

RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO CIRURGIÃO PLÁSTICO EM FACE DO DIREITO DA PERSONALIDADE DO PACIENTE

Clayton Reis¹
Horácio Monteschio²

SUMÁRIO: Resumo; 1. Breve histórico da atividade médica; 2. Responsabilidade objetiva e subjetiva nos procedimentos médicos plásticos; 2.1 Responsabilidade objetiva nas cirurgias plásticas; 2.2 Responsabilidade subjetiva nas cirurgias plásticas; 2.3 Aspectos imponderáveis e subjetivos das cirurgias plásticas estéticas; 3. Obrigações de resultado e obrigações de meio nos procedimentos de cirurgias plásticas; 3.1 Obrigação de resultado; 3.2 obrigação de meio; 4. Dano estético; 5. Indenização e responsabilidade do cirurgião; 6. Dever de lealdade do paciente e do médico; 7. Direitos da personalidade e aspectos relacionados a cirurgia estética; 8. Conclusão; 9. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a responsabilidade civil do profissional médico, nas cirurgias plásticas estéticas, passando a investigar sua opção pela responsabilização firmada pela teoria do risco ou pela culpa, bem como, a produção probatória e a sua oportunidade de indenização.

O Superior Tribunal de Justiça firmou corrente jurisprudencial em que consagra a obrigação de resultado e a aplicação da responsabilidade objetiva nos procedimentos estéticos, a qual faz ressonância com a maioria da doutrina pátria.

Em sentido diametralmente oposto, apresenta-se tese fundada no fato de que se esse tipo de procedimento médico estético for visto sob o foco da responsabilidade subjetiva, abre-se uma seara de dilação probatória, que afasta a presunção objetiva presente nas decisões pretorianas.

¹ Magistrado aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre pela UFPR. Especialista em Responsabilidade Civil pela UEM. Professor do Curso do Programa de mestrado em direito do CESUMAR. Professor Titular da UNICURITIBA e Adjunto da UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ e da ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ. Membro da Academia Paranaense de letras Jurídicas.

² Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Unicesumar Maringá. Especialista em Direito Público e Direito Processual Civil pelo Instituto brasileiro de Estudos Jurídicos. Especialista em Direito Tributário pela UFSC. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito contemporâneo pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, núcleo de Curitiba. Integrante da Comissão de Direito Eleitoral da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Estado do Paraná. Membro do IPRADE – Instituto Paranaense de Direito Eleitoral. Professor das Faculdades OPET, advogado militante.

Por seu turno, as causas de exclusão da responsabilidade do médico nas cirurgias estéticas, e as conseqüentes imprevisibilidades destes procedimentos, demonstram que a adoção da responsabilidade subjetiva é a mais compatível com a realidade dessas intervenções.

Ao analisar e justificar o entendimento do que vem a ser compreendido como obrigação de meio e obrigação de resultado, o trabalho possibilita, além do debate acadêmico, o objetivo em ofertar uma releitura sobre responsabilidade civil do médico nos procedimentos de natureza estética.

As intervenções cirúrgicas estéticas podem prever com alto grau de probabilidade o resultado pretendido pelo profissional e pelo paciente. Todavia, predomina a subjetividade e a imponderabilidade nestes procedimentos, em razão da imprevisibilidade dos resultados finais presentes nas cirurgias estéticas.

Desta forma, vivenciamos um paradoxo fático assim inserido: de um lado a questão médica com afirmação de previsão do profissional no resultado do procedimento cirúrgico, alicerçada na responsabilidade objetiva. De outra banda, está o procedimento médico classificado como uma obrigação de meio devendo, em caso de insucesso, ser apurada a responsabilidade de forma subjetiva mediante a prova da culpabilidade do profissional médico.

Nesse sentido, pretende-se estabelecer um liame entre a responsabilidade de meio do médico cirurgião estético a sua responsabilidade subjetiva, proporcionando a possibilidade de dilação probatória para as partes envolvidas em caso de insucesso nessa modalidade de cirurgia plástica.

Palavra chave: responsabilidade objetiva e subjetiva do cirurgião plástico; responsabilidade de meio e responsabilidade objetiva envolvendo as cirurgias plásticas; dano estético.

CIVIL RESPONSIBILITY OF SUBJECTIVE PLASTIC SURGEON IN THE RIGHT FACE OF PERSONALITY OF PATIENT

SUMMARY: Summary: 1. Brief history of medical activity; objective and subjective 2. Responsabilidade in plastic medical procedures; 2.1 Strict liability in plastic surgery; 2.2 subjective Responsibility in plastic surgery; 2.3 imponderables and subjective aspects of aesthetic plastic surgery; 3. Obligations of result and obligations through the procedures of

plastic surgery; 3.1 Obligation of result; obligation of means 3.2; aesthetic 4.dano; 5.indenização and responsibility of the surgeon; 6.dever loyalty of the patient and the physician; 7. Rights of personality and aspects related to cosmetic surgery; 8.conclusão 9. References.

This study aims to analyze the liability of medical professionals , in aesthetic plastic surgery , and also investigate their choices of liability signed by law or guilt, as well as the production and its probative effective opportunity .

The Supreme Court established judicial power, which establishes the obligation of result and application of strict liability in aesthetic procedures, which do resonate with the majority of the nation doctrine.

Diametrically opposite direction, the authors present thesis grounded in the fact that this type of cosmetic medical procedure is viewed from the standpoint of subjective responsibility to their kinds, opens a harvest of probative delay, which comes only rebut the objective presumption objective contained in those judged cases.

For its part, the causes of exclusion of liability of the physician in aesthetic surgery, and the consequences of these procedures e , show that the adoption of subjective responsibility is the most viable .

To analyze and justify the understanding of what is to be understood as an obligation of means and obligation of result, work permits, in addition to academic debate, the goal in offering a reinterpretation of civil liability in the medical procedures of aesthetic nature.

Aesthetic surgery can predict with high probability the result sought by the professional and the patient. However, the subjectivity predominates in these procedures by their very essence.

Thus, we experience one factual paradox composed as follows: on one hand the medical issue with the assertion professional prediction on the outcome of the surgical procedure, based on strict liability. On the other hand, the medical procedure is classified as an obligation of means, and shall, in case of failure be determined subjectively responsibility and its guilt .

Thus, this paper aims to establish a link between the responsibility of the plastic doctor and his/her subjective responsibility, providing the possibility of probative delay to the parties involved in case of failure in the form of plastic surgery.

Keyword: objective and subjective liability of the plastic surgeon; responsibility for environment and strict liability involving plastic surgery, aesthetic damage.

1. BREVE HISTÓRICO DA ATIVIDADE MÉDICA

Os seres humanos, desde os primórdios sempre estiveram vinculados com aspectos relacionados à necessidade preservação e manutenção da vida.

Merece destaque o fato de que as patologias que atacam o homem remontam aos primórdios. Nessa ordem de ideias leciona Miguel Kfouri Neto “As doenças e as dores nasceram juntamente com o homem. Por isso, desde seu primeiro momento de racionalidade, o tratou de predispor os meios necessários para combater ambos os males”³.

Na doutrina formulada por Hildegard Taggesell Giotri, encontramos o seguinte relato histórico: “O Corpo de Leis Urukagina de Lagos, no terceiro milênio da era pré-cristã; a coleção de Leis Ur-Namu (2111-2084 a.C) que no seu artigo 625, referia-se à responsabilidade médica; O Código de LipsitIsthar de Isin (1934-1924 a.C) e, por último, as Leis de Eshnumma, do rei Dadusha (1875-1787 a.C)”⁴, são exemplos de legislações que antecedem o Código de Hammurabi.

O termo “cirurgia”, cuja origem é atribuída ao grego, a qual etimologicamente é entendida como “trabalho manual” faz referência ao termo Oswaldo Pataro na Enciclopédia Saraiva de Direito traz a seguinte classificação “Ramo da medicina que cura por processos manuais, cuida de doenças externa e de seu tratamento, delas excluindo-se as que constituem especialidade, como dermatologia. De *kirurgia*, operação manual. De *keir*, mão e *ergon* trabalho”⁵.

Cabe destacar, que o Código de Hammurabi em seu artigo 215 e seguintes concedida ao cirurgião o respectivo pagamento pela cirurgia realizada, bem como, impunha ao seu responsável uma responsabilidade. Neste sentido Emanuel Bouzon assim leciona, “O Código de Hammurabi (1686-1750 a.C.) já previa penas para médicos ou cirurgiões que cometessem lesões corporais ou matassem um homem livre ou um escravo. Dedicou nove artigos à atividade médica e às obrigações dela decorrentes”⁶.

Nesta codificação, em razão da responsabilidade, havia a previsão de aplicação da Lei de Talião “o agente pagava o dano com o seu próprio corpo. Era a pena de talião ou da retaliação: olho por olho, dente por dente”.

³KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 56.

⁴. GIOTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba : Juruá, 1998. p. 27.

⁵. PATARO, Oswaldo, in: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Coordenação do Professor R. Limongi de França. São Paulo Saraiva . 1977.v. 14, p. 428.

⁶ BOUZON, Emanuel. **O código de Hammurabi**. Petrópolis : Vozes, 1987. p. 188.

Como se vê, havia um destaque a sancionar pessoalmente o causador do dano, o que somente vem a ser alterado no final do século III a.C., por intermédio da Lex Aquilia. Neste sentido Alexandre Martins dos Santos leciona “Desta forma, surgia na história da humanidade a responsabilidade civil, onde não seria mais o corpo físico do agente que pagaria a indenização, mas sim seu patrimônio”⁷.

No Egito havia previsão codificada para a atividade médica, a qual sendo o paciente atendido corretamente o isentava de responsabilidade. Neste sentido descreve Wanderby Lacerda Panasco “assim deviam nortear-se por regras básicas constantes de um livro. Respeitadas as regras, mesmo que o paciente viesse a falecer, não sofreriam punição, o que ao ocorria em caso de não observância àquelas.”⁸

Na idade média, havia a aplicação de severas penas ao médico, assim destacadas por Neri Tadeu Camara Souza, “Na idade média, continuaram a haver severas penas para o médico que tivesse insucesso profissional, causando nesta época uma diminuição de pessoas dispostas a exercer a medicina”⁹.

No mesmo sentido, João Baptista de Oliveira descreve que “o documento mais antigo de que se tem notícia data do séc. XIII e consta de uma sentença do Júri dos Burgueses de Jerusalém, a qual declara que um determinado médico deveria uma indenização pela morte de um doente”¹⁰.

As primeiras atividades desenvolvidas pelos médicos, não eram propriamente de estudo de aspectos patológicos, mas voltados e direcionados a prática da cura da moléstia que atingia o paciente. Assim, predominava o empirismo, segundo o qual preponderava a prática de atos desprovidos de quaisquer fundamentos científicos.

A utilização do empirismo trouxe severo descrédito às atividades médica, assim descrita por Hildegard Taggesell Giostrique, “O referencial mítico e místico do médico encontrava-se diluído por conta dos resultados nem sempre exitosos advindos das tentativas de tornar a medicina uma ciência não divinatória”¹¹.

Dentro deste panorama fático, as tarefas médicas acabaram por serem exercidas por sacerdotes, feiticeiros, escravos, curandeiros, magos e, mais tarde, por barbeiros, ou seja, por

⁷ SANTOS, Alexandre Martins dos. **Responsabilidade civil do médico**. Rio de Janeiro : Editora DOC. 2011, p. 11.

⁸ PANASCO, Wanderby Lacerda. **A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos médicos**. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 37.

⁹ SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade Civil e penal do médico**. Campinas : LZN Editora, 2003. p. 23.

¹⁰ OLIVEIRA, João Baptista de. **Aspectos médicos-legais da anestesia**. São Paulo : DGSB São Camilo, 1962. p. 369.

¹¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. op. cit. p. 30 e 31.

peessoas que não possuíam a devida qualificação, o que somente veio a ocorrer, na França sob a determinação do Rei JEAN I, que a atividade médica somente poderia ser exercida por aqueles que adquirissem a devida qualificação nos bancos universitários.

Feitas estas ponderações históricas, ainda que de forma resumida, verificamos que estamos diante de uma evolução constante nos procedimentos médicos com a sua consequente complexidade.

2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NOS PROCEDIMENTOS MÉDICOS PLÁSTICOS

2.1. RESPONSABILIDADE OBJETIVA NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

A Responsabilidade Civil Objetiva é aquela segundo a qual não há necessidade de comprovação de culpa, bastando apenas a ocorrência do dano e o nexo causal para sua caracterização, tendo como consequência a indenização ou reparação do dano praticado.

Neste sentido Carlos Roberto Gonçalves pontifica que:

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida como mencionado, independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.¹²

De acordo com essa modalidade de responsabilidade, o que se destaca é o nexo de causalidade, aliado ao dano que alguém vem a sofrer, não havendo o interesse em provar a culpa do agente causador. Neste sentido Maria Helena Diniz, proclama:

A corrente objetivista desvinculou o dever de reparação do dano da idéia de culpa, baseando-o na atividade lícita ou no risco com o intuito de permitir ao lesado, ante a dificuldade da prova, a obtenção de meios para reparar os danos experimentados. Assim o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa. Porque sua responsabilidade é imposta por lei independentemente de culpa e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso da presunção.¹³

Ao consagrar a responsabilidade objetiva, no artigo 927, parágrafo único do Código Civil de 2002, o legislador prescreveu que, “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.”

¹²GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 2011. p,48.

¹³DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 2001. p, 68.

Portanto, o fundamento da responsabilidade objetiva está fundado na lei e no risco da atividade desenvolvida. Michéle-Laure Rassat, a classifica nos seguintes termos:

Na responsabilidade objetiva ou por risco, o critério é a relação de causalidade existente entre a atividade de uma pessoa e um dano submetido a uma outra. Será declarada responsável toda pessoa cuja ação tenha causado um prejuízo a uma outra, independentemente de se saber se o seu comportamento era ou não legítimo. Toda pessoa assume os riscos de sua atividade.¹⁴

Assim, de acordo com o texto da lei, o que diferencia a responsabilidade objetiva da subjetiva é a exclusão da prova da violação do direito em face da adoção da teoria do risco. O agente será responsabilizado pelos seus atos inconsequentes e, em face da sua negligência e previsibilidade, diante da sua atuação profissional.

2.2. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS.

Quanto à responsabilidade civil subjetiva, Michéle-Laure Rassat, a classifica da seguinte forma:

Na responsabilidade subjetiva ou por culpa, o autor de um dano só será declarado responsável se tiver cometido uma falta que causou o dano. O critério é o da apreciação moral calcada na conduta do autor do dano, que será sancionada se ela for culposa e aprovada se não o for¹⁵.

Portanto, nesse caso para a sua caracterização é imprescindível a presença do elemento culpa, que deverá ser feita pela parte que a alegar. Então temos a presença da ação ou omissão violadora de um direito, do nexo de causalidade e do dano para perfeita adequação e aplicação da responsabilidade subjetiva.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a responsabilidade subjetiva possui os seguintes contornos:

A responsabilidade civil subjetiva é decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos. Esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência, conforme cediço doutrinariamente, através da interpretação da primeira aparente do art. 159 do Código Civil de 1916 (“art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”) regra geral mantida com aperfeiçoamento, pelo art. 186 do Código Civil de 2002 (art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito). Portanto, a obrigação de indenizar é consequência do ato ilícito.¹⁶

¹⁴RASSAT, Michéle-Laure. **La responsabilité civile**. Paris : Presses Universitaires de France, 1973. p. 22.

¹⁵RASSAT, op. cit. p. 22.

¹⁶GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo Saraiva. 2011, p.55.

Quanto à responsabilidade do médico é importante destacar as lições formuladas por Hildegard Taggesell Giotri, em sua obra sobre “Erro Médico”. Nesse caso, faz-se necessário uma reflexão mais apurada sobre os conceitos modernos acerca da responsabilidade civil, levando em consideração a responsabilidade que dependerá da prova do procedimento ilícito levado a efeito pelo agente causador do dano. e, de acordo com linha de pensamentos Hildegard ensina,

Ocorre que mesmo aquele profissional que é competente e capacidade, não está livre de insucessos na área, pois um ato cirúrgico pode até ser programado matematicamente e meticulosamente, todavia, o resultado final, em a concordância com tal programação, nunca está garantido. Isso se deve não só a subjetividade do organismo humano, como muitas vezes, ao próprio paciente que, por descuido ou omissão, vem a colaborar eficazmente para o resultado negativo ou diferente do esperado.¹⁷

Cabe ainda citar os importantes ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa, o qual tece considerações críticas a posição de aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas cirurgias estéticas.

Há cirurgias estéticas que não podem ser consideradas obrigações de resultado: Figure-se a hipótese de médico que é obrigado a realizar essa cirurgia em pronto-socorro, em pessoa acidentada, com urgência, a fim de evitar danos irreversíveis. Também o dano estético decorrente do mau resultado em uma cirurgia deve ser avaliado no caso concreto, sempre levando em conta que essa modalidade de dano atinge diretamente a personalidade e admite indenização por dano moral.¹⁸

A complexidade do organismo humano, bem como as questões imponderáveis presentes nessa modalidade de intervenção médica impõem uma enorme gama de incertezas, não assistindo razão a tese fundada na ideia de que as cirurgias estéticas são de resultado. Segundo as lições de Miguel Kfoury: “As reações do doente são as mais variadas e imprevisíveis. Todos os tratamentos – sem exceção – apresentam margem de erro que, como já dissemos, pode ser diminuída, mas nunca eliminada. Por isso, não se justifica transferir para o profissional todos esses riscos e áleas”¹⁹. Isto significa, segundo a ótica do doutrinador, que a culpa do médico nesse caso deverá ser objeto de comprovação nas modalidades de negligência, imprudência e imperícia.

Ao cotejar a doutrina acima citada com os fatos que vivenciamos diariamente, forçoso é concluir que toda cirurgia médica, por mais simples que seja executada, encontra-se

¹⁷GIOTRI, Hildegard Taggesell. op. cit.p.124.

¹⁸VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo : Atlas, 2005. p. 144.

¹⁹KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais : código civil e de defesa do consumidor**. São Paulo :Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 44.

vinculada a um risco. Por sua vez, a área de incerteza se encontra presente em todo procedimento médico, conforme leciona Genival Veloso França:

Cabe ressaltar que a atividade médica corresponde, em nosso entendimento, a uma área de álea, segundo a qual mesmo naqueles procedimentos específicos, os quais o contratante quer efetivamente o resultado contratado, resiste ainda nestes casos há uma área de indefinição quanto a consecução efetiva do resultado.²⁰

É curial destacar que o procedimento cirúrgico não comporta qualquer diferenciação, sendo ele estético, cosmético ou mesmo qualquer cirurgia geral, pois em todos os casos há efetivamente uma área de incerteza e de imponderabilidade.

Colocando-se frente à realidade, encontram-se uma conclusão irrefragável: em todas as cirurgias existem os mesmos riscos, a mesma álea, e impõem-se idênticos cuidados. Nem é possível esperar que todos os seres humanos reajam igualmente, ou tenham uma resistência forte às infecções, e cicatrizem em espaço de tempo curto. Além disso, aparecem fatores imprevisíveis, vindo de causas genéticas peculiares, nem sempre detectáveis. Não se equipara o organismo humano uma máquina submetida às leis da física e da mecânica, ou que obedece a mecanismos estanques e idênticos de cura, de cicatrização, de imunidade a agentes externos.²¹

Sendo assim, o médico assume o risco da sua profissão, seja ele cirurgião geral ou cirurgião plástico indistintamente. O que os diferencia, de modo geral, é o resultado pretendido; enquanto o primeiro não pode assegurar a cura do paciente, o segundo tem um parcial controle do resultado.

2.3 ASPECTOS IMPONDERÁVEIS E SUBJETIVOS DAS CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS

A posição majoritária da doutrina é capitaneada pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça, por entender se tratar de uma obrigação de resultado, não obstante considerar impossível garantir, com precisão absoluta, o resultado pretendido em qualquer procedimento cirúrgico dessa natureza.

Veja-se o contido na literatura médica, no âmbito da cirurgia plástica, citado no voto vista no REsp 81.101/Pr, da lavra do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, o qual faz referência a percentuais relevantes sobre os insucessos dos procedimentos médicos estéticos, com fundamento em prestigiosas revistas internacionais: “O cirurgião plástico Ivo Pitanguy, publicou na Revista da Sociedade Brasileira de Cirurgia plástica, em seu volume 9 de 1994, dados colhidos de “2.924 casos de ritidoplastia (plástica de face) executados em sua clínica, de onde 5,5% apresentaram hematoma, infecção localizada e alopecia (perda de cabelo).

²⁰FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. São Paulo : Fundação BYK, 2003. p. 243.

²¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2013. p. 336.

Concluindo que mesmo o melhor dos médicos não tem ingerência sobre determinadas reações do organismo, tão inesperadas quando mal-vindas”.

Mesmo utilizando os mais avançados recursos científicos, não se pode assegurar o pleno êxito da intervenção, pois persiste nesta seara uma área de incerteza, imponderação ou de álea. Nesta linha de ideias encontra-se a doutrina de Octávio Luiz Motta Ferraz:

Se o critério para a licitude da operação é a possibilidade de o médico garantir ao paciente a obtenção do resultado pretendido, nenhuma cirurgia estética será lícita, eis que, como é sabido, assim como todo e qualquer ato cirúrgico, a cirurgia estética também está sujeita a uma álea totalmente independente da vontade do cirurgião.²²

Mariana Massara Rodrigues de Oliveira destaca que a área da incerteza está presente em todas as cirurgias estéticas, “e são representadas pelas respostas orgânicas do paciente, estando intimamente relacionadas e ligadas aos fatos da álea, caracterizando pelas reações individuais de cada paciente, frente a um mesmo tratamento, seja clínico ou cirúrgico”²³.

Neste passo, Juarez Moraes Avelar, cirurgião plástico, afirma, “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”²⁴.

A cirurgia plástica é um procedimento clínico por igual aos demais. Mas se diferencia das demais em virtude das reações imprevisíveis do organismo humano devendo, por conseguinte, ser entendida como uma cirurgia de meio e não de resultado.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 819.008/PR, ao conhecer e dar provimento ao recurso, julgando improcedente o pedido de indenização formulado em face de cirurgião plástico proclama: “Percebe-se a tênue fronteira entre o erro médico e a mera insatisfação do lesado. Porém, se o resultado ficou aquém das expectativas da paciente, isso não quer dizer que houve falha durante a intervenção”. Tendo em vistas essas considerações, se extrai que não se deve, *prima facie*, estabelecer como sendo de resultado a cirurgia estética, na devida medida em que o julgador deve analisar todos os elementos constantes presentes nestes intrincados procedimentos.

Neste sentido, havendo a possibilidade de discussão sobre a responsabilidade, bem como a concessão da inversão do ônus da prova, o Superior Tribunal de Justiça, quando do

²²FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2009. p. 144.

²³ OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médicos**. Curitiba : Juruá, 2008. p. 120.

²⁴ AVELAR, Juarez Moraes. **Cirurgia plástica : obrigação de meio**. São Paulo : Editora Hipócrates, 2000. p. 187

juízo do REsp 1.180.815/MG, assim decidiu: “ Ocorre que, ao contrário do que alega a recorrente, o simples fato de a obrigação ser de resultado não torna objetiva a responsabilidade do recorrido. Desta feita, no REsp 1.269.832, Relator Ministro Castro Meira, decidiu-se: “ mesmo que se admitisse, a título de argumentação, que o procedimento cirúrgico promovido pelo recorrido ostentaria caráter estético, é curial que na obrigação de resultado a responsabilidade do médico remanesce subjetiva”.

Deve-se ser imposta às cirurgias plásticas estéticas uma classificação de responsabilidade subjetiva, com até no caso concreto, assegurado a inversão do ônus da prova para o profissional médico.

Registre-se, que os casos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça, em sentido oposto, alicerçados estes pela doutrina pátria nos casos de inadimplemento nas cirurgias plásticas estéticas merecem ser analisadas com “*com grano salis*”, na medida em que estão inseridas em contextos restritivos e de visão de obrigação de resultado e responsabilidade objetiva, as quais passam ao largo de aspectos subjetivos e da própria álea presente nos procedimentos cirúrgicos estéticos.

Destarte, não deve o profissional médico, pelo simples fato de empregar seu ofício na arte da cirurgia plástica ser responsabilizado dentro dos contornos da responsabilidade objetiva.

Feitos estes comentários, há que se salientar que diante deste panorama fático vivido, não se deve descurar o fato de que os procedimentos plásticos e sua responsabilidade objetiva trazem no seu bojo variáveis tipos de custos aos profissionais médicos estéticos em virtude dos riscos da atividade.

3. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO E OBRIGAÇÃO DE MEIO NOS PROCEDIMENTOS DE CIRURGIAS PLÁSTICAS

3.1. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Na visão de Nehemias Domingos de Melo, não basta que o médico venha a se empenhar para a obtenção do resultado, mas que efetivamente venha a obtê-lo. e, nessa linha o doutrinador pontifica:

A lógica de tal concepção se assenta no fato de que o paciente é pessoa sã que almeja remediar uma situação desagradável, busca um fim em si mesmo, tal qual a nova conformação do nariz, a remoção de gorduras incômodas, a supressão de rugas, a remodelação das penas, seios, queixos etc. Sendo assim, o que o paciente

espera do cirurgião plástico não é que ele se empenhe em conseguir um resultado qualquer, mas que obtenha o resultado preconizado.²⁵

Filiando-se a corrente segundo a qual os procedimentos plásticos enquadram-se entre as obrigações de resultado, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf afirma que, “as diversas modalidades médicas observam diferentes formas de responsabilização no âmbito cível: obrigação de resultado para os cirurgiões plásticos, donde o direito à indenização decorre da cirurgia malsucedida”²⁶.

Sob a ótica de Décio Policastro não há quaisquer dúvidas sobre a responsabilidade objetiva e de resultado, segundo seu ensinamento, “indubitavelmente, assumindo obrigação de resultado, posto que ninguém se sujeita a uma cirurgia embelezadora, submete-se a riscos e despesas para ficar igual, mais feio ou pior do que é”²⁷.

Por sua vez, para Antonio Chaves: “A regra especial submetem-se a cirurgia estética, que, por sua própria finalidade implica em obrigação de resultado e não de meio”²⁸.

Para Teresa Ancona Lopes “o resultado estético ou artístico é da natureza da prestação. Exclui-se nesse aspecto toda a imponderação, pois o médico sempre responderá: se não fez o que prometeu no croqui ou se não informou claramente o cliente sobre o resultado ou a mudança de imagem, mesmo que seja para melhor”²⁹.

Nas cirurgias plásticas o cirurgião não se limita apenas em acompanhar o paciente, assim leciona Pablo Stolze Gangliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Se a atividade profissional médica é, como regra geral, uma obrigação de meio, há alguns misteres que podem ser interpretados de outra forma. É o caso, por exemplo, dos cirurgiões plásticos, cuja atuação não se limitaria ao acompanhamento do paciente com todos os deveres de cautela, mas sim ao desenvolvimento de uma conduta especificamente para a obtenção de um resultado no plano da realidade.³⁰

Ninguém se submete a uma cirurgia plástica, com os gastos inerentes sem que tenha o claro desejo de ficar com a aparência melhor. Nesse sentido Sérgio Cavalieri, consagrando a idéia de obrigação de resultado nas cirurgias plásticas prescreve,

Não se pode negar o óbvio, que decorre das regras da experiência comum; ninguém se submete aos riscos de uma cirurgia, nem se dispõe a fazer elevados gastos, para ficar com a mesma aparência, ou ainda pior. O resultado que se quer é claro e

²⁵MELO, Nehemias Domingos de, **Responsabilidade civil por erro médico : doutrina e jurisprudência**. São Paulo : Atlas, 2013. p. 123.

²⁶MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo : Atlas, 2013. p.455.

²⁷POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. Belo Horizonte : Del Rey, 2013. p. 13.

²⁸CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1982-1985. p.409.

²⁹LOPES, Teresa Ancona. **O dano estético : responsabilidade civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 122.

³⁰GANGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, Volume III, São Paulo : Saraiva, 2006. p. 210.

preciso, de sorte que, se não for possível alcançá-lo, caberá ao médico provar que o insucesso – total ou parcial da cirurgia – deveu-se a fatores imponderáveis.³¹

O compromisso com o resultado nas cirurgias plásticas, o *pacta sunt servanda*, é doutrina assumida por Rui Stoco, nos seguintes termos:

O que importa considerar é que o profissional na área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado (aliás, essa é a sua atividade-fim), prevendo, inclusive, com detalhes, esse novo resultado estético procurado. Alguns se utilizam mesmo de programas de computador que projetam a simulação da nova imagem (nariz, boca, olhos, seios, nádegas etc.) através da montagem, escolhida na tela do computador ou na impressora, para que o cliente decida. Estabelece-se, sem dúvida, entre médico e paciente relação contratual de resultado que deve ser honrada. Portanto, *pacta sunt servanda*.³²

Carlos Roberto Gonçalves, contestando a doutrina de Ruy Rosado de Aguiar e Juarez Moraes Avelar, para os quais a responsabilidade médica nas cirurgias estéticas é uma obrigação de meio, leciona tese em sentido contrário afirmando, “Contudo, malgrado, a reconhecida autoridade e competência do consagrado jurista e do conceituado cirurgião e professor, tem sido reconhecida a existência de uma relação contratual de resultado entre médico e paciente nesses casos”³³.

Nesta mesma linha de pensamento, Caio Mário da Silva Pereira, assinala que em caso de possibilidade de não obter o resultado o médico não está autorizado a realizar o procedimento médico: “o profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado pretendido, e se não tem condições de consegui-lo, não deve efetuar a intervenção”³⁴.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 81.101/PR, filia-se a tese de obrigação de resultado nas cirurgias estéticas, “contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade”.

No mesmo sentido, ao julgar o Recurso Especial 196.306/SP, assim decidiu: A jurisprudência deste Tribunal orienta que: “segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (Salvo cirurgias plásticas embelezadoras) obrigação de meio e não de resultado.” por conseguinte, resta demonstrado de

³¹CAVALIERI, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo : Editora Malheiros, 2003. p. 378.

³²STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 746.

³³GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume IV. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 246.

³⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro : Forense, 1997. p. 157.

forma inequívoca que há um entendimento de que nas cirurgias plásticas embelezadoras a responsabilidade é de resultado.

3.2. OBRIGAÇÃO DE MEIO

Como regra geral, as obrigações assumidas pelo médico, perante o paciente são conceituadas como obrigação de meio, ou seja, esse profissional utiliza de todos os seus conhecimentos científicos e profissionais para obter um determinado resultado, com sem se obrigar a alcançá-lo.

Na perspectiva de Fernanda Schaefer, a intervenção do médico no tratamento com o paciente constitui-se obrigação de meio:

Aquele em que o médico, ao assistir o paciente obriga-se apenas a empregar de forma diligente todos os meios e recursos disponíveis para a melhor condição do quadro clínico apresentado, sendo irrelevante a verificação do resultado.³⁵

Todavia, no caso específico da cirurgia plástica, a tese se apresenta em sentido contrário. Mas, somos forçados a acompanhar o posicionamento de Décio Policastro, segundo o qual, “o médico estará isento de responder pelos males causados quanto surgirem acontecimentos imprevisíveis que escapam ao seu domínio e à ciência pois, nesses caos, o resultado indesejado não se dá em razão da conduta profissional”³⁶.

Nessa linha de direção Yussef Said Cahali, destaca a modalidade de obrigação de meio “o que exige do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado o devedor, ao contrário, obriga-se a chegar a determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação”³⁷.

Entender como uma obrigação de resultado, impondo ao profissional médico plástico, nas cirurgias estéticas a responsabilidade objetiva, não é a melhor solução para a controvérsia que se estabelece.

Ad argumentandum tantum, dever-se-á impor a obrigação de meio em face da sua atuação profissional, utilizando-se para tanto de todos os meios e recursos disponíveis para se atingir o resultado, não abarcando, nesta modalidade o êxito do trabalho feito. Nessa linha de interpretação, Hildegard Giostri pontifica que,

³⁵ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico**. Curitiba : Juruá, 2003. p. 38.

³⁶ POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. Belo Horizonte ; Del Rey, 2013. p. 59.

³⁷ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil**. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 320.

São casos assim, que apontam para a inadequação de ser conceituada como obrigação de resultado a atividade do cirurgião plástico estético (bem assim, a do anesthesiologista). Quando se lê com atenção a definição do que seja uma obrigação de resultado, é que se percebe a total inadequação entre esta e o campo da atividade daqueles profissionais, já que palmilhado de álea.³⁸

Neste pensar, o caso requer para a sua solução reflexão sobre todos os aspectos em que estão inseridos os procedimentos médicos plásticos e os seus desdobramentos no campo da responsabilidade e imposição de reparação ao responsável.

4. DANO ESTÉTICO

A palavra estética é derivada da palavra grega “*aisthesis*” que significa sensação. Estética é a ciência que tem por objeto o estudo da beleza e suas manifestações na arte e na natureza. Quando falamos de dano estético, referimo-nos ao dano da beleza física do indivíduo, suas formas e proporções fisiológicas.

O dano estético é o sofrimento, em face de violação a integridade física da pessoa, a qual proporciona uma ofensa à honra. Ademais, é imprescindível afirmar que o dano estético, em razão da sua extensão acaba por constituir-se em uma espécie de dano moral.

Neste sentido, de acordo com as lições de Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré,

A deformidade física leva, tanto o próprio sujeito como a sociedade, a atribuírem desvalores à sua pessoa, atingindo, respectivamente, sua honra subjetiva e objetiva. No indivíduo, a lesão atingirá sua auto-estima, seu ego; a sociedade, por sua vez emitirá valores negativos no tocante à beleza e à capacidade da vítima. Ora, se a deformidade física viola a honra no seu duplo aspecto, o dano estético não é outra coisa senão uma espécie de dano moral.³⁹

Um ferimento ou deformidade em determinada pessoa pode sofrer várias interpretações cite-se, p. ex. praticante de jiu-jitsu a deformidade em suas orelhas demonstra forte apego ao esporte, ao passo que para um profissional da área de moda este tipo de deformidade é altamente prejudicial.

O profissional médico plástico não está imune a prática de lesões de cunho estético, causando deformidade em seus pacientes, mas não é por esta razão que deve ser atribuída a este profissional a responsabilidade objetiva, cabendo a cada caso ser verificada a razão do evento danoso e a responsabilidade de cada um dos envolvidos. Afinal de contas, mesmo no

³⁸GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba : Juruá, 1998. p.125.

³⁹RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **A responsabilidade civil como sistema aberto : a abordagem constitucional do tema**. São Paulo : Lemos e Cruz, 2007. p. 157.

caso de culpa objetiva ela não poderá ser absoluta, podendo até mesmo ser excluída no caso de culpa da vítima ou a intervenção de caso fortuito ou de força maior.

5. INDENIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE DO CIRURGIÃO

Cabe fazer uma referência especial ao fato de que o procedimento médico cirúrgico estético, como todo o procedimento que produza danos no paciente, deverá a vítima promover indenização face ao médico para haver dele todos os tipos de lesões sofridas, conforme determinação prescrita no Código civil no parágrafo único do artigo 944⁴⁰.

Portanto, deve ser ponderado em cada caso específico a sua peculiaridade, consoante lição de João Casilo, “O magistrado, utilizando-se não só das informações técnico-médico, mas também da sua própria experiência como ente da comunidade, avaliará a extensão das lesões infligidas ao ofendido”⁴¹. O caso concreto é que norteará o julgador no deslinde da demanda proposta.

O dano produzido em cirurgia plástica, diante de um mau resultado, quaisquer que sejam suas causas, assegurará à vítima o direito de postular indenização equivalente ao dano sofrido.

Segundo lições precisas de José de Aguiar Dias: “Pensamos ter dito o suficiente para mostrar que a responsabilidade médica se define de maneira eminentemente casuística. Para melhor reconhecê-la ou afastá-la, o mais seguro critérios é investigar o caso concreto”⁴².

Com relação ao fato da cirurgia plástica estética e suas características de obrigação subjetiva deve ser observado que, “a cirurgia não vindo a atender às expectativas do paciente, poderá ensejar a responsabilização do profissional médico, que embora continue sendo subjetiva, será com culpa presumida, cabendo-lhe o ônus de demonstrar a ocorrência de fato ou atos que possam ilidir o dever de indenizar”⁴³.

Outro aspecto que merece ser analisado no caso concreto reside no fato da ocorrência de lesões ao bem jurídico tutelado, assim descrito por Georges Ripert:

Na opinião que triunfa hoje em todas as legislações, divide-se a responsabilidade entre o autor e a vítima, isto é autoriza-se um recurso parcial da vítima. Defende-se esta opinião dizendo que na hipótese de culpa comum, o autor e a vítima, cada um pela sua ação, causaram o prejuízo, e que por conseguinte é preciso, analisando as

⁴⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

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

⁴¹ CASILO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. São Paulo ; Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 152.

⁴² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro : Forense, 1973. p. 294.

⁴³ MELO, Nehemias domingos de. **Da Culpa e do risco como fundamento da responsabilidade civil**. São Paulo : Atlas, 2012. 376.

causas, e dividindo o prejuízo, dar a cada um a parte que lhe incumbem na eventualidade do prejuízo⁴⁴.

Não há que se distinguir qualquer procedimento médico, tendo em vista que todos são concebidos como pertencentes à área de risco, independentemente do caráter estético ou não. Portanto, de acordo com a doutrina de Tereza Ancona Lopez: “devemos lembrar que o médico sempre trabalha com uma zona de risco a seu favor, pois cada pessoa é uma e as reações dos indivíduos ao mesmo tratamento podem variar, sendo portanto imprevisíveis”⁴⁵.

Desta forma, não assiste razão a teoria que procura segregar a cirurgia estética em compartimento estanque, em face dos demais procedimentos cirúrgicos, pois os procedimentos médicos pertencem a um gênero de responsabilidade em que predomina a culpa subjetiva.

No campo da responsabilidade civil em face da ação ou omissão, praticada pelo profissional da área médica, assiste ao lesado o direito de pleitear a sua reparação, seja ela material estética e moral, de acordo com a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, para obter indenização ampla e irrestrita diante dos danos sofridos por imperícia ou negligência médica.

6. DEVER DE LEALDADE DO PACIENTE E DO MÉDICO

As prescrições formuladas pelo médico, tanto no momento que antecede e no que suceder o procedimento operatório devem ser seguidas pelo paciente, em razão de que o não atendimento a esta determinação poderá causar alterações no procedimento cirúrgico. Nesse caso, Patrícia Vieira ensina que,

Como fato de exclusão da responsabilidade do médico, cabe destacar o fato de exclusiva responsabilidade do paciente ou mesmo que a sua conduta tenha sido praticada de forma concorrente. Destarte, quanto o ato é produzido pelo próprio paciente este deve “ser estranho a conduta ou atividade desenvolvida pelo imputado (autor material do evento danoso), pois caso contrário, estaríamos diante de uma simples situação na qual a conduta da vítima seria consequência da conduta do causador do dano, quando não seria refutada a sua culpa”⁴⁶

Nunca é demais lembrar que além do dever de cuidado que se exige do paciente, o profissional médico possui igualmente responsabilidade pelos acertos e desacertos no exercício da sua atividade científica, respondendo pelos eventuais danos causados ao paciente

⁴⁴RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações**. Campinas : Bookseller, 2002. p. 240.

⁴⁵LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético : responsabilidade civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004. p. 14.

⁴⁶VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 44.

por sua culpa. Para Yussef Said Cahali, a concorrência de culpa do médico e do paciente poderá intervir no processo indenizatório, como se observa,

Em resumo, na responsabilidade médica cada caso é um caso, porém, há princípios gerais que devem ser observados para ser avaliada a culpa do profissional. Além do mais não podemos nos esquecer da possibilidade de concorrência de culpas entre médico e paciente. Por outro lado, como já falamos anteriormente, não é preciso que a culpa do médico seja grave, como timidamente querem alguns, basta que seja certa.⁴⁷

O médico tem o dever de saber e prever os resultados normais da cirurgia a que se submete seu paciente. Todavia, sempre será necessário que o paciente, em seu processo de restabelecimento, proceda de forma diligente e cuidadosa, como ensina Paulo Nader, “ há casos na cirurgia estética em que os resultado esperado não são alcançados por motivo alheio ao profissional, como por exemplo, a não observância pelo paciente das recomendações médicas no pós-operatório”⁴⁸.

Por oportuno, a informação prestada pelo médico ao paciente assume contornos de relevância. Isto porque, segundo Fabian Christoph: “Na cirurgia estética os deveres de informar ainda são exaustivos. (...) Assim deve o médico informar sobre as vantagens e desvantagens da cirurgia. Ele deve também informar os riscos e consequência mais raras e sobre a possibilidade de não conseguir o resultado esperado”⁴⁹.

De outro lado, na hipótese do paciente não cumprir as prescrições médicas, haverá de ser reduzida a indenização (art. 944, par. único CC) pelos danos sofridos, mas não eliminada, considerando o caráter de resultado da obrigação assumida e do dever dos cuidados existentes nos períodos do pré, durante e pós-operatório – culpa concorrente.

Concluindo, a regra a ser seguida pelo cirurgião plástico em operações com finalidade estética é a de que ele deve objetivar a prática de atos de aperfeiçoamento estético em face da manifestação e desejo do paciente. Devendo o profissional médico preservar sempre a vida, a saúde ou a integridade física do paciente, evitando tanto quanto possível situações de riscos. E, finalmente, esforçar-se para que o resultado seja absolutamente confiável. Tudo isto, para que não seja causado ao paciente um prejuízo maior do que aquele que pretende corrigir.⁵⁰

⁴⁷CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil**. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 330.

⁴⁸NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2009. p. 392.

⁴⁹FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 137-138.

⁵⁰ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade civil dos médicos**. São Paulo : Editora Jurídica brasileira, 1998. p. 135 e 136.

7. DIREITOS DA PERSONALIDADE E ASPECTOS RELACIONADOS À CIRURGIA ESTÉTICA

Com relação ao direito de personalidade, cabe formular algumas considerações sobre a sua importância no contexto da dignidade da pessoa humana, imbricadas da defesa dos direitos dos cidadãos. Nesta linha de conduta Elimar Szaniawski dispõe:

O direito geral de personalidade, como princípio fundamental, construído a partir da noção de dignidade da pessoa humana, ao atuar, poderá trazer limitações às liberdades públicas. Estas, em princípio, não poderão impor limitações ao direito geral de personalidade⁵¹.

Dado o seu alto grau de relevância, os direitos da personalidade são classificados como direitos absolutos e oponíveis contra todos. Neste sentido Fernanda Borghetti Cantali leciona esse modo, “diz-se que os direitos da personalidade têm natureza de direitos absolutos, no sentido de serem oponíveis contra todos, prevalecem contra todos, possuem eficácia *erga omnes*”⁵².

Os direitos da personalidade extrapolam a seara do ordenamento jurídico positivo, porque estão intimamente ligados à natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Assim, Carlos Alberto Bittar os classifica, “Intimamente ligados ao homem, para sua proteção jurídica, independentes de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, de *lege data*, pelo Estado ou pelos particulares”⁵³.

De acordo com a doutrina e jurisprudência dominantes, as violações aos direitos da personalidade são geradoras de danos morais. Na atividade praticada pelo médico a qual causa prejuízo ao paciente, que não ficam circunscritas as questões patrimoniais, abrangem igualmente danos extrapatrimoniais e à pessoa.

Na ótica de Clayton Reis, o assunto relacionado ao direito de personalidade assume os seguintes contornos:

Como observamos, a personalidade do indivíduo é o repositório de bens ideais que impulsionam o homem ao trabalho e à criatividade. As ofensas a esses bens imateriais, redundam em dano extrapatrimonial, suscetível de reparação. Afinal, as ofensas a esses bens causam sempre no seu titular, aflições, desgostos e mágoas que interferem grandemente no comportamento do indivíduo.

(...)

O aviltamento do direito do indivíduo, de realizar-se através da sua personalidade, constitui dano de natureza eminentemente moral. Daí resulta que a defesa do direito da personalidade constitui a mais significativa forma de valorização do

⁵¹SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 143.

⁵²CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade : disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2009. p.135.

⁵³BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989. p. 11.

patrimônio moral. Ademais, o Estado também possui interesse em preservar o patrimônio moral dos seus cidadãos, em virtude do potencial criativo e da produtividade de que cada um é detentor.⁵⁴

Os danos morais sofridos devem ser objeto de plena indenização, segundo prescrição inserta na Carta Constitucional DE 1988, nos incisos V e X do artigo 5º:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da 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.

Nessa linha, vale destacar a possibilidade de cumulação de pedidos de reparação de danos materiais e morais, como assinalado pela súmula 37 do STJ, como assinalado por Yussef Said Cahali:

Como forma de indenização de dano moral como reflexo das conseqüências extrapatrimoniais que resultam para a pessoa do ofendido o atentado à sua integridade corporal, seja, em razão das inibições naturais padecidas na vida de relações pessoais ou profissionais contingentes da deformidade da sua aparência, seja até mesmo em razão da dor-sofrimento infligida ao ser humano deformado. A reconhecer, agora tranquilamente, no elastério da Súmula 37 do STJ, a autonomia daquela indenização, passível de ser cumulada com indenização por danos patrimoniais resultantes do mesmo fato.⁵⁵

Coerente com essa linha, o Código Civil igualmente em seu artigo 944 estabelece a extensão do dano, coerente com o principio da *restitutio in integrum* ao prescrever que: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Assim, coerente com essa orientação legislativa o magistrado deverá analisar a dimensão de todos os danos produzidos para, a partir dessa valoração, estabelecer através de critérios de razoabilidade e proporcionalidade a extensão do prejuízo vivenciado pela vítima.

Ao lecionar sobre o quantum indenizatório Clayton Reis pondera:

Deve ser levado em conta o grau de compreensão das pessoas sobre os seus direitos e obrigações, pois “quanto maior, maior será a sua responsabilidade no cometimento de atos ilícitos e, por dedução lógica, maior será o grau de apenamento quando ele romper com o equilíbrio necessário na condução de sua vida social. Dentro do preceito do ‘*in dubio pro creditori*’ consubstanciada na norma do art. 948 do Código Civil Brasileiro, o importante é que o lesado, a principal parte do processo indenizatório seja integralmente satisfeito, de forma que a compensação corresponda ao seu direito maculado pela ação lesiva.⁵⁶

Desta feita, em face da conceituação e fixação dos direitos da personalidade no caso de sua violação, a qual possui até respaldo constitucional, aliado ao fato de possibilidade de

⁵⁴ REIS, Clayton. **Dano Moral**. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 81.

⁵⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 242.

⁵⁶ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 130.

cumulação de pedidos de reparação de danos moral e material, conclui-se que na seara da reparação de danos nas cirurgias estéticas já perfeitamente o seu enquadramento.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar criticamente o instituto da responsabilidade civil em face da atividade do profissional médico cirurgião plástico.

Consoante descrito no texto iniciou-se com uma breve análise histórica do médico, e desenvolvimento das técnicas cirúrgicas desenvolvidas por estes profissionais liberais.

Posteriormente, analisamos as questões relacionadas com a responsabilidade objetiva e subjetiva nos procedimentos médicos, na qual restou demonstrado a pertinência dessas modalidades de culpa, cotejando com referências doutrinárias e jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça. Nessa mesma linha de reflexão, investigamos e constatamos a circunstância de que em todos os procedimentos cirúrgicos ocorre a existência da imponderabilidade, bem como, de diversos aspectos que ultrapassam os conhecimentos dos profissionais médicos.

Na sequência, investigamos igualmente a questão relacionada à obrigação de meio e de resultado do médico, oportunidade em que essa questão foi objeto de estudos e comentários. Observamos assistir razão a tese de que se trata de um procedimento de resultado. Todavia, não obstante a conclusão, constatamos de que a imprecisão, a subjetividade e a imponderabilidade constituem marcas notórias diante dos procedimentos médicos de natureza cirúrgica.

O dano estético é perfeitamente delimitável e aferível, sendo atribuída responsabilidade ao cirurgião no caso de lesão, competindo ao médico reparar os prejuízos, bem como, informar os riscos a que estão sujeitos os pacientes.

Por derradeiro, cabe salientar a proteção dos direitos da personalidade, bem como, as violações dos seus direitos Constitucionais, servindo-se as vítimas das lesões culposas, as indenizações em face dos textos constitucionais e do Código Civil. Ocorrendo danos ao patrimônio da vítima deverá o julgador delimitar a extensão do dano, bem como, fixar o valor do quantum indenizatório.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVELAR, Juarez Moraes. **Cirurgia plástica: obrigação de meio.** São Paulo : Editora Hipocrates, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989.

BOUZON, Emanuel. **O código de Hammurabi.** Petrópolis : Vozes, 1987.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil.** São Paulo : Saraiva, 1988.

_____, Yussef Said. **Dano moral.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade : disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana.** Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2009.

CASILO, João. **Dano à pessoa e sua indenização.** São Paulo ; Editora Revista dos Tribunais, 1987.

CAVALIERI, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** São Paulo : Editora Malheiros, 2003.

CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1982-1985.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** São Paulo : Saraiva, 2001.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 137-138.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor.** Rio de Janeiro : Elsevier, 2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico.** São Paulo : Fundação BYK, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** São Paulo Saraiva, 2011.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à luz da jurisprudência comentada,** Curitiba : Juruá, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** São Paulo : Saraiva, 2011.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais : código civil e de defesa do consumidor.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Miguel. **Responsabilidade civil do médico.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LOPES, Teresa Ancona. **O dano estético : responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo : Atlas, 2013.

MELO, Nehemias Domingos de, **Responsabilidade civil por erro médico : doutrina e jurisprudência**. São Paulo : Atlas, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2009.

OLIVEIRA, João Baptista de. **Aspectos médicos-legais da anestesia**. São Paulo : DGSB São Camilo, 1962.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médicos**. Curitiba : Juruá, 2008.

PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

PATARO, Oswaldo, in: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Coordenação do Professor R. Limongi de França. São Paulo : Saraiva . 1977, v. 14.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas conseqüências jurídicas**. Belo Horizonte : Del Rey, 2013.

RASSAT, Michéle-Laure. **La responsabilité civile**. Paris : Presses Universitaires de France, 1973.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **A responsabilidade civil como sistema aberto : a abordagem constitucional do tema**. São Paulo : Lemos e Cruz, 2007.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

_____, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2013.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações**. Campinas : Bookseller, 2002.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade civil dos médicos**. São Paulo : Editora Jurídica brasileira, 1998.

SANTOS, Alexandre Martins dos. **Responsabilidade civil do médico**. Rio de Janeiro : Editora DOC, 2011.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & erro de diagnostico**. Curitiba : Juruá, 2012.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade Civil e penal do médico**. Campinas : LZN Editora, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

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

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro : Forense, 2004.