



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
EMERJ

Os Novos Rumos da Cirurgia Plástica e a Responsabilidade
Civil do Médico Cirurgião Plástico

Vanessa de Oliveira Aguiar Dias

Rio de Janeiro
2011

VANESSA DE OLIVEIRA AGUIAR DIAS

Os Novos Rumos da Cirurgia Plástica e a Responsabilidade
Civil do Médico Cirurgião Plástico

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal
Prof^a. Néli Fetzner

Rio de Janeiro
2011

OS NOVOS RUMOS DA CIRURGIA PLÁSTICA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

Vanessa de Oliveira Aguiar Dias
Graduada pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar e apresentar sob mais um enfoque a Responsabilidade do Cirurgião Plástico nas cirurgias estéticas embelezadoras. Para tanto, busca-se uma análise da doutrina e jurisprudência balizada no assunto. É necessário discutir todos os aspectos da responsabilidade deste profissional da saúde, mormente considerando que o Brasil é o segundo país no mundo em procedimento cirúrgico. O tema se torna relevante não só a classe médica, mas também aos operadores do Direito, bem como a toda sociedade. Assim, o tema proposto atrai não só médicos, pela importância no desenvolvimento de suas atividades profissionais, como aos profissionais do Direito que terão uma releitura da responsabilidade civil do médico cirurgião- plástico estético.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Médico. Cirurgia-Plástica Estética. Obrigação de Resultado. Dano Estético. Aplicação do CDC.

Sumário: Introdução. 1. Evolução Histórica. 2. Espécies de Responsabilidade Civil. 3. Responsabilidade do Médico Cirurgião Plástico. 4. Diferenciação entre Cirurgia Plástica Estética Embelezadora e Reparadora. 5. Análise Jurisprudencial e Legislação Aplicável. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará o tema responsabilidade civil do médico cirurgião-plástico. Objetivo geral é trazer informações atuais e úteis aos operadores do Direito da relação entre médico-paciente, buscar-se-á discutir o tipo de obrigação (meio ou resultado) assumida pelo médico em diferentes procedimentos cirúrgicos. Os objetivos específicos são: apresentar o conceito, analisar os pressupostos e classificar o instituto da responsabilidade civil, identificando qual a responsabilidade do médico cirurgião plástico frente ao

ordenamento jurídico. Apontando as controvérsias pertinentes, fazendo uma análise crítica da posição jurisprudencial sobre a matéria.

Contextualizando, tem-se que a cirurgia-plástica popularizou-se na Primeira Guerra Mundial, para atender aos anseios de milhares de soldados mutilados ou deformados, gerando uma demanda enorme por procedimentos de reconstrução e reparação estéticos. Assim, nessa época, tornou-se uma especialidade médica oficial.

O Brasil ocupa o segundo lugar no ranking de cirurgias plásticas, ficando atrás apenas dos EUA, segundo dados da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica¹.

Atualmente, observa-se uma desenfreada procura por beleza física. O culto ao belo instalou-se nestes últimos anos como uma verdadeira regra, trazendo em seu bojo diversos problemas a partir do momento que essa busca insaciável pelo padrão de beleza imposto pela sociedade transformou-se numa verdadeira indústria de sofrimentos, quando muitas pessoas que sonhavam que, com o procedimento cirúrgico alcançariam o corpo ou rosto perfeito, viram-se deformadas devido ao insucesso e pela falta de informações que lhe foram ocultadas pelo médico cirurgião que tinha o dever de informar e alertar o seu paciente a respeito dos riscos que cercam tal cirurgia.

A questão toma relevo em âmbito do Poder Judiciário na medida em que o aumento indiscriminado dos procedimentos cirúrgicos acarretam aumento considerável das demandas judiciais.

De modo que os aspectos abordados no decorrer do estudo serão a responsabilidade do médico, considerando a expectativa do paciente, e os direitos e deveres dos envolvidos nesta relação.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE

¹Disponível: <<http://www.cirurgioplastica.org.br>> Acesso em: 5 de janeiro de 2012.

A responsabilidade é marcada por três momentos. Contudo, trata-se de matéria dinâmica, pois faz parte do cotidiano das relações humanas. De modo que em constante evolução.

Em um primeiro momento, as sociedades primitivas eram regidas por processos de ordem costumeira, em que valia o princípio “olho por olho dente por dente”. Assim, se sofressem uma agressão, reagiam com violência, forma direta e imediata, valendo-se da vingança privada para solucionar seus conflitos. Fazia-se justiça com as próprias mãos.

O Código de Hamurabi consagrou tal princípio, sacramentado pela Lei do Talião, não havia distinção entre ilícito civil e criminal. Tal código, ressalte-se, regulamentava tudo, inclusive a atividade médica com castigos que variavam desde lesões corporais até a morte do cirurgião quando este falhava. Culturas como a babilônica, assíria e egípcia realizavam cirurgias, entretanto, havia penalidades para o insucesso.

Em um segundo momento, no Direito Romano, vislumbra-se um esboço do que vem a ser o instituto da Responsabilidade Civil, pois os romanos observaram a necessidade de o Poder Público regular normas para que os danos causados a alguém, gerassem o dever de reparação. E assim, por fim à barbárie.

Ainda permanecia a vingança privada, alicerçada em princípio de natureza puramente humana, entretanto, à essa época já se poderia evidenciar uma forma de reparação do dano.

Surge então, a ideia de composição voluntária, no sentido de substituir a pena de Talião, por compensação econômica. Assim, o agente, causador do dano, deve compensar a vítima com o pagamento de certa quantia em dinheiro ou bens. Desta forma, o prejudicado recebe as vantagens e benefícios em substituição da vingança. Isto é, a vingança

passa a ser substituída pela composição, subsistindo como forma de reintegração pela lesão sofrida.

Já sob autoridade do Estado, surge a composição legal. A composição econômica deixa de ter caráter voluntário, passa a ser obrigatória e tarifada. O Estado passa a fixar o valor da pena que deverá ser paga pelo agressor em consequência dos casos concretos, mas ainda não se poderia evidenciar um princípio geral norteador da responsabilidade civil.

Washington de Barros Monteiro² cita oportunamente o raciocínio de Mazeud et Mazeud que diz que “a ação de ressarcimento nasceu no dia em que a repressão se transferiu das mãos do ofendido para o Estado”

Este período é consolidado pela Lei das XII Tábuas, que representa a regulamentação de indenização pecuniária como forma de compensação do dano.

É de se ressaltar, ainda, a importância da Lei das XII Tábuas para os romanos, principalmente devido ao fato de ter ela representado a passagem da norma consuetudinária para a lei escrita.

Entretanto é com advento da Lei Aquília que surge, conforme diz José de Aguiar Dias³, um princípio geral regulador dedicado à reparação do dano, escopo basilar da responsabilidade civil, dissociada da idéia de responsabilidade penal. Trata-se do terceiro momento.

Observa-se que a responsabilidade penal é anterior à responsabilidade civil, podendo ser afirmado que essa evoluiu a partir daquela, que, no entanto, continua a existir em ramificação distinta do direito. Enquanto a responsabilidade civil integra o direito privado, a responsabilidade penal está inserida no âmbito do direito público.

A Lex Aquília, como bem salienta Silvio Venosa⁴:

²MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.392

³DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.20.

⁴VENOSA, Silvio. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.18.

[...]foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.c., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens.⁵

Ainda afirma o referido autor, que por esse instituto, o sistema romanístico extrai “o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independente de relação obrigacional preexistente”.⁶

Assim, neste momento surge a responsabilidade extracontratual também conhecida como responsabilidade aquiliana, por força da lei. Assim, o Direito Romano constrói a estrutura jurídica da responsabilidade extracontratual, introduzindo a culpa como elemento primordial ao direito de reparação do dano, embora alguns autores sustentem o contrário. A respeito disto, nos esclarece Alvino Lima:

É incontestável, entretanto, que a evolução do instituto da responsabilidade extracontratual ou aquiliana se operou, no direito romano, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa, contra o objetivismo do direito primitivo, expurgando-se do direito a idéia de pena, para substituí-la pela reparação do dano sofrido.⁷

A teoria da responsabilidade concretizou-se doutrinariamente, por meio de estudos elaborados principalmente pelo direito francês. O Código Civil francês de 1804 é o primeiro a recepcionar as idéias desenvolvidas pelos romanos, aperfeiçoando-as e avançando, introduzindo a ideia inédita de se indenizar o dano não material, hipótese não ventilada pela Lei Aquilia, que se limitava apenas ao dano que exteriorizasse o prejuízo de ordem material.

Outro aspecto relevante é no tocante à aferição de culpa em sede de responsabilidade. Inicialmente, apenas se houvesse culpa, haveria o dever de reparar danos, denominada então responsabilidade subjetiva. Posteriormente, foram surgindo novas teorias, entre elas Teoria do Risco, em que a responsabilidade passa a ser encarada sob enfoque

⁷LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.20.

objetivo, sob a idéia de que todo risco deve ser garantido, independente da existência de culpa ou dolo.

Atualmente a matéria encontra-se disciplinada no Código Civil de 2002 (art.927) e em leis extravagantes. Diz o aludido artigo:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nota-se que tanto o atual Código Civil como o revogado Código Civil de 1916, espelharam-se no Códex francês, o que levou a consagração da teoria da culpa como regra no campo da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil no direito brasileiro sempre se pautou na necessidade de demonstração de três requisitos principais: o ato ilícito, o dano e o nexo causal, ou seja, a culpa como pressuposto para que haja a obrigação de reparar o prejuízo experimentado.

Foi assim com o Código Civil de 1916 que, em seu famoso artigo 159, dispunha que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo à outrem, fica obrigado a reparar o dano.” :

2.ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O ordenamento jurídico brasileiro destaca duas espécies de Responsabilidade Civil. A chamada responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, sendo classificadas, ainda, objetivas e subjetivas.

2.1.RESPOSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A Responsabilidade contratual encontra fundamento legal nos artigos 389 e 475 do Código Civil vigente.

A obrigação de indenizar surge da violação de dever jurídico que cause dano a outrem. O pressuposto basilar é existência de nexos causal entre o agir ou deixar de agir do agente e o dano causado a vítima.

Quem infringe dever jurídico lato sensu, já vimos, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela lei⁸

Quando se tratar de obrigação oriunda de contrato, a responsabilidade será contratual. Isto se dá, pois o dever de indenizar surge por violação a cláusulas pactuadas, que se denomina ilícito contratual. Dessa relação jurídica preexistente, nasce o dever de indenizar.

De forma que sempre que a fonte for um contrato, a responsabilidade será contratual em caso de violação do dever jurídico. Preexiste uma relação jurídica anterior entre o causador do dano e a vítima.

Para configurar o dever de indenizar alguns pressupostos devem ser analisados, tais como: a existência de contrato válido, a inexecução do contrato, o dano e o nexos causal, o inadimplemento e a mora. Presentes tais requisitos pode-se falar em responsabilidade contratual.

Uma característica importante dessa espécie de responsabilidade é que a culpa é presumida, havendo conseqüente inversão do ônus da prova ao causador do prejuízo. Não se trata de regra absoluta, tendo em vista que se responsabilidade civil contratual pode advir de obrigação de resultado e então seguirá a regra, podendo ser caso até de responsabilidade objetiva, porém se for de meio, a culpa deverá ser provada.

⁸CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.15.

O doutrinador Sérgio Cavalieri⁹ trata da responsabilidade extracontratual, como sendo aquela em que o dever de indenizar surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica, também chamada de ilícito aquiliano. Trata-se da hipótese do artigo 951 do Código Civil vigente.

Hodiernamente, a diferenciação entre a responsabilidade contratual e extracontratual é muito parca, uma vez que se doutrina a unificação da responsabilidade.

2.2 - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

De acordo com o autor acima citado duas teorias embasam a responsabilidade civil brasileira: a subjetiva e a objetiva.

Seguindo a teoria subjetiva, tem-se que o elemento culpa é essencial, é ônus do lesado comprovar o nexo entre a conduta (comissiva ou omissiva) que gerou o dano. Entenda-se por culpa a inobservância de um dever, firmado por contrato, ou decorrido de lei.

Enquanto que a teoria objetiva defende a idéia de responsabilidade, independente da culpa. Neste caso, o lesado se desincumbe do ônus imposto pela teoria subjetiva.

Assim, no caso concreto a vitima deve apenas comprovar a existência de nexo causal entre a conduta do agente e o resultado danoso. Com maiores chances de êxito em seu intento.

⁹ Ibidem, p.16

3.RESPONSABILIDADE CIVIL DO MEDICO

Em regra, a responsabilidade civil do médico na relação com paciente é subjetiva, pautada na culpa em seu atuar. Esse era o entendimento do Código Civil de 1916, conforme artigo 159 do referido diploma legal, o qual previa que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. De igual forma, o artigo 1.545, também trazia normas que exemplificavam essa subjetividade. Tal artigo trazia norma específica expressa sobre os médicos: “os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.”

O Código vigente repetiu a regra, uma vez que os artigos 186 e 927, repetem a norma do antigo art. 159. *In verbis*:

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.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil ressalva a responsabilidade objetiva por risco, aplicável excepcionalmente a algumas especialidades, como a do cirurgião plástico.

O artigo 1.545 do revogado Código Civil, cuidava de especialização da regra geral da responsabilidade por culpa, sendo substituído pelo artigo 951 do Código Civil vigente, que dispõe o dever de indenizar por parte daquele que “no exercício de atividade

profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”, mantendo a regra antes adotada.

Ademais, insta ressaltar que a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que trata das relações de consumo, serve de diretriz para a relação médico-paciente, sendo perfeitamente aplicável, estando o paciente sob o pálio da aludida lei, gerando consequências relevantes na disciplina jurídica da matéria, sobretudo no campo probatório. Tal Código em seu artigo 14 § 4º reproduz a regra da lei geral, ao dispor que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa”.

Forçoso inferir que, de acordo com as normas legais, exige-se dos médicos a observância do dever de prudência, diligência e perícia no exercício de sua atividade, de tal sorte que ele não se responsabiliza, em regra, pelo resultado adverso que possa advir ao paciente como decorrência de acidentes ou processos mórbidos cujo controle se situe além do estado da arte e das disponibilidades técnicas e materiais do médico.

Tal conclusão advém da máxima de que a obrigação do médico é dita de meio, pois em regar se obriga a empregar os meios adequados, segundo o estado da técnica e da arte médicas, para curar o paciente, mas não se obriga a garantir o resultado da cura. Por isso, a sua responsabilidade nasce, não do fracasso na obtenção do resultado da cura em si, mas tão-somente do emprego de meios inadequados para atingir aquele resultado, quando ele não é atingido.

Contudo, há exceções de relevo que ocorrem quando o médico assume a responsabilidade pelo resultado que é na hipótese de cirurgia plástica embelezadora, quando o paciente são opta pelo procedimento cirúrgico para satisfazer um desejo pessoal, melhorando

sua auto-estima. Nessa hipótese a obrigação é de resultado, respondendo por tal, independente de ter aplicado corretamente a técnica cirúrgica.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL ORIUNDA DE OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Essa é a modalidade de responsabilidade de maior importância para o presente estudo, pois o médico especialista em cirurgia plástica se enquadra aqui, considerando que sua obrigação é de resultado.

A doutrina capitaneada por Aguiar Dias¹⁰, afirma com segurança que a responsabilidade médica advém de contrato celebrado com o paciente, apesar de topograficamente estar inserido no capítulo de atos ilícitos e que a obrigação é de resultado, no que é acompanhado pela corrente majoritária da doutrina e jurisprudência

Deve-se enfatizar que o negócio jurídico entre o médico e paciente é evidente de natureza contratual, oneroso e comutativo

Nesta espécie de responsabilidade se encontra a relação médico/paciente, em se tratando da especialidade cirurgia plástica embelezadora.

Assim um contrato a relação entre médico e paciente, em caso de descumprimento, o médico responderá na forma do art. 389 do Novo Código Civil: "Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.", salvo se provar motivo de caso fortuito ou força maior.

¹⁰ DIAS, Jose de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 252.

Segundo Sérgio Cavalieri¹¹, de um contrato *sui generis* e uma vez inadimplido, caracterizará um tipo especial de culpa do médico. Especial porque, mesmo se tratando de um contrato não cumprido pelo contratado, a culpa do médico deve ser provada pelo paciente, não havendo a presunção de culpa do contratado – presunção esta característica dos contratos, em nosso ordenamento jurídico, quando a obrigação contratual não for satisfeita pelo contratado. Prevalece, na relação contratual não adimplida, no caso de médico e paciente, a necessidade do paciente que acusa provar a culpa do médico, o que, via de regra, é o que predomina nas demais relações jurídicas em nosso ordenamento.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º inciso VIII, o magistrado pode mitigar deferir a inversão do ônus da prova, fazendo com que o médico comprove a ausência de culpa. Ressalvando as hipóteses excludentes de responsabilidade tais como: força maior, caso fortuito ou que o resultado previsto foi alcançado, nos limites das possibilidades da ciência médica atual e em conformidade com contrato assinado com o paciente.

Em que pese a corrente doutrinária majoritária, entre os quais podemos citar Aguiar Dias¹², defender se tratar de responsabilidade contratual, há autores que entendem se tratar de responsabilidade extracontratual dos médicos, sob o fundamento de que o fato de o Código Civil haver disposto sobre a responsabilidade dos médicos no art. 951. A partir desta visão, na relação médico-paciente, não haveria a formação de um contrato, sendo a responsabilidade por todo dano nascida da regra básica do não-lesar, sem que haja em sua base uma determinação contratual. Com isso o ônus *probandi*, recairia sob o paciente/autor, sob pena de improcedência do pleito jurisdicional em caso de não comprovação.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15.

¹² DIAS, Jose de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 253.

Assim, para os autores acima mencionados, trata-se de responsabilidade contratual, ou seja, a relação formar-se-ia a partir de um contrato entre o médico e o seu paciente, buscando esse a melhora de sua saúde, com o objetivo de amenizar a situação do paciente. A cura não deve se conformar com objeto do contrato. Tendo por objeto uma obrigação de meio ou de resultado.

Importante inovação jurisprudencial começa a se desenhar na medida em que, o entendimento do ilustre Ministro Ruy Rosado Aguiar¹³ é no sentido de que, por se tratar de especialidade da cirurgia geral, a obrigação do cirurgião plástico em procedimentos de cirurgia estética puramente deveria ser de meio, pois o resultado é envolvido pela imprevisibilidade.

4. CIRURGIA ESTÉTICA REPARADORA E EMBELEZADORA

A cirurgia estética reparadora segue a regra geral, isto porque visa reparar uma deformidade, causada por alguma enfermidade hereditária ou não. Assim, o médico responderá pela técnica empregada de forma inadequada, ou por alguma circunstância da culpa (imperícia, imprudência, negligência), sua obrigação é de meio. Não há compromisso com o resultado.

¹³ AGUIAR, Ruy Rosado. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 39.

Um exemplo desse tipo de procedimento cirúrgico é o desenvolvido pelos profissionais do Instituto Nacional do Câncer-INCA¹⁴, onde são realizadas cirurgias de natureza reparadora, para reconstrução de áreas afetadas pelo tumor.

As cirurgias estéticas embelezadoras são realizadas em pacientes sadios, que optam por se submeter ao procedimento cirúrgico, para satisfazer desejo pessoal, elevar a auto-estima e assim sentir-se mais belos.

O mestre da cirurgia plástica Doutor Ivo Pitanguy¹⁵, autoridade no assunto, mundialmente reconhecido, afirma ser difícil definir a beleza, pois diz ele é a plenitude e sua expressão exterior é uma harmonia diferente em cada grupo étnico, o que procuramos, como cirurgiões, seria mais mitigar a deformidade do que recriar a beleza. O ideal de beleza é individual, sendo uma experiência subjetiva que depende de fatores extrínsecos (etnia, religião, situação geográfica) e intrínsecos (temperamento, sensibilidade, cultura). Assim, segundo ele, o cirurgião é um artista limitado, pois o corpo humano revela-se único e as conseqüências podem ser surpreendentes.

Assim, falar em obrigação de resultado, responsabilidade objetiva, com culpa presumida, pode ser compreendido como inadequado, e ameaçador a segurança dos contratos, tendo em vista o alto caráter subjetivo do resultado.

O que deve ficar esclarecido neste tipo de relação cirurgião-plástico/paciente são os deveres e direitos de cada um dos contratantes. As diretrizes são traçadas pela legislação civil vigente, pelo CDC, e pelo Conselho Federal de Medicina, na forma da resolução nº 1.711, de 10 de dezembro de 2003.

¹⁴ RIO DE JANEIRO. Instituto Nacional do Câncer. Disponível em: <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/inca/portal/home>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2012.

¹⁵ NIGRE, Andre Luis. *Direito em Medicina*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 12.

O principal deles é o consentimento informado, trata-se de dever do cirurgião e direito do paciente. Através do qual o paciente participa de toda e qualquer decisão sobre tratamento que possa afetar sua integridade psicofísica, devendo ser alertado pelo médico dos riscos e benefícios das alternativas envolvidas, sendo manifestação do reconhecimento de que o ser humano é capaz de escolher o melhor si sob o prisma da igualdade de direitos e oportunidades. Afinal, trata-se de um procedimento cirúrgico de risco, como outro qualquer e não de mero tratamento estético. Pode haver intercorrências e reações adversas.

Outro que merece destaque é o dever de informar, que encontra fundamento no Código de Defesa do Consumidor que dispõe sobre os princípios da transparência e boa-fé, que devem guiar as relações em geral. A nova ordem mundial não admite mais que as pessoas se submetam a qualquer procedimento que seja, sem a devida informação de seus riscos e benefícios.

5.- ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Discute-se na jurisprudência a possibilidade de cumulação de pedidos de danos morais e danos estéticos, mas a posição majoritária da jurisprudência atual é no sentido de admitir a cumulação de tais pedidos, entendendo que não se trata de *bis in idem*, mas sim de duas espécies de danos diversas. Dano moral, segundo posição do Superior Tribunal de Justiça-STJ, corresponde à violação do direito à dignidade e à imagem da vítima, assim como ao sofrimento, à aflição e à angústia da pessoa; enquanto que o dano estético decorre da modificação da estrutura corporal do lesado, enfim, da deformidade a ele causada. O referido

tribunal editou a súmula 381, na qual reconhece a possibilidade de cumulação de ambos pedidos decorrentes de um mesmo fato, pacificando a matéria.

A jurisprudência dos tribunais é dominante no sentido de entender que a responsabilidade do profissional cirurgião plástico quando realiza procedimento de natureza estética embelezadora é fundada em obrigação de resultado.

Contudo, interessante decisão da turma do STJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, merece destaque, uma vez que não obstante se tratar de obrigação de resultado a responsabilidade do profissional se mantém subjetiva, no entendimento da relatora, conforme decisão no REsp 1180815 / MG que se reproduz

Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 19/08/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 26/08/2010 RB vol. 563 p. 29 RT vol. 903 p. 196

Ementa RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.

1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.

2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.

3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional.

4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.

RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Por esse julgado, observa-se que a relação entre médico/paciente é considerada relação de consumo, incidindo normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

O Ministro Ruy Rosado Aguiar vai além e defende que a obrigação do cirurgião plástico é de meio, pois se trata de especialidade da cirurgia geral, sendo irrazoável

dar tratamento desigual ao cirurgião plástico e ao geral, considerando que ambos procedimentos são aleatórios, sujeitos a insucessos e imprevistos. E que diante das limitações do corpo humano e das inúmeras reações que podem advir, sendo impossível exigir que o médico garanta o resultado, entendendo que o próprio profissional não deve comprometer-se com o resultado. Indo de encontro com a posição majoritária.

Sobre o tema assim se posiciona o Ministro Ruy Rosado Aguiar¹⁶:

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, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão de ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios.

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

Novidade sobre o tema é o projeto de Lei nº437/2007¹⁷, de autoria da senadora Maria do Carmo Alves, em que se define punições para casos de erro médico, cujo relator é o senador Waldemir Moka (PMDB).

O Senado começa a discutir a atualização de penas por erro médico, sendo a Comissão de Assuntos Sociais responsável pela apreciação do projeto. As propostas sugeridas

¹⁶AGUIAR, RuyRosado. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 39.

¹⁷BRASIL. Projeto de Lei 437/2007. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 5 de janeiro de 2012.

modificam, as sanções previstas no artigo 22 da Lei nº 3.268/1957, que trata dos conselhos de Medicina.

Entre as principais alterações está a criação de penas intermediárias, e a entre as atuais de suspensão temporária da atividade profissional e a de cassação definitiva do diploma. A nova lei promete ser mais adequada trazendo gradações para as punições e assim, evitar a impunidade de profissionais que atuem em desconformidade com a atividade.

O aspecto mais polêmico é a autorização ao médico punido nos casos de imperícia para retomar a atividade após treinamento.

Segundo o senador relator supramencionado¹⁸, o próprio Conselho Federal de Medicina se manifesta contrariamente a essa possibilidade. O referido projeto de lei está sob análise de sua constitucionalidade pela Comissão de Constituição de Justiça do Senado (CCJ). No relatório, o senador afirma que o fato do Conselho Federal de Medicina (CFM) ser uma autarquia, com atividades típicas do Estado, pode fazer com que o projeto se torne letra morta, sendo barrado por vício de inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, conclui-se que o tema ainda terá desdobramentos, porém o aumento indiscriminado de procedimentos cirúrgicos deve atrair a atenção das autoridades, pois não obstante a especialidade de cirurgia plástica ter status de excelência no Brasil, alguns

¹⁸ BRASÍLIA. Projeto de Lei 437/2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 5 de janeiro de 2012.

profissionais atuam de forma desordenada colocando em perigo a integridade do paciente. Em contrapartida a cultura do belo e da perfeição física deve ser combatida junto à população, afinal a cirurgia plástica é uma especialidade médica e como tal apresenta riscos inerentes a qualquer procedimento cirúrgico.

É de fundamental importância que na relação médico/paciente os deveres e direitos de ambas as partes fiquem bem definidos para que não haja frustrações e insatisfações, pois o corpo humano é único e a medicina não é ciência exata, na qual o resultado seja previsível.

A missão do médico cirurgião plástico é promover o bem-estar, físico e psíquico do paciente, minimizando sofrimentos e devolvendo sua auto-estima. Contudo, ressalte-se que a beleza é subjetiva.

Destarte, a questão deve ser analisada no caso concreto, considerar a obrigação do cirurgião plástico de resultado, dispensando-lhe tratamento diferenciado das demais especialidades médicas pode comprometer a segurança das relações, considerando o caráter altamente subjetivo do resultado e a limitação do corpo humano que pode apresentar reações adversas. No momento, a doutrina e jurisprudência majoritárias pendem a considerar a obrigação do cirurgião plástico nos procedimentos puramente estéticos de resultado. Contudo, vozes de relevo como da Ministra Nancy Andrighi¹⁹ e do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior²⁰ merecem destaque, no sentido de redesenhar a jurisprudência acerca da matéria, considerando suas posições mais adequadas a primeira defendendo se tratar de

¹⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1180015/MG. Relator Min. Nancy Andrighi. Publicado no DJ de 26.08.2010.

²⁰AGUIAR, RuyRosado. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 39.

obrigação de resultado, mas sendo a responsabilidade subjetiva, o elemento culpa é essencial para uma eventual condenação.

Enquanto o ilustre Ministro mencionado, em posição mais vanguardista, considera a obrigação de meio, punindo inclusive os profissionais que se comprometam com o resultado, sob o fundamento de ser impossível exigir do cirurgião plástico o resultado de procedimento cirúrgico, uma vez que a medicina é uma ciência inexata, apesar de todo fantástico avanço tecnológico.

REFERENCIAS

AGUIAR, RuyRosado. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. 6. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1180015/MG. Relator Min. Nancy Andrighi. Publicado no DJ de 26.08.2010.

BRASIL. Projeto de Lei 437/2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 5 de janeiro de 2012.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico sob enfoque da Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

DIAS, Jose de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

MONTEIRO, Washigton de Barros. *Curso de Direito Civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

NIGRE, André Luis. *Direito e Medicina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VENOSA, Silvio. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.