogo das fontes. Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2.755, 16 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18279>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

ANEXOS

ANEXO A - Gráfico comparativo entre cirurgias estéticas e cirurgias reparadoras realizadas em 2009.¹¹⁷

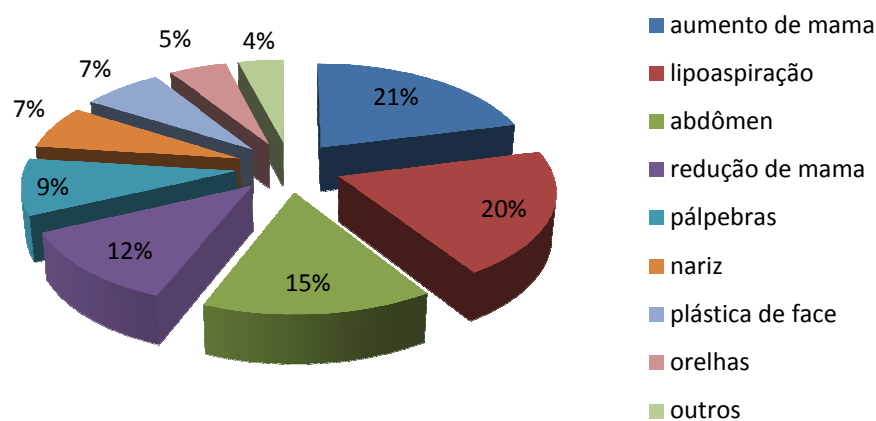
Cirurgias plásticas realizadas em 2009



¹¹⁷ Fonte: Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, 2009. Disponível em: <<http://www2.cirurgioplastica.org.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

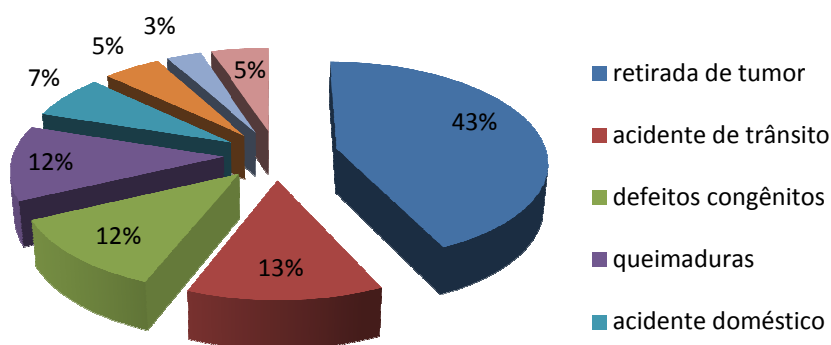
ANEXO B – Gráfico das cirurgias estéticas realizadas em 2009 por espécie.¹¹⁸

Intervenções estéticas realizadas em 2009



ANEXO C – Gráfico das cirurgias reparadoras realizadas em 2009 por espécie.¹¹⁹

Intervenções reparadoras realizadas em 2009



¹¹⁸ Fonte: Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, 2009. Disponível em: <<http://www2.cirurgioplastica.org.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

¹¹⁹ Fonte: Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, 2009. Disponível em: <<http://www2.cirurgioplastica.org.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2011.