

UNICESUMAR - CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

OS ASPECTOS DA ATIVIDADE PROFISSIONAL DO MÉDICO E SUA
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PERANTE OS ERROS EM CIRURGIAS
ESTÉTICAS

RODRIGO PINA DIAS

MARINGÁ – PR

2020

Rodrigo Pina Dias

**OS ASPECTOS DA ATIVIDADE PROFISSIONAL DO MÉDICO E SUA
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PERANTE OS ERROS EM CIRURGIAS
ESTÉTICAS**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da UniCesumar – Centro Universitário de Maringá como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito, sob a orientação do Prof. Pós-Doutor Marcelo Negri Soares.

MARINGÁ – PR

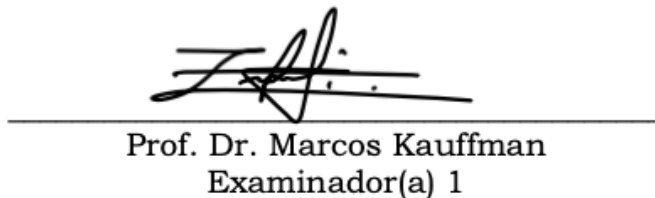
2020

**ATA DE BANCA EXAMINADORA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO
DE CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

Aos 17 (dezessete) dias do mês de novembro de 2020, a banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado **“OS ASPECTOS DA ATIVIDADE PROFISSIONAL DO MÉDICO E SUA RESPONSABILIZACÃO CIVIL PERANTE OS ERROS EM CIRURGIAS ESTÉTICAS”** do(a) Acadêmico(a) **RODRIGO PINA DIAS (RA 16058062)** e composta pelos professores(as) abaixo nominados, que assinam este documento, após análise do texto e os devidos trâmites acadêmicos, decidiram pela **APROVAÇÃO** do TCC, atribuindo-lhe **NOTA FINAL 9,0 (nove)**.



Prof. Dr. Marcelo Negri Soares
Orientador



Prof. Dr. Marcos Kauffman
Examinador(a) 1

SIGN HERE
ROGERIO BORGES
FREITAS:83198903149

Assinado de forma digital por
ROGERIO BORGES
FREITAS:83198903149
Dados: 2020.11.18 11:28:31 -04'00'

Prof. Rogério Borges Freitas
Examinador(a) 2

OS ASPECTOS DA ATIVIDADE PROFISSIONAL DO MÉDICO E SUA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PERANTE OS ERROS EM CIRURGIAS ESTÉTICAS

Rodrigo Pina Dias

Marcelo Negri Soares

RESUMO

O presente trabalho busca analisar os aspectos da atividade profissional do médico, ponderando-a por um viés interdisciplinar e estabelecendo parâmetros para a definição de erro médico e sua responsabilização civil – dentro dos limites da razoabilidade e da falibilidade do indivíduo humano. O enfoque será dado na valoração estética, levando em consideração os critérios da sociedade e dos modelos de beleza impostos em conformidade com o que é divulgado pela mídia e com os padrões inatingíveis que são impostos à população média. A análise terá enfoque na valoração da importância do ressarcimento às vítimas de dano estético em procedimentos malsucedidos e o reflexo psicológico negativo que lhes é acometido. Ademais, levar-se-á em consideração a importância da proteção do bem jurídico da autoimagem e da estabilidade psicológica da vítima, bem como o peso da responsabilidade médica em realizar um procedimento bem-sucedido.

Palavras-chave: Dano Estético. Falibilidade do Indivíduo. Responsabilidade Civil.

THE ASPECTS OF THE MEDICAL PROFESSIONAL ACTIVITY AND HIS LEGAL ACCOUNTABILITY TOWARDS THE ERRORS IN ESTHETICS SURGERIES

ABSTRACT

The present essay tries to analyze the aspects of the medical activity through an interdisciplinary perspective, stablishing parameters for the definition of medical error and its civil responsibility - within the limits of reasonability and fallibility. The focus is going to be given on the aesthetical valuation, considering the society criteria and the idealized beauty models, in conformity with what is spread by media, and the unattainable standards that are imposed to the average population. The analysis will focus on the valuation of the importance of the refund to the victims of esthetic damage in unsuccessful procedures, and the negative psychological effects caused on them. Besides, it will be taken into account the importance of the protection of the legal interest concerning the self-image and the psychological stability of the victim, as well as the medical responsibility on performing a successful procedure.

Keywords: Aesthetical Damage. Civil Responsibility. Individual Fallibility.

INTRODUÇÃO

O Direito e a medicina são ciências seculares que vêm se modificando constantemente com o decorrer do tempo, adaptando-se aos novos costumes da sociedade, aos avanços tecnológicos e aperfeiçoando-se conforme novos estudos vão sendo desenvolvidos em seus respectivos campos. Neste sentido, é natural que ambas as ciências acabassem por se interseccionar em algum momento, traçando, assim, uma interdisciplinaridade que merece ser foco de estudo. Como toda atuação profissional, a medicina não se abstrai de ser permeada pela norma jurídica, tendo em vista que, além de se tratar de uma relação interpessoal de prestação de serviço, se envolve com alguns dos bens jurídicos de maior importância para o mundo do Direito, tais como a vida, a integridade física, a saúde, dentre outros.

Desta maneira, menciona-se notadamente a influência do instituto da responsabilidade civil no que tange a atuação do profissional de medicina. Este instituto também passou por diversas alterações durante a história, abrangendo cada vez mais particularidades no intuito de oferecer uma maior proteção aos indivíduos e garantir que a proteção jurídica se estenda para todos.

No campo da ciência médica, particularmente nas últimas décadas, uma área específica cresce constantemente, bem como a sua demanda. Trata-se do exercício das cirurgias plásticas estéticas e embelezadoras, cujo rápido aumento do número de procedimentos exige uma atenção ainda maior do ponto de vista jurídico.

Sabe-se que a valoração da estética e da imagem têm crescido exponencialmente nos últimos anos. A indústria da cirurgia plástica e dos procedimentos estéticos se tornou extremamente forte e a busca por um padrão ideal de beleza uma prioridade para muitas pessoas, não somente para exposição social, mas também para a própria auto aceitação e preservação da saúde mental.

É controverso discutir a problemática dos padrões de beleza atualmente impostos, normalmente inatingíveis e inalcançáveis. Contudo, também se faz necessário valorizar o avanço da ciência médica nos últimos anos e as oportunidades que são possibilitadas àqueles que desejam alterar suas características físicas. Isto posto, evidente se mostra o peso da responsabilidade médica no momento da realização do procedimento, uma vez que é parte do próprio juramento feito pelos profissionais da área em zelar pela boa execução e recuperação do paciente submetido à cirurgia, bem como pelos cuidados de emprego necessário no momento do próprio ato, tendo em vista o alto risco de saúde a que se submetem estes

sujeitos, tanto de maneira clínica (infecções, queimaduras etc.) como de lesão estética, por vezes irrecuperável (grandes cicatrizes, próteses deslocadas etc.).

Os erros médicos, quase sempre, causam dano e sofrimento aos pacientes, o que, aliado a uma relação médico-paciente insatisfatória, é responsável por grande parte das denúncias feitas aos Conselhos Regionais de Medicina (CRM). Deslizes cometidos por profissionais de outras áreas podem não acarretar maiores consequências, mas os erros dos médicos frequentemente provocam resultados indesejados e, muitas vezes, sequelas irreversíveis (D'ACAMPORA, 1996, p. 46).

Há três maneiras de classificar o erro médico: imperícia, quando o médico realiza procedimento para o qual não é habilitado, o que corresponde a um despreparo teórico e/ou prático por insuficiência de conhecimento; imprudência, quando o médico assume riscos para o paciente sem respaldo científico para o seu procedimento, agindo sem a cautela necessária; e negligência, quando não oferece os cuidados necessários ao paciente, sugerindo inação, passividade ou um ato omissivo (KFOURI NETO, 1999, p. 54).

O presente trabalho buscará expor a história da atividade profissional médica, seus aspectos e evoluções e o conseqüente crescimento da responsabilização dos atos do profissional, tendo em vista os valores do Código de Ética Médica (CEM), além de abordar a definição e importância psicológica e social que decai sobre os conceitos de padrão estético, beleza e autoimagem, na procura de demonstrar a grande relevância do tema em questão na atualidade. Ademais, o trabalho procurará explicar o conceito da responsabilidade civil e o porquê de sua importância no mundo jurídico, demonstrando sua evolução histórica e conceituando o tópico, assim como buscará estabelecer parâmetros para a quantificação do valor da indenização devida à vítima de erro médico, levando em consideração a dificuldade de aferição de uma pecúnia específica quando se trata de sofrimento a nível pessoal e psicológico, tendo em vista que a individualidade de cada sujeito interfere grandemente quando se trata de enfrentamentos morais e superação de dificuldades.

1 HISTÓRIA DA ATIVIDADE MÉDICA E DAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

A atividade do profissional da medicina passou por incontáveis etapas e evoluções, para chegar à forma como é conhecida e praticada nos dias atuais. Das mais antigas técnicas de cura espirituais, até as avançadas tecnologias da modernidade, a percepção do cuidado com a saúde atravessou civilizações completamente diversas entre si, ocasionalmente preservando

características específicas de cada sistema medicinal. Neste cenário, há de se observar o desenvolvimento das cirurgias plásticas, como técnica reparadora, em casos de ferimentos, e estética, objetivando o desenvolvimento da autoimagem.

Nos tempos antigos, a civilização egípcia apresentou avanços consideráveis no campo medicinal: por meio de extensos registros da medicina à época, contidos em papiros datados de aproximadamente 1700 a.C, observa-se que os curandeiros egípcios foram responsáveis pelas primeiras observações de anatomia, os primeiros tratamentos com medicamentos prescritos e o uso de termos médicos conhecidos na modernidade (PARKINS, 2001, p. 5 – 11). Em alguns dos papiros encontrados, observa-se a descrição de procedimentos reparadores em casos de ferimentos mandibulares e nasais.

Séculos mais tarde, na Índia, são encontrados os escritos do célebre cirurgião Sushruta Samhita, onde o mesmo descreve os procedimentos de reconstrução nasal, sendo este o mais antigo registro acerca desta especialidade.

Nas épocas vindouras, ainda que fossem observadas grandes evoluções na área da medicina, como a utilização de bebidas alcoólicas para a limpeza de ferimentos, observa-se pequeno desenvolvimento da cirurgia plástica, sendo esta renegada constantemente por conta da influência mística e religiosa de diversos povos, que a tratavam como prática antinatural.

É apenas na Renascença e no período iluminista que surge um novo paradigma científico: não apenas um resgate dos antigos clássicos, o período se caracterizou pelo questionamento das hipóteses e teorias impostas pela medicina greco-romana (FERNANDES, 2000, p. 56-57). Assim, com a evolução geral da medicina devido à dissecação, observação e estudo do corpo humano, são resgatadas as técnicas de reconstrução facial descritas nos escritos antigos e desenvolvem-se novos tratamentos de retalhos e transplantes de pele e gordura.

Todavia, é no século XIX que as cirurgias plásticas têm seu avanço mais significativo, com o desenvolvimento da anestesia geral, por William Morton, e o aprimoramento da assepsia, por Lister.

Com os conflitos armados de grande escala no século XX, os procedimentos estéticos e reparadores se tornam necessários, tendo em vista a quantidade de sobreviventes mutilados pela guerra (MARTIRE JUNIOR, 2005, n.p).

Dos anos 30, quando surge a primeira clínica especializada em cirurgias plásticas no Brasil, até os dias atuais, a referida área de estudo avança a passos largos. Seja como forma de reparar más formações físicas ou satisfazer o desejo dos indivíduos que almejam apenas

mudança em sua estética corporal, a cirurgia plástica desenvolveu-se em prol do bem estar humano; e, na era contemporânea, intrinsecamente atrelada aos padrões de beleza.

2 DEFINIÇÃO E IMPORTÂNCIA DO CONCEITO DE BELEZA E AUTOIMAGEM

A auto aceitação se tornou um aspecto de fundamental importância para a preservação da saúde mental do indivíduo e para possibilitar a plenitude no tocante à uma vida livre de adoecimentos da mente, tais como os transtornos de depressão, ansiedade, e mesmo os especificamente relacionados com o comportamento e a autoimagem. Vigorexia, cosmetologia, suplementação alimentar, regime da moda, emagrecimento, fortalecimento muscular, anorexia, bulimia e chás milagrosos são algumas das palavras que fazem parte do léxico contextual das promessas em busca da perfeição do corpo na atualidade (SOUZA FILHO; SOUZA, 2015, p. 3).

Assim sendo, importante se faz ressaltar que tal conceito é de caráter extremamente subjetivo e individual, levando em consideração que cada indivíduo possui uma morfologia e constituição corporal única, com atributos físicos próprios e, inegavelmente, distintos entre si. Desta forma, buscar a definição para o conceito de beleza se mostra uma tarefa desafiadora, posto que, como exposto, cada sujeito possui fisionomias muito específicas. De qualquer modo, para a boa execução do presente trabalho e correta exposição do tema será abordado o enfoque nos padrões estéticos impostos, tópico este que, outrossim, está vigorando fortemente na atualidade, tendo em vista que tais padrões se tornam cada vez mais inatingíveis e exigidos, com a constante exposição midiática de corpos considerados “belos”, e a sujeição das pessoas a uma quantidade cada vez mais exorbitante de ideais estéticos. A sociedade determina e impõe um padrão de beleza que, inconscientemente, é incorporado (SOUTO; FERRO-BUCHER, 2006, p. 701).

À vista disso, define-se, portanto, que a importância do conceito de beleza se mostra como uma verdadeira coerção comportamental exercida pelo meio social em que está inserido o indivíduo, o que o leva a crer que se encaixar nestes padrões será o meio ideal de atingir a plenitude mental, felicidade e até mesmo a aceitação por parte de outros que o cercam. Isto posto, é consequente que o sujeito buscará maneiras de atingir este padrão, seja por meio de dietas, exercícios físicos, procedimentos estéticos, ou até mesmo de maneira mais invasiva, como a cirurgia plástica. Diante disto é que se inicia a discussão acerca da atuação do profissional da medicina e de seu dever de zelar pela boa execução do procedimento, uma vez

que o que se põe em risco neste ato, além, por óbvio, da própria integridade física do paciente, é também a possibilidade de serem acarretadas sequelas psicológicas. Ainda que, por si só, a saúde física do paciente se mantenha intacta ao final da realização da cirurgia plástica, lesões estéticas podem ser consequência de um ato imprudente, negligente ou imperito do médico, v.g. a formação de grandes cicatrizes, queloides, resultados insatisfatórios (ainda que tecnicamente realizados de maneira correta), dentre outros.

Incontestável se mostra, destarte, a importância da preservação da autoimagem e o impacto que uma lesão de caráter estético pode causar àquele em que foi infligida, mormente em decorrência de atuação de um profissional médico que deveria justamente atuar no sentido contrário, isto é, auxiliar o indivíduo a atingir a aparência que este considerasse ideal para sentir-se bem e realizado.

3 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DURANTE A HISTÓRIA

Notadamente, a responsabilidade civil é o instituto que busca reestabelecer o equilíbrio entre as esferas jurídicas de indivíduos que foram acometidos por algum dano proveniente de ato ilícito causado por outrem. Historicamente, esta área do direito passou por muitas mudanças, mas é de origem antiquíssima, pois combater as injustiças e ilegalidades e trazer o equilíbrio e harmonia social sempre foi um dos objetos de maior enfoque do Direito. Por este motivo, necessário se faz realizar uma breve análise histórica da responsabilização civil, de modo a compreender como esta área veio se constituindo com o decorrer dos anos até que chegasse nos moldes em que se encontra atualmente.

Inicialmente, quando ainda não vigorava a ideia de resolução pacífica de conflitos e não existia o conceito de um órgão julgador que pudesse regular essa resolução, os povos antigos viviam em um estado em que prevalecia a chamada autotutela. Ainda que, muitas vezes, os embates eram resolvidos mediante violência física, havia já o resquício do conceito de responsabilização pelo causador do dano, que sofria uma penalização correspondente ao sofrimento que havia infligido. Prevalecia a conhecida Lei de Talião, sintetizada pela ideia de “olho por olho, dente por dente”. Acerca desta Lei, discorre Fernando Noronha (2007, p. 528):

O talião, aplicado primeiramente pelos povos do Oriente Médio e depois por outros que foram influenciados por eles, como os da bacia mediterrânea (chegando à Roma do tempo da Lei das XII Tábuas, que é de meados do séculos V a.C.), representou

outro progresso, com a reciprocidade que representava, entre ofensa e castigo – mesmo que hoje pareçam chocantes preceitos como o contido no §203 do Código de Hammurabi (de começos do século XVIII a.C.), segundo o qual se a casa construída ruísse e matasse o filho do proprietário, o filho do construtor deveria ser morto.

Com o advento da soberania e idealização de controle sobre os povos, houve a proibição à vítima de fazer justiça com as próprias mãos. O controle da responsabilização e consequente punição do autor do dano passou a ser do Estado.

Os povos romanos foram os responsáveis por estabelecer a diferenciação entre delitos públicos e delitos privados, delimitando, desta forma, a distinção entre pena e reparação, sendo esta aplicada para fixar a composição do dano e aquelas para punir atos mais graves e mais causadoras de mal. Não obstante, havia ainda um conceito fundido entre as esferas civil e penal, sendo que estas só vieram a se separar completamente a partir da Idade Média.

Em seguida, novas noções acerca da responsabilização como instituto de reparação do dano começam a surgir. Sobre este tópico, comenta Frederico de Ávila Miguel (2006, p. 5-6):

Com a Lei Aquília desponta um princípio geral da reparação do dano, sendo desta época as primeiras ideias acerca da noção de culpa. É a reponsabilidade ganhando traços subjetivos, com a necessidade da averiguação da culpa do agente para a caracterização da obrigação de ressarcir. Nessa fase, além do distanciamento da responsabilidade objetiva, houve a cristalização da reparação pecuniária.

Já na Idade Média, partindo do que vigorava na sociedade romana, houve uma significativa evolução do Direito e do instituto da responsabilidade civil, em especial com a influência do direito francês, que irradiou sobre diversas outras legislações e distinguiu ainda mais os conceitos de reparação penal e civil, além de abordar a ideia de culpa contratual. Neste período medieval, a instituição da culpa como modalidade da responsabilidade civil se amoldava cada vez mais, marcando a separação da esfera privada e sua devida regulamentação em contraste com os delitos que feriam a ordem pública.

A partir da Idade Moderna novas visões acerca da responsabilização civil começaram a surgir, ante o progresso e as mudanças que a sociedade estava vivenciando. O advento da globalização, as revoluções industriais e a modernização influenciaram as mudanças que incidiram na lei civil. Sobre essas alterações, assevera Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 17):

A Idade Moderna foi marcada pela mudança de paradigma no fundamento da responsabilidade civil, que passou a se situar na quebra do equilíbrio patrimonial causado pelo dano. Houve então uma transferência do enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para o dano.

Um marco de grande expressividade foi o advento do Código de Napoleão, que ocorreu logo após a Revolução Francesa. Nesta legislação, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal sofreram uma completa cisão, além de marcar a valorização de preceitos como o liberalismo e dando notável enfoque na propriedade privada.

No Brasil, o Código Civil de 1916 sofreu grande influência da lei francesa e adotou a teoria subjetiva da responsabilidade civil em seu art. 159, que dispunha que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” (BRASIL, 1988, *online*). Neste caso, era necessária a prova do dolo ou da culpa para que o causador do dano pudesse ser responsabilizado.

Contudo, ante uma maior necessidade de proteção da vítima, o Código Civil de 2002 inovou ao apresentar o instituto da responsabilidade civil objetiva em seu art. 927: “Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002, *online*). Nesta linha, assevera Rui Stoco (2007, p. 157):

A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão.
O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o caso é culpável.

Trata-se, portanto, da adoção da chamada Teoria do Risco, que surge para oferecer maior proteção jurídica àqueles que se encontram em situações de vulnerabilidade. À parte isso, porém, a regra geral continua sendo a da responsabilidade subjetiva, que exige prova que o dano foi causado ao menos de maneira culposa.

4 A TUTELA JURÍDICA QUE DECAI SOBRE AS VÍTIMAS DE ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS

O objetivo do Direito e da regulamentação estatal é o de resguardar os direitos e garantias fundamentais que são atribuídos a todos aqueles que fazem parte de um Estado Democrático de Direito. Os bens jurídicos que são objeto de proteção das normas são aqueles considerados como indispensáveis e de extrema importância para uma existência digna e

qualidade de vida, sendo que é dever do Estado exercer a tutela sobre esses bens e aplicar as sanções cabíveis quando são feridos por terceiros. A finalidade do Direito, segundo nos ensina San Tiago Dantas (*apud* CAVALIERI FILHO, 2009, p. 1), é “proteger o lícito e reprimir o ilícito”, e todas as pessoas possuem um dever genérico de conduta na vida civil, de maneira a evitar quaisquer prejuízos a outrem, por meio da adoção de uma conduta cautelosa.

Isso nem sempre ocorre, sendo que ao adotar condutas reprováveis ou assumindo riscos sancionados o sujeito de direito pode vir a causar prejuízo material ou moral a outro sujeito de direito, decorrendo daí a responsabilidade civil. No caso do Direito Civil, é conferida grande importância à liberdade individual e autonomia de seus sujeitos, com enfoque nas liberalidades e individualização dos atos exercidos entre as partes. Não obstante, deve haver responsabilização pelos atos cometidos quando se constitui esse tipo de relação, posto que não se pode permitir arbitrariedades de terceiros e comportamentos nocivos que invadam a esfera individual e causem dano aos direitos que são naturais de cada pessoa.

Neste mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2012, p. 37) conceitua responsabilidade civil como “a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal”. Assim, tem-se que o objetivo da responsabilidade civil é de reparação do dano causado por um indivíduo a outrem, ante o desequilíbrio causado nas esferas jurídicas a eles correspondentes em decorrência do injusto, buscando a restituição ao *status quo ante*, enfatizando-se que tal reparação deve ser feita por aquele que causou o dano, sendo dever do Direito apenas o de assegurar a execução de tal reparação. Nessa linha, afirma Venosa (2010, p. 2-3) que:

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

Desta forma, evidente se faz que a relação estabelecida entre médico e paciente, que possui natureza contratual, como se explicará no capítulo subsequente, deve ser alvo de discussão e tópico a ser abordado quando se tratar do tema da responsabilidade civil.

4. 1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DE MEDICINA

Ante o afirmado, é possível observar que na relação contratual que se estabelece entre as partes médico e paciente faz-se necessário um equilíbrio, devendo aquele profissional agir com cautela a título de evitar dano a ser infligido na esfera jurídica do paciente, seja através de ação culposa ou dolosa. Abordar-se-á as modalidades de culpa em breve. Em relação à natureza da responsabilidade civil do médico, comenta Fernando Gomes Correa-Lima (2012, p. 38):

“Reconhece-se, quase unanimemente, a responsabilidade civil do médico como de natureza contratual. Em alguns casos poderá ser extracontratual, quando, por exemplo, do atendimento de um acidentado desfalecido, na rua. Será também extracontratual quando cometer um ilícito penal ou descumprir normas regulamentares da profissão, tais como fornecer atestado médico falso, não impedir que pessoa não habilitada exerça a profissão ou lançar mão de tratamento cientificamente condenado ou de atitudes charlatanescas, vindo a causar dano ao paciente”.

Acerca desta temática, o entendimento dos Tribunais é convergente no sentido de que é cabível a indenização quando verificada a ocorrência do nexo de causalidade e conseguinte responsabilização do médico, como se pode observar na decisão proferida pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo:

Indenização. Responsabilidade civil. Ato ilícito. Dano estético. Deformidade causada por erro médico em cirurgia plástica. Condenação do réu no custeio de outra cirurgia reparadora. Escolha do médico e do hospital a critério da autora. Verba fixada na fase de liquidação, que será por artigos. Sentença confirmada. (TJ-SP – 6ª C. – Ap. – Rel. Melo Júnior – J. 19.12.91 – RJTJSP 137/182)

No mesmo sentido, é o entendimento da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado de Sergipe:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO HOSPITALAR – DIREITO DO CONSUMIDOR – DANO MORAL – SERVIÇO MÉDICO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - CONFIGURADA – ERRO MÉDICO – OMISSÃO NO DIAGNÓSTICO DE PATOLOGIA – RECÉM-NASCIDO – FENDA PALATINA – SEQUELAS – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – REDUÇÃO DO VALOR FIXADO – PERCENTUAL DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MANTIDO – PROVIMENTO PARCIAL.

I. Os médicos requeridos recorrem da sentença de procedência parcial, alegando, em suma, que não ficou demonstrada a imprudência, negligência e imperícia no atendimento médico.

II. Os demandantes objetivam a condenação solidária dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais. Para tanto, funda a sua pretensão na existência de erro na prestação de serviços oferecida pelos médicos corréis, bem como responsabilidade objetiva da maternidade, alegando que ficou demonstrado o nexo causal entre os danos e o agir dos demandados, mormente em razão da culpa nos atendimentos por si prestados.

III. No caso, a prova produzida demonstrou que, em virtude da omissão inicial em não detectarem a existência de fenda palatina quando tinham, a sua disposição meios para tal, implicou em submissão da infante a atos e tratamentos que lhe causaram danos morais a ela e aos genitores. Dever de indenizar existente.

IV. Considerando as particularidades do caso concreto, vê-se que o valor de R\$30.000,00 configura-se como elevado, violando assim os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

V. Apelo ao qual se dá parcial provimento para reduzir o dano moral de R\$30.000,00 para a quantia global – para os 3 requerentes – de R\$16.000,00 – solidariedade entre os 3 requeridos.

VI. Percentual dos honorários mantidos, por atender aos contornos legais. Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível nº 201900722716 nº único 43299-95.2016.8.25.0001 – 1ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Sergipe – Relator: Cezário Siqueira Neto – Julgado em 10/12/2019)

Frisa-se, ainda, que a responsabilização penal do médico é de caráter especial, tendo em vista que este ocupa posição especial de agente, uma vez que é dotado do chamado “dever de cuidado”, conforme previsto no art. 13, §2º, a, do Código Penal.

4.2 MODALIDADES DE CULPA NA RESPONSABILIZAÇÃO

O artigo que trata da responsabilidade civil de maneira geral é o 186 do Código Civil, cuja redação contém a definição de ato ilícito, qual seja o de uma ação ou omissão voluntária, negligente ou imprudente, que viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Adicionalmente, o art. 951, do mesmo *Códex*, trata da responsabilização devida por aquele que exerce atividade profissional e, através de ação negligente, imprudente ou imperita, causa a morte do paciente, agrava-lhe o mal, causa-lhe lesão ou inabilita-o para o trabalho.

Indiscutível é a questão da responsabilização e conseqüente dever de indenização decorrente de ato ilícito cometido por dolo, mormente dos profissionais da medicina que, justamente, possuem o dever de zelar pela saúde dos pacientes. Diante disso, abordam-se as modalidades de culpa, que são violações da esfera jurídica em decorrência de ato praticado por meio de adoção de uma conduta inadequada. Acerca disto, assevera Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 315):

Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmação de que ele podia e deveria ter agido de outro modo.

Como acima disposto, são as três modalidades de culpa a imprudência, a negligência e a imperícia. Conforme definição apresentada no editorial da Revista Brasileira de Oftalmologia (LUI NETTO-ALVES, 2010, p. 75-76):

A imprudência é a imprevisão do agente em relação às consequências do seu ato ou ação. O profissional médico tem atitudes, não precipitadas, sem ter cautela, sendo resultado da não racionalização. Neste caso, o médico tem perfeito conhecimento do risco, e ignorando a ciência médica, toma a decisão de agir mesmo assim. O imprudente usa terapêuticas sem necessidade e muitas vezes técnicas terapêuticas que podem ser nocivas para o paciente.

A negligência acontece pela falta de cuidado ou de precaução com que se executam certos atos. É caracterizada pela inércia, indolência, falta de ação e passividade. É um ato omissivo, oposto da diligência que seria agir com cautela, cuidado e atenção, evitando quaisquer distorções e falhas. O negligente não observa a norma técnica que deveria observar, e que todos os outros observam.

A imperícia ocorre quando o médico revela em sua atitude falta ou deficiência de conhecimentos técnicos da profissão. É a falta de observação das normas e despreparo prático necessário para exercer determinada atividade. Devem-se avaliar os progressos científicos que sejam de domínio público, e o profissional deve ter conhecimento para a utilização da técnica indicada para cada tipo de procedimento ou doença. O imperito não sabe, no seu modo de agir, o que um médico deveria saber.

Desta maneira, age com culpa aquele profissional que agir de quaisquer destes modos elencados acima. No caso do cirurgião plástico, como será exposto no tópico subsequente, ante a caracterização de sua obrigação de resultado no momento da responsabilização, basta que reste comprovada a culpa do agente para que surja o dever de indenizar.

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL NA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA PLÁSTICA: OBRIGAÇÃO DE FIM

Ainda no tocante à natureza da responsabilidade civil do médico, surge a discussão acerca da sua caracterização em obrigação-meio ou obrigação-fim. Nesta linha, assevera Rui Stoco (2007, p. 557):

Evidentemente que se o resultado procurado for a cura de um mal, de uma doença, não se poderá responsabilizar o médico tão só em razão da não obtenção desse objetivo. Tal não poderá jamais ser exigido do médico, pois a ciência médica é, por definição, uma ciência incompleta, que a cada dia busca e encontra novas fronteiras mas que se defronta com enfermidades novas ou desconhecidas.

Então, cabe reiterar que, em linha de princípio, ressalvadas algumas exceções, como acima explicitado, a responsabilidade do médico é apenas de meio. Contudo, poderá, eventualmente, ser de resultado, notadamente com relação aos diagnósticos e aos serviços prestados por médicos anestesistas e cirurgiões plásticos nos tratamentos ou cirurgias cosméticas e embelezadoras.

Portanto, trata-se de hipótese excepcional na atuação do profissional da medicina, em que há obrigação diversa daquela normalmente atribuída a quem exerce tal posto. Ainda neste sentido, continua o autor (*idem*):

Em se tratando de cirurgia meramente estética não há como deixar de afirmar a obrigação de resultado do médico. Não se pode deslembrar que a responsabilidade de que cogitamos é contratual.

Enquanto na atividade tradicional o médico oferece serviços de atendimento através de meios corretos e eficazes, comprometendo-se a proporcionar a seu paciente todo o esforço, dedicação e técnicas, sem, contudo, comprometer-se com a cura efetiva, na atividade de cirurgia estética, o médico contrata um resultado previsto, antecipado e anunciado. Não ocorrendo este, salvo nas intercorrências e episódios que atuem como elidentes de sua responsabilidade, cabe exigir-lhe o adimplemento da obrigação de resultado assumida.

Significa que, na obrigação de meios a responsabilidade do médico, ou seja, o seu atuar culposo, deve ser demonstrado pelo autor da ação. O ônus da prova é de quem alega, segundo a lei processual civil. Contudo, na obrigação de resultado, inverte-se o ônus da prova, cabendo-lhe provar que não agiu com culpa e que o resultado esperado e prometido não ocorreu por razões alheias à sua atuação, por força de qualquer causa excludente da responsabilidade, como, por exemplo, a culpa exclusiva da vítima.

Compartilhando do mesmo entendimento do renomado jurista anteriormente citado, vale ressaltar os dizeres do Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. (1995, p. 35):

O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. 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 está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico.

O entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais reitera tal posicionamento, firmando o pensamento da corrente teórica que vê a atuação do cirurgião plástico como atividade de resultado:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ERRO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – DANOS ESTÉTICOS CONFIGURADOS – CULPA DO MÉDICO COMPOVADA – MÉDICO SEM ESPECIALIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA DO NOSOCÔMIO. – A doutrina e a jurisprudência vem entendendo que a relação existente entre hospital e paciente é de consumo, tendo esse o direito de ser indenizado pelos danos sofridos, pois, nos termos do art. 14 da Lei nº 8.078/90, a responsabilidade do hospital, prestador de serviços, para com seus pacientes, é de cunho objetivo. – Demonstrada a existência de falha na prestação dos serviços médicos, através do corpo clínico do hospital, o dano suportado pelo paciente e o nexo de causalidade, evidencia-se a obrigação do Nosocômio pela reparação civil. Consoante entendimento do STJ, uma vez comprovada a culpa do profissional médico e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, não se exclui a solidariedade do hospital imposta pelo caput do artigo 14 do CDC, porquanto é seu

dever responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas. – Provada a culpa do médico pelos danos causados ao paciente em decorrência de cirurgia plástica estética mal sucedida, realizada nas dependências do Nosocômio e verificando-se, também, que aquele profissional não é especialista na área de atuação em apreço, resta evidenciada a responsabilidade solidária do Nosocômio pelas lesões àquele acarretadas. (TJ-MG – AC: 10145110095885001 MG, Relatora: Aparecida Grossi, Data de julgamento: 09/12/2015, Data de publicação: 22/01/2016).

É importante definir a natureza da obrigação do médico para fins de, como visto, estabelecer a quem caberá o ônus da prova. Como relatado, a obrigação do cirurgião plástico é, excepcionalmente, de resultado, sendo, portanto, o ônus da prova invertido e de cabimento ao médico. Esta inversão procura uma maior proteção da vítima, que normalmente se posiciona em lugar de vulnerabilidade. Na hipótese em tela, parece adequado aduzir que a inversão do ônus da prova é devida porque, além de se tratar de relação contratual, o cirurgião se constrói como o indivíduo detentor do conhecimento técnico-profissional do qual o paciente necessita para que o procedimento seja bem sucedido. Ou seja, a contratação, em primeiro caso, se deu somente pela promessa feita pelo médico de que o resultado seria satisfatório ao contratante, que confiou nas habilidades e conhecimentos técnicos do contratado.

Agir com diligência é dever de todo sujeito de direito, mas tal zelo é especialmente devido na atuação do cirurgião plástico, posto que este está intervindo diretamente em um dos bens jurídicos mais valorados pela norma, isto é, a integridade física e psíquica de cada pessoa. Por esta mesma razão é que prevalece o entendimento de que são aplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor no que concerne à relação entre médico e paciente. Vejamos as seguintes decisões proferidas pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA OFTALMOLÓGICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE PELO SERVIÇO PRESTADO. ART. 14 DO CDC. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta eg. Corte delimitou adequadamente a natureza da responsabilidade dos serviços de saúde prestados por sociedades empresárias e por pessoas físicas levando em consideração, notadamente, as peculiaridades de cada contrato. 2. “(...) aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC)” (REsp 1.145.728/mg, Relator o Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 28.6.2011). 3. A teor do art. 14, caput, do CDC, tem-se que o hospital responde objetivamente pelos danos causados ao paciente-consumidor em casos de defeito na prestação do serviço. 4. Agravo regimental não

provido. (STJ - AgRg no AREsp: 768239 MT 2015/0205492-5, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 16/02/2016, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/02/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 27 DO CDC. DECISÃO MANTIDA. 1. Consoante a jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive o prazo prescricional previsto no artigo 27 da Lei 8.078/1990. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 785171 SP 2015/0235483-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/11/2015, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/11/2015)

Frente a isso, nítido se faz a possibilidade de aplicação das regras previstas no CDC em casos de contratação de serviços médicos, numa tentativa de proteção do paciente, que se mostra como parte hipossuficiente da relação contratual e, portanto, necessita de maior salvaguarda jurídica.

5 O AFERIMENTO DA REPARAÇÃO PECUNIÁRIA DECORRENTE DO DANO ESTÉTICO ACARRETADO

O dano estético causado em decorrência de erro médico pode ocasionar na vítima um grave sofrimento moral, proveniente da humilhação, embaraço, tristeza e tantos outros males que advém da lesão à autoimagem, como exposto nos tópicos anteriores. Sobre este dano, Teresa Ancona Lopez comenta (2004, p. 45):

“Na concepção clássica, que vem de Aristóteles, é a estética uma ciência prática ou normativa que dá regras de 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. É claro que quando falamos em dano estético estamos querendo significar a lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas externas de alguém. Por outro lado, o conceito de belo é relativo. Ao apreciar-se um prejuízo estético, deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que ela era”

Desta feita, inequívoca a necessidade de indenizar do profissional que causa ao paciente um prejuízo proveniente de erro.

Restando comprovada a existência do dano ao paciente e da culpa do médico, caberá, em seguida, estabelecer os parâmetros para definir o valor do ressarcimento que será devido pelo profissional à vítima do erro. Há, no momento da constatação do dano, uma subdivisão entre os aspectos, diferenciáveis principalmente por seu nível de objetividade e subjetividade, sendo estes a averiguação do dano patrimonial e do dano moral, respectivamente..

5.1 DANO PATRIMONIAL

Em primeiro momento, o dano patrimonial é de fácil delimitação, bastando que se observe o valor que foi investido pelo paciente para realizar a cirurgia estética que, aliás, como se sabe, normalmente é de alta monta, uma vez que envolve uma série de custos, tais como honorários médicos, internação hospitalar, gasto com medicamentos, dentre outros. Nas palavras de Antônio Carlos Mendes (1994, p. 185), o dano patrimonial “envolve uma projeção direta e imediata nos interesses econômicos, materiais, da vítima do dano e, por isso, torna-se facilmente referenciável em termos pecuniários”. Por se tratar de um aspecto essencialmente objetivo, a averiguação do dano patrimonial não enseja muitos questionamentos quanto às hipóteses de seu cabimento. Ainda sobre este tipo de dano, são os dizeres de Correia-Lima (2012, p. 24):

Existem algumas condições para que um dano seja indenizável: o prejuízo deve ser certo, atual, não duvidoso. Deve ser direto e consequência imediata dos fatos imputados ao profissional. Deve ser especial, no sentido de afetar individual e pessoalmente a pessoa que o invoca. Deve ser apreciável em dinheiro, ou seja, que o juízo possa aquilatar o seu valor monetário, e não deve ser normal e previsível, comum e sem culpa, como a infecção de um paciente pelo HIV durante uma intervenção realizada por cirurgião soropositivo, assintomático e desconhecedor do fato.

Portanto, não há muita controvérsia acerca do que será objetivamente analisado no momento de aferição do valor da indenização devida a título de dano patrimonial.

5.2 DANO MORAL E DANO ESTÉTICO

O problema neste ato, assim como em todo tipo de fixação de indenização por dano moral, está em delimitar o nível de sofrimento e prejuízo infligidos ao lesado. Por se tratar de um dano de cunho essencialmente subjetivo, os critérios adotados para sua definição e transformação em valor patrimonial podem ser diversos, bem como o podem ser os entendimentos dos Juízos. Para Maria Helena Diniz (2001, p. 86) o dano moral trata-se de uma

lesão a um interesse que visa satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (vida, integridade corporal, liberdade, honra, decoro, intimidade, sentimentos afetivos e a própria imagem) ou nos direitos da pessoa (nome, capacidade, estado de família).

Assim, habitualmente ouve-se a afirmação de que o dano moral é de impossível reparação, posto que não se pode anular o suplício e a lesão psíquica por meio de uma indenização. Essa afirmativa, contudo, esbarra diretamente contra o respaldo existente na própria Constituição, que elenca em seu art. 5º, inciso V, o direito de indenização por dano material, moral ou à imagem. Nessa mesma linha, aduz Alexandre de Moraes (2011, p. 54) que:

A Constituição Federal prevê o direito de indenização por dano material, moral e à imagem, consagrando, no inciso V, do art. 5º, ao ofendido a total reparabilidade em virtude dos prejuízos sofridos. A norma pretende a reparação da ordem jurídica lesada, seja por meio de ressarcimento econômico, seja por outros meios, por exemplo, o direito de resposta. O art. 5º, V, não permite qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade da indenização por dano moral, inclusive a cumulatividade dessa com a indenização por danos materiais.

Isto posto, é cabível a afirmação de que o ressarcimento pelo dano moral se trata de uma indenização extrapatrimonial. Ressalta Clayton Reis (2010, p. 154) que:

Os danos morais são danos extrapatrimoniais e, a exemplo dos danos patrimoniais, são igualmente suscetíveis de indenização. [...] Nesse sentido, é inequívoco que toda e qualquer lesão aos direitos de outrem sempre resultará no dever de indenizar [...]. Por esta razão, todo e qualquer prejuízo injusto há de merecer a necessária indenização, com o propósito de reestabelecer o *status quo ante* ou reconstituir os bens violados que existiam anteriormente ao evento lesivo.

Todavia, cabe ressaltar que o dever de atuação do Direito quando regula a instituição da responsabilidade civil não é o de eliminar o sofrimento moral da vítima, mas tão somente de reestabelecer o equilíbrio causado em sua esfera jurídica em decorrência do dano a ela infligido, através de uma compensação, seja pecuniária ou até mesmo possuir cunho moral, v.g. a satisfação da vítima ao ver o provocador de sua lesão respondendo pelos seus atos, representação simbólica através da publicação de sua sentença, além da própria reparação do desequilíbrio social acarretado, servindo a repressão judicial como exemplo de que o causador de ato ilícito será devidamente responsabilizado.

Ademais, sobre o tópico de satisfação pessoal da vítima, como acima mencionado, prossegue o mesmo autor:

Por conclusão, o sentido que se confere aos danos extrapatrimoniais deve ser revestido de conteúdo satisfativo, ou seja, uma situação em que a vítima possa sentir, em sua intimidade, que sua pretensão indenizatória foi satisfatoriamente

tutelada pela ordem jurídica, em decorrência da concessão do valo indenizatório adequado. (REIS, 2010, p. 164)

E ainda:

Por conseguinte, resta-nos concluir que a função satisfatória ou compensatória da indenização dos danos morais é marcante nessa modalidade de processo indenizatório. Da mesma forma, será possível concluir que possui igualmente um objetivo capaz de modelar o comportamento do agente lesionador, no sentido de desestimulá-lo à prática de novos atos ofensivos, capazes de colocar em risco a integridade pessoal patrimonial da vítima. (REIS, 2010, p. 169)

Atualmente, vigora inquestionável o preceito fundamental da garantia da imagem e da dignidade humana pela Constituição Federal, sendo que a discussão acerca do cabimento da indenização por dano moral se pacificou na doutrina e na jurisprudência. Não obstante, outro questionamento foi levantado momentos depois, no que diz respeito à cumulação das condenações à indenização por dano moral e dano estético, em vista da proximidade de conceituação entre os dois institutos. Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça acabou por publicar uma súmula que veio a pacificar os desentendimentos. A súmula nº 387/STJ aduz que “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. De acordo com Wilson Melo Silva (1961, p. 23), o dano estético se caracteriza pelas

deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos ainda que mínimos que podem implicar, sob qualquer aspecto, um ‘afeamento’ da vítima ou que pudessem a vir a se constituir para ela numa simples lesão ‘desgostante’ ou em permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos.

Na mesma linha, Néri Tadeu Câmara Souza (2001, *online*) leciona que:

O dano estético é aquilo que agride a pessoa nos seus sentimentos de autoestima, prejudicando a sua avaliação própria como indivíduo. Denigre a imagem que tem de si. Por isto não precisa estar exposto, ser externo, nem ser de grande monta para que caracterize-se a seqüela física como dano estético. Mesmo deformidades em áreas íntimas da pessoa que, dificilmente, nas situações sociais estejam expostas à vista de terceiros, caracterizam o dano estético já que a presença de alterações físicas, mesmo diminutas, têm conscientizada sua presença pelo portador e sabe este que em situações de maior intimidade com outras pessoas aflorarão, tornar-se-ão visíveis. Isto lhe traz um indizível sofrimento interno, psicológico.

Tendo isso em vista, é possível afirmar que a diferenciação entre o dano moral e o estético se demonstra na exteriorização do dano em si. Enquanto aquele primeiro pode ser uma lesão de ordem puramente mental, um sofrimento da mente, este último pode ser

reconhecido em marcas físicas, sinais corporais, que de modo semelhante podem acarretar angústia, vergonha e insegurança em seu portador. Deste modo, a separação conceitual de ambas se torna mais evidente, tornando, também, mais inequívoca, a possibilidade da cumulação de responsabilidade de seu causador.

5.3 O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

Explicitada a perfeita possibilidade de cumulação entre o dano moral e o dano estético, passa-se à difícil tarefa de monetizar o ressarcimento devido pelo agente à vítima que padece de um sofrimento majoritariamente moral. Como responsável por exercer a função jurisdicional, o juiz deverá analisar diversos critérios para firmar seu posicionamento, “o magistrado sensível, perspicaz e atento aos mecanismos do direito e da pessoa humana, avaliará as circunstâncias do caso e arbitrará os valores compatíveis com cada situação” (REIS, 2000, n.p). Isto posto, evidencia-se novamente o caráter essencialmente subjetivo do assunto em questão.

Tais critérios de avaliação são observáveis na leitura da presente decisão da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL. ERRO MÉDICO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. QUEIMADURA DE 2º GRAU. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL VINCULADA À CULPA DO MÉDICO PREPOSTO. COMPROVAÇÃO. DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO SUFICIENTE. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. 1. Apelações interpostas pelo autor e pelo réu contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos na ação de reparação civil por erro médico, condenando o hospital a pagar indenização por danos morais, estéticos e materiais à paciente pela queimadura sofrida. 2. A responsabilidade civil do hospital pelos danos causados ao paciente é objetiva, prescindindo da demonstração da culpa do estabelecimento em relação aos serviços que presta. Entretanto, o nosocômio pode ser responsabilizado por danos decorrentes da falha nos serviços prestados por médicos integrantes de seu corpo clínico, caso em que é necessário comprovar a culpa desses profissionais, cuja responsabilidade é subjetiva, artigo 14, § 4º, do CDC. Precedentes do STJ e do TJDFT. 3. Sendo contundente a perícia médica realizada em juízo, no sentido de que a queimadura sofrida pela autora decorreu de erro no procedimento cirúrgico de histerectomia, fica evidenciado o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, emergindo o direito da vítima à indenização. 4. A fixação do quantum da compensação por dano moral deve ocorrer mediante prudente arbítrio do Juiz, de acordo com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, observada a finalidade compensatória, a extensão do dano experimentado, o grau de culpa e a capacidade econômica das partes. Ao mesmo tempo, não pode ensejar enriquecimento sem causa, nem pode ser ínfimo a ponto de não desestimular a reiteração da conduta ilícita. O valor da indenização por danos morais estabelecido na sentença atende aos parâmetros elencados acima, não havendo razão para a sua modificação. 5. Com relação aos

danos estéticos, para a fixação do valor da indenização devem ser observados alguns fatores, tais como o grau de deformidade da vítima, o potencial de visibilidade e a extensão da cicatriz, além dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. O valor fixado pela r. sentença mostra-se adequado ao caso em análise. 6. Recursos conhecidos e desprovidos. (TJ-DF 07154200520188070001 DF 0715420-05.2018.8.07.0001, Relator: CESAR LOYOLA, Data de julgamento: 12/02/2020, 2ª Turma Cível, Data de publicação: Publicado no DJE: 19/02/2020. Pag.: sem página cadastrada.)

Em consonância com a decisão retro, é o entendimento da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso:

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS DECORRENTES DE ERRO MÉDICO – HOSPITAL – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – FORNECEDOR DE SERVIÇOS – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DEVER DE INDENIZAR – CONFIGURADO – CIRURGIA DE HISTERECTOMIA – NEGLIGÊNCIA NO PÓS-OPERATÓRIO – CULPA COMPROVADA – DANOS MORAIS E DANOS ESTÉTICOS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSOS DESPROVIDOS – SENTENÇA MANTIDA. 1 – Por ser fornecedor de serviços, o hospital responde objetivamente pelos danos causados à vítima de negligência médica no pós-operatório, devendo ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor. 2 – Verificada a existência do dano e do nexos causal entre o serviço prestado pelo hospital e o dano sofrido pelo paciente, o pedido indenizatório deve ser julgado procedente, independentemente da demonstração de culpa. 3 – A lesão de ureter ocorrida na realização da cirurgia de retirada do útero constitui, conforme laudo pericial, possível complicação da referida intervenção cirúrgica. Por isso, os médicos são responsáveis pela negligência no estágio pós-operatório quando não investigaram a tempo a queixa da paciente. 4 – No caso concreto os médicos não adotaram a diligência necessária no pós-operatório mediato e nos dias subsequentes, com monitoramento adequado da paciente, principalmente porque conheciam a probabilidade de ocorrência de lesão no ureter, tendo conhecimentos técnicos quanto à possibilidade de tal efeito colateral e dos riscos dele decorrentes, o que levou a perda do rim direito da recorrida. 5 – Para que seja deferido o pedido de indenização por dano estético deve ficar demonstrado: a transformação física, com desequilíbrio entre o estado físico anterior e o presente, e permanência ou durabilidade do dano. In casu, a paciente perdeu o rim direito, motivo pelo qual é evidente a demonstração dos requisitos necessários ao dever de indenizar. O valor de R\$60.000,00 (sessenta mil reais), mostra-se condizente para compensar o dano estético decorrente da perda do órgão. 6 – A reparação por dano moral visa reprimir a ilicitude do ato, compensa a vítima e propiciar a sensação de bem-estar pela penalidade da agente e pelas possibilidades compensatórias que a quantia irá lhe proporcionar. No caso concreto, R\$40.000,00 (quarenta mil reais) atende ao caráter punitivo-pedagógico sem ensejar enriquecimento ilícito da vítima e onerar em demasia os apelantes. (APL: 00001354620078110014 65498/2012, DESA. CLARICE CLAUDINO DA SILVA, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 07/11/2012, Publicado no DJE 05/12/2012)

O Juiz deverá analisar e sopesar critérios de caráter objetivo, como a condição econômica e social das partes, a adoção de suas condutas no momento do ocorrido, suas personalidades, o nexos causal etc., bem como de caráter subjetivo, como a mensuração e gravidade do dano e a conseqüente repercussão pessoal e social no paciente, e suas particularidades. Adicionalmente, considera-se que (REIS, 2000, n.p):

Dentre alguns desses elementos que poderão motivar a decisão do juiz, poderão ser destacados, através de uma análise singela nesta oportunidade, a repercussão do ilícito no meio social, a intensidade da angústia experimentada pela vítima (que depende da análise dos fatores culturais, sociais e espirituais do lesado), bem como a situação patrimonial do agente lesionador e da vítima.

É possível depreender, a partir de uma análise criteriosa, empática, íntegra e legítima do caso concreto, o grau aproximado de gravidade da situação fática em análise. Aliás, é justamente para este tipo de situação que a subdivisão da jurisdição estatal se fragmenta em tantos níveis: a aproximação do julgador com a realidade das partes torna mais possível atingir um resultado verdadeiramente justo. Outrossim, como já anteriormente elucidado, torna-se cada vez mais relevante o fator pessoal e social da autoimagem para a manutenção da saúde psíquica dos indivíduos, sendo o peso desta temática cada vez mais notável na atualidade.

CONCLUSÃO

A partir do que fora exposto pelo presente artigo, é possível delimitar um ponto de vista com um enfoque maior nas peculiaridades, histórico e aspectos da responsabilização civil e sua tangência na atividade do profissional de cirurgia plástica.

O crescimento exponencial da influência das mídias sociais e a facilidade de acesso aos conteúdos midiáticos, bem como a exacerbada exposição dos usuários e consumidores de conteúdo a padrões de beleza cada vez mais impensáveis tornou a relevância da manutenção de um padrão estético um fator expressivo, que interfere grandemente na constituição da imagem que o indivíduo constrói de si mesmo e da visão da sociedade na qual está inserido, causando, assim, uma grande coerção no sentido de se manter o mais estritamente possível nos moldes que são ditados através desses veículos da mídia.

Desta forma, o impacto moral, psicológico e social, além, é claro, da evidente e mais objetiva interferência física que o erro médico pode causar na vítima aumentou consideravelmente nos últimos anos e tende a crescer ainda mais. Isso significa que, paralelamente, o sofrimento pelo qual estas vítimas estarão sujeitas crescerá e, posto isso, a responsabilização do agente causador da lesão também deverá ser agravado.

Não se trata somente de uma discussão acerca do padrão de beleza imposto nos dias de hoje, mas sim da dor, vergonha e humilhação pelas quais o paciente vítima de erro médico

poderá ser submetido, face a esses padrões inatingíveis, em contraste com o conteúdo e imposições que lhes são bombardeados dia a dia. Trata-se, portanto, de um adoecimento psicológico e moral que se torna ainda mais agravado em decorrência de uma atitude causada pelo cirurgião plástico que, assim sendo, deverá ser responsabilizado no mesmo nível de gravidade que sua conduta aferiu.

O instituto da responsabilidade civil surgiu no Direito como instrumento reparador da ordem social, no intuito de equilibrar a desarmonia que surge entre as esferas jurídicas das partes quando uma destas acaba por cometer ato ilícito e causar dano à outra. Este instituto passou por diversas modificações durante a história, passando de ser permeado pela violência, quando ainda vigorava a autotutela como forma de reparação do dano, até sofrer as alterações advindas da modernização e da globalização, que vieram a estabelecer uma separação completa das esferas civil e penal, selecionando qual seria a medida mais cabível a ser aplicada pela jurisdição estatal em cada caso concreto. A partir daí, o Código Civil Brasileiro adotou, de início, a teoria da responsabilidade subjetiva e, atualmente, aprecia também a responsabilidade civil objetiva em casos específicos.

A relação existente entre o médico cirurgião plástico e seu paciente é de cunho contratual, sendo esta relação em específico classificada como uma relação que exige obrigação de resultado, uma vez que não há, de fato, um comprometimento da saúde do paciente, mas tão somente uma promessa de trabalho e aplicação de técnicas prometidas pelo profissional no sentido de modificar a fisiologia do contratante e fazer com que este se sinta mais confortável com as mudanças. Não há, portanto, um risco a ser tomado, mas um resultado específico a ser atingido, o que caracteriza verdadeiramente uma obrigação-fim.

Diante disto, a responsabilização do cirurgião plástico por ato cometido de maneira culposa se torna mais palpável e adequado. Isto porque, ante este tipo de obrigação, o profissional está comprometido a entregar um resultado que seja compatível com a vontade da parte contratante, mormente porque, caso contrário, a consequência pode acarretar sofrimento de grande monta a este, devendo então o médico ser responsabilizado pelas repercussões negativas de sua conduta comprovadamente culposa.

Isso também implica dizer que o ônus da prova será invertido, de acordo com os dizeres do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, posto que a relação de vulnerabilidade exige da atuação do Direito uma imposição de equilíbrio entre as partes envolvidas. Por fim, a comprovação da culpa do profissional deverá se basear em alguma das modalidades previstas pelo ordenamento, qual sejam, imprudência, negligência ou imperícia.

Para a correta delimitação da prestação pecuniária devida pelo agente causador de erro médico em cirurgia plástica, deve ser constatada a inequívoca ocorrência de dano, que se subdivide em dano patrimonial, moral e estético. Este primeiro, devido à sua objetividade, é de simples averiguação e não causa grande controvérsia no momento do julgamento. O segundo e o terceiro, por sua vez, figuram como objetos de uma discussão acerca da possibilidade de cumulação de indenizações devidas, em cada caso, individualmente. Contudo, a partir da publicação da súmula 387/STJ, este conflito caminhou em direção a uma solução, já que pacificou a controvérsia acerca do cabimento dessa cumulação. Isto se deu porque a definição de dano moral possui pontos e questões intrínsecas que a diferencia do dano estético, mostrando-se, portanto, perfeitamente aceitável que ambos sejam reivindicados perante o poder judiciário.

A delimitação do valor devido pelo causador da lesão também é alvo de discussões, ante a subjetividade da questão e necessidade de individualização de cada caso concreto para que seja proferida uma decisão realmente justa por parte do magistrado. Assim, algumas considerações de cunho objetivo e subjetivo devem ser feitas pelos julgados, tais como a condição econômica e social dos envolvidos, a valoração de suas condutas, o nexo de causalidade entre o dano e o resultado, a gravidade do dano infligido, a repercussão pessoal e social deste dano, dentre outros. Estes fatores serão de extrema importância no momento da fixação do valor a ser ressarcido pelo responsável pela lesão e para a satisfação pessoal da vítima.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: RT, v. 84, n. 718, p. 35, ago., 1995.

BRASIL. **Constituição Federal da República**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso em 25 de Setembro de 2020.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 25 de Setembro de 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012.

Disponível em: <<

<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf>>>.

Acesso em 26 de Setembro de 2020.

D'ACAMPORA, Armando José; CORRÊA, Getúlio. **Erro médico, uma abordagem**. Acta Cir Bras. 1996;11(1)

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**.vol. 7: responsabilidade civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 7.

FERNANDES, Antonio Tadeu: **Infecção Hospitalar e Suas Interfaces na Área da Saúde**. Ed. Atheneu; 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 4.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, 3 ed. São Paulo: Ed. Revista de Tribunais; 1999.

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

LUI NETTO, Adamo; ALVES, Milton Ruiz, **Responsabilidade Médica**. [Editorial]. Revista Brasileira de Oftalmologia, vol. 69 (2), Rio de Janeiro, Mar./Abr., 2010. Disponível em: <<

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-72802010000200001>>.

Acesso em 26 de Setembro de 2020.

MARTIRE JUNIOR, Lybio: **Alcance Atual da Cirurgia Plástica**. Ed. Astúrias; 2005.

MENDES, Antonio Carlos. **Bioética**. vol. 2, nº 2, 1994, Brasília, Conselho Federal de Medicina.

MIGUEL, Frederico de Ávila. **Responsabilidade civil: Evolução e apanhado histórico. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 35, 2006. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_> . Acesso em 30 de Setembro de 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1.

PARKINS, Michael D.: **Pharmacological Practices Of Ancient Egypt**. Calgary, University of Calgary; 2001. Disponível em:

<https://web.archive.org/web/20110721080348/http://helios.e-e->

e.gr/medicine/files/History_of_medicine_days.pdf#page=17 Acesso em: 30 set. 2020.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Wilson Melo. **O Dano Estético**. RF. Vol. 194, 1961. Disponível em: <<
<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/697>>>

SOUTO, Silvana.; FERRO-BUCHER, Julia Sursis Nobre. (2006), **Práticas indiscriminadas de dietas de emagrecimento e o desenvolvimento de transtornos**, Rev. Nutr., 19(6). Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-52732006000600006&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em 22 de Setembro de 2020.

SOUZA FILHO, Moyses; SOUZA, Hunaway Albuquerque Galvão de (2015), **Olhares e reflexões sobre o corpo na cultura contemporânea**, Dialektiké, v. 3. Disponível em: <<
<http://www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/dialektike/article/view/3396>>>. Acesso em 22 de Setembro de 2020.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. **O dano estético na atividade do médico**. Júris Síntese, vol. 29, MAI/JUN, 2001.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. V. 4.