

## A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO DE CIRURGIA ESTÉTICA

Maria Laura Sales Poli Ferolla<sup>1</sup>

Loren Dutra Franco<sup>2</sup>

### RESUMO

Este artigo visa proporcionar um questionamento, no âmbito jurídico, a respeito da cirurgia plástica corretiva e a cirurgia plástica estética, analisando qual será a responsabilidade civil do médico se ele realizar esses procedimentos com erro. Assim, para efetivar o trabalho foi realizada uma pesquisa bibliográfica a partir de doutrinas brasileiras e uma pesquisa documental. Portanto, dentre as conclusões obtidas por meio desse trabalho, ressalta-se que, com base no atual Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, usualmente a prova da culpa pertencerá ao paciente, pois em regra a obrigação assumida pelos médicos é de meio como, por exemplo, na hipótese de cirurgia reparadora, constatando a responsabilidade subjetiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CULPA DANO. CIRURGIA ESTÉTICA.

### INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil gerada através do erro médico de uma cirurgia estética é muito mais complexa e abastada de discussões, do que evidentemente se demonstra no nosso cotidiano.

A partir do momento que uma pessoa se dispõe a passar por uma intervenção cirúrgica para buscar, incessantemente, atingir o ideal de beleza que é traçado pela

<sup>1</sup> Graduanda do 8º período de Direito das Faculdades Integradas Vianna Junior.

<sup>2</sup> Professora orientadora, Professora de Direito Civil de Obrigações das Faculdades Integradas Vianna Junior, Mestre em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Pós Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade de Alfenas – UNIFENAS, Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Junior e Pesquisadora do Grupo de pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável da UNICEUB – Brasília.

sociedade atual e pela mídia, ela deve antes analisar se vale à pena correr os riscos que estão inerentes a esse procedimento. Contudo, para que haja essa reflexão é necessário que o médico explique e informe ao seu paciente qual será a técnica adotada na sua cirurgia e quais conseqüências ela poderá acarretar, pois independentemente da perícia e destreza do médico, cada corpo humano pode reagir de uma forma, o que pode levar a um resultado indesejável.

E, da mesma forma que o erro na cirurgia estética pode ser gerado por questões alheias ao médico, ele também pode decorrer da sua imperícia, isto é, da culpa do médico. Portanto, caso seja este o caso, terá o paciente direito a ser ressarcido pelos danos gerados, pois a obrigação assumida pelo médico quando ele aceitou realizar o procedimento, tem natureza de resultado.

Diante dessas reflexões o objetivo deste trabalho foi debater qual é a responsabilidade civil no erro médico de cirurgia estética, se é: responsabilidade objetiva, ou seja, exceção pela qual, em alguns casos previstos em lei, o agente responde mesmo sem ter havido culpa sua para o dano, bastando o nexo causal ou responsabilidade subjetiva, que consiste na regra geral, onde o agente só é responsável se agiu com culpa em “lato sensu”, isto é, incluindo também o dolo.

Assim, este trabalho foi realizado a partir de uma pesquisa bibliográfica pautada em doutrinas brasileiras e também, através de inúmeras consultas de jurisprudências, súmulas, Código Civil brasileiro e Código de Defesa do Consumidor. Além disso, foi elaborada uma pesquisa documental nos sites da Sociedade brasileira de cirurgia plástica.

Conseqüentemente, para abordar tais questões, o presente estudo foi dividido em quatro itens, sendo que no primeiro serão traçados alguns conceitos e distinções acerca da responsabilidade civil (objetiva e subjetiva, contratual e extracontratual, direta e indireta) e do dano: moral, material e estético. No segundo, ocorrerá a diferenciação entre o erro médico em lato sensu e strictu sensu. Enquanto que, no terceiro tópico, tal separação terá por finalidade a cirurgia estética e a cirurgia corretiva. Já o quarto item que é o ponto chave deste trabalho, abordará especificamente a responsabilidade civil no erro médico de cirurgia estética, abordando ao final as conclusões obtidas.

## 1 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

No que concerne a Responsabilidade Civil, nos ensina Roberto Senise Lisboa (2012, p. 264), que é evidente a importância prática e teórica que esta alcançou no âmbito do Direito Moderno - resolvendo embates intersubjetivos e transindividuais - não se admitindo atualmente que ela seja ignorada pelos operadores do Direito. Sendo assim, é possível dizer que na avidez de fazer com que o agente, causador de um dano, repare os erros por ele cometidos a outrem, se faz necessário, para que se concretize a justiça, que ele seja responsabilizado civilmente e possa restituir o equilíbrio jurídico-econômico das partes. Portanto, a responsabilidade civil tem como função recolocar a vítima, se admissível, na situação anterior à lesão por ela sofrida.

Assim sendo, se observarmos a responsabilidade civil sob o ponto de vista do agente podemos classificá-la como direta ou indireta. Aquela, também chamada de simples, - ocorre quando a pessoa que pratica o ato responde diretamente pela lesão cometida -, isto é, o agente responsabiliza-se pela própria ação, sendo ela lícita ou ilícita. (DINIZ, 2011, p. 146)

Já quanto à classificação de indireta, ou complexa, - exceção prevista no artigo 932 do atual Código Civil -, ela ocorrerá nos casos em que a ação é derivada de terceiros, com o qual o agente tem algum vínculo jurídico que, daí, lhe resulta um dever de guarda, vigilância ou custódia. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 191)

Nesse contexto, segundo Cavalieri Filho (2010, p. 15), ao analisar o fato gerador é possível dividir a Responsabilidade Civil em: contratual, na qual o dever de indenizar, violado pelo agente, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, o ilícito contratual será a violação de um dever jurídico criado pelas partes no contrato; e extracontratual, onde o dever de indenização terá como possível causa geradora uma obrigação imposta por um preceito geral do Direito, ou pela própria lei. Ou seja, neste último caso - também chamado de ilícito aquiliano ou absoluto -, o dever em questão surgirá do decurso de uma lesão a direito subjetivo, sem que entre as partes exista qualquer relação

jurídica que a possibilite. Dessa forma os doutrinadores obtêm uma divisão da responsabilidade civil de acordo com o grau e a qualidade da violação do dever de indenizar.

Todavia o Código de Defesa do Consumidor (CDC) através de seu art. 17 superou qualquer distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, tendo em vista que ele equiparou a consumidor todas as vítimas do acidente de consumo, estando ou não em uma relação contratual. Assim sendo, sujeitou a responsabilidade do fornecedor a um único tratamento, pautando esta na violação de um dever de segurança ao colocar no mercado produto ou serviço defeituoso que pode dar causa a um acidente de consumo. Conseqüentemente, o CDC optou por adotar apenas a diferenciação entre responsabilidade objetiva e subjetiva, sendo esta uma exceção concedida somente aos profissionais liberais. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 16)

Contudo, para esta separação, vale ressaltar que a ideia de culpa está intimamente ligada ao conceito de responsabilidade, por isso que, em se tratando de regra, ninguém pode ser censurado ou sofrer reprovação sem que tenha faltado com o dever de cuidado. À vista disso, com base na teoria clássica, atualmente prevista no artigo 186 do CC/02, a culpa – neste caso empregado em sentido amplo para indicar não só a culpa em *stricto sensu*, como também o dolo - é o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. Sendo assim, por essa concepção clássica, a vítima só terá direito a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que atualmente tem se mostrado cada dia mais difícil, visto que da mesma forma que os avanços tecnológicos nos auxiliam, eles também podem nos prejudicar na hora de comprovar a culpa do agente. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 17)

Conforme o entendimento de Nehemias de Melo (2013, p. 20), em se tratando de erro médico, o maior empecilho residirá exatamente na dificuldade em provar que o médico pode ter atuado com imprudência, negligência ou imperícia.

Portanto, em inúmeras ocasiões, a hipótese de a vítima não conseguir comprovar a culpa do agente, pode acabar gerando um quadro de injustiça. Com isso, os doutrinadores chegaram à conclusão de que era indispensável à procura de elementos e princípios mais recentes que pudessem nortear a responsabilidade civil.

Conseqüentemente buscou-se a priorização da reparação em detrimento a comprovação da culpa, para que assim, se evitasse tais arbitrariedades, o que acabou criando a teoria da culpa presumida. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 40)

Nesse âmbito, a lição dada pelo mestre Alvinho Lima ( apud CAVALIERI, 2010), a teoria da responsabilidade subjetiva com culpa presumida permitiu a união de “duas correntes”, não excluindo o posicionamento mais clássico, mas sim permitindo que a vítima obtivesse um status privilegiado. Todavia, para ter direito de indenização, o lesado ainda estará incumbido de provar o dano e a ação ou omissão que o agente tenha praticado, além do nexo causal. A partir disso, o diferencial dessa teoria reside no fato de transferir para o agente a obrigação de comprovar, se for o caso, que inexistiu culpa pela sua parte e, caso ele não o faça, deverá arcar com a responsabilidade pelos danos que seu ato tenha causado a terceiros.

Já quanto à responsabilidade objetiva, muito sustentada na doutrina francesa e italiana, esta admite uma responsabilidade civil “sem culpa”, baseada na chamada teoria do risco, em que existindo a relação de causalidade entre o ato do agente e o dano causado à vítima surge assim o dever de indenizar. (GONÇALVES, 2010, p. 50)

Na teoria do risco quem pratica uma atividade econômica almejando lucro, mas que pode oferecer perigo no exercício de sua função a outrem tem a obrigação de arcar com as possíveis eventualidades que venham a acontecer, independentemente de dolo ou culpa do agente. (GONÇALVES, 2010, p. 28)

Destarte, conforme está previsto no parágrafo único do art. 927, do CC/02, é possível perceber que o novo Código Civil, afastando-se das orientações da lei anterior, optou por consagrar em caráter de exceção a teoria do risco. E, como tal, reconheceu duas hipóteses em que o magistrado poderá reconhecer a responsabilidade do agente sem indagação de culpa, que são: para os casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. Sendo que nesta hipótese, pela falta de uma definição mais exata, o legislador acabou gerando uma polêmica, visto que ele não se referiu especificamente quais pessoas ou categorias que são abrangidos por esse artigo.

Assim, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, entendem os doutrinadores e que os magistrados tiveram os seus poderes aumentados significativamente, pois segundo Ney Maranhão (apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014) o conceito de atividade de risco somente poderá ser ponderado através do Poder Judiciário, na análise de cada caso concreto.

### **1.1 Dano moral, dano material e dano estético**

Ademais, um dos pressupostos da responsabilidade civil – contratual ou extracontratual e subjetiva ou objetiva - é o dano, previsto no inciso V, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Este pode ser conceituado com sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou extrapatrimonial, causado por ação ou omissão do sujeito infrator. E está dividido em duas espécies principais: dano material e dano moral. (DINIZ, 2011, p. 54)

E, com absoluta propriedade, o professor Cavaliere Filho (2010, p. 72) salienta que “o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil”, visto que não existiria qualquer indenização ou ressarcimento, se não houvesse o dano. Ainda sob o seu entendimento, “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não responsabilidade sem dano”, pois se não se constatar o dano, não haverá o que reparar, mesmo que a conduta do agente tenha sido culposa ou dolosa.

Portanto, constata-se que o prejuízo poderá advir do desrespeito a direitos ou interesses personalíssimos, isto é, cuja essência não é pecuniária e nem comercialmente redutível a dinheiro. Assim, esses direitos estão ligados a personalidade, consagrando o direito: a vida, a honra e imagem, a integridade física, psíquica e moral, entre outros. Neste caso, não há o que se falar na quantificação/proporção do dano moral em razão dos seus reflexos materiais. Uma vez que, se estes existirem, o que será reparado é exatamente o dano patrimonial proveniente da lesão à esfera moral do indivíduo, e não o dano moral precisamente dito. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73)

Já o dano material ou patrimonial, conforme o entendimento do doutrinador Silvio Venosa (2013, p. 303), tem como base a lesão direta e real aos bens e direitos

economicamente consideráveis do seu titular. Sendo que o ofendido poderá ter seu patrimônio diminuído ou até mesmo aniquilado, como por exemplo, quando uma pessoa sofre um dano que atinge a sua casa ou carro. Nesse contexto, o dano material pode ser analisado sob dois aspectos: o dano emergente (equivalente ao efetivo prejuízo e perda experimentado pela vítima) e os lucros cessantes, que correspondem àquilo que o ofendido deixou possivelmente de lucrar devido ao dano sofrido.

Todavia, a doutrina e a jurisprudência optaram por abordar outro tipo de dano, chamado de dano estético. Este, apesar de ter correspondência no § 1º do art. 1.538 do CC/16, não foi disciplinado no novo código. E, como tal, criou-se uma divergência acerca de o dano estético ser uma terceira espécie de dano ou apenas uma especificidade do dano moral. Nesse sentido, apesar de inúmeros doutrinadores como Caio Mário da Silva, Cavalieri Filho e Roberto H. Brébba entenderem e apoiarem a segunda hipótese, na qual o dano estético é englobado pelo dano moral, o Superior Tribunal de Justiça acabou optando pela aceitação de uma nova espécie de dano. Tendo ainda, elaborado a Súmula 387 que determina “é possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral”.

No entanto, a distinção trazida pelo STJ reside no fato de que o dano estético corresponde a uma alteração morfológica de formação corporal (lesões que deixam cicatrizes e aleijões), que agridem a visão, causando desagrado e repulsa. Já o dano moral está ligado ao sofrimento mental – dor da alma, aflição e angústia a que a vítima é submetida. Para o Ministro Ruy Rosado de Aguiar (REsp 65.393-RJ), um dos danos é de ordem puramente psíquica, pertencente ao foro íntimo e o outro é visível, porque se concretiza na deformidade, assim, o dano estético dá causa a uma indenização especial.

## **2 O ERRO MÉDICO EM LATO SENSU E STRICTO SENSU**

No que tange o erro médico, para Gomes e França (1999, p. 111), ele pode ser conceituado como sendo o dano que é causado no paciente pela ação ou inércia do médico, no exercício da profissão, e sem a intenção de cometê-lo. Para tanto,

existem três modalidades possíveis que ocasionam o dano e atingem o erro: imprudência (execução de um ato perigoso), negligência (carência de cautela) e imperícia (falta de conhecimento prático, técnico ou doutrinário).

Por conseguinte, nos ensina Silvio Rodrigues (2003, p. 16) que a imprudência se qualifica por uma conduta comissiva, ou seja, a prática de um ato pelo médico sem que ele se atente a certa previdência, configurando, pois a falta do devido cuidado através de uma ação.

Já no âmbito da negligência, o médico não atua com o mínimo de cuidado que lhe é exigido, assim, acaba procedendo à omissão da com conduta desejada e recomendada. E, com isso, ele acaba proporcionando um mal desnecessário ao paciente, visto que negligentemente, optou por efetuar a cirurgia sem realizar o necessário e preventivo cuidado. (GONÇALVES, 2010, p. 317)

À vista disso, o doutrinador Sílvio Rodrigues (2003, p. 17) também traz que, a imperícia se mostrará através do despreparo do profissional, isto é, na ausência de conhecimento técnico do médico. Sendo que ele ainda se mostra desprovido de apreciação e análise perante as normas existentes para o desempenho da atividade.

Nesse sentido, desde que involuntário, o mal provocado pelo erro médico no desempenho da sua profissão, será considerado como culposos, visto que ele não tinha a intenção de cometê-lo (RODRIGUES, 2003, p. 17).

Assim sendo, entende-se que no exercício da medicina as obrigações assumidas deverão ser como regra, de meio. Com isso, se faz necessário não confundir o erro médico em stricto sensu, com um simples resultado inverso - quando o médico emprega todos os recursos disponíveis que ele possui ao seu alcance, mas mesmo assim não consegue obter o sucesso pretendido - ou, ainda, com os casos de acidentes imprevisíveis. Tudo isso, pois o que mais causa medo e apavora a sociedade é o fato de que o erro médico, quando concretizado, acaba gerando uma inesperada inversão de expectativa para o paciente que vai a busca de um bem, mas acaba alcançando o mal.

Segundo o posicionamento dos doutrinadores Júlio Gomes e Genival França adotados pelo Conselho Federal de Medicina, o resultado provocado pelo erro médico será, infelizmente, danoso, visível e imediato na maioria dos casos,



irreparável quase sempre e revestido de sofrimento singular para a natureza humana. Afinal, no entendimento de Néelson Hungria, apud (CAVALIERI, 2010), os médicos erram porque são seres humanos e, como tal, estão sujeitos a habilidade de pensar e agir. Mas o que torna o erro dele mais dramático é o fato de que eles lidam com o principal bem jurídico tutelado pelo nosso ordenamento, isto é, a vida humana. E, diverso, dos erros cometidos em outras profissões que acabam passando despercebidos, os erros dos médicos são os mais julgados e questionados pela sociedade.

O erro médico em *lato sensu*, segundo Maia (apud GOMES; FRANÇA, 1999), vai abarcar não só a negligência, a imprudência e a imperícia, mas também o erro decorrente do acidente imprevisível e do resultado incontrollável. Aquele deriva de uma lesão advinda de caso fortuito ou força maior, incapaz de ser prevista ou evitada, por qualquer médico que estivesse sob as mesmas circunstâncias. De outro modo, o resultado incontrollável é aquele decorrente de situações que não se pode contornar, de curso inevitável, próprio da evolução do caso, quando a medicina até o momento em que se encontra, não está preparada e nem possui soluções científicas para determinada doença, como por exemplo, nos casos de ebola, lúpus, esclerose lateral amiotrófica, Alzheimer, entre outros.

Entretanto, fica evidente a injustiça e desproporção ao adotar o erro médico em *lato sensu*, não sendo essa abordagem aceita pela doutrina majoritária, uma vez que nas hipóteses de acidente imprevisível e resultado incontrollável, não se pode falar que houve culpa do médico como profissional, tendo ele feito tudo o que podia, esgotando todas as opções. Lamentavelmente, a ciência ainda não possui todas as respostas e soluções, cabendo ponderação da sociedade e, principalmente, dos familiares do paciente lesado. (GOMES; FRANÇA, 1999)

Por isso, o Conselho Federal de Medicina recomenda estimular uma boa relação médico-paciente, pois ela pode influenciar num melhor diálogo entre as partes, que conseqüentemente, proporcionará mais acertos quanto aos exames físicos, testes e diagnósticos. Além disso, através desse entrosamento, o paciente pode se tranquilizar e aceitar com mais facilidade e clareza os seus resultados, portanto, tomará decisões mais conscientes.

Assim sendo, diante dos conceitos apresentados acima, é razoável concluir que, nem todo erro médico acarretará uma responsabilidade civil, mas poderá ou não ocasionar dano. Com isso, entende-se que para haver responsabilização por erro médico, será necessária a presença de três elementos primordiais, que são: a ação, o dano e o nexu causal.

### **3 O CONCEITO DE CIRURGIA ESTÉTICA E CIRURGIA CORRETIVA**

Diante do fato de que todos têm o direito de cuidar da sua aparência assim como da sua saúde, um estudo realizado pela International Society of Aesthetic Plastic Surgery constatou que o número de cirurgias plásticas tem aumentado consideravelmente em todo o mundo, tendo sido realizadas 23 milhões de cirurgias plásticas no ano passado. Assim, os cinco países que mais registraram procedimentos são os EUA, o Brasil, o México, a Alemanha e a Espanha. (CORDEIRO, 2014)

Só o Brasil, ocupa o primeiro lugar no ranking mundial, como o país que mais realizou procedimentos cirúrgicos, ficando a frente dos EUA, ao obter 1.491.721 do total. Todavia, o EUA lidera quando o volume total de cirurgias plásticas – cirúrgicas e não cirúrgicas – são considerados. E, como tal, averiguou-se que do total 11.599.336 foram procedimentos cirúrgicos e os não cirúrgicos somaram 11.874.973. (CORDEIRO, 2014)

Nesse contexto, as cirurgias mais realizadas no Brasil foram lipoaspiração e colocação de próteses mamárias. Nós também somos líderes nas cirurgias de rinoplastia e abdominoplastia. Sendo que, entre os procedimentos estéticos o destaque é a aplicação da toxina botulínica, que atingiu o segundo maior volume do mundo, com 308.185 procedimentos realizados. (CORDEIRO, 2014)

Esse estudo ainda demonstrou, segundo Diego Cordeiro (2014), que as mulheres representam 87,2% das pessoas que fizeram cirurgia plástica, num total de mais de 20 milhões. Sendo os procedimentos mais populares: a mamoplastia de aumento, a lipoaspiração, a blefaroplastia, a lipoescultura e o lifting de mama. Já os homens representam apenas 12,8% do total, realizando mais de três milhões de

cirurgias plásticas. No caso deles, os procedimentos mais procurados foram: a rinoplastia, a ginecomastia, blefaroplastia, lipoaspiração e otoplastia (cirurgia de orelhas).

Assim sendo, cabe agora fazer uma distinção entre o que é uma cirurgia plástica estética e uma cirurgia plástica corretiva. Esta, segundo a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, tem por finalidade a correção de deformidade física congênita ou traumática, utilizada pelos pacientes que tiveram o rosto cortado ou queimado em algum acidente, ou então por pessoas que nasceram com alguma deformidade na face ou defeitos físicos em outros lugares do corpo. Para elas indica-se a cirurgia corretiva, onde o médico tentará tudo o que for possível, para melhorar a aparência do paciente ou diminuir o defeito existente, para se obter uma melhor qualidade de vida. (CORDEIRO, 2014)

Contudo, assinala Cavalieri (2010, p. 395), que nas cirurgias corretivas, por maior que seja a competência do médico e a sua destreza, não se poderá garantir ou pretender eliminar por completo o defeito. Permanecendo nesses casos a obrigação de meio para o médico. Visto que, nesse tipo de cirurgia, devido a sua natureza, é comum que o profissional tenha que realizar mais de um procedimento para se chegar a um resultado mais aceitável, mas reafirmando, não por culpa dele, e sim por causa da gravidade que envolve toda a situação.

Já na cirurgia estética, na percepção de Roberto Senise Lisboa (2012, p. 360), o objetivo do paciente é melhorar a aparência, corrigindo qualquer imperfeição física que não o agrada, mas que também não traduz nenhum risco a sua saúde, portanto, trata-se de uma insatisfação pessoal do paciente. Neste caso, o ponto principal para a distinção dos dois tipos de cirurgia é justamente a necessidade do procedimento envolvendo a saúde e, não um simples desagrado pautado num ideal de beleza pessoal e coletivo.

Portanto, na cirurgia estética, o paciente busca, por exemplo, eliminar as rugas do rosto, afinar o nariz, colocar implantes nos seios, entre outros. Nesses casos, não há mais qualquer dúvida ou divergência na doutrina ou jurisprudência, que a obrigação assumida pelo médico é de resultado, porque ele se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido, criando para este uma esperança e

expectativa. Desta forma, se o médico através de exames e na consulta do pré-operatório, constatar que o resultado não é possível ou demasiadamente difícil de obter, deverá desde logo alertar e conversar com o seu paciente, explicando todos os riscos que ele poderia correr, incluindo os efeitos negativos e, além disso, recomenda-se ao médico que ele se negue a fazer a cirurgia. Tudo isso, baseado no dever que o médico tem de informar, que uma vez violado, gerará uma responsabilidade civil que resultará em danos a serem ressarcidos.

Ademais, o escritor Diego Cordeiro (2014), sob o entendimento da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, destaca a importância de se falar sobre a diferença existente entre um cirurgião plástico e um cirurgião estético. Posto que, aquele é um especialista na área, que após completar os seis anos (12 períodos) do curso de medicina, ele ainda é obrigado a fazer uma residência em cirurgia geral por dois anos para nos próximos três se especializar em cirurgia plástica. Consequentemente, isso proporciona e assegura ao profissional uma experiência e preparação com maior segurança e melhores resultados para os pacientes.

Logo, o cirurgião estético é um médico proveniente de qualquer outra especialidade, como cirurgião geral ou ginecologista, que se propõe a executar cirurgias plásticas. Para eles, o treinamento não é o mesmo, bastando à realização de cursos de menor duração que oferecem o conhecimento necessário, mas também limitado, para realizar procedimentos. Com isso, o cirurgião plástico pode e é obrigado a se filiar à SBCP - Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica -, devido a sua preparação rigorosa e específica, já o estético não pode (CORDEIRO, 2014).

Além disso, o Conselho Federal de Medicina, assim como, a Associação Médica Brasileira não aceitam e nem reconhecem a atuação dos chamados cirurgiões estéticos. E, ainda que tenha havido um aumento consecutivo na busca por cirurgias plásticas, a sociedade deve ficar atenta, pois os cirurgiões plásticos é que possuem maior perícia e segurança para realizar esses procedimentos sem erro.

#### **4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO DE CIRURGIA ESTÉTICA**

Em se tratando da atividade da medicina, constata-se que em certas ocasiões o médico no intuito de salvar vidas, priorizando o que é melhor para seu paciente, acaba se conduzindo inadequadamente e agindo com culpa ou dolo, devendo ser responsabilizado pelos danos causados a vítima de seu erro. Contudo, na maioria dos casos, o dever de reparar só será imposto ao médico, se configurada e comprovada a sua culpa. Estabelecendo assim, que a responsabilização do médico dependerá da obrigação assumida por ele, se de meio ou de resultado. Mas sempre contemplando e utilizando todos os meios e artifícios que estiverem ao seu alcance, para proporcionar o melhor resultado possível, tudo isso pautado no princípio da boa-fé. Com isso caberá ao profissional aplicar o mais vasto conhecimento técnico que ele possui para agir de maneira adequada sempre que a situação demandar, com finalidade de se evitar conseqüências maiores ao paciente.

Não obstante, no que concerne a responsabilidade civil específica para o erro médico de cirurgia estética, fica evidente diante de tudo que foi exposto no decorrer deste artigo que, apesar de tal profissional receber tratamento diferenciado pelo Código de Defesa do Consumidor - que considera a responsabilização do profissional liberal sujeita a comprovação de culpa, como prevê o art. 14, § 4º da lei -, quando se tratar da cirurgia plástica puramente estética, a responsabilidade civil dele será com culpa presumida.

Isto posto, constata-se que a responsabilidade civil do médico continuará subjetiva, sendo a comprovação da culpa de extrema relevância para a reparação dos danos causados. Entretanto, para a cirurgia estética haverá a culpa presumida, onde através da inversão do ônus da prova, não mais caberá ao paciente comprovar que o médico agiu com culpa, pois tal prova deverá ser feita pelo próprio médico.

Com isso, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 270), se o profissional não for capaz de demonstrar que o erro da cirurgia derivou de circunstâncias alheias a sua técnica – descuido do paciente em seguir as recomendações pós-operatórias, por exemplo -, ou seja, que ele não atuou com culpa no procedimento cirúrgico, o médico estará obrigado a indenizar os danos causados.

Nesse sentido, se o médico assume uma obrigação de resultado, mas ao final do procedimento não consegue atingir o que foi prometido e acaba piorando a situação do paciente, surgirá então uma pretensão indenizatória que engloba as despesas efetuadas com o procedimento, danos morais e futuros tratamentos para correção do erro e novas cirurgias. (GONÇALVES, 2010, p. 263)

Uma vez que, mesmo tendo o cirurgião utilizado a técnica mais correta e com absoluta destreza, existem situações em que o corpo humano poderá reagir de forma diversa do esperado, não obtendo o paciente o resultado proposto devido a características particulares do seu próprio organismo. Portanto, ainda que não detectável esses riscos específicos antes da realização da cirurgia, isso não afastará a obrigação de resultado, devendo o médico esclarecer tudo o que ocorreu durante o procedimento e porque nestes casos a culpa do insucesso cirúrgico não derivou dele. Afinal, a doutrina chegou ao entendimento de que qualquer prova de culpa se faz com maior facilidade através do profissional, na medida em que ele possui todos os documentos pertinentes ao caso e dispõe de uma visão mais técnica e detalhada do que aconteceu no caso concreto. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 396)

Todavia, ressalta Cavalieri Filho (2010, p. 386) que, apesar do médico ser também um prestador de serviços, o art. 14, §4º do CDC não irá abranger a pessoa jurídica para qual ele oferece o seu trabalho ou faz parte da sociedade. Com isso, a responsabilidade médica dos hospitais será a do caput, do art. 14 do CDC, onde tais empresas serão responsabilizadas objetivamente pelo chamado “fato do serviço”, como por exemplo, fornecimento de utensílios médicos contaminados, sem a devida esterilização. Este se configura como um acontecimento externo, capaz de gerar danos materiais ou morais quando decorrer de um defeito do serviço.

Sendo que, a própria lei 8.078/90 define o serviço como defeituoso em seu art. 14, §1º, 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”. Não dependendo nesse caso, que se comprove que o fornecedor tinha ou não conhecimento a respeito do defeito. Assim,

a única hipótese de afastamento da culpa pelo hospital, será se ele próprio comprovar que o defeito inexistente.

Entretanto, no entendimento jurisprudencial do Ministro Fernando Gonçalves, apud (CAVALIERI, 2010), quando se tratar da responsabilidade dos hospitais pela atuação técnico-profissional específica dos médicos e não por fato do serviço, dependerá nesse caso que se faça uma apuração de culpa dos prepostos. Mas mesmo que presumindo a culpa dos preponentes, terá o hospital o direito de regresso em face do causador direto do dano.

Porém, na hipótese de o médico só utilizar o hospital para atender seus clientes particulares, mas sem que o hospital tenha o contratado, a casa de saúde não possuirá nenhum vínculo de responsabilidade com relação a danos causados pelo profissional. (GONÇALVES, 2010, p. 267)

Assim, ao tratar especificamente das obrigações assumidas pelo médico, para Teresa Ancona Lopez de Magalhães apud (SENISE, 2012), na obrigação de resultado "o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação; Ou consegue o resultado avençado ou terá que arcar com as conseqüências". Portanto, fica evidente que neste tipo de obrigação se visa o específico resultado da atividade do médico, enquanto que na obrigação de meio a finalidade é a própria atividade do devedor.

Então, quando se tratar da cirurgia plástica estética, onde a intenção e expectativa do paciente é simplesmente melhorar a sua aparência, sem que tal cirurgia tenha qualquer relação com uma possível melhora de saúde, a obrigação assumida pelo médico perante o paciente será de resultado.

Visto que, segundo Roberto Senise (2012), a partir do momento que uma pessoa se dispõe a gastar o seu dinheiro numa intervenção cirúrgica para melhorar a sua imagem, é claro que ela busca o resultado certo e proposto antes do procedimento, caso contrário, ela não arriscaria perder o seu dinheiro apenas por uma promessa, sem ter a certeza do resultado final.

Nesse sentido, além da obrigação de resultado o médico também estará sujeito ao dever de segurança e ao dever de informar. O primeiro está relacionado a uma obrigação assumida pelo profissional de não submeter o paciente a outros

riscos, principalmente os mais graves. E o segundo, que é um direito básico do consumidor e está previsto no art. 6º, III, do CDC, visa oferecer o máximo de informações ao paciente quanto os reais riscos que ele pode correr com a cirurgia. Tal dever de informar, no entendimento do desembargador Cavalieri Filho (2010, p. 392) está ligada tanto a boa-fé do médico de esclarecer todo o procedimento que ele se obrigou a fazer, quanto ao chamado “consentimento informado” por parte do paciente. Este consentimento é a única forma que o médico possui para afastar uma possível responsabilidade civil decorrente dos riscos derivados da sua atividade.

E, na cirurgia plástica estética este será um dos principais pontos analisados para determinar, no caso concreto, se o médico terá que reparar o dano decorrente do seu erro. Uma vez que, no respaldo unânime da doutrina, se o profissional informou tanto os efeitos positivos quanto os negativos como: riscos, consequências do tratamento, probabilidades de acertos, efeitos colaterais e também quais as precauções que o paciente deve tomar antes e depois da cirurgia, salvo em hipóteses de erro grosseiro derivado de culpa, o médico estará desobrigado da responsabilidade de indenizar. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 393)

## CONCLUSÃO

Vimos no desenrolar desse trabalho que existe um dilema muito grande a respeito da responsabilidade civil no erro médico de cirurgia plástica, que apesar de em regra ser subjetiva, haverá situações em que a culpa poderá ser presumida. Sendo assim, ficou evidente que, o ponto nodal para essa diferenciação se dará através do tipo de obrigação assumida pelo profissional, isto é, se de resultado ou de meio, mas sempre analisando a boa-fé e o dever de informar que são inerentes a essas atividades.

E, em conformidade com o que foi exposto, conclui-se que um erro na área médica pode trazer graves e irreversíveis consequências, não devendo o paciente lesado ficar sujeito a esse cenário sem receber indenização por eventuais danos ocorridos. Assim, baseando-se no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do



Consumidor, usualmente a prova da culpa pertencerá ao paciente, pois em regra a obrigação assumida pelos médicos é de meio como, por exemplo, na hipótese de cirurgia reparadora, constatando a responsabilidade subjetiva.

Todavia, a doutrina e jurisprudência majoritária já entendem que no caso de cirurgia plástica estética, excepcionalmente, o médico assume uma obrigação de resultado. Portanto, em hipótese de erro nessas cirurgias caberá ao médico o ônus da prova, visto que a sua responsabilidade será subjetiva, mas com culpa presumida. Com isso, ficará ele incumbido de provar que não agiu com culpa, isto é, negligência, imprudência ou imperícia, pois se não o fizer estará obrigado a indenizar.

À vista disso, percebe-se ainda que, existem situações que mesmo o médico tendo o melhor conhecimento técnico possível, ele também é um ser humano e, portanto, passível de erros, acertos e capacidade de discernimento, não podendo prever o comportamento de cada organismo perante uma cirurgia.

Logo, deduz-se que antes de realizar qualquer cirurgia puramente estética, que não influenciará em melhora de saúde, o paciente precisa pesquisar qual o médico mais recomendado para efetuar o procedimento e analisar os reais motivos que o induzem a mudar sua estética corporal. Assim sendo, ele deverá se informar através de consultas e exames médicos, se ele é recomendado e pode sofrer uma intervenção cirúrgica ou se isso poderá ocasionar danos maiores a sua aparência.

Deste modo, caberá ao médico explicar e enunciar de maneira expressa, todos os possíveis riscos e resultados que poderão ocorrer no procedimento cirúrgico, além de todas as recomendações que o paciente deverá seguir antes e depois da cirurgia. Tudo isso visando não só o esclarecimento do paciente, mas também como forma de proteção para o médico em caso de insucesso no procedimento cirúrgico. Uma vez que, se o erro ocorrido estiver dentro do que foi previsto e concordado pelo paciente estará o médico desobrigado, nesses casos, de indenizar.

## **THE CIVIL RESPONSIBILITY IN ERROR DOCTOR OF COSMETIC PLASTIC SURGERY**

## ABSTRACT

This article aims to provide a challenge in the legal framework concerning the corrective plastic surgery and cosmetic plastic surgery, analyzing what is the responsibility of the doctor if he perform these procedures with error. But to do so, it needs to be a distinction drawn through concepts for each of the various forms of civil responsibility that exists in the doctrines and laws of Brazil. With this, we intend to show the principle that although the doctor assume an obligation of result when performing a cosmetic surgery, it is necessary to analyze what were the real reasons that led to the failure of the surgical procedure. Thus, it will be an investigation to find out which were the explanations and information - about the risks of surgery - past the patient by the doctor before the surgery took place.

**KEY-WORDS:** CIVIL RESPONSIBILITY - ERROR DOCTOR - GUILT - DAMAGE - SURGERY.

## REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CORDEIRO, Diego. De acordo com ISAPS, Brasil lidera ranking de cirurgias plásticas no mundo. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/de-acordo-com-a-isaps-brasil-lidera-ranking-de-cirurgias-plasticas-no-mundo>, 2014. Acesso em: outubro,2014.

CORDEIRO, Diego. Cirurgião Plástico x Cirurgião Estético: qual a diferença? Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/cirurgiao-plastico-x-cirurgiao-estetico-qual-a-diferenca>, 2014. Acesso em: outubro,2014.

CORDEIRO, Diego. Cirurgia Plástica tem limites e exige bom preparo do paciente e do cirurgião. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/blog/cirurgia-plastica->

tem-limites-e-exige-bom-preparo-do-paciente-e-do-cirurgiao, 2014. Acesso em: outubro,2014.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**, v.3, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, v.4, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Júlio C. Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de. Erro Médico. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/bioetica/ParteIVerromedico.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIVerromedico.htm), 1998. Acesso em: outubro, 2014.

GOMES, Julio Cezar Meireles, FRANÇA, Genival Veloso. **Erro médico**. Montes claros: Unimontes, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**, v.4, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TORQUATO, Gilmar. Rinoplastia: cirurgias de nariz têm alto índice de erro. Disponível em: <http://www.lersaude.com.br/rinoplastia-cirurgias-de-nariz-tem-alto-indice-de-erro/>, 2013. Acesso em: outubro, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**, v.4, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.