
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO NO CASO DE ERRO MÉDICO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

CIVIL LIABILITY OF PLASTIC SURGEON IN MEDICAL ERROR CASE IN THE LIGHT OF THE CIVIL CODE AND THE CONSUMER PROTECTION CODE

JOAQUIM CALDAS NETO¹

Resumo: O presente estudo aborda, sistemática e objetivamente, a natureza jurídica da responsabilidade civil do cirurgião plástico no caso de erro médico à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. O objetivo foi verificar a divergência doutrinária e jurisprudencial de qual obrigação é assumida pelo médico nas cirurgias plásticas. Outrossim, encarrega-se de trasladar tais teses à responsabilização dos profissionais da medicina, dando enfoque especial à obrigação de meio, aplicável ao médico em geral, e, igualmente, à obrigação de resultado, destinada aos profissionais estéticos. O estudo procurou por meio de pesquisas bibliográficas com ênfase no Direito Civil, bem como jurisprudências, para apresentar o atual entendimento da responsabilidade civil médica, a partir da sua evolução como relação contratual. Procedeu-se, ao caso específico da cirurgia plástica, a análise dos fundamentos dessa discriminação no campo da responsabilidade e, ademais, expôs as razões que justificam seu hipotético enquadramento no campo das obrigações de meio. Após, apontou-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial do erro médico, qual tipo de responsabilidade que o envolve e a obrigação assumida nas cirurgias plásticas.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Médico. Dano. Cirurgia Plástica. Consumidor.

Abstract: This study addresses, systematically and objectively, the legal nature of the liability of plastic surgeon in the case of medical malpractice in the light of the Civil Code and the Consumer Protection Code. The objective was to verify the doctrinal and jurisprudential divergence of which obligation is assumed by the physician in plastic surgery. Furthermore, it undertakes to translate such theses accountability of healthcare, with particular focus on medium duty applicable to the doctor in general, and also the obligation of result, for the esthetics professionals. The study sought through library research with an emphasis on civil law and jurisprudence, to present the current understanding of medical liability, from its evolution as a contractual relationship, now also seen as consumerist relationship. Based on this idea, it proceeded to the specific case of cosmetic surgery, exploring the reasons for such discrimination in the field of liability and, in addition, exposing the reasons for his hypothetical framework in the field of means of obligations. After, he pointed up the doctrinal

¹Mestrando em Direito Constitucional Tributário pela Pontifca Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP; Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET/SP; Advogado.

and jurisprudential understanding of medical error, what kind of responsibility that surrounds it and the obligation assumed in plastic surgery.

Keywords: Liability. Doctor. Damage. Plastic surgery. Consumer.

INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje, a cirurgia plástica estética está se popularizando no Brasil. O grande aumento desse tipo de cirurgia é resultado da promessa de mudanças que ela pode propiciar no corpo do paciente, fomentado pela facilitação no pagamento dos procedimentos, o que proporciona um maior acesso da população.

Devido o grande número dessas cirurgias que são feitas diariamente, há um aumento no risco de erros médicos, em vista a popularização da cirurgia, o que pode gerando um problema na vida dos pacientes.

Nesse sentido, cabe averiguar a responsabilidade do cirurgião plástico com o paciente, no intuito de verificar se há necessidade de comprovação de dolo para que haja responsabilização, ou até onde vai o risco próprio de uma atuação cirúrgica.

Há muitas discussões na doutrina nacional quando se trata da natureza jurídica da obrigação médica, sobre obrigação de meio e obrigação de resultado. Também não há o consenso se o exercício da medicina promete cura ou exige apenas que o profissional exerça seu trabalho com perícia e diligência seguindo o padrão de conduta ética e o comprometimento por parte do profissional em favor da melhora de seu paciente.

Isso acontece porque a profissão do médico está sujeita as imprevisões do corpo humano, que se comporta de diferentes formas com relação a determinadas situações, não havendo diagnóstico prévio de todas as reações que irão ocorrer durante procedimentos cirúrgicos. Diversas vezes, as reações do organismo vão além dos prognósticos prováveis.

Além disso, a resposta de cada ser humano é única, ainda que sejam esperados determinados padrões. Logo pode-se dizer que a intervenção médica sujeita está sujeita ao infortúnio.

Assim, há debate se, no caso das cirurgias estéticas, aplica-se o preceito da obrigação de meio, isso porque a atividade médica não se sujeita a um resultado exatamente próprio. Não há comprometimento com o resultado final, mas sim com o dever de diligência, utilizando-se de técnicas amoldadas para se chegar ao objetivo esperado.

Desta maneira, cabe confrontar a questão da responsabilidade do cirurgião fundamentado na obrigação de resultado, em que se julga a culpa do médico em detrimento da obrigação de meio.

Sendo assim, necessita-se verificar se existirá a responsabilidade do médico para aqueles que procuram a medicina com fins genuinamente estéticos.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil se ocasiona com o aparecimento do dano, o que, desde os primórdios, foi reparado para vítima nas mais diversas formas.

Inicialmente, a única apreensão era com a reparação do dano material. Com o desenvolvimento industrial e tecnológico, aconteceu um aumento da ocorrência de danos, originando o aparecimento de novas teorias que procuram a absoluta reparação da vítima.

Atualmente a responsabilidade civil atinge maior magnitude, o que significa a indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

No âmbito jurídico observam-se três espécies de responsabilidade: a civil; a criminal; a administrativa. No caso em questão, será analisada a responsabilidade civil.

A Lei Federal n. 10.406/2002, chamado de Código Civil (CC/02), possui título próprio para responsabilidade civil, além de outras disposições presente no próprio código. Para conceituar responsabilidade civil no referido *codex* é preciso combinar o art. 927, *caput* e parágrafo único com o art. 389, ambos do Código Civil de 2002.

No art. 389 o legislador afirma que o devedor deve responder civilmente quando não entregar ao credor a prestação à qual se obrigou, estando obrigado a pagar as perdas e danos causados pelo inadimplemento da obrigação anterior. Assim, a responsabilidade civil contratual aparece com a falta do cumprimento de uma obrigação anteriormente pactuada.

Já o art. 927 também do Código Civil de 2002 ensina que “*aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”. Assim, será imposta uma obrigação para a pessoa que comete um ato ilícito: a de reparar o dano causado.

Deste modo, surgem a teoria do risco e a teoria da culpa. A teoria do risco se preocupa com a atividade que o agente exercia, se ela proporcionar risco ao direito de terceiros, ele será responsabilizado, independentemente do dolo do agente. Diferentemente desta, há a teoria da culpa, em que a vítima do ato danoso deve comprovar, além do dano e do nexo causal, a atuação culposa do agente.

Por conseguinte, em ambos os casos a responsabilidade surge depois que foi descumprido o dever principal. Portanto, a responsabilidade civil é uma obrigação que nasce do descumprimento de um dever principal, que provoca outros deveres decorrentes deste.

Assim, pode-se dizer que a responsabilidade civil surge como objetivo de garantir aos que se sentirem lesados patrimonialmente, moralmente ou esteticamente, uma indenização pelo dano causado.

Após essa breve consideração sobre os termos gerais da responsabilidade civil, cabe expor que a mesma divide-se em responsabilidade subjetiva e objetiva, havendo um tratamento diferenciado no caso de caracterização dessas responsabilidades, em decorrência da necessidade ou não de dolo para que essa assegurada a indenização à vítima.

1.1 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva existe quando é imprescindível a comprovação de culpa do agente causador do dano, enquanto na objetiva é preciso apenas ficar constatada a ocorrência do dano e do nexo causal, sem se importar com o fator subjetivo da conduta, ou seja, o dolo ou a culpa.

Caio Mário da Silva Pereira² frisa que a essência da responsabilidade subjetiva se baseia, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima:

“Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características. Assim na teoria da responsabilidade subjetiva surge como pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente”.

Na responsabilidade subjetiva é imperioso que se comprove a ação ou omissão, o dano e o dolo ou a culpa do causador do dano, sendo o elemento subjetivo demonstrado por meios de provas. Já na responsabilidade objetiva deve-se somente comprovar a ocorrência da ação ou omissão e seu nexo de causalidade com o dano sofrido.

Em regra, a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é baseada na culpa, ou seja, é subjetiva, embora esteja havendo uma evolução com a “desculpabilização” da responsabilidade civil.

Isso se dá pela necessidade de ver a vítima ressarcida do seu prejuízo já que é bastante difícil, em diversas situações, demonstrar a culpa do agente causador do dano.

Ao tratar desse tema, Carlos Roberto Gonçalves³ entende que na obtenção a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em diploma civil.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 263.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 224.

Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser alcançada, o sistema jurídico pátrio admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também casos de culpa presumida.

1.2 Responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade objetiva se baseia em uma relação direta, ligada a apenas dois elementos que são: a conduta que deu origem a um dano e o nexo causal; sem investigar se nessa conduta houve dolo ou culpa de quem a praticou. Para que ocorra o ressarcimento é necessário apenas provar a relação do fato com o dano.

Nesse sentido, o Código Civil pátrio vigente, trouxe uma série de casos de responsabilidade objetiva ao ordenamento jurídico nacional. Apesar disso, a regra no Direito Civil brasileiro ainda é a responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela baseada na existência de culpa ou dolo do causador do dano.

Para REGINA BEATRIZ TAVARES SILVA⁴ o Código Civil brasileiro vigente, alarga a aplicação da responsabilidade objetiva, com a adoção da teoria do risco criado, apesar de manter como regra geral o sistema vigente em que no geral é aplicado a responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade objetiva é abordada no Código Civil brasileiro pátrio atual em duas oportunidades: quando ela é consagrada pela própria lei, ou seja, a lei coloca casos específicos em que será aplicada a responsabilidade objetiva; ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar risco para o direito do outro.

⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Novo código civil comentado*. Coordenação de Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 820.

Na obra do ilustre doutrinador Gustavo Tepedino⁵, ele assim se manifesta acerca da responsabilidade civil:

É de se ter presente que o sistema dualista de responsabilidade atende a um indeclinável dever de solidariedade social determinado pelo constituinte, que não se restringe à relação entre o cidadão e o Estado e cuja efetividade se revela indispensável a sua incidência, em igual medida, sobre as relações de direito público e de direito privado.

Em caráter minoritário, alguns doutrinadores avaliam a responsabilidade objetiva como excessivamente onerosa para o agente, haja vista que ela tem sua culpa presumida, ou seja, independentemente do agente incorrer com dolo ou não, terá o dever de ressarcir assim que ficar demonstrado o nexo de causalidade entre fato e dano.

Nesse sentido, apesar de dureza da presunção da culpa, em muitos casos, ela é necessária devido a impossibilidade de averiguação se houve o respectivo dolo ou nos casos em que o bem que sofreu um dano é de um valor imensurável, tal como a vida. Por isso a lei age cautelosamente na sua abordagem, e elenca taxativamente quando essa responsabilidade objetiva deve ser aplicada.

Ainda de acordo com a abordagem da culpa do autor do dano, é imprescindível analisar a questão da obrigação do profissional liberal ao ser contratado para um serviço, em que ele se obriga a praticar todos os esforços necessários para se chegar ao resultado, trazendo implicações nesse sentido, para a análise da culpa.

2 DANO EXTRAPATRIMONIAL: DANO MORAL E DANO ESTÉTICO

Os danos extrapatrimoniais acontecem quando o ilícito atinge a esfera dos direitos da personalidade da vítima, agredindo, por exemplo, sua honra, sua integridade

⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 9 ed. São Paulo: Renovar, 1999, p. 177.

psicofísica, seu nome ou ainda utilizando indevidamente a imagem da mesma, como nos casos do dano moral ou dano estético.

Para Aparecida Amarante⁶ o problema na aceitação da tese da responsabilidade do dano extrapatrimonial é a falta de critérios objetivos para a avaliação do prejuízo ou a sua equivalência em dinheiro.

Entretanto, apesar da dificuldade de auferir o valor do dano extrapatrimonial, não se pode rejeitar a existência dele, nem deixá-lo sem reparação, já que a Constituição Federal brasileira atual o protege em seu art. 5º, inciso V, quando preleciona: "*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*".

Para que haja um maior entendimento sobre o dano extrapatrimonial é necessário que se perceba que esse dano extrapatrimonial se entende de um dano independente e autônomo, que não possui relação com o dano patrimonial, e por isso, pode ser indenizado mesmo quando não existir outro dano material a ser ressarcido.

Comumente os danos extrapatrimoniais são aqueles que surgem de ofensas ao decoro, sentimentos afetivos, a honra, à estética, a vida, a integridade do corpo humano e o equilíbrio emocional de cada pessoa.

O dano moral foi previsto desde o Direito Romano, que admitia que quando alguém for privado de um objeto patrimonial, seria permitido reclamar, além do seu valor material, o respectivo valor de afeição, cuja privação representava um inegável dano moral, e que seria fixado pelo juiz.

No Brasil, a atual Constituição Federal pátria vigente determina expressamente em seus arts. 5º, inciso V e X, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁶AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 6 ed. São Paulo: Del Rey, 2005, p. 238.

Assim, o dano moral é aquele que não alcança o patrimônio da pessoa e sim os sentimentos, trazendo uma sensação dolorosa causada no íntimo da pessoa, ou algo que desperte vergonha, ira, ódio. Trata-se de uma dor moral, em geral uma dolorosa sensação provada pela vítima.

Apesar de extrapatrimonial, o dano moral gera uma indenização de caráter pecuniário, somado as despesas que a vítima teve a partir daquele dano, tais como, as despesas com tratamentos psicológicos.

Já o dano estético pode ser considerado uma vertente do dano moral e também é protegido constitucionalmente apesar de não expressamente citado na Constituição Federal brasileira vigente.

Segundo Tereza Ancona Lopez⁷, dano estético pode ser conceituado como *“qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um “enfeamento” e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral”*.

Portanto, o dano estético se relaciona a qualquer lesão à beleza física ou à imagem de um indivíduo, sendo ele uma ofensa ao direito da personalidade, da saúde e da aparência estética, devendo, assim, ser indenizado..

Não é necessária que o dano experimentado pela vítima seja uma lesão de altíssima gravidade, bastando apenas que a vítima da lesão tenha sofrido uma alteração que não existia anteriormente. O dano deve ter ocasionado na vítima modificações estéticas negativas, que, assim, ensejarão uma reparação por quem deu causa a elas.

Assim, em uma cirurgia estética, caso o paciente que entra na sala de cirurgia buscando um embelezamento, saia dela com alguma anomalia física negativa antes inexistente, sofre dano estético, posto que, a desfiguração da aparência externa compromete a imagem individual, abalando sobremaneira o emocional do paciente.

⁷LOPEZ, Tereza Ancona. *O dano estético*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

O dano estético alcança uma dimensão sociológica, haja vista que, em razão da deformidade estética, a vítima estará sujeita a rejeição e desprezo social, sendo este grande fonte de aborrecimentos e sofrimentos.

A questão a se investigada é a possibilidade de se acumular o dano moral e o dano estético. Há doutrinadores que pregam nessa cumulatividade, pois se baseiam na distinção dos bens jurídicos protegidos, que apesar de se referirem ao mesmo fato, possuem naturezas jurídicas diferentes, podendo ter reparação cumulativa.

O Superior Tribunal de Justiça acredita nessa teoria, tanto que editou a Súmula 37 admitindo tal acumulação:

Súmula 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Embora a doutrina majoritária acredite na acumulação dos danos, há os professores que afirmam que o dano estético fica absorvido pelo dano moral nos casos em que ele ocorre.

Apesar de existir essa vertente minoritária, acredita-se que a própria Constituição Federal pátria atual autorizou a cumulatividade em seu art. 5º inciso V, quando admite a reparação em juízo de três tipos de danos: o dano moral, o patrimonial, e o dano à imagem.

Nesse caso, é imperioso se fazer uma extensão do conceito de dano à imagem, não se referindo apenas à reprodução desautorizada da imagem de alguém, mas relacionando esta imagem ao dano estético experimentado pela vítima, com alteração negativa de algum aspecto físico que lhe cause constrangimento, dor ou sofrimento, e que tenha abalado o respeito e aceitação social.

3 OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

As obrigações do profissional liberal são geralmente obrigações de fazer, que impõem ao devedor desenvolver uma atividade que permita ao credor a satisfação de seu interesse, como executar uma obra, prestar um serviço, tratar de um assunto de uma maneira diligente e cuidadosa para se chegar a um objetivo final.

Essas obrigações são classificadas em diversos tipos pela doutrina, podendo ser pura, de acordo com o comprometimento por parte do devedor ou dirigida para obter determinado resultado.

Independente do tipo de serviço prestado pelo profissional liberal, ele assumirá uma obrigação contratual, seja comprometendo-se com um resultado; ou apenas a usar de sua diligência e cuidado para atingi-lo, sem compromisso de obter o resultado propriamente dito. Assim, aplicam-se a esses profissionais os conceitos de obrigação de meio e de resultado.

Essa classificação é de fundamental importância para a caracterização do tipo de responsabilidade atribuída ao profissional na realização de seus serviços.

Diante dessa necessidade de se chegar ao tipo de responsabilidade civil do profissional liberal, surgiu a teoria do resultado.

Essa teoria estabelece quem será o incumbido do ônus da prova e este ônus será verificado de acordo com a obrigação que foi assumida no momento do contrato, ou seja, se foi ela de meio ou de resultado.

Nas obrigações de meio, o profissional está obrigado a se esmerar para obter o melhor resultado possível, utilizando dos meios necessários para tanto, não existindo um compromisso concreto com um resultado específico, já que o que realmente importa é que ele dê tudo de si e utilize todos os recursos necessários e cabíveis para realizar determinado serviço.

Sendo assim, no caso da ocorrência de um dano na prestação do serviço decorrente de conduta culposa do profissional, ele terá que arcar com a responsabilidade civil

nos termos do §4º, do art. 14, da Lei Federal n. 8.078 de 1990, chamado de Código de Defesa do Consumidor (CDC), senão veja-se:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Dessa forma, fica claro que quando o profissional age com cuidado e diligência, utilizando todas as técnicas exigidas pela profissão e recomendadas no procedimento, fica afastada a possibilidade de qualquer reparação, tendo em vista que ele arcou com sua parte no contrato.

Assim, na obrigação de meio o paciente deve demonstrar a culpa do profissional, caso em que, se não o fizer, não terá direito a nenhuma indenização decorrente de qualquer resultado insatisfatório.

Na obrigação de resultado o profissional garante a obtenção de um resultado final específico, motivo pelo qual o consumidor se sente estimulado a pagar o preço correspondente. Caso o resultado prometido não tenha ocorrido, o profissional deve ressarcir o contratante pela falha no serviço, que deve ser imputada ao fornecedor.

O dano causado pode advir por falha de ordem técnica, da avaliação sobre o futuro ou até mesmo decorrente de má apreciação de fatores externos a específica realização do serviço.

Na obrigação de resultado não se avalia os motivos, posto que não se investiga a culpa do profissional, já que a responsabilidade, nesse caso é objetiva e, portanto, com culpa presumida.

A responsabilidade será objetiva porque ela é baseada em um contrato, expresso ou tácito, em que o serviço deve ser prestado com exatidão nos moldes em que foi prometido.

Os autores espanhóis Luiz Diez-Picazo e Antonio Gullón⁸ sugerem que nos casos em que haja dúvida no enquadramento da obrigação, se de meio ou de resultado, deve resolver-se atendendo à circunstância de que o resultado esteja ou não ao alcance de quem desenvolve a atividade, sendo, então, obrigação de meio.

Nesse sentido, está previsto no art. 20 do Código de Defesa do Consumidor, em que *"o fornecedor de serviços, responde pelos vícios de qualidade por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou ordem publicitária"*.

Ainda, segundo o referido Código, a oferta e a apresentação de produtos e serviços devem conter informações corretas, claras, precisas, ostensivas demonstrando características, qualidade, quantidade, composição, preço e garantia, bem como sobre os riscos que apresentam a saúde e segurança do consumidor.

No caso do profissional liberal, deve ser observado as condições da oferta, assim como manda o Código de Defesa do Consumidor, sendo de fundamental importância, visto que não se pode admitir que o consumidor seja ludibriado com propagandas enganosas e abusivas que não são condizentes com a realidade.

Tal proteção é vista como princípio fundamental no Código de Defesa do Consumidor e como direito básico contido no art. 6º inciso VI do mesmo quando afirma que o consumidor tem direito *"a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais"*.

⁸ DIEZ-PICAZO, Luiz; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 6 ed. Madrid: Tecnos S. A., 1994, p. 650.

A regra consumerista é perfeitamente aplicável no caso da Medicina, principalmente no caso do cirurgião plástico, posto que ele promete ao seu cliente o resultado pretendido, como um novo formato de nariz ou boca por exemplo, valendo-se das modernas técnicas disponíveis em que simula o resultado pretendido muitas vezes através de computação gráfica.

Nesse caso, ele fica obrigado a executar o serviço exatamente como foi demonstrado ao seu paciente, sob pena de responder civilmente sem precisar comprovar culpa.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO DE ERRO MÉDICO PRATICADO POR CIRURGIÃO PLÁSTICO

O erro médico é aquele que um profissional de média capacidade, em idêntica situação, não cometeria, já que não é possível exigir dele que seja infalível ou perfeito. Muitas vezes ele tem origem em condutas culposas, baseadas na negligência, imprudência ou imperícia do profissional.

A negligência é a ausência do emprego de precauções adequadas para a prática de determinados atos ou adoção de procedimentos, revelando desleixo, desatenção, indolência, enfim, o desinteresse, o descaso e descompromisso para com a atividade desempenhada.

A imperícia consiste na incapacidade, na falta de conhecimentos técnicos ou habilitação para o exercício de determinada atividade. Ou ainda, pode ser qualificada como o desempenho de uma atividade relativa a uma profissão desconhecida pelo praticante, revelando inaptidão genérica ou específica.

No caso do exercício da medicina, essa possibilidade de imperícia é tido por suprido pelo registro do diploma, e pela inscrição no Conselho Regional de Medicina (CRM) de sua área de atuação.

Por fim, a imprudência se caracteriza pela inobservância do dever de cautela na adoção de certas práticas ou procedimentos. É o triunfo da falta de moderação, da insensatez e da precipitação sobre a experiência, o bom senso e o profissionalismo.

O indivíduo que procura um procedimento estético, com certeza, busca os melhores resultados baseado nas novas técnicas médicas, e, portanto, é extremamente importante ter cuidado com o elemento emocional já que o paciente, na ânsia do resultado positivo, fica extremamente desolado com qualquer resultado insatisfatório.

Apesar do erro médico, na grande maioria dos casos, ser produto de um problema sistêmico, como infra-estrutura deteriorada, jornadas excessivas de trabalho, falta de medicamentos e negligência dos pacientes, a verdade é que a imputação do resultado insatisfatório nas cirurgias plásticas está quase que ligada apenas ao profissional formado em Medicina.

Muitas vezes os erros ocasionados nas cirurgias plásticas são irreversíveis, por isso, o médico deve ter cuidado ao prometer ao paciente resultados milagrosos, devendo alertar sobre possíveis sequelas e casos que envolvam risco de vida para o paciente.

É importante analisar que existem dois tipos de cirurgia plástica: uma chamada de reparadora ou corretiva, que tem como finalidade tentar corrigir defeitos adquiridos ao longo do tempo como cicatrizes, marcas de queimaduras, ou defeitos congênitos, como no caso do lábio leporino; e a outra forma é aquela feita com fins puramente estéticos, que é realizada sem qualquer fim curativo ou de reversão de alguma anomalia, realizada, portanto, em pacientes sem qualquer anormalidade física.

Nos dois casos a questão pode ser analisada de forma distinta. No caso da cirurgia de reparação, ou seja, com fins terapêuticos, a obrigação é considerada de meio, já que o que se exige do médico é que ele faça o possível para reverter a situação, e não um resultado certo.

Já a cirurgia estética configura uma obrigação de resultado posto que o profissional promete um resultado embelezador, sem que o paciente esteja sofrendo de qualquer

incorreção que deva ser reparada. O paciente não possui qualquer defeito físico, apenas insatisfações com alguns aspectos de seu corpo e não busca uma reparação, e sim uma melhora significativa e notória no aspecto estético, caso contrário, não iria se submeter a uma cirurgia plástica.

Diante da questão polêmica e de inúmeras demandas sobre a mesma questão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se manifestou sobre o tema e entendeu que o insucesso da cirurgia plástica, quando o profissional não revela que seria impossível obter o resultado pretendido, enseja indenização baseada na culpa presumida, conforme observa-se no Recurso Especial nº236.708 – MG⁹, julgado em 10 de fevereiro de 2009, sobre o tema:

DANO MORAL. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO. RESULTADO. Em ação indenizatória por fracasso de procedimento plástico-cirúrgico (abdominoplastia e mamoplastia com resultado de cicatrizes, necrose e deformação), o Tribunal a quo reformou a sentença, condenando o médico a pagar todas as despesas despendidas com sucessivos tratamentos médicos e verbas honorárias, devendo o quantum ser apurado em sede de liquidação, além do pagamento de indenização por dano moral, em razão da obrigação de resultado. Entendeu aquele Tribunal que o cirurgião plástico responde pelo insucesso da cirurgia diante da ausência de informação de que seria impossível a obtenção do resultado desejado. Isto posto, o Min. Relator destaca que, no REsp, a controvérsia restringe-se exclusivamente em saber se é presumida a culpa do cirurgião pelos resultados inversos aos esperados. Explica que a obrigação assumida pelos médicos normalmente é obrigação de meio, no entanto, em caso da cirurgia plástica meramente estética, é obrigação de resultado, o que encontra respaldo na doutrina, embora alguns doutrinadores defendam que seria obrigação de meio. Mas a jurisprudência deste Superior Tribunal posiciona-se no sentido de que a natureza jurídica da relação estabelecida entre médico e paciente nas cirurgias plásticas meramente estéticas é de obrigação de resultado, e não de meio. Observa que, nas obrigações de meio, incumbe à vítima demonstrar o dano e provar que ocorreu por culpa do médico e, nas obrigações de resultado, basta que a vítima demonstre, como fez a autora nos autos, o dano, ou seja, demonstrou que o médico não obteve o resultado prometido e contratado para que a culpa presumasse, daí a inversão da prova. A obrigação de resultado não priva ao médico a possibilidade de demonstrar, por meio de provas admissíveis, que o efeito danoso ocorreu, como, por exemplo: força maior, caso fortuito, ou mesmo culpa exclusiva da vítima. Concluiu que, no caso dos autos, o dano está configurado e o recorrente não conseguiu desvencilhar-se da culpa

⁹ Recurso Especial 236.708/MG, Relatoria Ministro Carlos Fernando Mathias, Quarta Turma, julgado em 10/02/2009, publicado no Direito Oficial em 18/05/2009. (acessado em 04 de novembro de 2014).

presumida. Diante do exposto, a Turma negou provimento ao recurso do cirurgião.

Nesse caso, a presunção é considerada relativa, e não absoluta, de modo que o profissional cirurgião poderá produzir prova da inexistência de sua culpa, por meio da inversão do ônus da prova, conforme preceitua o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

O cirurgião pode, assim, apresentar provas se eximindo da sua responsabilidade, alegando que o paciente não procedeu com os cuidados necessários do pós-operatório, contribuindo para o resultado negativo, ou até mesmo, sendo decisivo para o fracasso da cirurgia.

Em relação às provas a serem apresentadas no caso de alegação de erro médico, ANTÔNIO MACENA FIGUEIREDO e ROBERTO LAURO DE LANA¹⁰, esclarecem que:

Para a comprovação de erro no atendimento realizado do cirurgião plástico, usam-se todos os meios probatórios em direito aceitos. Em particular, também, no caso da atividade de cirurgia plástica estética, os prontuários e fichas de anotações clínicas com dados do paciente, ressaltando-se a importância, pela complexidade e controvérsias do agir nos tratamentos realizados, da prova parcial que pode tornar-se indispensável.

O profissional poderá, portanto, expor defesas alegando excludentes de responsabilidade, baseadas na culpa exclusiva ou concorrente da vítima, assim como expõe o Código de Direito do Consumidor.

Portanto, diferentemente do que ocorre com o médico comum, no caso do cirurgião plástico que realiza procedimento com finalidade estética, o entendimento majoritário é que se trata de uma obrigação de resultado, já que, nesse caso, o comprometimento do cirurgião é com o êxito satisfatório de sua intervenção.

Apesar de dominante a posição do Superior Tribunal de Justiça, esta não é unânime entre os doutrinadores.

¹⁰ FIGUEIREDO, Antônio Macena; LANA, Roberto Lauro de. *Direito médico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 388.

Existe uma parcelada da doutrina que se manifesta alegando que apesar da culpa ser analisada de uma maneira mais rigorosa no caso dos cirurgiões plásticos, eles continuam respondendo por uma obrigação de meio.

Nesse sentido prega Antônio Macena Figueiredo¹¹, que o acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meio, embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão de ato cirúrgico.

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

É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente de fracasso.

A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposos da obrigação de meios.

Logo, na cirurgia estética, o dano pode consistir em não alcançar o resultado embelezador pretendido, com frustração da expectativa, ou em agravar os defeitos piorando as condições do paciente. As duas situações devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou a imperícia do médico que prova a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indicio sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta.

¹¹ *Idem*, p. 339

Esse entendimento, apesar de minoritário, não pode deixar de ser exposto, tendo em vista o peso jurídico dos que o defendem.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil passou por uma evolução histórica, contendo hoje diversos casos de responsabilidade civil objetiva. O aumento nas hipóteses de responsabilidade com culpa presumida é tendência em todo mundo, consequência do incremento dos riscos com o desenvolvimento industrial e tecnológico.

No campo da Medicina também há uma grande evolução, principalmente quando se trata de Medicina Estética. A cirurgia plástica é vista como a solução para os “problemas” estéticos, de resultado mais rápido e preciso. Assim, quando o cirurgião promete o resultado satisfatório ao paciente e não ocorre como o prometido, o médico tem sua responsabilidade civil baseada na presunção relativa da culpa.

Os pacientes, ao adentrarem em um consultório médico, estão em perfeito estado de saúde e pretendem, tão somente, melhorar algum aspecto físico que lhes

incomoda por conta dos padrões de beleza exigidos pela sociedade, e não por um real defeito físico, o que faz com que os cirurgiões plásticos sejam responsabilizados objetivamente por qualquer resultado indesejado e insatisfatório, diferente do prometido.

Apesar de saber que toda cirurgia oferecer riscos, o profissional deve se certificar, através de vários métodos e exames, de forma a esclarecer ao paciente que, caso verificada qualquer situação desaconselhável para cirurgia, não poderá realizá-la sob pena de responder por qualquer resultado diferente do que prometeu de forma objetiva.

O exercício profissional da cirurgia plástica estética exige do médico não apenas conhecimentos científicos apurados, mas também uma visão humana da situação, tendo em vista que ele lida com os sonhos estéticos alheios. Além disso, o cirurgião deve ser leal e mostrar ao paciente com clareza os riscos e possíveis resultados negativos advindos da cirurgia alertando que nem sempre poderão ser alcançados os resultados pretendidos com o procedimento adotado.

É necessário coibir condutas baseadas em negligência, imprudência ou imperícia dos profissionais nos procedimentos estéticos, para que, por serem cada dia mais utilizados como recurso de embelezamento, não possam ser objeto de futura ação judicial, onde se pleiteia, principalmente, a reparação de um dano moral, aquele que afeta a autoestima e a admiração por si próprio.

No caso do cirurgião plástico que realiza procedimento com finalidade estética, o entendimento majoritário é que se trata de uma obrigação de resultado, já que, nesse caso, o comprometimento do cirurgião é com o êxito satisfatório de sua intervenção.

Os tribunais superiores manifestaram-se sobre o tema e entendem que o insucesso da cirurgia plástica, quando o profissional não revela que seria impossível obter o resultado pretendido, enseja indenização baseada na culpa presumida

Nesse caso, a presunção é considerada relativa, e não absoluta, de modo que o profissional cirurgião poderá produzir prova da inexistência de sua culpa, por meio

da inversão do ônus da prova, baseadas na culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

Já sendo questão de cirurgia de reparação, ou seja, com fins terapêuticos, a obrigação é considerada de meio, já que o que se exige do médico é que ele faça o possível para reverter a situação, e não um resultado certo.

BIBLIOGRAFIA

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 6 ed. São Paulo: Del Rey, 2005.

AGUIAR, José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AGUIAR, Rui Rosado. *Responsabilidade civil dos médicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIEZ-PICAZO, Luiz; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 6 ed. Madrid: Tecnos S. A., 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Antônio Macena; LANA, Roberto Lauro de. *Direito médico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPEZ, Tereza Ancona. *O dano estético*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Novo código civil comentado*. Coordenação de Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 9 ed. São Paulo: Renovar, 1999.