

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NAS CIRURGIAS EMBELEZADORAS

Larissa Soares Albuquerque Bezerra¹
Gabriella Simonetti Meira Pires Barbalho²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo aprofundar-se na responsabilidade civil do médico cirurgião plástico, uma vez que existem doutrinas divergentes quanto a obrigação que surge da relação médico-paciente. Pretende esclarecer que a responsabilidade civil do médico, em regra, é de meio, devendo nos procedimentos cirúrgicos utilizar seu conhecimento da melhor forma possível, agindo com diligência, prudência e perícia, mas sem se vincular a um resultado. As cirurgias plásticas reparadoras seguem essa regra, a divergência existe apenas na responsabilidade civil do médico estético, que há uma parte da doutrina que afirma ser uma obrigação de resultado e a uma parte que acredita seguir a regra (obrigação de meio). Para melhor entendermos, será feita pesquisa bibliográfica, por meio do método dialético, confrontando as diferentes teses doutrinárias encontradas na atualidade, bem como observação do posicionamento jurisprudencial no país. O trabalho visa contribuir para o esclarecimento quanto às novidades que as cirurgias embelezadoras trouxeram para o meio jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Cirurgias Embelezadoras. Resultado. Teses Doutrinárias.

ABSTRACT

This article aims to make a determination regarding the difference in the liability of doctors during surgery and beautifying liability in reconstructive surgeries. Clarify that the liability of the physician, as a rule, is a half, and should use their knowledge as best as possible, acting with diligence, prudence and skill, but not link to a result. The reconstructive surgeries follow this rule, the divergence exists in the civil liability of medical aesthetics, there is a chain that claims to be an obligation of result and those who believe follow the rule. To better understand, literature will be made by means of the dialectical method, comparing the different doctrinal theses found in the news, as well as observing the position of jurisprudence in the country. The work aims to contribute to the clarification regarding the news that the surgery brought to beautifying the Brazilian legal means.

Keywords: Liability. Beautifying surgeries. Results. Doctrinal Thesis.

¹ Discente do Curso de Direito da FARN. Contato: larissinha_sab@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito da FARN. Contato: gabybarbalho@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil é um tema de extrema importância no meio jurídico brasileiro, uma vez que abrange inúmeras relações, toda atividade humana que acarreta prejuízo a outrem enseja o problema da responsabilidade. É o instituto que destina-se a reparar o dano sofrido, seja ele patrimonial ou moral. Como afere Maria Helena Diniz:

Grande é a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça[...] (DINIZ, 2009, p. 5).

No presente artigo iremos conceituar o assunto, mostrar o entendimento de diversos doutrinadores para um melhor entendimento geral da temática, e em seguida, adentraremos num estudo histórico para que possamos compreender de que forma chegamos à aplicação desse instituto como ele é aplicado nos dias de hoje àqueles que cometem o dano a outrem.

Mais adiante aprofundaremos no tema exemplificando as espécies de responsabilidade e o que significa cada uma delas, demonstraremos também os requisitos essenciais para a configuração da responsabilidade civil, quais sejam a conduta, o dano e o nexo causal e o que é necessário entender sobre eles.

Adentraremos na situação jurídica da profissão médica, demonstrando a responsabilidade dos médicos de forma geral, a obrigação que existe entre esse profissional e os seus pacientes, os deveres inerentes a essa profissão.

Ainda será feito um estudo comparativo com um profissional que é atualmente muito solicitado no Brasil, os cirurgiões plásticos, para entender as diferenças entre as subespécies de cirurgias plásticas, as estéticas e as reparadoras e a obrigação que sucedem delas.

Por fim mostraremos o posicionamento jurisprudencial sobre a matéria, ou seja, o entendimento dos principais tribunais do Brasil.

2 CONCEITOS

Inúmeros autores, como Pablo Stolze, Rodolfo Pampolha (GAGLIANO; PAMPOLHA FILHO, 2011, p. 43-44) e Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2009, p. 1) atribuem a origem do vocábulo responsabilidade à palavra que vem do latim *respondere*, de *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais (DINIZ, 2009, p. 33), ou seja, responsabilidade civil está diretamente ligada ao dano, ou ainda, como

preceitua Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2009, p. 3) é um dever jurídico sucessivo, pois primeiramente é necessário que se descumpra determinada norma, para que se busque o reequilíbrio a partir desse instituto, a obrigação que é o dever jurídico originário.

Existem dois fatores predominantes na responsabilidade civil, a reparação e o sujeito passivo. Reparação é o dever em si da responsabilidade e o sujeito passivo é a quem vai ser atribuída essa obrigação.

Ao analisar o instituto, Gonçalves (2009, p. 2) afirma que a responsabilidade tanto pode surgir com o descumprimento de uma norma moral como jurídica, que pode ser de forma isolada ou concomitantemente, tudo vai depender do fato que configura a infração, ou seja, algumas coisas são proibidas por direito e outras pela consciência, seja ela moral ou religiosa.

No que tange o campo de direito, pressupõem-se a existência de um dano à terceiro ou à coletividade, é necessário a reparação do dano àquele que sofreu o prejuízo, seja ele em pecúnia ou restabelecendo o mal causado. Já no campo da moral não existe a coercitividade inerente da violação de uma norma jurídica, o limite é a consciência seja por uma crença religiosa ou por preceitos culturais, não existe aqui o dever de indenizar alguém.

É necessário entender que responsabilidade moral não se confunde com dano moral, isto é, quando a responsabilidade é moral é porque o descumprimento foi de forma moral, não proibido por lei, apenas pela consciência individual, não existe o dever de reparar o dano porque é a consciência do causador que vai cobrar-lhe isso. Já o dano moral é quando determinado ato provoca um dano à outrem, atinge a moral ou a honra, gera a obrigação de indenização ao terceiro ofendido.

Em resumo, podemos concluir que responsabilidade civil, como conceitua, modernamente, Maria Helena Diniz consiste:

[...] na aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão do ato do próprio imputado, de pessoa por quem ela responde, ou de fato de coisa ou de animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal. (DINIZ, 2009, p. 34).

Já para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pampulha, consiste:

[...] Noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 51).

Como afirma ainda Maria Helena Diniz, “devido a grande imposição doutrinária, existe uma imensa dificuldade de se determinar os requisitos da responsabilidade civil, mas enfrentando tal dificuldade, ela e outros inúmeros doutrinadores decompõem a responsabilidade em três requisitos: a) Conduta (positiva ou negativa); b) dano; c) nexo de causalidade” (DINIZ, 2009, p. 36-37).

Para que entendamos como chegaram, os doutrinadores, nesses três requisitos para a configuração da responsabilidade civil é preciso um estudo histórico do tema, desde as civilizações mais antigas, como a Romana até adentrarmos no conceito contemporâneo.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DA MEDICINA

A responsabilidade civil é estudada e presente no cotidiano dos seres humanos desde os primórdios das sociedades, onde sempre existiu o interesse do homem de preservar e defender o seu patrimônio.

No âmbito médico grande parte dos doutrinadores afirma que a medicina esteve muito tempo revestida de um caráter religioso e místico, em um contexto em que o médico não era responsabilizado, o qual apenas participava de um ritual dependente da vontade divina, sendo-lhe conferida uma conduta inquestionável – médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não se admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços e, menos ainda, a litigância sobre eles (REALE *apud* OLIVEIRA, 2008, p. 15).

Nas sociedades mais primitivas o que ocorria era uma vingança coletiva, aquele que causasse um dano a outro era punido por todos da sociedade, uma vingança sem limites, aquela que a própria sociedade achasse justa. O causador do dano poderia ser expulso da sociedade ou até mesmo pagar com sua própria vida, imperava a violência e brutalidade.

Ainda numa perspectiva de vingança, passou-se a se tornar um tipo de vingança privada, onde aquele que sofria o dano se vingava do causador, através de uma retaliação, sem haver qualquer delimitação ou proporcionalidade entre o dano e a reparação, prevalecia aqui a lei do mais forte. Como afirma Gonçalves (2009, p. 6) “era uma forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido”.

Como afirma Mariana Massara Rodrigues de Oliveira (2008), “ao passar dessa fase, em todos os outros tempos históricos, devido a importância da medicina, foram elaboradas, nas legislações dos povos antigos, normas reguladoras do comportamento profissional dos médicos”.

Com o passar dos anos houve uma regulamentação da vingança, o Código de Hammurabi trouxe como um dos seus pontos a Lei do Talião, “do olho por olho, dente por dente”, que dizia que o lesado poderia causar o mesmo mal ao causador, mas o que ocorria na verdade eram dois danos, embora existisse proporcionalidade.

O Código de Hammurabi, foi também o primeiro documento a tratar especificamente da responsabilidade civil médica. Tal código, continha artigos que tratavam de faltas médicas, e dispunha que aquele que cometesse o erro médico receberia punições brutais, incluindo até amputação das mãos do médico que agia com imperícia ou com uma aplicação ruim das técnicas que resultasse na morte ou lesão ao paciente. Se o morto fosse escravo, os médicos se obrigavam apenas a pagar o preço, a título de reparação (CROCE e CROCE JUNIOR *apud* OLIVEIRA, 2008, p. 16), ou seja, a brutalidade ainda fazia parte do ordenamento de Hammurabi, era como afirma Oliveira: “o embrião da responsabilidade civil do passado, exatamente porque passou a refrear a extensão da represália e a individualizar a culpa, mas ainda continha violência nas penas”. (2008, p. 16)

Era de praxe, entre os visigodos, o médico não receber honorários previamente estipulados se o paciente viesse a sucumbir (CROCE e CROCE JUNIOR *apud* OLIVEIRA).

Na sociedade Egípcia, os médicos eram considerados da alta sociedade chegando a ser confundidos com sacerdotes, pois eles também possuíam um livro com todas as regras que envolviam os atos médicos.

A fase que sucedeu a vingança foi a da composição voluntária, onde o lesado começa a perceber que a vingança não lhe gera vantagem alguma, e passa a ter a faculdade de substituir o acerto de contas particular por uma compensação de ordem econômica. A compensação, em momento posterior, passa a ser obrigatória, sendo vedado à vítima fazer justiça com as próprias mãos, era uma compensação de cunho obrigatório e tarifado.

Mais adiante, criou-se a lei de Cornélia estabelecendo uma série de delitos relacionados à prática da profissão médica e as penas que devem ser cominadas. “Admitia-se, assim, ser a relação médico-paciente uma forma de arrendamento de serviços, um contrato consensual”. (OLIVEIRA, 2008, p. 19).

Outro avanço foi quando houve a distinção dos delitos públicos e privados, havendo com isso uma diferenciação entre a pena e a reparação, pois o Estado passou a ser o responsável pela punição e a repressiva contra aqueles que não reparassem voluntariamente. Surgiu assim, a ação de indenização, que trouxe com ela a desvinculação da Responsabilidade Civil da Responsabilidade Penal.

Em fase posterior, criou-se a Lei de Aquília foi, sem dúvida, o alicerce do instituto da responsabilidade civil baseada na culpa. Ela traz o princípio geral que regula a reparação do dano. “Essa lei foi de grande avanço, inclusive na área médica, prevendo alguns tipos de penas e delitos médicos, como: recusa a assistência, abandono ao enfermo, erros consequentes de imperícias e experiências perigosas”. (KFOURI NETO *apud* OLIVEIRA, 2008, p. 19). Esses erros deveriam ser reparados através de uma sanção econômica.

Na Grécia antiga, como afirma Kfouri Neto (KFOURI NETO *apud* OLIVEIRA, 2008) consiste no verdadeiro primeiro estudo no campo da medicina, o *Corpus Hippocraticu*, que no seu texto reafirma que a culpa do médico não está configurada apenas com o insucesso do tratamento, necessita também de uma apuração do caso concreto, para observação se o médico agiu com descuido ou não.

Após a Revolução Francesa originou-se o Código de Napoleão, aperfeiçoando o Direito Romano, assim evoluindo de uma contagem de casos de composição obrigatória para o estabelecimento de princípios, que são eles: direito à reparação sempre que houvesse culpa, separando a responsabilidade civil perante a vítima e a penal perante o Estado; e existência de uma culpa contratual, que não é crime, nem delito, apenas negligência ou imprudência.

A França, inicialmente, no ramo médico deixou a desejar, pois estabelecia que a responsabilidade dos médicos só era configurada por negligência ou torpeza que qualquer homem pudesse cometer. “A culpa médica haveria de ser, grave, inescusável, advinda de erro grosseiro, elementar, sendo que o ônus da prova sempre incumbia ao paciente” (OLIVEIRA, 2008, p. 24).

O Direito Francês, posteriormente foi de grande importância para o instituto, inclusive no âmbito médico, exercendo influência em diversos povos, como no Brasil. Assim como afirma Giotri e Kfouri Neto (KFOURI NETO e GIOTRI *apud* OLIVEIRA, 2008, p. 23) “foi quem codificou as primeiras normas de responsabilidade civil médica, assentando as bases de uma jurisprudência e de uma doutrina que se consolidaram com o decorrer do tempo, servindo de parâmetro para um grande número de países, inclusive o Brasil”.

Como foi demonstrado, a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro passou por diversas fases, inicialmente existia uma vinculação entre a reparação e a condenação criminal, e posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal.

O progresso e o desenvolvimento industrial fez aumentar os danos, fazendo surgir novas teorias, como a teoria do risco, que era uma medida protetiva para a vítima, que não pode ser entendida como uma substituição da culpa, pois a responsabilidade é encarada sob um aspecto

objetivo: vítima de uma atividade que possa exercer algum perigo tem sempre direito à indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado. A responsabilidade objetiva funda-se no princípio da equidade, existente desde o direito romano.

Já no Direito moderno essa teoria da responsabilidade objetiva inclui um novo elemento, além da já conhecida teoria do risco, existe a teoria do dano objetivo, as duas independem da ideia de culpa. A verdade é que a responsabilidade geralmente é fundamentada pela culpa, mas existem esses casos especiais em que se dispensam o fator culpa.

São casos especiais previstos no nosso ordenamento jurídico atual, onde se prevê a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva, os casos tratados em leis especiais existentes anteriormente ao Código Civil de 2002, ou os casos previstos em lei que forem promulgadas posteriormente. Os demais casos vão ser analisados de acordo com o caso concreto e, a jurisprudência que vai considerar as atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosa, de risco ou não.

Sobre o dano, no Brasil, existem dois tipos de danos, o moral e o material, entretanto, os tribunais superiores já largamente reconheceram no ramo da responsabilidade civil, o dano estético.

Portanto, podemos concluir que a responsabilidade civil, sob a perspectiva atual, vem se adaptando ao caso a caso, respeitando a constante evolução social e o objetivo principal, que é a reparação do dano em atenção à vítima e, apenas secundariamente, atua como punição ao causador ou responsável.

4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

Apesar do foco desse trabalho ser a responsabilidade civil dos cirurgiões, é imprescindível o entendimento da responsabilidade civil em sua totalidade, para tanto, faz-se necessário uma compreensão das espécies desse instituto.

4.1 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Como afirma Noronha (NORONHA *apud* OLIVEIRA, 2008, p. 37) “a responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar os danos causados a outrem, pela violação de direitos alheios”. A expressão “direitos alheios” permite uma interpretação abrangente, que consiste nos direitos assegurados em lei e os decorrentes de contrato.

A responsabilidade contratual acontece quando a obrigação de reparar o dano existe porque um dos contraentes descumpriu parcialmente ou totalmente aquilo que foi objeto do contrato, é um ato ilícito contratual, negocial. Conforme preceitua os artigos 389 e s., 395 e s. (CC 2002) e 956 e s. e 1.056 e s. (CC 1916). O ônus da prova de demonstrar a existência de excludente de responsabilidade, a fim de justificar o não-cumprimento, é do devedor.

Já a responsabilidade extracontratual que também é chamada de aquiliana, surge quando alguém descumpre preceitos legais e causa um dano a alguém, não há aqui uma obrigação anteriormente estabelecida entre as partes, ou seja, resulta da obrigação resultantes da violação de outros direitos alheios, sejam eles absolutos ou sejam simples direitos de crédito constituídos entre outras pessoas, sejam até outras situações dignas de tutelas jurídica. É uma espécie de responsabilidade tratada no ordenamento civil em diversos artigos, como: 186 a 188 e 927 e s. (CC 2002) e 159 e 1.518 e s. (CC 1916). O ônus da prova, na aquiliana é da vítima, terá que demonstrar todos os pressupostos da responsabilidade civil.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva também é chamada da teoria da culpa, como o próprio nome demonstra que a culpa é uma circunstância necessária para a existência do dano indenizável, ou seja, inobservância de uma atuação razoavelmente exigível para o caso concreto, tendo em vista os padrões medianos. A culpa no Direito Civil, no sentido *lato sensu* engloba conduta dolosa e culposa e no *stricto sensu*, em qualquer de suas três modalidades, negligência, imprudência e imperícia (OLIVEIRA, 2008). E segundo Rosenvald (ROSENVALD *apud* OLIVEIRA, 2008) a conduta culposa se decompõe em dois elementos, a violação de um dever jurídico e a imputabilidade.

A responsabilidade civil objetiva, é baseada na teoria do risco, são hipóteses onde não há sequer a necessidade de demonstrar a culpa, sendo o dolo e a culpa irrelevantes na observação da conduta do agente causador, o dever de indenizar surge com a demonstração apenas do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

Silma Berti fala da Responsabilidade objetiva como:

O movimento que tende a favorecer a indenização da vítima resulta de uma obra conjunta da jurisprudência e do legislativo, motivado pelo caráter social da reparação, pelo alargamento da responsabilidade objetiva, assim como pelas causas restritivas. Corresponde a uma necessidade social de indenização frequentemente ampliada pela

mídia. A fatalidade é lançada e pede-se ao Direito organizar uma forma de reparar os prejuízos que suscitam a indignação de uma sociedade (BERTI *apud* OLIVEIRA, 2008, p. 42).

No nosso atual Código Civil, apesar de ter mantido a responsabilidade subjetiva deu uma atenção maior a responsabilidade objetiva.

5 PRESSUPOSTOS: CONDOTA, DANO E NEXO CAUSAL

Podemos extrair os três elementos que configuram a responsabilidade civil do artigo 186 do Código Civil:

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. (BRASIL, Lei nº 10.406, 2002).

O primeiro dos elementos é a conduta humana que pode ser comissiva ou omissiva, o segundo elemento é o dano e o terceiro elemento é o nexo entre a conduta e o dano. Ainda pode-se considerar a culpa como um elemento, mas apenas pra responsabilidade civil subjetiva.

Na responsabilidade civil, não importa a espécie, conterà sempre, o elemento conduta. Que como afirma Gagliano e Pamplona Filho “trata-se de conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo”. (2011, p. 69). Podemos concluir que o elemento básico é a voluntariedade, o autor que é o responsável pelo dano tem que agir com liberdade, porque assim escolheu agir e não porque alguém impôs, essa conduta pode ser positiva quando o dano é atribuído à uma ação positiva ou conduta negativa, quando por um “deixar fazer voluntário”, causou um dano a alguém. Precisa ser um ato imputável, por poder ser atribuído a conduta a alguém, deve ser revestida de ilicitude, antijuridicidade ou contrária ao direito (excepcionalmente a conduta não é ilícita, quando se tratar de contrato por exemplo).

O segundo elemento, é o dano. Não há o que se falar em responsabilidade civil, sem a existência de dano reparável, seja qual for a espécie de responsabilidade. Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor econômico e não econômico. (VENOSA, 2009, p. 33).

Em outras palavras sempre haverá um prejuízo que gera um dever de indenizar, para tanto, o dano deve ser uma violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial

de uma pessoa física ou jurídica, tem que ser um dano certo, efetivo e indenizável e ainda, é necessário o dano subsistir no momento da cobrança, não tendo interesse no campo da responsabilidade aquele dano que já foi indenizado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 81/82).

O dano pode ser patrimonial ou moral, o patrimonial também é chamado de material. Sendo material o dano, o que importa, no Direito brasileiro, é a perquirição da existência ou não de repercussão econômica, que possa ser convertida em dinheiro (RODRIGUES JUNIOR; MAMEDE; ROCHA, 2011, p. 69), sendo considerados os danos emergentes, que é o efetivo prejuízo da vítima e os lucros cessantes o que a vítima deixou de lucrar em virtude do dano.

O moral é aquele que ultrapassa o patrimônio, pode ser convertido em pecúnia, quando em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social). (BITTAR, *apud* PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2011, p. 86).

Há, ainda, conforme entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, o dano estético, como espécie autônoma do dano moral, mas se permite cumular as duas:

CIVIL. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULATIVIDADE. Permite-se a cumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, quando forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis. Hipótese em que do acidente decorreram seqüelas psíquicas por si bastantes para reconhecer-se existente o dano moral; e a deformação sofrida em razão da mão do recorrido ter sido traumáticamente amputada, por ação cortocutundente, quando do acidente, ainda que posteriormente reimplantada, é causa bastante para reconhecimento do dano estético. Recurso não conhecido.(BRASIL, 2000).

O terceiro elemento, é o nexo causal, consiste na relação de causa e efeito, só haverá responsabilidade civil se houver vínculo entre a conduta e o resultado.

Em outras palavras, é necessário que o dano esteja diretamente ligado à conduta do agente o qual se imputa a responsabilidade, se não houver nexo causal também não haverá o dever de indenizar.

Surgiram, numa busca de se estabelecer a causa, quando de difícil estabelecimento for, algumas teorias, como: A Teoria da equivalência das condições, que afirma que existindo várias condições que poderiam ter dado causa ao dano, qualquer uma delas poderá ser

considerada a causa eficiente; A Teoria da causalidade adequada, que considera a causa potencialmente apta a produzir o dano, sem considerar os danos decorrentes das circunstâncias extraordinárias e; A Teoria da causalidade imediata, só considerando causa aquelas ligadas ao dano de forma direta e imediata, sem que possa interferir as causas sucessivas.

Como afirma Oliveira (2008, p. 45) “a doutrina mais acertada acata a teoria da causalidade adequada, a qual determina que não é qualquer causa que antecede a lesão que será levada em consideração para a imputação da responsabilidade”.

Como adverte Rosenvald (ROSENVALD *apud* OLIVEIRA) existem três situações que excluem o nexo causal quais sejam: caso fortuito e força maior; fato exclusivo da vítima e fato de terceiro.

6 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Excludentes de responsabilidades são fatos que quebram o nexo causal entre a conduta e o dano gerado, assim acaba com a pretensão de indenização (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Sendo causas de excludentes: o estado de necessidade; a legítima defesa; exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal; caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro.

Mas no presente artigo iremos destacar as causas que podem excluir o dever de indenizar do médico, caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro.

Caso fortuito ou força maior é excludente de responsabilidade no próprio Código Civil de 2002 em seu artigo 393.

Art. 393 – O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Sendo assim podemos concluir que fatos alheios a vontade podem ocorrer em qualquer área, inclusive a médica, não podendo os médicos de nenhuma área serem obrigados a indenizar o paciente de um dano que não ocorreu por sua culpa.

Outra causa excludente de responsabilidade é quando ocorre culpa exclusiva da vítima, como afirma Aguiar Dias é admitido como causa de excludente de responsabilidade a culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual o terceiro interveniente fica eximido de indenização (DIAS *apud* GAGLIANO e PAMPONA FILHO, 2011).

Culpa exclusiva da vítima é quando por exemplo um cirurgião estético realiza procedimento cirúrgico em uma mulher para o implante de silicone e ocorre tudo como deveria ocorrer e ela não atende as recomendações médicas como repouso e acaba por sofrer o dano, nesse caso o médico não terá o dever de indenizar pois ele não é o culpado pelo dano, sendo culpa exclusiva da vítima.

Por último podemos explicar como causa de excludente o fato de terceiro que é quando um terceiro, que não é nem o agente nem a vítima, rompe o nexo e exclui a responsabilidade (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011). Essa ultima causa ainda não é pacífica e encontra resistência nos tribunais.

7 FIGURA MÉDICA E SUA FUNÇÃO NA SOCIEDADE

O médico sempre foi considerado como uma figura essencial no mundo em sociedade, nas primeiras civilizações era uma figura mágica, que possuía poderes que os aproximavam à deuses, os médicos eram como uma figura familiar diante da grande aproximação que existia perante seus pacientes. Mas com o passar do tempo, a relação do médico/paciente mudou de forma, houve um distanciamento, a relação agora é profissional, não há fidelidade à uma figura médica, ao decorrer da vida do paciente ele é tratado por inúmeros profissionais. O que influenciou bastante essa mudança foi o número de especialidades que o avanço da medicina e o mundo moderno trouxe, talvez a mais criticada tenha sido a especialidade tema desse presente estudo, as cirurgias plásticas, que inicialmente não era nem considerada como uma especialidade médica, foi recusada, tratada com desprezo e preconceito pelos demais profissionais.

8 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

O médico é um profissional que deve seguir um trinômio básico no exercer de sua atividade, deve agir sempre com diligência, prudência e perícia, para que consiga os melhores resultados e não ponha a vida do seu paciente em risco.

Em outras palavras, o médico deve agir aplicando da melhor maneira os seus conhecimentos adquiridos, mas não é sua obrigação a cura, porque esse é um fator que está além dos seus conhecimentos e não é possível prever se vai alcançá-la ou não, ou seja, a obrigação do médico é de meio, é uma atividade de risco na qual só será empregada a responsabilidade civil, caso o dano tenha configurado em virtude de culpa do profissional.

A responsabilidade médica surge desde o princípio, a partir do diagnóstico uma vez que é ele quem vai delinear o caminho a ser seguido e o tratamento a ser utilizado, e segue até depois da cura se o paciente necessitar de acompanhamento posterior.

Outra questão é conforme o estabelecimento da relação médico/paciente que pode ser de forma contratual ou extracontratual.

A responsabilidade médica segundo a doutrina majoritária é de natureza contratual, conforme estabelece Sílvio Salvo Venosa:

A doutrina tradicional discute o caráter contratual dessa responsabilidade, procurando afastá-la da responsabilidade aquiliana. Como já assentamos, inexistente diferença ontológica entre as duas modalidades de responsabilidade, contratual e extracontratual. Sob qualquer prisma, ocorrendo culpa, aflora o dever de indenizar. Contudo, existindo contrato, é no âmbito de seus limites que será apurado o inadimplemento total ou descumprimento, ou inadimplemento parcial ou mora. Se não há contrato e a culpa deve ser aferida. No entanto, em toda responsabilidade profissional, ainda que exista contrato, há sempre um campo de conduta profissional a ser examinado, inerente à profissão e independente da existência de contrato. (VENOSA, 2009, p. 134).

Sendo assim, pouco importa a natureza da responsabilidade quanto ao fato gerador, sempre será existente o dever de indenizar caso seja apurado que existe culpa médica, apenas será de mais fácil apuração caso exista contrato, pois se descumprir o pré-estabelecido nele já estará configurada a culpa.

No mesmo sentido, Aguiar Júnior afirma que a responsabilidade médica não obedece a um sistema unitário, podendo ser contratual ou extracontratual (AGUIAR JÚNIOR apud OLIVEIRA, 2008, p. 50). Saber se a relação é contratual ou extracontratual só influi na carga probatória, na extracontratual cabe a vítima a demonstração da culpa do agente causador e na contratual, o descumprimento da obrigação já gera o dever de indenizar, só se eximindo, o devedor caso prove a ausência de culpa pelo inadimplemento.

Sob um ponto de vista técnico, como apurar se o profissional errou e aferir a sua culpa em meio a tantas técnicas, variadas teorias científicas e metodologias, ou ainda diversidade de escolas e correntes médicas? Não é uma tarefa fácil aferir a culpa desses profissionais, pois tudo isso deve ser levado em consideração, como afirma Sílvia de Salvo Venosa, há alguns desses procedimentos médicos perfeitamente conhecidos e testados, aprovados pelos organismos internacionais. Quando o médico deles afasta-se, sua desídia acentua-se e é mais facilmente apurada (VENOSA, 2009, p. 128).

Mas diante disso, e da difícil apuração da culpa, existe um dever do médico perante seus pacientes, o dever à informação que consiste na obrigação que o médico tem de informar ao paciente ou aos familiares as técnicas e procedimentos a serem utilizados no decorrer da cirurgia e comunicar os riscos ou a possibilidade de cura.

Sobre a relação médico/paciente é importante aferir que é regida pelos parâmetros do Código de Defesa do Consumidor, sendo o médico ou a pessoa jurídica que presta o serviço o fornecedor e o paciente o consumidor, conforme estabelecido na Lei nº 8.078/90 nos artigos 2º e 3º.

A responsabilidade civil médica deve ser interpretada de forma *latu sensu* e, abrangendo não somente a figura médica, pessoa física, como as pessoas jurídicas a ela ligada, como as casas de saúde, as clínicas, hospitais entre outros.

Mas existe uma diferença ao estabelecer a responsabilidade que merece ser citada, conforme já explicitado, a responsabilidade do médico é subjetiva, necessariamente afere-se se existe culpa para que possa ser atribuído um dever, já as pessoas jurídicas prestadoras de serviços irão responder independente de culpa, conforme determina o artigo 14 do CDC:

Art. 14 “caput”, CDC. 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. [...]

§4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação culpa. (BRASIL, Lei nº 8.078, 1990).

Portanto, como estabelece nosso Código Civil de 2002, a responsabilidade civil médica ou de qualquer outro profissional de saúde (enfermeiro, técnicos em enfermagem,...) é subjetiva, necessita de comprovação de culpa para que exista o dever de indenizar. Diferente do que estabelece às pessoas jurídicas fornecedoras desse tipo de serviço, responsabilidade objetiva.

9 CIRURGIAS PLÁSTICAS COMO MODALIDADE MÉDICA

As cirurgias plásticas que anteriormente não eram vistas como uma modalidade médica é hoje, no mundo moderno, uma modalidade que está em crescente popularização, no Brasil esse processo de popularização não é diferente, sendo bastante requisitada.

Essa modalidade cirúrgica é dividida em duas categorias, as cirurgias estéticas ou também chamadas de embelezadoras e as cirurgias reparadoras.

A cirurgia plástica reparadora surgiu no fim da guerra, como uma necessidade de reparar os danos sofridos pelos combatentes, e as cirurgias estéticas iniciaram com a cirurgia de rinoplastia, era uma punição aos infratores aplicadas pelos sacerdotes (MORAES, 2003, p. 264/265). Para a justiça francesa, esse tipo de cirurgia, estéticas, ensejava o dever de reparar desde que houvesse qualquer evento danoso, já era culpável de plano, sendo desnecessário inclusive a comprovação de imprudência, imperícia ou negligência, pretendendo resguardar a saúde do paciente que passava por uma cirurgia desnecessária. Somente em 1950 a França aceitou as cirurgias plásticas estéticas como atividade médica justificada.

A cirurgia plástica estética passou por três fases como afirma Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA *apud* OLIVEIRA, 2008, p. 58), primeiramente foi rejeitada, e a realização desse tipo de cirurgia, em caso de dano, já configurava o dever de indenizar. A segunda fase é o da aceitação com reservas, A Corte de Paris, num julgado do ano de 1929, entendeu que deveria ser observadas as circunstâncias de cada caso para incidir a culpa. A última fase é a da admissão ampla, é o entendimento atual no mundo, inclusive no país, sendo uma atividade normal, afastando totalmente a ideia de ilicitude. É uma atividade lícita e uma atividade médica como outra qualquer.

O entendimento atual é justificado pelo fatos das pessoas terem direito de dispor da sua aparência da forma como desejarem, assim como é uma direito cuidar da sua saúde.

9.1 CIRURGIAS REPARADORAS E EMBELEZADORAS

Como já explanado anteriormente existem basicamente dois tipos de cirurgias plásticas as reparadoras e as embelezadoras que também são chamadas de estéticas.

No que tange as cirurgias reparadoras, são aquelas cirurgias que visam reparar algum defeito congênito ou adquirido, sequelas de acidentes como queimaduras e cicatrizes, é considerada pela doutrina e jurisprudência como essencial na atividade médica. Entende-se

sobre elas que se encaixam nos cirurgões em geral, pois possui obrigação de meio porque assim como as demais atividades médicas, o seu paciente encontra-se com uma enfermidade

Já as cirurgias meramente embelezadoras são as que se destinam a melhora da aparência física do paciente, é fundada numa insatisfação pessoal, são situações que acarretam um prejuízo psicológico e se feita vai melhorar a vivência do paciente com a sociedade. Essa modalidade é matéria de discussão e divergência entre ou doutrinadores.

Parte da doutrina acredita que assim como as demais deve ser considerada como obrigação de meio e para a doutrina majoritária uma obrigação de resultado.

Obrigação de resultado significa dizer que se o cirurgião não cumprir o que foi prometido nas cirurgias estéticas, ao paciente é resguardado um direito à indenização, o médico só se torna isento, caso prove culpa exclusiva da vítima; por caso fortuito e força maior ou culpa de terceiros.

Mas mesmo entendendo a obrigação nas cirurgias estéticas como de resultado não importa dizer que a responsabilidade é objetiva, continua existindo a necessidade de comprovação de culpa, o que muda é que há uma inversão no ônus da prova, o médico é quem vai ter que provar que o resultado não foi alcançado por fatores estranhos e alheios à sua atuação durante a cirurgia, capaz de eximir-lhe do dever de indenizar.

9.2 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

Carlos Alberto Gonçalves afere que a obrigação é de meio quando o devedor promete empregar seus conhecimentos, meios e técnicas para a obtenção de determinado resultado, sem no entanto responsabilizar-se por ele (GONÇALVES, 2011, p. 190). Em outras palavras, é quando levando pra seara médica é quando um médico afirma realizar a cirurgia para o tratamento do fígado, mas ele não se vincula a cura da doença.

Já a obrigação de resultado, o devedor dela se exonera somente quando o fim prometido é alcançado. Não o sendo, é considerado inadimplente, devendo responder pelos prejuízos decorrentes do insucesso (GONÇALVES, 2011, p. 191), ou seja, o devedor tem que cumprir o resultado prometido, ainda na seara médica, é o caso de um cirurgião plástico estético que promete a paciente seios exuberantes com a implantação da prótese de silicone e o resultado é um seio maior que o outro, como o resultado alcançado não foi o prometido gera o dever de indenizar.

10 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO EMBELEZADOR

Esse artigo fez um estudo na temática “responsabilidade civil” para alcançar o objetivo principal, a responsabilidade civil dos profissionais que atuam na medicina estética.

De acordo com o artigo 51 do Código de Ética “São lícitas as intervenções cirúrgicas com finalidade estética, desde que necessárias ou quando o defeito a ser removido ou atenuado seja fator de desajuste psíquico.”

Mas como estabelece Silvio Salvo Venosa, o desajuste psíquico é conceito dúctil. O médico deve ser convenientemente responsável no aconselhar ou desaconselhar da cirurgia plástica estética (VENOSA, 2009, p. 142).

Os cirurgiões estéticos como qualquer outro médico responderá caso agir como dispõe no artigo 951 do Código Civil, responde pelos atos que causar a morte do paciente, agravar-lhe, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Entretanto, diversos doutrinadores entendem que é uma obrigação de resultado sob a justificativa que os pacientes que estão se submetendo a esse tipo de cirurgia o faz porque querem o resultado, a melhora física.

Rui Stoco em sua obra afirma que:

Em se tratando de cirurgia meramente estética não há como deixar de afirmar a obrigação de resultado do médico. Não se pode deslembrar que a responsabilidade de que cogitamos é contratual. Enquanto na atividade tradicional o médico oferece serviços de atendimento através de meios corretos e eficazes, comprometendo-se a proporcionar a seu paciente todo o esforço, dedicação e técnicas, sem contudo, comprometer-se com a cura efetiva, na atividade de cirurgião o médico contrata um resultado previsto, antecipado e anunciado. Não ocorrendo este, salvo intercorrências e episódios que atuem como elidentes de sua responsabilidade, cabe exigir-lhe o adimplemento da obrigação de resultado assumida (STOCO *apud* OLIVEIRA, 2008, p. 75).

Ou Genival Veloso de França:

[...] interessados numa obrigação de resultado, e quando este não é conseguido surgem sérias imputações penais e pesadas responsabilidades civis. É que o sucesso é o único resultado almejado, e aí está o que diferencia estas intervenções dos outros ramos da cirurgia, os quais estão alicerçados no interesse imediato de, muitas vezes, salvar uma vida. Chega-se a conclusão de que jamais poderá haver fracasso naquelas obrigações (FRANÇA, 2010, p. 231).

Em síntese, levando em consideração o entendimento da doutrina majoritária e jurisprudencial, podemos aferir que as cirurgias embelezadoras são decorrentes de uma relação contratual, o paciente se submete ao procedimento cirúrgico buscando o resultado prometido, não devendo o médico embelezador prometer resultado que vai além da sua capacidade, pois se não chegar, deverá indenizar o paciente. Mas há aquelas em que não são objetos de contrato, e que caberá ao juiz analisar o caso concreto e atribuir o status de reparadora ou estética.

10.1 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIOS

Há em média 5.000 processos transitando no judiciário brasileiro decorrentes de erros médicos e em sua maioria tem como objeto a responsabilidade civil desses profissionais (FRANÇA, 2010, p. 250).

Devido a essa grande quantidade de processos se faz mais necessário os estudos desse assunto, quanto a responsabilidade civil dos médicos nas cirurgias plásticas, existem duas teorias, a primeira entende que a obrigação é de meio tanto para as reparadoras como para as embelezadoras. Já a segunda teoria divide as cirurgias plásticas em duas espécies atribuindo a cada uma delas uma obrigação diferente, as cirurgias reparadoras, uma das espécies, a obrigação é de meio, já nas embelezadoras ou meramente estéticas (segunda espécie de cirurgia plástica), a obrigação é de resultado.

Os seguidores da primeira corrente, das cirurgias plásticas como obrigação de meio, entende que as cirurgias plásticas é um ramo da cirurgia geral, não devendo haver diferença de tratamento entre esses profissionais, uma vez que a imprevisibilidade ocorre em ambos e o resultado pode ser diferente do prometido, sendo cada ser humano singular, diferente, não podendo, o cirurgião plástico como pessoa comum, prever como o paciente irá reagir aos procedimentos cirúrgicos. Como afere um dos seus seguidores, o ministro Ruy Rosado Aguiar Júnior:

No Brasil, porém, a maioria da doutrina e da jurisprudência defende a tese de que se trata de uma obrigação de resultado. Assim os ensinamentos de Aguiar Dias e Caio Mário, para citar apenas dois dos nossos mais ilustres juristas. O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, - sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, - assumindo a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis são as reações de cada organismo à agressão do 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 (AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 40).

Outro argumento dos estudiosos é que a própria sociedade médica tem mais conhecimentos sobre o assunto do que qualquer profissional do direito e deveria seguir o entendimento desses profissionais no sentido de considerar as cirurgias plásticas como uma especialidade médica comum, não sendo possível garantir um resultado, como dispõe na Resolução do Conselho Federal de Medicina:

Art. 1º - A cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente. (CFM, Resolução nº 1.621, 2001).

Art. 2º - O tratamento pela Cirurgia Plástica constitui ato médico cuja finalidade é trazer o benefício à saúde do paciente, seja física, psicológica ou social. (IDEM)

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

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

Os seguidores da obrigação de meio nas cirurgias estéticas ainda utilizam o argumento da subjetividade da beleza, pois muitos doutrinadores erroneamente entendem que a simples insatisfação gera o dever do médico de indenizar, mas o resultado muitas vezes foi de acordo com a normalidade, ficando a desejar porque o que seria belo pro médico não é para o paciente. É necessário lembrar também que o paciente se submeteu àquele procedimento porque assim quis, por livre e espontânea vontade. Por último, afirmam que o médico antes tinha o dever acessório de informar, mas esse dever passou a ser principal e, assim sendo, eles sempre irão informar aos pacientes os riscos e técnicas a serem utilizadas no procedimento, cerceando desde logo expectativas inatingíveis.

Em outras palavras, defendem sua doutrina através da justificativa que imprevistos podem acontecer em qualquer intervenção cirúrgica, mesmo eles prometendo um resultado surgem causas imprevisíveis como a reação do próprio organismo do seu paciente, portanto não pode alterar a sua categoria jurídica, a obrigação não pode ser de resultado, uma vez que é uma atividade de risco.

A segunda corrente entende que a responsabilidade civil nas cirurgias plásticas embelezadoras gera obrigação de resultado, a jurisprudência atualmente vem também entendendo dessa forma. Nessa doutrina há uma distinção entre os cirurgiões gerais (obrigação de meio) e os plástico embelezador (obrigação de resultado).

Justificam sua tese pelo fato do médico embelezador merecer tratamento diferenciado, porque é uma especialidade diferenciada uma vez que seus pacientes não se encontram com nenhum tipo de enfermidade, sendo um procedimento meramente estético. São seguidores dessa corrente, diversos doutrinadores, como Maria Helena Diniz, Sílvio Salvo Venosa, Miguel Kfoury Neto, entre outros.

Maria Helena Diniz afere em sua obra:

A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina. Todavia, há casos em que se supõe a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade, nas cirurgias estéticas (DINIZ, 2009, p. 317).

Existem jurisprudências sobre a matéria:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA PLÁSTICA DO ABDÔMEN. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR ESPECIFICAMENTE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 182 DO STJ. PRECEDENTES. DECISÃO QUE MERECE SER MANTIDA NA ÍNTEGRA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. O STJ TEM ENTENDIMENTO FIRMADO NO SENTIDO DE QUE QUANDO **O MÉDICO SE COMPROMETE COM O PACIENTE A ALCANÇAR UM DETERMINADO RESULTADO, O QUE OCORRE NO CASO DA CIRURGIA PLÁSTICA MERAMENTE ESTÉTICA, O QUE SE TEM É UMA OBRIGAÇÃO DE RESULTADOS E NÃO DE MEIOS.** RECURSO INFUNDADO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 557, § 2º, DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (BRASIL, 2010).

Nessa ementa podemos perceber que o Superior Tribunal de Justiça manteve decisão e negou seguimento ao agravo regimental, decidindo a favor da indenização, pois era uma cirurgia plástica do abdômen que é uma cirurgia meramente estética e o Tribunal já tem entendimento firmado no sentido de ser uma obrigação de resultado e não de meios. Como o médico não atingiu o resultado previsto deve indenizar o seu paciente, decidiu pro aplicação de multa sob o valor da causa.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL. CULPA PRESUMIDA. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. É cediço que compete ao juiz deliberar sobre a necessidade de produção de determinada prova para a formação do seu convencimento, não caracterizando cerceamento de defesa a determinação de realização de prova, em audiência, mormente porque não causou nenhum prejuízo à parte. Inteligência do artigo 130 do CPC. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. **A obrigação assumida pelo cirurgião plástico na cirurgia estética embelezadora é de resultado, sua responsabilidade é subjetiva, com culpa presumida, sendo do profissional o ônus de comprovar que não agiu com culpa em qualquer das modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.** Aplicação do art. 14, § 4º, do CDC. Hipótese em que restou demonstrado nos autos a conduta culposa do réu, ao efetuar cirurgia plástica de aumento de mamas na autora sem a devida avaliação prévia, sem o uso de equipamento necessário (eletrocautério), sendo que após duas intervenções cirúrgicas a autora restou com danos físicos evidentes (assimetria das mamas), os quais não foram totalmente solucionados na terceira cirurgia corretiva feita por terceiro, estando caracterizado o dever de indenizar do médico pelos danos sofridos pela requerente. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incluindo, in casu, o dano estético, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, conduz à manutenção do montante indenizatório em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), corrigidos monetariamente, conforme determinado no ato sentencial. JUROS MORATÓRIOS. MARCO INICIAL. Os juros de mora devem incidir à razão de 12% a contar da citação, por se tratar de responsabilidade civil contratual. Precedentes do STJ. AGRAVOS RETIDOS IMPROVIDOS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (BRASIL, 2011).

Na seguinte apelação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul houve entendimento que a obrigação das cirurgias estéticas embelezadoras é de resultado, os médicos possuem responsabilidade subjetiva com culpa presumida, como não atingiu o resultado é dele o ônus de provar se agiu com diligência, prudência e perícia ou não. O entendimento do Tribunal foi no sentido que o médico agiu com culpa e deve indenizar.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL CIRURGIA ESTÉTICA. CORREÇÃO DOS SEIOS. 1-Situação em que não tem aplicabilidade o art. 27 do CDC. Por outro lado, diversamente do sustentado pelo demandado não é de ser aplicada a regra de transição, porquanto a ação foi ajuizada em 14 de dezembro de 2000, portanto, antes da entrada em vigor do NCC. 2. **Em se tratando de cirurgia estética a informação prévia ao paciente acerca de todos os riscos, constitui dever**

inarredável do médico. A ausência destas informações acarreta a responsabilidade em indenizar os danos advindos com a intervenção cirúrgica, independentemente de terem sido adotadas técnicas corretas. 3. De considerar, ainda, que a cirurgia plástica de natureza estética não caracteriza obrigação de meio, mas de resultado. 4. Cicatrizes que a paciente não possuía antes da cirurgia estética, e disparidade entre o tamanho dos seios, consoante se pode constatar nas fotos acostadas, causam sem dúvidas constrangimentos e sofrimentos ensejadores de dano moral. 5. Considerando a dupla finalidade a que se presta a reparação por danos morais, bem como atentando para as peculiaridades do caso concreto, estou em majorar o valor arbitrado a título de danos morais para R\$ 20.000,00. 6. O pedido de pagamento de nova cirurgia plástica fora concedido nos termos postulados na inicial. 7. Deve o réu arcar com a integralidade dos ônus sucumbenciais, pois a autora fora vencedora de todos os pedidos formulados na inicial, ainda que tenha estimado o valor referente aos danos morais em patamar superior ao deferido. Aplicação da Súmula 326 do STJ. APELO IMPROVIDO. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO ADESIVO. PRELIMINAR REJEITADA. (Apelação Cível Nº 70021217856, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 28/08/2008).

No caso o relator Luiz Ary Vessini de Lima do TJRS julgou improvido o apelo por considerar que é um dever do médico a informação, que caso haja dano decorrente de intervenção cirúrgica e o profissional não tiver informado os riscos ao paciente gera desde logo o dever de indenizar.

E ainda trata-se de uma cirurgia plástica estética, sendo a obrigação de resultado, a disparidade dos tamanhos dos seios demonstram que o resultado não foi alcançado, sendo devida a indenização.

Diante do exposto, concluímos que os tribunais e a doutrina majoritária firmaram seu entendimento no sentido que a obrigação do médico estético é de resultado. Mas existe a possibilidade do médico se excluir do dever de indenizar caso comprove que agiu com diligência, prudência e perícia e que informou seu paciente sobre as técnicas que seriam utilizadas e não prometendo além da sua capacidade, como entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. IMPLANTE DE PRÓTESES MAMÁRIAS DE SILICONE. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA PRESUMIDA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. 1. **A obrigação decorrente de procedimento cirúrgico plástico embelezador é de resultado, sendo atribuída ao médico, portanto, nestes casos, responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida**, em atenção ao disposto no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. 2. A existência de dano estético é alegação que vai afastada pelo simples exame das fotografias acostadas aos autos. O resultado estético das cirurgias foi muito satisfatório, estando as próteses bem posicionadas e em tamanho

compatível com a estrutura corporal da demandante. As cicatrizes, localizadas na parte inferior das aréolas e na parte inferior dos seios estão muito bem constituídas, quase não perceptíveis, sem formação de quelóides. 3. As queixas de dor e desconforto não apresentam nenhuma relação com a técnica empregada para o implante de silicone, hiperdimensionamento de implante, contratura capsular, inflamação e ou infecção, parecendo, conforme atestado pela prova pericial, ser causada apenas pela presença dos implantes sob a glândula mamária, e uma sensibilidade aumentada da paciente. 4. A percepção de borda dura na parte inferior dos seios quando da palpação ocorre em razão da presença de flap de fixação das próteses, que jamais ficam aparentes mas podem, segundo literatura médica, ser perceptíveis quando do toque. 5. **Considerando que o procedimento adotado foi correto e que a autora foi informada dos riscos, havendo, desse modo, o consentimento informado, restou evidenciado que o requerido não agiu com culpa, o que afasta o dever de indenizar.** APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (BRASIL, 2007).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, unanimemente entendeu que merecia o desprovido o apelo pois embora se considere nas cirurgias plásticas estéticas a obrigação como de resultado, a autora foi informada dos riscos e o médico realizou a cirurgia com todos os pressupostos necessários. Restou demonstrado que o médico não agiu com culpa, afastando o dever de indenizar.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente é necessário que se entenda as cirurgias embelezadoras como uma modalidade médica e claro uma atividade lícita e legítima, estando os profissionais a disposição da sociedade que tenha interesse de reparar uma desarmonia física e que muitas vezes gera um complexo psicológico.

Por ser uma atividade médica comum trata de pacientes que em sua totalidade são seres humanos, portanto impera o imprevisível, cada organismo responde aos procedimentos médicos de uma forma diferente, sendo inadequado determinar que os médicos estéticos tem obrigação de resultado pois mesmo que se aplique as técnicas e procedimentos mais adequados o corpo do paciente pode responder de forma inesperada, diferente do costume.

Outro ponto que deve ser considerado é a satisfação do paciente, o médico ao conversar com os pacientes prometem uma melhora física visual, mas isso é um aspecto subjetivo demais para se aferir posteriormente, pois o que o médico entende como belo pode não ser o que o paciente entende, eles podem ter visões diferente do assunto.

As cirurgias estéticas devem ser consideradas como obrigação de meios, pois serve para uma melhora física e psicológica dos pacientes. Assim como cuidar da saúde é um direito de

todos, o bem estar físico é psicológico também o é. E não diferente das outras modalidades cirúrgicas podem surgir fatores alheios que vão interferir no resultado. Sendo um erro responsabilizar o cirurgião por fatos que vão além do seu conhecimento, se ele agiu com diligência, prudência e perícia não será lícito a indenização.

Portando o médico deve realizar todos os deveres inerentes a profissão, como o da informação que deve ser claras para que os pacientes entendam o que cercará o procedimento cirúrgico, os riscos e as complicações e especificar o resultado que pode ser alcançado, o paciente por sua vez deverá aceitar as condições expostas para que caso danos surjam o médico possa ser responsabilizado, mas por uma obrigação de meio, porque não agiu como deveria e não por uma obrigação de resultado.

Sobre o ônus probatório da culpa também é desleal eximir o paciente dele, pois poderia conduzir a uma presunção de culpa indevida dos profissionais que agem com os meios necessários. Deve-se atribuir a ambas as partes a instrução probatória, buscando a verdade real.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília: Senado Federal, 1990.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

GOLCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 4. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

GOLCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 8. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9. ed. Sao Paulo: Atlas, 2009. v. 4.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2009. v. 7.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 19. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

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

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011

RODRIGUES JUNIOR, Otavio; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital. **Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio Salvo Venosa**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FRANCA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médicos**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: **CIVIL. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULATIVIDADE**. (STJ, 4ª Turma, RESP, 210351/RJ, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ 25.09.2000).

BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Ementa: **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA PLÁSTICA DO ABDÔMEN**. (STJ, AgRg no Resp 846270, 2010).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa: **APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL. CULPA PRESUMIDA. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA**. (TJRS, Apelação Cível Nº 70042143560, Décima Câmara Cível, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 26/05/2011).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa: **APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. IMPLANTE DE PRÓTESES MAMÁRIAS DE SILICONE. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA PRESUMIDA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR**. (TJRS, Apelação Cível Nº 70019295708, Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 09/05/2007).

