

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 16/09/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38610-a-responsabilidade-civil-decorrente-da-cirurgia-plastica>

Autori: Camilla Pires G. dos Santos, Mariana Lemos de Campos

A responsabilidade civil decorrente da cirurgia plastica

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA CIRURGIA PLÁSTICA E O ENTENDIMENTO MODERNO DOS TRIBUNAIS

Camilla Pires G. dos Santos¹

Mariana Lemos de Campos²

Resumo:

A cirurgia plástica de caráter meramente estético já foi muito combatida no passado recente. Hoje, com a obsessão pela estética tem tomado lugar de grande destaque, sendo cada vez mais procurada pelas pessoas. Como esse tipo de intervenção se popularizou, consequentemente ampliou-se a sua utilização e fez crescer o número de casos que ensejam discussão em torno da responsabilidade quanto aos danos estéticos decorrentes da intervenção cirúrgica. Em face desses desvios é que nossos Tribunais têm sido mais severos ao analisar questões envolvendo a responsabilidade civil por dano moral ou estético nas atividades profissionais dos médicos e hospitais onde atuam, em especial quanto ao alcance da solidariedade que eventualmente opere entre ambos. Dessa forma, o presente artigo destina-se a debater sobre: o conceito e caracterização de dano estético, a possibilidade de cumulação com outras verbas, solidariedade com relação aos hospitais e uma análise sobre a responsabilidade civil do médico ser uma obrigação de meio ou de resultado.

Palavras - Chaves: Cirurgia plástica; dano estético; erro médico

Abstract:

Purely aesthetic plastic surgery has been much fought in the recent past. Today, with the obsession with aesthetics has taken great pride of place, increasingly being sought by people. As this type of intervention was popularized consequently it has expanded its use has increased and the number of cases giving rise discussion about the responsibility for the aesthetic damage from intervention cirúrgica. Em face of these shifts is that our courts have been more severe to analyze issues involving civil liability for moral or aesthetic damage to the professional activities of doctors and hospitals where they work, especially regarding the scope of solidarity which eventually operate between them. Thus, this article aims to discuss: the concept and characterization of aesthetic damage, the possibility of aid from other funds, solidarity with respect to hospitals and an analysis of the civil responsibility of the doctor to be an obligation of means or result.

Key Words: plastic Surgery; aesthetic damage; malpractice

¹ Camilla Pires Gonçalves dos Santos é pós-graduada em Direito Ambiental pela Universidade Candido Mendes e bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antonio Carlos – UNIPAC. Atualmente é advogada.

² Mariana Lemos de Campos é mestre em Direito Pública pela Universidade Federal de Uberlândia. Atualmente é militar e trabalha na Assessoria Jurídica do 2º Batalhão Ferroviário em Araguari/MG.

Introdução

Com o desenvolvimento revolucionário das técnicas cirúrgicas, e com a ajuda de novos medicamentos, novas técnicas e novos equipamentos, existem atualmente inúmeras possibilidades de cirurgias plásticas com o intuito de corrigir defeitos corporais e de melhorar a aparência.

Como esse tipo de intervenção se popularizou, conseqüentemente ampliou-se a sua utilização e fez crescer o número de casos que ensejam discussão em torno da responsabilidade quanto aos danos estéticos decorrem da intervenção cirúrgica.

De outro lado, sua popularização fez surgir diversos oportunistas que, sem nenhuma especialidade, se aventuram nesse campo da medicina com resultados funestos, conforme tem sido constantemente divulgado pela mídia.

Em face desses desvios é que nossos Tribunais têm sido mais severos ao analisar questões envolvendo a responsabilidade civil por dano moral ou estético nas atividades profissionais dos médicos e hospitais onde atuam, em especial quanto ao alcance da solidariedade que eventualmente opere entre ambos.

Dessa forma, partindo desse pressuposto, o presente artigo científico, propõe uma aplicação mais humanitária e eficaz do Poder Judiciário no que se refere ao erro médico na cirurgia plástica.

1. A Responsabilidade Civil

1.1. Conceito de Responsabilidade Civil

O Código Civil brasileiro adota como regra o princípio da responsabilidade subjetiva, isto é, fundada na culpa (arts. 186 e 927, caput), pela qual a vítima somente obterá o direito à indenização se provar que o dano sofrido ocorreu por culpa do agente causador do dano. A culpa aqui referenciada é a *lato sensu*, que inclui, além da culpa *stricto sensu* (imprudência, negligência e imperícia), também o dolo.

Segundo o disposto no art.186 do Código Civil, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda *que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. Desta conceituação podemos depreender que a expressão “ação ou omissão voluntária” está diretamente ligada à vontade do

agente de agir ou se omitir, caracterizando assim o dolo, enquanto a “negligência ou imprudência” está diretamente ligada à culpa.

O legislador brasileiro não se preocupou em conceituar culpa, tarefa esta reservada a doutrina. Nesse sentido, Aguiar Dias assevera que “a culpa é a falta de diligência observação da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua *atitude*.”³

É importante esclarecer eu, no campo da responsabilidade civil, o dever de indenizar pode até prescindir do dolo, bastando para tanto a simples existência da culpa.

Pela teoria clássica da culpa, a vítima somente obterá a devida reparação do dano se provar, e isto é sua obrigação, que o agente teve uma conduta culposa. Assim, a obrigação de indenizar se assenta no dever moral de não prejudicar ninguém e no senso de justiça presente na sociedade.

O Código adota ainda que subsidiariamente, em situações bem específicas, a culpa presumida, como no caso da responsabilidade pela ruína de edifício (art.937 do CC). Por essa teoria, que não exclui a culpa, a diferença fica no que diz respeito ao ônus probatório, que, nesta circunstância, passará a ser dever do agente causador do dano. Assim, a culpa, que continua sendo requisito obrigatório, se inexistente, deverá ser provada pelo agente do ato que causou o dano. Se o agente não provar a inexistência de culpa pelo seu ato, arcará com as responsabilidades pelos danos que seu ato tenha causado a terceiros.

Neste caso, embora a responsabilidade seja objetiva, o Código não adotou a teoria do risco integral, de tal sorte que, se o agente causador provar uma das clássicas eximentes da responsabilidade civil, poderá ficar isento do poder de indenizar.

Assim, em uma análise mais ampla da responsabilidade civil, pode-se dizer que ela é a ciência de reparação e/ou prevenção dos danos. Isso, porém, não afasta a noção segundo a qual a principal função da responsabilidade civil é compensatória.

Demais disto, nem sempre a consequência de uma responsabilidade civil é a indenização. Há condutas vedadas na norma codificada cuja incidência gera sanção diversa. À título ilustrativo, o abuso no exercício do Poder Familiar, com castigos

³ DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade Civil. V. I. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.138.

imoderados, tem como consequência a suspensão ou destituição do Poder Familiar, na esteira dos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil.

O dever de indenizar está previsto no art. 927 do Código Civil, ao dispor que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano, advindo dessa norma que o dever ressarcitório exige a presença da culpa.

A propósito, J.M. Carvalho Santos ensina que:

O essencial para haver a responsabilidade civil não é somente a imputabilidade; é preciso também que o fato seja culposos, isto é, contrário ao direito. A palavra culpa é empregada aí não no seu sentido restrito, mas no seu significado mais lato, abrangendo até o dolo. O nosso legislador, não se afastando da doutrina tradicional, conserva a responsabilidade civil com fundamento na culpa, provocada ou presumida, não acolhendo a nova teoria da responsabilidade sem culpa, tal como quer "Unger", e outros juristas de não menor porte.⁴

Decerto, o campo desta ceara é cada vez mais amplo e diversificado, abrangendo hodiernamente o público e o privado, dividindo-se em várias searas, como aéreo, terrestre, individual, coletivo, ambiental, etc. Por conta disso, muitas vezes a normatização relativa ao assunto ainda é incipiente, havendo o operador do direito de lançar mão da intitulada lógica do razoável.

Não se pode deixar de mencionar que, o Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade objetiva como fundamento da reparação dos danos oriundos dos acidentes de consumo (arts. 12 a 14) e o fez embasado na teoria do risco da atividade profissional como de forma de socializar os riscos na teoria do risco da atividade profissional como forma de socializar os riscos e de garantir a efetiva reparação dos danos causados ao consumidor.

Por esse teoria, *“quem introduz um risco novo na vida social deve arcar com eventuais consequências danosas a outrem, em toda a sua integralidade.”*⁵

A responsabilidade civil dos profissionais liberais, por falhas na prestação de serviços, deve ser fixada mediante a apuração de culpa, é o que preceitua o Código e Defesa do Consumidor (art.14, §4º). Assim, a responsabilidade é subjetiva, constituindo-se em exceção à regra geral ínsita na lei consumerista.

⁴ SANTOS, J. M. de Carvalho. Código civil brasileiro interpretado. 12ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2010, p. 320/321.

⁵ LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 42.

Desta forma, em qualquer ação indenizatória manejada contra profissional liberal se exigirá de seu proponente, além da demonstração do dano e do nexo causal, a prova de culpa do fornecedor de serviço, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

1.2 Elementos Da Responsabilidade Civil

Diz-se que, o primeiro elemento da obrigação de indenizar é a conduta. Isso porque, sem a conduta humana não há que se falar de responsabilidade civil. Exige-se para que haja conduta, um mínimo de participação subjetiva, ou seja, vontade. A voluntariedade haverá de estar presente no instante inicial da conduta, seja ela comissiva ou omissiva. Trata-se de uma vontade livre, pois conduta desprovida de liberdade não é conduta.

O nexo causal não se confunde com a causa do dano. O nexo é uma ligação lógica entre a conduta ou o dever imputável de um agente com o dano experimentado pela vítima.

A lógica está em que o dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexo causal entre ele e seu causador ou responsável.

Em razão da teoria do risco em diversas legislações esparsas e, mais recentemente, no Código Civil brasileiro, o estudo do nexo causal toma contornos de grande importância, principalmente porque, pela teoria do risco o pressuposto da responsabilização encontra-se centrado no dano e no nexo causal, provas que incumbe à vítima demonstrar.⁶

Por fim, o dano é um prejuízo ou lesão socialmente relevante a um bem juridicamente tutelado. Pode ser individual ou coletivo.

Para que o dano seja efetivamente indenizável é preciso conjugar quatro requisitos de configuração, a saber: a) violação de um interesse jurídico protegido: trata-se da diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou extrapatrimonial, pertencente a uma pessoa natural ou jurídica; b) certeza: ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético. A certeza do dano refere-se à sua existência; c) subsistência: o dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade

⁶ ZULIANI, Ênio Santarelli. Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico. COAD seleções Jurídicas, v.1. p.91.

em juízo. Se o dano já foi reparado pelo responsável, o prejuízo é insubsistente; e) imediatidade: significa que só se indenizam, em regra, os danos diretos e imediatos. Trata-se de uma aplicação do disposto no art.403 do CC.

O dano pode ser classificado em patrimonial e extrapatrimonial.

O primeiro traz um efeito economicamente apreciável dos bens e direitos do seu titular. Possui duas dimensões temporais: o dano emergente e o lucro cessante. Dano emergente consiste num déficit real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, uma concreta diminuição, um prejuízo real. Lucro cessante é o alusivo à privação de um ganho pela vítima, ou seja, bens e valores que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado.⁷

Por outro lado, o dano extrapatrimonial, mais conhecido como dano moral, pode ser conceituado como violação do direito à dignidade. Dessa maneira, sua configuração não está necessariamente vinculada a alguma reação psíquica da vítima.

Além disso, o dano extrapatrimonial admite outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade, como por exemplo, direitos da personalidade (direito autoral, relações afetivas, etc). Resulta daí o dano extrapatrimonial, em sentido amplo, envolve diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que a sua dignidade não seja arranhada.

1.3. Dano estético

Os danos estéticos são tratados atualmente tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência como uma modalidade separada de dano extrapatrimonial. Ele corresponde a qualquer anomalia que a vítima passe a ostentar no seu aspecto físico, decorrente de agressão à sua integridade pessoal.

É toda alteração morfológica de formação corporal que agride a visão causando desagrado e repulsa, qualquer que seja sua extensão e tenha ou não exercido qualquer influência sobre a capacidade laborativa da pessoa. Indenizável por si mesma, a referida lesão consubstancia direito subjetivo próprio, que exige tutela adequada, através da reparação especial.

⁷ CAVALIERI, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010. p. 62.

Dessa forma, basta a pessoa ter sofrido uma transformação para que o referido dano esteja caracterizado. Tais danos, em regra, estão presentes quando a pessoa sofre feridas, cicatrizes, cortes superficiais ou profundos em sua pele, lesão ou perda de órgãos internos ou externos do corpo, aleijões, amputações, entre outras anomalias que atingem a própria dignidade humana.

O que se busca proteger não é beleza física, até por ser extremamente difícil traçar-se um parâmetro para beleza, mas a incolumidade física do indivíduo que se constitui em seu patrimônio subjetivo, não podendo ser agredido impunemente. Tanto é assim, que justifica-se indenizar mesmo quando as cicatrizes ou marcas se situem em locais do corpo que dificilmente seriam expostos negativamente na autoestima do lesado, prejudicando a avaliação que a pessoa possa fazer de si mesma.

O dano estético pode comportar reparação in natura, através de cirurgia corretiva. Porém, mesmo isso sendo possível, deverá ser arbitrada uma soma em dinheiro correspondente à indenização por dano moral pelos sofrimentos impingidos à vítima.⁸

Com relação à possibilidade de cumulação do dano moral e do dano material com o estético a doutrina diverge. Alguns doutrinadores do Direito consideram que o dano estético importaria dano material ou estaria compreendido no dano moral, razão por que não deve ser cumulado. Nesse sentido, cumular o dano estético com o dano moral, seria um verdadeiro bis in idem.

Outros doutrinadores entendem que o dano estético se constitui uma categoria especial onde se encontram presentes aspectos do dano moral e do dano material, o que daria margem a frequentes confusões.

No entanto, hoje prevalece o entendimento de que o dano estético é uma categoria autônoma de dano, sendo perfeitamente possível originar-se de um mesmo fato, de maneira autônoma, tanto o dano estético, quanto o moral, além de eventualmente implicar também em dano material.

Esse entendimento decorre do fato de que se encontra expressamente previsto na Constituição Federal, o direito à indenização por dano material, por dano moral e também por dano à imagem (art.5º, V da CF). Se além do dano material e do dano moral, nossa Carta Magna assegura o direito de indenização em razão de dano à imagem, a toda evidência, encontra-se aí, de maneira autônoma, o dano estético, sendo assim supedâneo legal para assegurar a cumulação das indenizações a esse título.

⁸ LOPEZ, Tereza Ancona. O dano estético. São Paulo: RT, 1980. p.17.

O Superior Tribunal de Justiça já vinha decidindo pela cumulatividade, conforme se pode notar no voto do Ministro Cesar Asfor Rocha, que assim deixou assentado: “*permite 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*”. (STJ, RESP 540021 – ES – 4ª T. – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – DJU 19.12.2003, p.00489).

Os Tribunais Estaduais também já vinham decidindo a favor da cumulatividade. Nesse sentido, afirmou o Desembargador Flávio Pinheiro, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

O dano estético diz respeito a qualquer alteração morfológica, abrangendo aleijão e deformidades, enquanto que o dano moral está ligado à ofensa de interesses não patrimoniais provocadas por fato lesivo, assim, indenizações por esses motivos são acumuláveis.⁹

Para por fim a toda essa controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça, pacificou a questão editando a Súmula 387, de seguinte teor: “*É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral*”.

Cumpramos registrar por fim, no que diz respeito à legitimidade, que somente a vítima, via de regra, é que poderá pleitear indenização em razão de dano estético. Tal se justifica, porquanto se considerarmos que a imagem se constitui em um daqueles bens personalíssimos, somente a própria vítima é que sofrerá em razão da agressão às suas feições, não se justificando que terceiros possam buscar a compensação pelo mal sofrido por outrem.

Embora a legitimidade de propositura da ação de indenização por dano estético seja exclusiva da vítima, a regra comporta exceção para contemplar a possibilidade de os parentes próximos sofrerem o dano moral reflexo, decorrente de uma lesão estética imposta um ente querido. Isto porque, haverá situações em que o dano estético causado à vítima repercutirá no seio familiar, como, por exemplo, na situação de um filho que, em decorrência de acidente, venha a se tornar paraplégico, legitimando terceiro a postular indenização por dano moral.¹⁰

Observa-se que nesse caso, o que estará buscando indenizar não será o dano estético, mas sim o dano moral que, neste caso, será reflexo.

⁹ TJSP. Ap. Cível nº 84.756-4 – j.27.07.199 – LEX – JTJ, 225/99.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 250.

Por fim é importante mencionar que não se deve confundir o dano estético com o dano por erro médico, porquanto embora comum em face de problemas cirúrgicos, anestésico ou mesmo de tratamento, o dano estético pode se originar de várias outras cousas tais como acidentes de trânsito, de trabalho, de transporte, de atos criminosos, etc.

2. Responsabilidade civil do médico

2.1 A natureza jurídica da prestação do serviço médico

Muito já se discutiu se a prestação dos serviços médicos seria contratual ou extracontratual. Hoje já não suscitam mais dúvidas sobre a natureza contratual da responsabilidade médica, ainda que se possa considerar um tipo de contrato *sui generis*, pelo qual o profissional da medicina se obriga à prestação de um serviço consciencioso e de acordo com as técnicas científicas disponíveis.

Dessa forma, o contrato de serviços médico é um contrato singular, pois para sua formação basta haver a convergência volitiva, isto é, o encontro de vontades quanto às bases em que se desenvolverá a relação, não havendo nenhuma obrigatoriedade quanto a ser escrito, podendo se manifestar pelas mais variadas formas, inclusive de maneira rudimentar ou mesmo informal. A relação pode ser estabelecida a partir da consulta marcada com secretária do médico ou a partir do chamado do médico por ato do próprio paciente ou de alguém em nome dele, dentre outras formas.¹¹

Além disso, a responsabilidade do médico é, contratual, porque o paciente o procura e é por ele atendido. Pode, no entanto, ser extracontratual, quando, por exemplo, o profissional atende, na rua, um desfalecido, ou participa de outras emergências. Apesar de contratual, a obrigação que tais profissionais assumem é de meio, e não de resultado.

Significa dizer que o médico não se obriga a restituir a saúde ao paciente que esteja aos seus cuidados, mas a conduzir-se com toda a diligência na aplicação dos conhecimentos científicos, para colimar, tanto quanto possível, aquele objetivo.¹²

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade Civil. Vol. IV. São Paulo: Ed. Atlas. 14º edição. 2010. p.45

¹² CHAVES, Antônio. Tratado de Direito Civil. V.3. 10ª ed. São Paulo: Revista nos Tribunais, 2010. p. 396.

Assim, a reponsabilidade civil dos médicos, enquanto profissionais liberais, pelos danos causados em face do exercício da sua profissão, será apurada mediante aferição da culpa, nos termos do disposto no Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil.

Há toda uma lógica para que seja dado tratamento jurídico diferenciado aos profissionais liberais. Não se pode exigir cumprimento do contrato médico ou advocatício, para mencionar dois exemplos, como se fosse um contrato de empreitada, de depósito, de transporte ou outro qualquer.

Na atividade médica ou advocatícia, o resultado final almejado não depende apenas da capacidade, conhecimento empenho do profissional, porque fatores externos e aleatórios interferem na concretização do contratado. Por mais que o advogado seja competente, a vitória ou derrota no processo dependerá de fatores os mais diversos, a começar pelo entendimento e valoração que o magistrado atribua às provas.

Contudo, apesar de a obrigação do médico se de meio e não de resultado, o profissional tem também um dever de empenho que supera em muito o conceito jurídico de contrato de meio na exata medida em que se exige do profissional que demonstre que houve a correta aplicação de todos os meios materiais e profissionais aplicáveis à espécie e que, além deles, mais não fez porque não foi possível, embora se tenha procurado e tentado a exaustão.¹³

A conduta do médico e os resultados da sua atividade, há que ser aferida, qualquer que seja o resultado, com uma certa dose de flexibilidade, até porque, contrariamente, não se pode atribuir responsabilidade total do médico, porque algumas situações independe de sua vontade ou competência, como, por exemplo, nos casos em que o paciente tenha uma conduta inadequada no tocante ao prescrito ou ainda se ele abandona o tratamento.

Ademais, não se pode ignorar os designíos da natureza e, nem querer que o médico seja Deus supremo da vida, sob risco de o fazendo, cometer-se uma grande injustiça na medida em que não se pode atribuir ao médico o poder supremo da vida, da saúde, da perfeição física e da morte, o que, sem nenhuma alusão a convicções religiosas, somente a Deus cabe a decidir.

¹³ SEBASTIÃO, Jurandir. A responsabilidade civil, a singularidade da medicina e a aplicação do direito. In COAD Seleções Jurídicas, v.03. São Paulo: Forense. 2011. p.51

Por essa razões, plenamente justificada a exceção contida na legislação consumerista, deslocando para o lesado o ônus de provar que o profissional desviou-se da conduta que seria normal esperar (por ação ou omissão) e, assim procedendo causou danos que devem ser indenizados.

Conforme ensinamento de Ulderico Pires dos Santos: “*para responsabilizá-lo pelos insucessos no exercício de seu mister que venham a causar danos aos seus clientes em consequência de sua atuação profissional é necessário que resulte provado de modo concludente que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte*”.¹⁴

Tendo em vista que a verdade no campo do erro médico se assenta em três visões distintas, quais sejam: a verdade do paciente, a verdade do médico, e a verdade real; caberá ao juiz encontrar o ponto justo da questão submetida à sua apreciação, analisando com objetividade a caracterização da falta, a comprovação do nexo causal entre o procedimento médico e o fato danoso, com a consequente responsabilização do causador do dano.

2.2. Erro Médico em Cirurgia Plástica

No tocante as cirurgias plásticas há que se fazer uma diferença entre a intervenção cirúrgica com caráter corretivo e aquelas que se destinam exclusivamente a melhorar a aparência, também chamada de cirurgia de embelezamento. Isto se justifica tendo em vista tratar-se de situações bem distintas: na de embelezamento, o paciente é saudável e pretende com a cirurgia melhorar a sua aparência; já na cirurgia reparadora, o que se busca é a correção de lesões congênicas ou mesmo adquiridas.

Nos casos de cirurgias corretivas, seja em razão de problemas congênicos, sem em razão de deformidade decorrente de acidente, o cirurgião plástico atuará com a obrigação de aplicar toda a sua diligência e técnica disponível para eliminar e corrigir defeito, não podendo se comprometer com os resultados da empreitada, de tal sorte que sua obrigação será de meio.¹⁵

¹⁴ SANTOS, Ulderico Pires Dos. A Responsabilidade Civil na Doutrina e na Jurisprudência. São Paulo: Forense, 1987. p. 361.

¹⁵ MUELLER, Jenifer. Responsabilidade civil do cirurgião estético por danos causados ao paciente, diante do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/>, acesso em 07 de junho de 2014.

Por outro lado, quanto a cirurgia embelezadora, não se pode dizer o mesmo. Isso porque, nessa modalidade de cirurgia busca os serviços de um cirurgião plástico com a finalidade de melhorar sua aparência. Dessa forma, o médico assume obrigação de resultado e responderá pelo eventual insucesso da empreitada.

A lógica de tal concepção se assenta no fato de que o paciente é pessoa sadia que almeja remediar uma situação desagradável, busca um fim em si mesmo, tal qual a nova conformação do nariz, a remoção de gorduras incômodas, a supressão de rugas, a remodelação das pernas, seios, queixos etc. Sendo assim, o que o paciente espera do cirurgião plástico não é que ele se empenhe em conseguir um resultado qualquer, mas que obtenha resultado preconizado.

Nestas circunstâncias, a cirurgia não vindo a atender às expectativas do paciente, poderá ensejar a responsabilização do profissional médico que, embora continue sendo subjetiva, responderá por culpa presumida, cabendo-lhe o ônus de demonstrar a ocorrência de fatos ou atos que possam ilidir o dever de indenizar.

Assim, o cliente quando procura um cirurgião plástico e faz tendo em mente corrigir uma imperfeição ou melhorar sua aparência não é um doente que procura tratamento, é o médico não se engaja na sua cura. O profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado pretendido, e se não tem condições de consegui-lo, não deve efetuar a intervenção.¹⁶

O que impende considerara é que o profissional na área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete e se compromete com um determinado resultado prevendo inclusive com detalhes, esse novo resultado estético procurado pelo cliente.

Alguns se utilizam até mesmo de programas de computador para projetarem a nova imagem desejada, através de montagem, escolhida na tela do computador. Estabelece-se, sem nenhuma dúvida, entre médico e paciente uma relação contratual de resultado que deve ser honrada.

Dessa forma, tratando-se de cirurgia estética cujo resultado tenha sido malsucedido, desse só fato emerge a responsabilização do médico e a consequentemente obrigação indenizatória pelo resultado não atingido, cujo montante deverá abranger as despesas efetuadas com a própria cirurgia, dano moral em razão do sofrimento, dano

¹⁶ JÚNIOR, Ruy Rosado Aguiar. Responsabilidade civil do médico. Revista Jurídica nº23. p.122.

estético em razão das eventuais sequelas, bem como verba para custear o tratamento e novas cirurgias.¹⁷

Nessa linha de proceder cumpre trazer à baila posicionamento do Ministro Waldemar Zveiter, em julgado do qual foi relator, de cuja emenda se extrai: “Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma *irregularidade, considerando ainda ser cabível o ônus da prova*”. (STJ - RecursoEspecial- Resp 81101 PR 1995/0063170-9. Min. Waldemar Zveiter).

Cumpre registrar por fim que existem algumas divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência, porém há uma tendência amplamente majoritária que considera a cirurgia estética de embelezamento como uma obrigação de resultado.

Contudo, existem aqueles que consideram que os riscos presentes numa cirurgia plástica são os mesmos de qualquer outra atividade médica, sendo assim obrigação de meio.

Com relação à cirurgia plástica de caráter meramente estético, isto é, embelezadora, predomina na doutrina e na jurisprudência pátria o entendimento amplamente majoritário no sentido de considerar como uma obrigação de resultado.

Já no tocante às cirurgias corretivas, aquelas realizadas para corrigir problemas congênitos ou deformidade decorrente de acidente, o cirurgião plástico atuará com a obrigação de aplicar toda a sua diligência e técnica dispensável para eliminar ou corrigir o defeito, não podendo se comprometer com os resultados da empreitada, de tal sorte que sua obrigação será de meio.

A lógica que justifica esse tratamento jurídico diferenciado é que, na cirurgia plástica de embelezamento, o paciente é saudável e pretende com a intervenção melhorar sua aparência; já na cirurgia reparadora, o que o paciente busca é a correção de lesões congênitas ou mesmo adquiridas.

Assim, na cirurgia embelezadora há um fim determinado, concreto, perfeitamente definido buscado pelo paciente e aceito pelo profissional. Daí, o médico estará atrelado ao resultado e não vindo a atingi-lo somente se exonerará de responsabilidade se provar,

¹⁷ NETO, Miguel Kfourir. Responsabilidade civil do Médico. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p.248.

e este é seu encargo, caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.¹⁸

Não se pode deixar de mencionar que, parte minoritária da doutrina entende que qualquer espécie de cirurgia, seja de embelezamento ou reparatória é responsabilidade civil de meio.

Nesse sentido Roberto Senise:

Este argumento, porém, não procede. Em primeiro lugar, porque nada há de específico nas expectativas do paciente por ter a cirurgia razões puramente estéticas. Sempre que alguém procura um médico quer alcançar um objetivo específico: a cura de doença, melhoria do estado geral de saúde, controles preventivos etc. Deste fato, porém, não decorre seja a obrigação do médico de resultado. Em segundo lugar, porque não é possível, mesmo na cirurgia de motivos meramente estéticos, garantir de forma absoluta o resultado satisfatório. Em outros termos, a questão não pode ser resolvida pelo que deseja o cliente, mas sim pelo que é objetivamente factível.¹⁹

Assim, para essa corrente, a medicina de embelezamento, hoje em dia, não se resume à cirurgia plástica, porém, mesmo que os médicos realizem procedimentos meramente estéticos devem responder por obrigações de meio, e não de resultado. Isso porque, assumem esses profissionais de saúde obrigação de se empenharem com perícia e diligência na execução do trabalho e não pelo resultado alcançado.

Independentemente das divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria, não se pode deixar de afirmar que o magistrado pode, a todo e qualquer momento, em face de verossimilhança do caso e da hipossuficiência do consumidor, determinar a inversão do ônus da prova, conforme expressamente autorizado pela lei consumerista (Lei nº 8.078/90, art.6º, VIII). Tal aspecto tem relevância para os casos em que a obrigação for de meio porquanto nas obrigações de resultado, tal inversão é da lógica natural do contrato.

2.3. Responsabilidade objetiva dos hospitais, clínicas e planos de saúde

Muito já se discutiu acerca da reponsabilidade das clínicas e dos hospitais naquilo que diz respeito às falhas de pessoal, de equipamentos e de hospedagem, que possam ter gerado danos aos seus pacientes.

¹⁸ MATIELO, Fabrício Zamproga. Responsabilidade Civil do Médico. 3ª Edição. São Paulo. LTr. 2006.p. 345.

¹⁹ LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 103.

Primeiramente cumpre dizer que, que o hospital é uma verdadeira universalidade de fato, formada por um conjunto de atividades que inclui instalações, aparelhos, instrumentos, corpo de pessoal administrativo e médico. Quando recebe um paciente, o hospital firma um contrato de prestação de serviços, seja escrito, verbal ou mesmo tácito, pelo qual se obriga a prestar serviços de qualidade, seja médico ou outros complementares, tais como, hospedagem, alimentação, medicamentos, equipamentos necessários ao tratamento ministrado, além de outros prestados pelo corpo de pessoal auxiliar, administrativo e enfermagem.²⁰

Hoje é pacífico o posicionamento de que, tratando de erro médico, a responsabilidade dos hospitais, clínicas, e similares é objetiva, não cabendo perquirir sobre a eventual culpa da conduta médica. Assim, bastará o lesado a comprovação do dano e o nexo de causalidade que o ligue diretamente aos serviços prestados defeituosamente pelo hospital ou similar, para fazer surgir o dever indenizatório.

Embora o profissional liberal responda mediante aferição de culpa, esta exceção não se aplica ao hospital, tendo em vista que sua responsabilidade será sempre objetiva, devendo ser enquadrada no caput do art.14 da Lei 8.078/90.

No entanto, para que haja a responsabilização deve haver vínculo empregatício entre o profissional e o hospital, quando então a questão da culpa restará afastada.

Contrário ao entendimento da responsabilidade objetiva aplicada aos hospitais e clínicas cirúrgicas Miguel Kfoury Neto, defende que “*o dano médico deve ser apreciado a partir da análise do elemento subjetivo, da culpa, quer seja o profissional vinculado ao estabelecimento hospitalar ou não.*”²¹

Para esse autor, a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física ou jurídica, ou de apenas um deles.

Ocorre que, apenas parte minoritária da doutrina entende dessa forma. Isso porque, para a maioria dos doutrinadores, não deve fazer nenhuma distinção com relação aos serviços prestados, sejam os serviços médicos propriamente dito, seja os serviços complementares, com base na conceituação de obrigação de meio ou de resultado.

²⁰ JUNIOR, Ruy Rosado Aguiar. Responsabilidade civil do médico. Revista Jurídica nº231. p.122.

²¹ NETO, Miguel Kfoury. Responsabilidade civil do Médico. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p.169.

Se houve falha na prestação do serviço, e em razão desta falha houve um dano ao paciente, a responsabilidade do hospital é objetiva, não importando perquirir se o dano foi resultado do serviço prestado por médico, enfermeiro ou outro qualquer funcionário.

Assim, afirma Nelson Nery Junior:

Não são profissionais liberais as empresas ou pessoa jurídicas em geral, ainda que explorem serviços de procuração judicial, medicina, engenharia etc., como hospitais, casas de saúde, empreiteiras, construtoras, escolas etc. A relação de consumo é celebrada com profissional liberal, para os efeitos do CDC, 14, §4º, se o for intuitu personae. Na hipótese de o consumidor procurar a empresa onde presta serviço o profissional liberal, ou, ainda, procurar os serviços de qualquer profissional liberal, não o contratando pela sua própria pessoa, a responsabilidade pelos danos causados ao consumidor é objetiva.²²

Ademais, não é muito dizer que, as empresas operadoras de plano de saúde são solidariamente responsáveis, juntamente com os médicos e hospitais credenciados que agem, em verdade, como seus verdadeiros prepostos, pelos danos causados aos seus consorciados.

Isso ocorre porque as empresas de plano de saúde, ao disponibilizarem uma relação de hospitais ou profissionais credenciados, há que ter se acercado das garantias mínimas de que tais pessoas estão aptas a prestar um serviço de boa qualidade, não podendo se eximir ao argumento de que a escolha foi feita pelo usuário dos serviços.²³

Diante de todo exposto, pode se afirmar que a responsabilidade dos hospitais e clínicas será sempre objetiva, por danos causados aos seus pacientes em face de falhas ou defeitos na prestação de serviços médicos propriamente dito, bem como de seus serviços auxiliares e complementares.

Cabe por fim registrar que, na eventualidade de o hospital restar condenado a indenizar, poderá agir regressivamente contra o causador do dano em ação autônoma, tendo em vista a vedação da denúncia da lide prevista no parágrafo único do art.13 do CDC.

²² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 9. ed. rev., ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 1.359.

²³ TAQUES, Janeglady Peres De Brito. Responsabilidade Civil Dos Planos De Saúde Por Erro De Médico Credenciado. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7787, acesso em 07 de agosto de 2014.

Considerações Finais:

A cirurgia plástica de caráter meramente estético já foi muito combatida, pelo seu caráter de cirurgia posta a serviço das vaidades fúteis ou do processo de rejuvenescimento muitas vezes inatingível e desnecessário. Contudo, isso faz parte de um passado.

Atualmente não há como negar a importância desse tipo de intervenção médica que, em muitas circunstâncias colabora para que o paciente recomponha sua autoestima, a confiança e o amor próprio.

Além disso, a medicina progrediu e acompanhou a evolução da sociedade moderna. Os avanços e progressos científicos e tecnológicos da ciência médica fizeram surgir um aumento quantitativo e qualitativo dos recursos postos à disposição dos profissionais, ampliando-se as possibilidades de cura e de prolongamento da vida útil.

Na atividade médica, o que se espera é que o profissional atue respeitando o princípio geral da dignidade da pessoa humana, não só porque isso é o que recomenda seu Código de Ética, mas principalmente por ser a dignidade um valor supremo, universal e orientador da proteção dos Direitos Fundamentais da pessoa humana.

No campo da responsabilidade civil, instrumento de fundamental importância na proteção aos direitos da personalidade, e especialmente nas questões voltadas a corrigir e reprimir o erro médico nas cirurgias plásticas, o que se espera do Judiciário é que haja com prudência e bom-senso na identificação de eventual ilícito.

Contudo, vindo a reconhecer o desvio de conduta, apto a ensejar a condenação, tanto com relação a obrigação de meio quanto a de resultado, o ideal é que se proceda com a devida severidade, principalmente no tocante à quantificação dos valores indenizatórios.

Assim, relevante se mostra o papel que o Judiciário pode cumprir no sentido de exigir maior respeito ao ser humano e aos seus direitos personalíssimos, pois o juiz não é um simples aplicador na fria norma jurídica ao caso concreto.

Além disso é preciso ponderar que a medicina é uma ciência e como tal tem limitações e que o médico é um ser humano, logo falível, devendo ainda considerar que ele trabalha com informação que lhe são fornecidas pelo paciente, cuja verdade varia de acordo com as circunstâncias e conveniências, além do que, o organismo humano reage de forma diferenciada de pessoa para pessoa a uma mesmo tratamento.

A luta pela humanização da medicina somente será coroada com êxito quando houver um despertar de consciência que envolva os médicos, o poder público, as sociedades de prestação de serviços e até mesmo o judiciário, com a devida inversão de valores, de tal sorte a colocar o ser humano como o centro de todos os interesses que movimentam a arte de curar.

Referências Bibliográficas:

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades perigosas**. RT, n. 590, dezembro, 1984, São Paulo.

CARDOSO, Laércio. **Responsabilidade Civil e Penal dos Médicos nos casos de Transplante**. São Paulo: Editora Del Rey. 2006.

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil**. V.3. 10ª ed. São Paulo: Revista nos Tribunais, 2010.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. São Paulo: RT, 2003.

MUELLER, Jenifer. **Responsabilidade civil do cirurgião estético por danos causados ao paciente, diante do Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/>, acesso em 07 de junho de 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. rev., ampl. São Paulo: RT, 2006.

NETO, Miguel Kfour. **Responsabilidade civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

OLIVEIRA, Guilherme. **Temas de direito da medicina**. 2.ª edição, Coimbra, 2000.

OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro de. **Os Laudos Periciais Nas Ações Judiciais Por Alegado Erro Médico: Uma Análise Crítica**. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67904/7051, acesso em 07 de julho de 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. 12ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2010.

SANTOS, Ulderico Pires Dos. **A Responsabilidade Civil na Doutrina e na Jurisprudência**. São Paulo: Forense, 1987.

SEBASTIÃO, Jurandir. **A responsabilidade civil, a singularidade da medicina e a aplicação do direito.**In COAD Seleções Jurídicas, v.03. São Paulo: Forense. 2011.

SILVA, Wilson Melo da.**O dano moral e sua reparação.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SODRÉ, Marcelo. **A expectativa gerada no consumidor diante das informações prestadas pelo profissional liberal.** Disponível em: www.dominiopublico.gov.br/download/teste , acesso em 06 de abril de 2014.

TAQUES,Janegladys Peres De Brito. **Responsabilidade Civil Dos Planos De Saúde Por Erro De Médico Credenciado.**Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7787, acesso em 07 de agosto de 2014

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade civil – erro médico (III).** Artigo publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 4, mar/abr. 2000

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil. Vol. IV.**São Paulo: Ed. Atlas. 14ª edição. 2010.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade civil médica.**Revista Júris Síntese nº 19.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico.** COAD seleções Jurídicas, v.1.