

A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ERRO MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA: O PAPEL DO DIREITO NA PRÁTICA DO CULTO AO CORPO¹

CIVIL LIABILITY AND MEDICAL ERROR IN AESTHETIC PLASTIC SURGERY: THE ROLE OF LAW IN THE BODY CULT PRACTICE

Ana Júlia Sertorio CAROPREZO²

Fabiana Maria Martins Gomes de CASTRO³

RESUMO

O presente artigo versa sobre a responsabilidade civil específica em casos de erro em cirurgia plástica estética e tem como propósito identificar as situações em que se configura o erro médico, havendo o dever de indenizar a vítima. Outrossim, estuda a responsabilidade civil assumida pelo cirurgião plástico estético, bem como os pressupostos da obrigação de reparar, as excludentes de ilicitude e o ônus da prova. A relevância do tema reside na necessidade de um grande apoio jurídico, visto que há uma grande procura pelas cirurgias plásticas para fins de embelezamento, causando um aumento nas demandas judiciais envolvendo os profissionais responsáveis por realizar tais procedimentos. Por fim, recorre-se ao método dedutivo e a diversos meios de pesquisas, sendo eles: livros, doutrinas, meios virtuais (Internet), artigos científicos e jurisprudência.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Erro Médico. Cirurgia Plástica Estética.

ABSTRACT

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2021-2022) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Franca, aluna pesquisadora PIBIC 2021/2022. Atualmente é estagiária no Tribunal de Justiça de São Paulo, Celular: (17) 99631-3455, e-mail: anacaroprezo@gmail.com, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9082861245213368>, endereço: Rua Doutor Clóvis Ribeiro Vieira, nº 600, São José, Franca-SP.

This article deals with civil liability specified in cases of error in aesthetic plastic surgery and aims to identify the situations in which medical error occurs, with the duty to indemnify the victim. Furthermore, it studies the civil liability assumed by the aesthetic plastic surgeon, the assumptions of the obligation to repair the exclusions of illegality and the burden of proof. The relevance of the topic lies in the need for great legal support, since there is a great demand for plastic surgeries for beautification purposes, causing an increase in lawsuits involving professionals responsible for performing such procedures. Finally, the deductive method and various means of research are used, namely: books, doctrines, virtual means (Internet), scientific articles and jurisprudence.

Keywords: Civil Liability. Medical Error. Aesthetic Plastic Surgery.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, em relação à existência de padrões de beleza preestabelecidos pela sociedade e pela mídia, há um número significativo de pessoas em busca de melhorar a aparência por meio da cirurgia plástica estética. Nesse sentido, o Brasil destaca-se em primeiro lugar como um dos países que mais realizam cirurgias plásticas no mundo. Com isso, há um crescimento expressivo nas demandas judiciais envolvendo os profissionais responsáveis por realizar tais procedimentos.

Sendo assim, a presente pesquisa justifica-se pelo seu valor teórico, social e jurídico diante da realidade do Brasil. Posto isso, tem como propósito identificar as situações em que há o dever de reparar em uma cirurgia plástica estética, configurando-se o erro médico, bem como analisar a culpa e a responsabilidade civil do cirurgião plástico.

Sua relevância reside na necessidade de um grande apoio jurídico, a fim de fornecer segurança e garantia no exercício da medicina, bem como nos direitos do paciente lesado, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, trata-se de um procedimento que está relacionado ao bem jurídico de maior valor tutelado pelo Estado: a vida.

A imputação da responsabilidade ao profissional médico preza em tornar a vítima indene. Para isso, deve haver a compensação pelo dano, a fim de minorar o prejuízo. Assim, a justiça precisa ser acionada para garantir a reparação dos danos morais, materiais e estéticos sofridos pelo paciente lesado, sendo indispensável um exame aprofundado por parte do julgador. Destarte, vislumbra-se a importância do tema a ser elaborado e questionado.

Para isso, julga-se essencial uma abordagem apropriada do tema, e o presente artigo partirá, em seu capítulo inicial, da dinâmica sobre o instituto da responsabilidade civil, como os contornos históricos, conceito, funções e principiologia.

De maneira sequencial, estudará a obrigação de reparar, com a abordagem de seus pressupostos, classificação doutrinária no Direito brasileiro, tipos de dano e excludentes de responsabilidade.

Abordará, ainda, a responsabilidade do cirurgião plástico estético no país, realizando estudos acerca da cirurgia plástica no Brasil; dos direitos e deveres em uma relação médico-paciente; da culpa médica e ônus da prova; e da análise de posicionamentos jurisprudenciais, de modo a evidenciar em quais situações ocorrem ou não a configuração do erro médico.

Por fim, quanto à metodologia, recorre-se ao método dedutivo. Neste artigo, serão utilizados diversos meios de pesquisas, sendo eles: livros, doutrinas, meios virtuais (*Internet*), artigos científicos e jurisprudência.

2 A DINÂMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil conquista seu espaço no direito moderno, tendo em vista os diversos conflitos de interesses vivenciados pela sociedade e o crescimento expressivo nas demandas judiciais sobre a temática. Por isso, para identificar em quais hipóteses há a incidência de indenizar em cirurgias plásticas estéticas, é importante traçar os contornos históricos e os princípios deste instituto jurídico.

2.1 OS CONTORNOS DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No princípio, a ideia de responsabilidade civil não estava ligada ao fator culpa, mas ao sistema de vingança coletiva, por meio do qual a sociedade primitiva reagia ao dano causado a um de seus componentes de maneira imediata e brutal. Nesse sentido, destaca Carlos Roberto Gonçalves⁴: "nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações."

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*, p. 76.

Posteriormente, no direito romano, evoluiu para uma vingança privada, em que, de maneira individual, os homens faziam justiça com as próprias mãos, baseados em uma ideia de proporcionalidade. Amparados pela Lei de Talião, reagiam sob o preceito do “mal pelo mal”, caracterizado pela expressão “olho por olho, dente por dente”. Não havia qualquer reparação do dano sofrido, mas apenas um ato de fazer com que o autor da conduta lesante sofresse o mesmo prejuízo que a vítima.

Na época, o poder público exercia apenas a função de declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, provocando ao lesante dano idêntico ao que causou. Tal critério é evidenciado na Lei das XII Tábuas: “*si membrum rupsit, ni cum eu pacit, talio esto*” (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo). Desse modo, entendia-se que a responsabilidade era objetiva, pois independia de culpa, bastando a reação do lesado contra o lesante.

Com o passar do tempo, ainda vigorando a Lei das XII Tábuas, foi iniciado o período da composição obrigatória e tarifada, substituindo a vingança privada. Nesse período, há maior intervenção estatal e a lei determina o quantum para a indenização, de modo a regulamentá-lo de acordo com o caso concreto. O Estado assume a responsabilidade de reprimir ao dosar a pena a ser paga pelo ofensor, estipulando valores para as diversas espécies de lesão ou dano. Logo, deu-se origem à ação de indenização.

Com o advento do direito romano, a *Lex Aquilia de damno* origina a ideia de reparação pecuniária do dano, estabelecendo as bases da responsabilidade extracontratual. Conforme as palavras de Maria Helena Diniz:

A *Lex Aquilia de damno* veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, sob a condição de existência de culpa do agressor, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido

sem culpa. Passou-se a arbitrar o dano à conduta culposa do agente.⁵

O estabelecimento da teoria da responsabilidade civil se dá com o jurista francês Domat, que introduz o princípio geral da responsabilidade civil, influenciando as legislações de vários países que estabeleceram a culpa como fundamento, inclusive do Brasil.

O Código Civil francês, que veio logo após a Revolução Francesa, cujos princípios eram a liberdade, a igualdade e a fraternidade, é um ponto fundamental para a dinâmica da responsabilidade civil, pois estabelece sua base. Nesse contexto, objetivava-se, com o aperfeiçoamento dos pensamentos romanos e com a interpretação extensiva da Lex Aquilia, impedir a interferência abusiva do Estado na sociedade francesa.

De início, introduz a ideia de responsabilidade baseada na culpa, ainda que mínima, como preceitua Carlos Roberto Gonçalves⁶, “Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado).” Logo, o Código Civil francês introduz a distinção entre a responsabilidade civil e a pena, estruturando as bases do dolo e da culpa *stricto sensu*. Além disso, é responsável pela previsão da responsabilidade contratual.

Ao avançar ainda mais sobre a temática, o direito francês passa a admitir uma responsabilidade civil sem culpa, ou seja, uma responsabilidade objetiva, com fulcro na teoria do risco. Essa objetivação da responsabilidade visava à proteção jurídica da pessoa humana, bastando a prova de que o evento danoso ocorreu em razão de determinada atividade de risco e de uma violação às regras determinadas na lei, tanto de uma conduta comissiva, como omissiva. Baseava-se no princípio do *ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi onus*), que significa que a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deve arcar com suas consequências.⁷

No Brasil, o Código Criminal de 1830 prevê o dever do agente ofensor em satisfazer a vítima pelo dano causado por seu delito. Tal fato é imprescindível para a constituição da responsabilidade civil, pois estão intimamente ligadas.

5 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – v. 7: responsabilidade civil – 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 28.

6 GONÇALVES, Carlos. Roberto, 2022, op. cit., p. 79.

7 DINIZ, Maria Helena, 2021, op. cit.

A responsabilidade civil objetiva, no âmbito brasileiro, vem com o Decreto nº 2.681 de 07 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro: “art. 26 – As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração das suas linhas causar aos proprietários marginais.”⁸

Foi com o advento do Código Civil de 1916, influenciado pelo direito francês e elaborado por Clóvis Beviláquia, que está consagrada a teoria da culpa, adotando, como regra, a responsabilidade civil subjetiva. Desse modo, é elencado em seu artigo 159 que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

O Código Civil de 2002, por sua vez, mantém a ideia de responsabilidade subjetiva como regra, prevendo no artigo 186: “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”.⁹ Além disso, por meio do artigo 187, amplia a ideia de ato ilícito que pune, inclusive, o excesso. Dessa maneira, o exercício de um direito fica condicionado a determinados limites que se opõem ao uso de maneira abusiva.

O Código Civil incorpora uma das principais inovações ao prever dano moral, anteriormente elencado no corpo da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso V, a qual introduziu a possibilidade de dano material, moral ou à imagem.

Outrossim, o Código Civil de 2002 também adota a teoria do risco, por meio da responsabilidade objetiva, sendo esta a exceção, a qual independe de culpa, nos casos previstos em lei ou quando a atividade oferecer riscos aos direitos de terceiros. Portanto, admite um sistema misto de responsabilidade.

2.2 OS CONCEITOS E AS FUNÇÕES DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

8 BRASIL. Decreto nº 2.681 de 07 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm#:~:text=D2681%20de%201912&text=O%20Presidente%20da%20Rep%C3%BAblica%20dos,mercadorias%20que%20receberem%20par%20transportar.

9 BRASIL. Código Civil. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

O termo responsabilidade civil significa “a obrigação que pode incumbir uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependem”¹⁰. Nesse sentido, Nelson Rosenvald apresenta: “Responsabilizar já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, responsabilizar se converteu em reparar os danos. Agora, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção dos ilícitos.”¹¹

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Contudo, há, por vezes, excludentes que impedem a indenização.¹² Assim, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

O dever de reparar dano deriva do verbo *respondere*, que significa segurança, garantia, responsabilizar-se. Além disso, na Roma Antiga, em 526 a.C., já se evidenciava o preceito desenvolvido por Ulpiano no Código Justineaneu - também conhecido como *Corpus Juris Civilis*, o *alterum non laedere ou neminem laedere*, cujo significado pode ser compreendido como “não lesar a outrem”.

Hoje, tal princípio apresenta uma importância e influência nas normas sociais e jurídicas brasileiras e se encontra epigrafado no artigo 186, do Código Civil Brasileiro, o qual versa sobre ato ilícito e também na Constituição da República Federativa do Brasil, especificamente nos artigos 5º, XXXV, que prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e 1º, III, que coloca como um dos seus objetivos básicos a “dignidade da pessoa humana”.

A responsabilidade civil desempenha um papel fundamental na sociedade, uma vez que reestabelece o equilíbrio violado pelo dano. Para Nelson Rosenvald, suas funções são: (i) função reparatória, (ii) função punitiva e (iii) função precaucional.¹³ Nesse sentido, objetivam promover medidas capazes e eficientes para reparar os danos, restituindo o prejudicado ao *statu quo ante*; imputar sanção de natureza compensatória ao ofensor, que assumirá a obrigação de sanar eventuais prejuízos causados a outrem e adotar meios para desestimular a prática de atos lesivos.

10 Savatier, René. *Traité de la Responsabilité Civile em Droit Français - civil, administratif, professionnel, procédural*. Deuxième Édition. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951. Tome I.

11 FARIAS, Cristiano Chaves De; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book, p. 126.

12 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

13 FARIAS, Cristiano Chaves De; ROSENVALD, Nelson, 2019, op. cit.

Nos ensinamentos de Nelson Rosenvald, a função reparatória tem o condão de transferir os danos do patrimônio do lesante ao lesado para neutralizar as consequências sofridas, com a proteção do *status quo ante* dos indivíduos prejudicados.¹⁴ Nesse caso, há reparação pecuniária e reprivatização da situação existente, compensando o lesado pelo prejuízo econômico sofrido e restituindo-o às condições em que se encontrava antes. Essa função é considerada clássica e ainda dominante na responsabilidade civil brasileira.

A função punitiva consiste na aplicação de uma pena civil como sanção ao agente causador de dano, visando ao desestímulo de condutas lesivas. Destarte, o agente é conduzido ao juízo cível para que sua responsabilidade seja apurada. Tal sanção pode ser vista também como uma forma de desestimular a prática reiterada de atividades danosas, uma vez que conscientiza a sociedade acerca da possibilidade de ser convocada em juízo para responder pelo dano provocado.¹⁵

A função precaucional objetiva inibir a prática ou a reiteração de atividades potencialmente danosas, ou seja, agir perante a riscos e ameaças. Logo, baseia-se na antecipação de riscos graves e irreversíveis, diante da probabilidade de determinada conduta se repetir.¹⁶

Portanto, as funções da responsabilidade civil desempenham um papel fundamental na sociedade, uma vez que reestabelecem o equilíbrio violado pelo dano, com a devida punição ao agente lesante, desestimulando sua conduta e inibindo a reiteração desta.

2.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo Nicola Abbagnano¹⁷, princípio é o “ponto de partida e fundamento de um processo qualquer”. Assim, são disposições fundamentais que se fundam na ideia de harmonia, devendo indicar às normas jurídicas o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos a fim de extinguir todo e qualquer atrito. Se os preceitos das normas jurídicas desviarem do rumo indicado pelos princípios, tornar-se-ão inválidos.

14 Ibidem.

15 Ibidem.

16 Ibidem.

17 ABAGGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. WMF Martins Fontes; 6 ed., 2012, p. 792

O princípio da dignidade da pessoa humana consolida-se no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988¹⁸ e possui um valor supremo, pois tutela a integridade física e psíquica do homem. Impõe respeito, proteção e condições que viabilizem a vida com dignidade. A dignidade apresenta uma dimensão dúplice, sendo protetiva e promocional. Encontra-se no epicentro da ordem jurídica brasileira, uma vez que concebe a valorização da pessoa humana como razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito. Assim sendo, quando há agressão à dignidade da pessoa humana, tal fato deve ser objeto de reparação.

O direito de solidariedade é desvinculado de uma mera referência a valores éticos transcendentais e adquire fundamentação e legitimidade política nas relações sociais concretas, articulando uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum.¹⁹ Tem-se os ensinamentos de Bodin de Moraes, que apresenta acerca do princípio da solidariedade:

Ao direito de liberdade da pessoa será sopesado o dever de solidariedade social, não mais reputado como um sentimento genérico de fraternidade que o indivíduo praticará na sua autonomia, mas como um verdadeiro princípio, que se torna passível de exigibilidade.²⁰

O princípio da prevenção objetiva inibir, previamente, os riscos de dano potencial indesejável. Tem aplicação contra os riscos já conhecidos e experimentados, encontrados em casos em que já se formou certeza, ou pelo menos forte consenso científico, sendo certo que existem técnicas capazes de prever a sua provável ocorrência. Assim, impõe-se determinada ação para prevenir esses danos ou impedi-los. Nesse viés:

Toda pessoa ostenta um dever ex ante de evitar causar um dano injusto, agindo conforme a boa-fé e adotando comportamentos prudentes para impedir que o dano se produza ou que se reduza a sua magnitude. Ademais, caso o dano já tenha sido

18 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm.

19 FARIAS, Cristiano Chaves De; ROSENVALD, Nelson, 2019, op. cit., p. 112.

20 Ibidem, p. 110.

produzido, que se evite o seu agravamento (duty to mitigate the own loss).²¹

Por sua vez, o princípio da reparação integral preza em tornar a vítima indene e possui a finalidade de repor o ofendido ao estado anterior ao dano injusto, transferindo ao patrimônio do ofensor as consequências do evento lesivo. Seu escopo encontra-se na noção de justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles – posteriormente designada por Tomás de Aquino como justiça comutativa –, que aduzia que a obrigação de indenizar os danos tem por finalidade compensar o sofrimento que a vítima sofreu em decorrência de certo fato.²² Referido princípio é asseverado no art. 944 do Código Civil, sucintamente enunciando que: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. O dispositivo enfaticamente relaciona a dimensão dos danos sofridos pelo ofendido com a respectiva reparação.

O princípio pode ser concretizado de duas formas: a priori, a reparação se dá mediante a restituição ao ofendido do mesmo bem em substituição ao outro – com a cessação dos efeitos danosos anteriores ao evento –, ou então, de maneira pecuniária, com o pagamento de uma indenização que possa equivaler, razoavelmente, ao interesse lesado. Ademais, busca a reparação da totalidade do dano, aplicando-se a função compensatória; a vedação do enriquecimento injustificado do lesado e a avaliação concreta dos prejuízos sofridos. Tais funções estão sintetizadas pela doutrina francesa como “*abrangendo tout le dommage, mais rien que le dommage*” (“todo o dano, mas não mais que o dano”).

3 DA OBRIGAÇÃO DE REPARAR

Para traçar as hipóteses em que há o dever de indenizar nas cirurgias plásticas estéticas, considera-se de suma relevância aprofundar o estudo acerca da responsabilidade civil e da obrigação de reparar no Direito brasileiro.

²¹ Ibidem, p. 119.

²² Ibidem, p. 130.

3.1 OS PRESSUPOSTOS DA OBRIGAÇÃO DE REPARAR

Os elementos constitutivos da responsabilidade são: a conduta (ação ou omissão), o dano, o nexo de causalidade e a culpa. Contudo, faz-se necessário analisar se a responsabilidade é subjetiva ou objetiva para verificar a imprescindibilidade de cada um.

A conduta pode ser definida pela ação ou omissão do agente causador de dano. A ação ou omissão baseia-se na conduta humana, a qual faz surtir o dano, gerando a necessidade de reparação. Desse modo, Maria Helena Diniz define como conduta: "Ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado."²³

Sérgio Cavalieri Filho conceitua o dano como:

A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.²⁴

O nexo causal é a relação entre a conduta humana e o dano sofrido, ou seja, para que seja configurada a responsabilidade civil, a conduta do ofensor deve resultar em dano. Segundo Sílvio Venosa, nexo causal: "É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável."²⁵

Por fim, cita-se a culpa. Em sentido amplo, é entendida como a violação de um dever jurídico em consequência de um ato intencional ou de uma falta de diligência ou cautela. Desse modo, compreende o dolo, que evidencia a vontade consciente do ofensor em causar o prejuízo à vítima. A culpa em sentido estrito é caracterizada pela imperícia, imprudência ou

23 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book, p. 37.

24 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas. 15 ed., 2021.

25 VENOSA, Sílvio de Salvo, 2022, op. cit.

negligência, conforme o art. 186, do Código Civil. Conforme Maria Helena Diniz:

A conduta culposa é definida quando o causador do dano não tinha intenção de provocá-lo, mas por imprudência, negligência ou imperícia causa dano e deve repará-lo. Dessa maneira, constitui a violação de um dever jurídico imputável a alguém, em decorrência de omissão de diligência ou cautela.²⁶

A imperícia pode ser conceituada como a falta de habilidade, qualificação ou aptidão para praticar determinado ato; a negligência é a inobservância de normas, como a falta de atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência consiste no ato de agir sem a devida cautela, em que se soma essa falta de cuidado com a ação danosa.

3.2 A CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DA RESPONSABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A responsabilidade no Direito brasileiro é dividida em moral e jurídica. A responsabilidade moral não dispõe de coercitividade e não está submetida aos ditames do Estado, que não poderá obrigar o seu cumprimento. Além disso, a responsabilidade jurídica abrange a responsabilidade civil e a penal.

A responsabilidade penal pressupõe uma turbacão social com a violação de uma norma determinada pelo Código Penal, resultando na submissão do agente à pena que lhe for imputada pelo órgão judicante. A responsabilidade civil, por sua vez, requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado e objetiva que a vítima seja reparada do prejuízo que sofreu, recompondo-se ao *statu quo ante* ou recebendo uma indenização em dinheiro. Assevera o Código Civil brasileiro: “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”²⁷

A responsabilidade contratual se atribui ao descumprimento ou à má prestação de uma atividade à qual alguém estava obrigado em virtude

26 DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 961.

27 BRASIL. Código Civil. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

de liame contratual. Por outro lado, a responsabilidade extracontratual decorre da inobservância de um dever legal, ou seja, de uma lesão a um direito ou da prática de um ato ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesado e lesante.

Há a distinção entre responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva. A responsabilidade subjetiva consiste no dever de indenizar os danos causados em decorrência de uma ação ou omissão e requer a presença de quatro elementos: culpa, ato ilícito, dano e nexo de causalidade. Nesse caso, o ofensor deve ressarcir o prejuízo, caso fique provado que houve dolo ou culpa em sua ação. Como funda-se na culpa, o lesado deve demonstrar que o lesante agiu com imprudência, imperícia ou negligência para, como consequência, obter reparação do dano sofrido.

A responsabilidade objetiva, que diz respeito ao cirurgião plástico estético, encontra-se estabelecida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil:

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.²⁸

Depreende-se que essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, que cria risco de danos para a vida, saúde ou outros bens de terceiros.

A obrigação de indenizar, ainda que a conduta não seja culposa, é considerada uma inovação ao acolher a teoria do risco criado. Nesse sentido, a responsabilidade incide nos casos em que a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem. É necessário, portanto, que estejam presentes os demais requisitos, quais sejam, a ação, nexo de causalidade e dano

Como pontifica Marco Comporti, a atividade perigosa é a que contém notável potencialidade danosa, em relação ao critério da normalidade média, revelada por meio de estatísticas e elementos técnicos e da experiência comum.²⁹ Logo, o lesado é exonerado da prova da culpa, devendo provar apenas o nexo causal.

²⁸ Ibidem.

²⁹ COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil é objetiva. Prevista nos artigos 12 e 14, obriga o fornecedor a reparar os danos causados aos consumidores, independentemente de culpa. Contudo, o § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor demonstra a exceção quando se trata de profissionais liberais, sendo, nesse caso, necessária a verificação de culpa, ou seja, a comprovação de que os danos causados decorreram de negligência, imprudência ou imperícia do agente.

Para definir o tipo de responsabilidade do profissional, deve-se distinguir qual é a obrigação assumida por ele, se de meio ou de resultado. Em regra, a responsabilidade assumida pelo médico é de meio e, nesse caso, o paciente deve demonstrar que o profissional não atuou em consonância com o dever legal. Contudo, a obrigação assumida pelo cirurgião plástico estético é de resultado, pois o paciente visa a uma melhora significativa em sua aparência, devendo o profissional chegar o mais próximo possível do resultado cobiçado. Caso não seja satisfatório, e seja comprovado onexo causal relacionado à conduta do profissional da medicina, este tem o dever de reparar o dano causado contra seu paciente, como estabelece o artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor:

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

(...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.³⁰

3.3 OS TIPOS DE DANO

Consoante os ensinamentos de Maria Helena Diniz, dano consiste em:

30 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm

Um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, pois não pode haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Consiste na lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.³¹

Vale ressaltar que, para que haja dano indenizável, é imprescindível que ocorra a diminuição de um bem jurídico; a efetividade do dano, não podendo tratar-se de uma lesão hipotética ou conjectural; a causalidade, que diz respeito à ligação da conduta do lesante ao prejuízo causado ao lesado; a legitimidade, porque a vítima precisa ser titular do direito atingido e a ausência de causas excludentes de responsabilidade.

Na responsabilidade civil brasileira, no contexto da cirurgia plástica estética, encontra-se a classificação dos danos, que estão divididos em: a) dano patrimonial; b) dano moral; c) dano estético.

O dano patrimonial mede-se pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão. Dessa maneira, consiste na perda de um valor patrimonial, pecuniariamente determinado. Assim o ofensor fica obrigado a uma indenização pecuniária, constituindo uma forma de reparar os prejuízos financeiros, como todos os gastos que um paciente lesado teria ao ser vítima de um evento danoso após uma cirurgia plástica estética.

O dano moral decorre de ofensa aos direitos da personalidade, como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, a intimidade, os sentimentos afetivos e a própria imagem. Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III). Preceitua Maria Helena Diniz que:

Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência.³²

Ademais, o dano moral pode ser demonstrado por todos os tipos de provas admitidos em direito e sua reparação é, em regra, pecuniária, devido à impossibilidade do exercício do *jus vindicatae*. A reparação em dinheiro objetiva neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor,

31 DINIZ, Maria Helena, 1998, op. cit., p. 02.

32 Idem, 2022, op. cit., p. 203.

tristeza, angústia, pela superveniência de sensações positivas que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento.

O dano estético, de acordo com Código Civil (art. 949), configura-se por qualquer lesão significativa que altere a vida social e pessoal da vítima, mediante constrangimento e sentimento de desprezo pela exposição da imagem alterada em razão da lesão sofrida.³³

Assim, caracteriza-se por uma deformação humana externa ou interna, deixando, portanto, uma marca corporal na pessoa, que causa dor no seu íntimo e gera sofrimento no lesado perante as demais pessoas. Como exemplo, tem-se: mutilações; cicatrizes, mesmo que sejam acobertáveis pela barba, cabelo ou maquiagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos, dentre outros.³⁴

O dano estético, na maioria dos casos, resulta em prejuízo moral ao lesado, pois este sofre dores físicas e é atingido na integridade ou na estética de seu corpo. Portanto, o dano estético determina danos de natureza econômica.

O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que uma mesma conduta pode, a um só tempo, gerar danos materiais, estéticos e morais, de forma cumulada, como foi definido na Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”³⁵ e Súmula 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.³⁶

Segundo o entendimento firmado, permite-se a cumulação dos danos, pois, ainda que decorrentes do mesmo fato, é possível identificar cada um, devendo a vítima ser indenizada por todos os prejuízos sofridos.

3.4 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADES

33 MELO, Raimundo Simão. Indenizações cumulativas por danos material, moral e estético. Disponível em: [34 DINIZ, Maria Helena, 2022, op. cit.](https://www.conjur.com.br/2020-jan-17/reflexoes-trabalhistas-indenizacoes-cumulativas-danos-material-moral-estetico#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20C%3B3digo,(CC%20de%201916%2C%20art. Acesso em: 10 jun. 2022.</p></div><div data-bbox=)

35BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 37. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2475/Sumulas_e_enunciados#:~:text=S%3BAmula%20vinculante%20n%C2%BA%2037,sob%20o%20fundamento%20de%20isonomia.

36BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 387. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf

As excludentes de nexo de causalidade incidem tanto para a responsabilidade subjetiva, como para a objetiva. Nesse sentido, é possível o ofensor alegar a falta de responsabilidade pelo dano por culpa exclusiva ou fato exclusivo da vítima; culpa exclusiva ou fato exclusivo de terceiro e caso fortuito ou força maior.

A culpa ou fato exclusivo da vítima exclui o nexo de causalidade, porque o evento danoso é causado apenas pelo próprio prejudicado. Sendo assim, o suposto agente causador do dano, na realidade, não contribuiu de nenhuma forma para o fato.³⁷

Ressalta-se que as expressões “exclusiva” e “exclusivo” merecem destaque, pois, em casos de culpa ou fato concorrente, seja da vítima ou de terceiro, o dever de indenizar subsiste, podendo apenas ter o nexo de causalidade atenuado.

Quando há culpa concorrente da vítima e do agente, o entendimento do Conselho de Justiça Federal, no Enunciado n. 459 (aprovado na V Jornada de Direito Civil) revela que: “A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva”.³⁸

Sendo assim, pode haver a compensação das culpas; a divisão proporcional dos prejuízos; ou o critério da gravidade da culpa de cada um, que é elencado no art. 945 do Código Civil: “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”³⁹

Como segunda hipótese de excludente do nexo de causalidade, tem-se a culpa ou fato exclusivo de terceiro, em que o evento danoso não foi causado pelo agente, mas por outra pessoa que com ele não mantém relação jurídica. Conforme Sergio Cavalieri Filho, terceiro é “qualquer pessoa além da vítima e o responsável, alguém que não tem nenhuma relação com o causador aparente do dano e o lesado. Pois, não raro, acontece que o ato de terceiro é a causa exclusiva do evento, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima”.⁴⁰

37 DINIZ, Maria Helena, 2022, op. cit.

38 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 459, V Jornada de Direito Civil. In: Enunciados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/413#:~:text=A%20conduta%20da%20v%C3%ADtima%20pode,causalidade%20na%20responsabilidade%20civil%20objetiva>.

39 BRASIL. Código Civil. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

40 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas. 15 ed., 2021.

No tocante ao caso fortuito e força maior, trata-se de um evento inevitável ou irresistível, alicerçando-se no parágrafo único do artigo 393 do Código Civil: “Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.⁴¹

Nesse sentido, no caso fortuito e na força maior, há um acidente que produz prejuízo. Contudo, conforme o Enunciado n. 443 da V Jornada de Direito Civil, “o caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida”.⁴²

Todas as causas excludentes da responsabilidade civil deverão ser devidamente comprovadas e examinadas com cautela por isentarem o ofensor de reparar o lesado, sob o risco de deixá-lo sem a composição do dano sofrido.

4 A RESPONSABILIDADE DO CIRURGIÃO PLÁSTICO ESTÉTICO NO BRASIL

O posicionamento jurisprudencial nos Tribunais Superiores divide a aplicação da lei e sua interpretação nos casos de cirurgia plástica reparadora e cirurgia plástica estética. Assim, faz-se necessário compreender essa distinção no território nacional para identificar as hipóteses em que há o dever de ressarcir a pessoa prejudicada.

4.1 A CIRURGIA PLÁSTICA NO BRASIL

No início do século 19, surgiu o estudo da cirurgia plástica no Brasil. A partir da criação da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP), há um estímulo para a ampliação dos procedimentos cirúrgicos, com a sistematização de conhecimentos específicos.

41BRASIL. Código Civil. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

42 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 443, V Jornada de Direito Civil. In: Enunciados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/356#:~:text=O%20caso%20fortuito%20e%20a,for%20conexo%20C3%A0%20atividade%20desenvolvida>.

Com os avanços da ciência e da tecnologia aplicados à saúde, o Brasil destaca-se em primeiro lugar como um dos países que mais realizam cirurgias plásticas no mundo.⁴³ Segundo dados divulgados pela Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (ISAPS) e Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP), estima-se o total de 1,5 milhões de cirurgias ao ano, ultrapassando países como Estados Unidos e México, que ocupam o segundo e o terceiro lugar, respectivamente. Em 2016, 97 mil (6,6%) foram realizados em pessoas com até 18 anos, que justificam a escolha pelos procedimentos como insatisfação pela imagem.⁴⁴

A cirurgia plástica no âmbito brasileiro se divide em reparadora e estética. A reparadora tem o propósito de corrigir deformidades congênitas ou adquiridas, bem como mutilações resultantes de traumas. Assim, tal modalidade mostra-se capaz de reparar problemas de desenvolvimento, traumas, infecção, tumores ou doenças.⁴⁵ Por sua vez, a cirurgia plástica estética visa ao favorecimento da aparência, corrigindo imperfeições ou melhorando formas e contornos de um indivíduo, assumindo um objetivo meramente embelezador.

Segundo o psicólogo Michel da Matta Simões, pesquisador da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto (FFCLRP) da USP, a maioria das pessoas que se submetem às cirurgias plásticas estéticas são motivadas por demandas sociais que “que exigem dessas pessoas mais do que elas podem ou se sentem capazes de oferecer”.⁴⁶

Segundo o cirurgião plástico Victor Cutait, membro da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP), durante os meses do isolamento social causado pela COVID-19, a procura pelas cirurgias plásticas para fins de embelezamento aumentou intensamente em sua clínica, localizada em São Paulo.⁴⁷ Com isso, há um crescimento expressivo nas demandas judiciais envolvendo os profissionais responsáveis por realizar tais procedimentos.

43 Portal Hospitais do Brasil. Brasil é o top 1 mundial em número de cirurgias plásticas. 4 out. 2021. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/brasil-e-o-top-1-mundial-em-numero-de-cirurgias-plasticas/> Acesso em: 04 dez. 2021.

44 LOURENÇO, Tainá. Cresce em mais de 140% o número de procedimentos estéticos em jovens. Jornal da USP. 11 nov. 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/cresceu-mais-de-140-o-numero-de-procedimentos-esteticos-em-jovens-nos-ultimos-dez-anos/> Acesso em: 13 jun. 2022.

45 FERREIRA, Marcus Castro. Cirurgia Plástica Estética – Avaliação dos Resultados. Disponível em: <http://www.rbc.org.br/details/201/pt-BR/cirurgia-plastica-estetica---avaliacao-dos-resultados> Acesso em: 12 jul. 2022

46 LOURENÇO, Tainá, op. cit.

47CUTAIT, Victor. Procura por cirurgias plásticas aumenta durante pandemia. Revistas Feridas 5 nov. 2020. Disponível em: <http://www.revistaferidas.com.br/procura-por-cirurgias-plasticas-aumenta-durante-pandemia/> Acesso em: 26 mar. 2022.

A partir desse interesse exacerbado em tais procedimentos estéticos, os profissionais vislumbram lucros tão grandes, que até mesmo profissionais de outras áreas, muitos não qualificados, começam a atuar na área estética, causando muitos danos aos pacientes.

Diante disso, uma vez que o número de procedimentos cirúrgicos com fins estéticos cresce ininterruptamente, as demandas por ações indenizatórias decorrentes de erro médico aumentam, para que a justiça possa analisar a possibilidade de responsabilizar o cirurgião plástico pelo dano efetivamente causado e tornar a vítima indene.

4.2 OS DIREITOS E DEVERES EM UMA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Da obrigação médico-paciente surgem deveres a serem respeitados pelo cirurgião para que não ocorram falhas na relação que possam ser passíveis de indenização. Dentre eles, estão: deveres de informação e esclarecimento; deveres de técnica e perícia; e deveres de cuidado e diligência.

O dever de informação é elencado no artigo 34 do Código de Ética Médica:

É vedado ao médico: Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.⁴⁸

O dever de técnica e perícia diz respeito à necessidade do médico de agir de acordo com a técnica necessária para obter sucesso no procedimento e satisfazer o desejo do paciente. Para isso, consiste em todo o estudo e preparo necessário para a formação profissional e aos materiais adequados para realizar o procedimento requisitado.

Ainda, vale ressaltar os princípios do biodireito que se encontram interligados: o princípio da beneficência e o princípio da não-maleficência. O princípio da beneficência refere-se à obrigação ética de maximizar o benefício. Assim, atrelado ao dever de técnica e perícia, esse princípio mostra a necessidade do profissional de ter a maior técnica possível para

48 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) – Brasília, 2010.

assegurar que o ato médico seja benéfico ao paciente. Sob esse viés, o princípio da não-maleficência estabelece que a ação do médico deve sempre causar o menor prejuízo possível à saúde do paciente.⁴⁹

Os deveres relacionados ao cuidado referem-se ao zelo do médico com o paciente durante o procedimento e a fase pré e pós-operatória, a fim de garantir a saúde e o bem-estar do paciente. Desse modo, versa o artigo 15 do Código Civil: “**Art. 15.** Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”⁵⁰

O médico fica obrigado, também, a utilizar todos os recursos da medicina, de acordo com o art. 32, do Código de Ética Médica: “**Art. 32.** Deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.”⁵¹

Ressalta-se, por fim, que o médico que cometer falta grave prevista no Código de Ética Médica poderá ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico, pois a continuidade do exercício da medicina pode acarretar risco de dano irreparável ao paciente ou à sociedade

4.3 A CULPA MÉDICA E O ÔNUS DA PROVA

De acordo com a doutrina clássica brasileira, a classificação das obrigações é atribuída ao jurista francês Demogue. No Brasil, Washington de Barros Monteiro é um dos primeiros a difundir essa classificação. Discorre que na obrigação de meio o devedor obriga-se a empregar prudência e diligência para chegar ao resultado. Por outro lado, na obrigação de resultado o devedor tem o dever de alcançar certo objetivo, exigindo um resultado útil para o credor. Nesse caso, a obrigação apenas se mostra cumprida quando se atinge o fim desejado.⁵²

49OLIVEIRA, Raíra Santos De. O biodireito e seus princípios. Disponível em: <https://app.ufr.br/riuff/bitstream/handle/1/22960/18%20-%20RAIRA%20SANTOS%20DE%20OLIVEIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 04 ago. 2022.

50BRASIL. Código Civil. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

51 Ibidem.

52TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Após reconhecer que na cirurgia plástica estética o médico exerce uma responsabilidade objetiva com obrigação de resultado, deve-se analisar se estão presentes os pressupostos, quais sejam: a conduta (ação ou omissão), o dano e o nexo de causalidade. Na presença de todos, resta comprovada a responsabilidade civil para que o profissional seja obrigado pela lei a indenizar o paciente lesado.

Para tanto, o ônus da prova pode ser invertido devido à relação médico-paciente ser equiparada à relação de consumo. Então, aplica-se o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ante a verossimilhança das alegações do paciente e sua hipossuficiência frente ao profissional da saúde, cabendo ao médico provar que não foi responsável pelo evento danoso. Nesse sentido:

Em se tratando de erro médico – cabe sempre repetir –, o mecanismo de inversão do ônus da prova é decisivo, fundamental. Há quase sempre hipossuficiência (técnica) do consumidor frente ao médico ou diante da instituição médica. É difícil ter acesso aos dados que atestam as etapas e passos dos procedimentos realizados. Não se domina a linguagem utilizada. Não se sabe, sequer, o que poderia (ou deveria) ter sido feito e não foi. Os médicos, porém, podem realizar essa prova, podem demonstrar – livrando-se da indenização – que o dano ocorreu, não obstante toda a correção e cuidado na intervenção médica realizada. É essa prova que se espera que ele, médico, realize.⁵³

Para afastar a responsabilidade, o cirurgião plástico estético pode alegar alguma das hipóteses de excludentes, devendo provar a sua ocorrência ao júzo. Além disso, mostra-se necessária a análise pericial para verificar se houve, de fato, erro por parte do profissional da saúde, ou se ocorreu mera frustração de expectativa do paciente, uma vez que o corpo humano é complexo e nem sempre é possível alcançar o resultado esperado, pois os limites individuais de cada organismo devem ser respeitados.

53FARIAS, Cristiano Chaves De; ROSENVALD, Nelson, 2019, op. cit., p. 3.373.

4.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A análise de posicionamentos jurisprudenciais é imprescindível para chegar-se ao propósito da pesquisa, pois permite compreender quais fatores levaram à incidência do dever de indenizar ou afastá-la.

4.4.1 A CONFIGURAÇÃO DO ERRO MÉDICO

Em pesquisa jurisprudencial sobre as situações em que há a configuração do erro médico, bem como do dever de indenizar, o V. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº. REsp n. 1.708.981/SP, não considerou exorbitante a condenação em R\$ 80.000,00 por danos materiais e estéticos do médico cirurgião e o Conselho Regional de Medicina do Estado de Mato Grosso do Sul:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO EM REITERADAS CIRURGIAS PLÁSTICAS. OMISSÃO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. DANOS MORAIS. REVISÃO DA INDENIZAÇÃO. EXORBITÂNCIA NÃO CONFIGURADA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul - CRM/MS e A. J. R. O., *em razão da realização de reiteradas cirurgias plásticas das quais derivaram danos materiais, morais e estéticos em diversos pacientes*, objetivando a condenação dos réus à indenização pelas sequelas advindas dos procedimentos cirúrgicos indevidamente realizados pelo ex-médico.

2. O Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, consignou que, "para a condenação solidária do Conselho à reparação pelos

aludidos danos, foi considerado o fato de que o CRM/MS teve ciência das barbaridades técnicas efetuadas pelo ex-médico, ao menos em 1992, todavia permaneceu inerte. Assim, a evidente omissão do Conselho quanto ao seu dever fiscalizador por cerca de dez anos, há de ser ponderada para fixação do importe indenizatório, ainda que se vislumbre a alta somatória que poderá ser ao final devida, considerando a totalidade das vítimas. (...) A tal realidade, somem-se os contornos fáticos da presente lide, os quais foram devidamente sopesados pelo magistrado a quo para fins da fixação da verba indenizatória ora impugnada, destacando-se que: a paciente fez a cirurgia de mamoplastia redutora. Teve muita dor no pós-operatório, que durou em torno de 2 (dois) meses. A paciente é obesa e apresenta cicatriz hipertrófica e alargada. *Cicatriz hipertrófica é uma cicatriz anormal que deixa a cicatriz elevada, alargada e ligeiramente avermelhada limitada a área do trauma.*

Constata-se, pois, além das seqüelas decorrentes da cirurgia, a paciente padece de outras doenças causadoras da obesidade. *O médico não tomou o cuidado de informar a paciente dos riscos da cirurgia plástica diante da sua condição.* A paciente foi diagnosticada como portadora de Transtorno de Estresse Pós-Traumático (CID10 F43.1), havendo necessidade de tratamento. *Portanto, não há dívidas que a cirurgia desastrosa deixou graves seqüelas, físicas e psicológicas* e há muitos anos a agravada está convivendo com elas. Face tais circunstâncias, não podem prevalecer as assertivas postas pelo agravante, no sentido de que não fora respeitada a moderação para a fixação dos valores e de que não teria a vítima buscado "diretamente" qualquer indenização, cuja demora refletiria situação a influenciar na fixação do quantum indenizatório, uma vez que já havia sido intentada a ação civil pelo Ministério Público Federal, sendo perfeitamente justa a espera de seu julgamento para oportuna habilitação para a liquidação e execução. Quanto aos danos estéticos, nenhuma discussão se põe quanto ao tema, pois vasta a comprovação de sua existência, diante do conjunto probatório constante nos autos. Assim, no tocante à indenização por danos morais, esta acaba por se perfazer mediante recomposição, ou seja, através da fixação de valor em pecúnia, forma de se tentar minorar a contrariedade vivenciada, cujo montante há de ser compatível à extensão do dano causado, ao abalo psíquico suportado, sem dar ensejo ao enriquecimento sem causa, bem como ostentar feição de reprimenda ao responsável pela ocorrência fática, para que em tal conduta não venha reincidir, devendo ser de igual modo ponderada a situação econômica de ambas as partes. Ainda, consoante entendimento assente na

doutrina e jurisprudência pátrias, deve o importe arbitrado observar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade (STJ, AGAREsp 313672). Desse modo, tendo em vista o histórico dos dissabores passados pela agravada, decorrentes da malsucedida intervenção cirúrgica realizada pelo corréu Alberto Rondon, relatados em sede da decisão agravada, e em especial considerando o conjunto probatório, entende-se dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade a *fixação procedida pela instância a quo, a saber, o importe de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) a título de danos morais e, ainda, a quantia, de R\$40.000,00 (quarenta mil reais), para fins de reparação pelos danos estéticos*" (fls. 387-389, e-STJ). 3. A revisão desse entendimento implica reexame de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ.

Precedentes: AgInt no AREsp 903.130/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 7.10.2016; REsp 1.678.855/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12.9.2017; e AgInt no AREsp 904.182/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 13.10.2017.

4. Recurso Especial não conhecido.

(REsp n. 1.708.981/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6/3/2018, DJe de 22/11/2018.)⁵⁴

É essencial que o cirurgião preste o máximo de informações possíveis aos pacientes, esclarecendo-lhes acerca de todas as possibilidades e intercorrências que podem ocorrer em razão de seu peso, de doenças preexistentes, possibilidade de formação de cicatriz hipertrófica, popularmente conhecida como queloide, entre outros episódios não esperados. Isso para que ele não seja pego de surpresa e possa sopesar tais probabilidades antes de sua tomada de decisão de fazer ou não a cirurgia. Conforme relato, o médico não cumpriu com tal dever, o que acarretou resultado indesejado, com cicatriz anormal, configurando dano estético e moral.

4.4.2 A NÃO CONFIGURAÇÃO DO ERRO MÉDICO

Há também inúmeros casos em que os resultados das cirurgias estéticas não ocorrem de acordo com o que o paciente almeja, sem que estejam vinculados a um erro médico. Quando ele procura um cirurgião plástico para melhorar algo que incomoda em sua aparência, nunca espera

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma), Recurso Especial n. 1.708.981/SP. Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 06 março 2018, publicado em 22 nov. 2018.

que aconteça intercorrências e alguma coisa saia do controle, mas isso não é incomum. O paciente pode operar e ganhar peso posteriormente, sair do repouso antes do recomendado, exagerar no procedimento pretendido, mesmo com as contraindicações de seu médico. Em casos como os exemplificados não há como se condenar o médico, que agiu dentro dos preceitos da ética e da boa prática médica.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Cível nº.10048215420158260309, não vislumbrou erro médico. Após a cirurgia plástica realizada, a paciente, devidamente cientificada a respeito, ganhou peso, fato que pode impactar o resultado cirúrgico:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRELIMINAR AFASTADA. ERRO MÉDICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CIRURGIA PLÁSTICA REALIZADA DE ACORDO COM O QUADRO CLÍNICO E QUEIXAS APRESENTADAS. AUSÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA. PACIENTE QUE TEVE GANHO DE PESO APÓS O PROCEDIMENTO. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE IMPACTAR O RESULTADO CIRÚRGICO. PARTE DEVIDAMENTE CIENTIFICADA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não há fundamento legal para reconhecimento de ofensa ao princípio da dialeticidade quando as razões recursais impugnam a motivação da sentença. 2. *O médico e a clínica não podem ser responsabilizados pelos danos morais e materiais sofridos pela paciente que, submetida a cirurgia plástica estética, ganha peso após o procedimento, mesmo ciente de que isso poderia impactar, negativamente, no resultado almejado.* Precedentes deste E. Tribunal.

(TJ-SP - AC: 10048215420158260309 SP 1004821-54.2015.8.26.0309, Relator: Maria do Carmo

Honorio, Data de Julgamento: 10/02/2022, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/02/2022)⁵⁵

A apelação cível acima evidencia a não configuração do erro médico, isentando o profissional do dever de reparar por culpa exclusiva da vítima, que ganhou peso após o procedimento, com a devida ciência de que isso poderia afetar o resultado. Além disso, depreende-se do acórdão que o resultado se apresenta aceitável e a própria paciente admitiu “que praticava academia, atividade esta que foi abandonada, havendo aumento ponderal em período posterior à cirurgia”. No mais, a perícia constatou que o profissional agiu com diligência e zelo e que o procedimento realizado foi o adequado ao objetivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa atingiu o objetivo proposto no sentido de identificar as situações em que se configura o erro médico e o dever de indenizar em uma cirurgia plástica estética, bem como em analisar a culpa e a responsabilidade civil do cirurgião plástico estético.

Restou comprovado que, em razão de padrões de beleza da sociedade atual, houve um crescimento de litígios que versam sobre o tema. De tal modo, tornou-se necessário o acompanhamento dos institutos jurídicos, ante a importância de um suporte tanto para o médico, quanto para o paciente.

O posicionamento majoritário da doutrina e o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça revelaram que o cirurgião plástico estético assume uma obrigação de resultado, com respaldo na responsabilidade civil objetiva, a qual funda-se na teoria do risco. Sendo assim, para que configure o erro médico, basta que a vítima demonstre o nexo de causalidade entre a conduta do profissional e o prejuízo sofrido.

Conforme depreende-se da análise dos posicionamentos jurisprudenciais, o cirurgião plástico pode demonstrar que o efeito danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro, caso fortuito ou força maior. Por outro lado, houve a incidência da configuração da responsabilidade civil nas hipóteses em que a ação do profissional da

55 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (6ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível n. 10048215420158260309 SP 1004821-54.2015.8.26.0309, Relatora: Maria do Carmo Honorio, Data de Julgamento: 10 fev. 2022, Data de Publicação: 10 fev. 2022

área médica acarretou sequelas físicas e psicológicas para o paciente, bem como quando deixou de informá-lo sobre todos os riscos da cirurgia plástica diante da sua condição.

Ressaltou-se, ainda, a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que permite a inversão do ônus da prova ante a verossimilhança do fato imputado ao médico ou a hipossuficiência do paciente em relação ao profissional.

Por fim, foi verificada a imprescindibilidade de uma relação médico-paciente adequada para conscientizar sobre os riscos de cada procedimento, ficando a cargo do profissional reconhecer as individualidades do organismo de cada um para chegar, de maneira saudável, o mais próximo possível do desejo cobiçado. Para tanto, fez-se necessário o estudo das regras definidas pelo Código Civil e pelo Código de Ética Médica, bem como de posicionamentos jurisprudenciais, os quais possibilitaram uma análise de casos concretos.

6 REFERÊNCIAS

ABAGGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. WMF Martins Fontes; 6 ed., 2012, p. 792.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de ética médica: **resolução CFM nº 1.931, 17 de setembro de 2009 (versão de bolso)** – Brasília, 2010.

BRASIL. **Decreto nº 2.681 de 07 de dezembro de 1912**. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm#:~:text=D2681%20de%201912&text=O%20Presidente%20da%20Rep%C3%BAblica%20dos,me%20rcadorias%20que%20receberem%20para%20transportar.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 443, V Jornada de Direito Civil. In: Enunciados. Disponível em:
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/356#:~:text=O%20caso%20fortuito%20e%20a,for%20conexo%20%C3%A0%20atividade%20desenvolvida.>

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 459, V Jornada de Direito Civil. In: Enunciados. Disponível em:
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/413#:~:text=A%20conduta%20da%20v%C3%ADtima%20pode,causalidade%20na%20responsabilidade%20civil%20objetiva.>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial n. 1.708.981/SP. Relator Ministro Heman Benjamin, julgado em 06 março 2018, publicado em 22 nov. 2018. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/505213755.>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 37. Disponível em:
https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2475/Sumulas_e_enunciados#:~:text=S%C3%BAmula%20vinculant%20n%C2%BA%2037,sob%20o%20fundamento%20de%20isonomia.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 387. Disponível em:
https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas. 15 ed., 2021.

COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

CUTAIT, Victor. Procura por cirurgias plásticas aumenta durante pandemia. Revistas Feridas 5 nov. 2020. Disponível em:
<http://www.revistaferidas.com.br/procura-por-cirurgias-plasticas-aumenta-durante-pandemia/> Acesso em: 26 mar. 2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil – 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*, p. 37.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 961.

FARIAS, Cristiano Chaves De; ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*,

FERREIRA, Marcus Castro. Cirurgia Plástica Estética – Avaliação dos Resultados. Disponível em: <http://www.rbc.org.br/details/201/pt-BR/cirurgia-plastica-estetica---avaliacao-dos-resultados> Acesso em: 12 jul. 2022

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil.. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

LOURENÇO, Tainá. Cresce em mais de 140% o número de procedimentos estéticos em jovens. Jornal da USP. 11 nov. 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/cresceu-mais-de-140-o-numero-de-procedimentos-esticos-em-jovens-nos-ultimos-dez-anos/> Acesso em: 13 jun. 2022.

MARCHI, Cristiane. A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses previstas no Código Civil. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.08.PDF F. Acesso em: 27 jul. 2022.

MELO, Raimundo Simão. Indenizações cumulativas por danos material, moral e estético. Disponível em: [**OLIVEIRA, Raíra Santos De. O biodireito e seus princípios.** Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/22960/18%20-%20RAIRA%20SANTOS%20DE%20OLIVEIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 04 ago. 2022.](https://www.conjur.com.br/2020-jan-17/reflexoes-trabalhistas-indenizacoes-cumulativas-danos-material-moral-estetico#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20C%3%B3digo,(CC%20de%201916%2C%20art.Acesso em: 10 jun. 2022.</p></div><div data-bbox=)

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (6ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível n. 10048215420158260309 SP 1004821-54.2015.8.26.0309. Relatora: Maria do Carmo Honorio, Data de Julgamento: 10

fev. 2022, Data de Publicação: 10 fev. 2022. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1338563774>.

SAVATIER, René. Traité de la Responsabilité Civile em Droit Français - civil, administratif, professionnel, procédural. Deuxième Édition. Paris: Librairie dénérale de droit et de jurisprudence, 1951. Tome I.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil.** 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Portal Hospitais do Brasil. **Brasil é o top 1 mundial em número de cirurgias plásticas.** 4 out. 2021. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/brasil-e-o-top-1-mundial-em-numero-de-cirurgias-plasticas/> Acesso em: 04 dez. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2022.