

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO NAS CIRURGIAS
ESTÉTICAS**

Maria Amália De Figueiredo Pereira Alvarenga

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4771856T0>

Franciano Sabadim Assim

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4388974H3>

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discutir alguns aspectos relevantes sobre a responsabilidade civil do cirurgião plástico nas cirurgias estéticas, pois o número de cirurgias plásticas estéticas realizadas no Brasil cresce anualmente, fazendo com que o país já ocupe a segunda posição no número de procedimentos realizados anualmente. Assim, o foco do artigo será concentrado em aspectos gerais da cirurgia plástica estética, como a sua origem e seus objetivos. Ao passo que, também será tratada a questão da obrigação que o cirurgião assume no momento em que realiza a cirurgia, se é de meio ou de resultado. Outro ponto discutido é o relacionado ao ônus da prova, quando se trata de cirurgias estéticas; e o que os tribunais decidem com relação a tal temática, sem deixar de observar as posições doutrinárias relacionadas ao tema.

Palavras-chave: Cirurgia Estética, Responsabilidade civil, Obrigação de Resultado.

The plastic surgeon's civil liability in aesthetic surgery

Abstract: This paper has as main goal to discuss some relevant aspects about plastic surgeon's civil liability in aesthetic surgeries, as the number of plastic surgeries performed in Brazil rises every year, putting Brazil on the second position worldwide in aesthetic procedures performed annually. Thus, the focus of this paper is concentrated on general aspects of aesthetic plastic surgery, such as its origins and its goals. Also, the issue of whether the obligation taken on by the surgeons at the moment they perform a surgery is "of means" or "of results" will be addressed. Another discussed point refers to the burden of proof when it comes to aesthetic surgeries; and how Courts of law have been judging such matters, without leaving behind the doctrinal positions related to the topic.

Keywords: aesthetic surgery, civil liability, obligation of results.

1. INTRODUÇÃO

Desde o seu surgimento, a cirurgia plástica evoluiu muito, com novas técnicas e com a redução de seus custos, possibilitando um maior acesso da população a este procedimento. Assim, com o aumento do número de cirurgias plásticas, é maior a incidência de erros médicos nessas intervenções cirúrgicas; pois, muitos médicos realizam essas cirurgias sem

possuírem formação adequada. Além disso, tem os que possuem especialização, mas mesmo assim, ao tentar realizar técnicas novas ou determinados procedimentos específicos, cometem erros; ou até mesmo não se dedicaram de maneira a realizar corretamente determinados procedimentos.

Dessa maneira, o presente artigo versa sobre a questão da responsabilidade civil com o foco na obrigação assumida pelo cirurgião plástico, no momento em que ele se compromete com o paciente que vai realizar a cirurgia estética, analisando se esta é de meios ou de resultado. Mas, em um primeiro momento, demonstraremos alguns aspectos da cirurgia estética; tal como a sua origem, suas características principais.

Dessa forma, também verificaremos a posição doutrinária a respeito do tema e analisaremos a tendência atual dos tribunais a respeito do tema, analisando algumas jurisprudências.

2. NATUREZA CONTRATUAL OU EXTRA CONTRATUAL

Com relação à natureza da responsabilidade civil do cirurgião plástico em cirurgias estéticas, em um primeiro momento, ignorava-se o fato de sua natureza contratual. Porque, bastava que o cirurgião efetuasse o procedimento usando todo o seu conhecimento e técnica, para que a obrigação fosse adimplida.

Desse modo, toda lide envolvendo erro médico que almejasse indenização era dependente da caracterização da responsabilidade extracontratual. Além disso, dependia da apuração da culpa, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência do cirurgião plástico; do dano e do nexa causal. Ademais, o ônus da prova era da vítima, mas esta questão relativa ao ônus da prova será tratada adiante.

Atualmente tal questão foi superada, pois a responsabilidade médica é considerada contratual. Ao passo que, Aguiar Dias esclarece que o objeto do contrato médico não é a cura, mas a prestação de serviços médicos usando toda a sua técnica e competência. De modo que, o “[...] fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com regras e os métodos da profissão”.¹

¹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.272.

Logo, a relação entre o cirurgião plástico e o paciente na cirurgia estética, será contratual. Mas no caso das cirurgias estéticas, a obrigação assumida é diferente, pois, se o resultado esperado não é atingido, este fato já pode ser suficiente, em alguns casos, para caracterizar a responsabilidade civil do cirurgião plástico. Entretanto, com relação aos demais médicos a relação estabelecida é de meio.

3. ERROS EM CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

O erro médico deve ser compreendido como qualquer situação indesejada que ocorra durante a prestação de serviços médicos; no caso das cirurgias estéticas, ele pode ocorrer durante a realização da cirurgia ou no pós-operatório. Sendo que, é importante esclarecer que a expressão “erro médico”, pois ela pode gerar a ideia da presunção de que a culpa já pode ser imputada ao médico. No entanto, esta ideia não deve ser utilizada no nosso ordenamento jurídico.

Assim, Genival Veloso de França adverte que:

[...] o erro médico, no campo da responsabilidade pode ser de ordem pessoal ou de ordem estrutural. É estritamente pessoal quando o ato lesivo se deu, na ação ou omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas ou emocionais. Pode também o erro médico ser procedente de falhas estruturais, quando os meios ou condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta satisfatória.²

Portanto, o erro médico deverá ser apurado com base no que o cirurgião realizou e não no que deveria ter realizado. Dessa maneira, o erro está no procedimento que ele realizou, e por isso é passível de indenização, comprovado tal dano.

Com relação aos erros em cirurgia estética, devemos ressaltar o levantamento inédito feito pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) em 2008. Esse levantamento apontou que 97% dos médicos processados, com relação à cirurgia plástica não possuíam título de especialista na área. Além disso, a pesquisa afirma que a publicidade

² FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 6ª ed., São Paulo: Fundação BYK, 1994. p.242.

enganosa é responsável por 67% dos processos, e a má prática na realização dos procedimentos é responsável por 28% dos processos éticos.³

Entre as cirurgias plásticas realizadas, o CREMESP também aponta os principais tipos de cirurgias responsáveis pelos processos ético-profissionais, e com relação aos cirurgiões plásticos:

A lipoaspiração é o procedimento médico que mais aparece nos processos ético-profissionais analisados pelo Cremesp, com 70 menções ou 33,50 % do universo analisado. Em seguida vem a colocação de prótese de silicone (42 menções), rejuvenescimento facial (12), bioplastia (9), botox (8), rinoescultura (8), dentre outros procedimentos.⁴

Entretanto, apesar dessa pesquisa do CREMESP ter sido realizada há cerca de cinco anos atrás, com os dados dela, é possível observar que a lipoaspiração é a principal responsável pelos erros médicos em cirurgias estéticas. Desse modo, o presidente da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP) também reconhece que a lipoaspiração é a principal responsável pelos erros em cirurgia plástica estética, pois em muitos casos ela é feita sem anestesia, sem as condições sanitárias adequadas e sem um anestesista para acompanhar o procedimento.

Assim, a falta de qualificação dos médicos que realizam este tipo de procedimento, associada a propagandas enganosas dessas falsas clínicas aumentam a cada dia, e com elas a ocorrência de mortes e de complicações graves neste tipo de procedimento. Ao passo que, um levantamento feito pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP) aponta que doze mil médicos realizam cirurgias plásticas no Brasil sem possuírem: o título de cirurgião plástico e o cadastrado junto à sociedade; além dos mais de cinco mil profissionais que são cadastrados junto à sociedade.

Todavia, os especialistas também estão sujeitos ao erro médico, como afirma José Horácio Aboudib (Presidente de Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica) “Chegamos ao

³ CREMESP. **Cremesp divulga levantamento inédito sobre cirurgia plástica e procedimentos estéticos**. São Paulo, 2008. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/library/modulos/noticias/pdf/processos_plastica_2008.pdf Acesso em: 22.nov.2012.

p.1

⁴ Ibid., p.5.

número de 30 óbitos nos últimos anos relacionados a cirurgias plásticas feitas por especialistas, em um universo de mais de 100 complicações graves”.⁵

Portanto, os erros médicos relacionados à cirurgia estética, ocorrem principalmente devido à falta de especialização necessária dos médicos que realizam tal procedimento, uma vez que muitos não possuem capacidade para realizar tal procedimento, este fator já poderia resultar na caracterização de culpa por imperícia. Todavia, a legislação brasileira não exige que um médico seja especialista para exercer determinada especialidade médica, não podendo imputar a um médico generalista a imperícia, pelo fato dele realizar cirurgias plásticas sem ter feito residência e participar da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica.

Nestas circunstâncias, entende-se que alguma medida deveria ser tomada por parte do Legislativo, do Conselho Federal de Medicina ou da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, para que se estabelecesse limites para aos profissionais que poderiam ou não realizar procedimentos estéticos. Com isso, ao estabelecer parâmetros sobre quem poderia realizar tais procedimentos, montar clínicas, anunciar sobre os procedimentos estéticos; se isto fosse regulado e se restringisse a realização do procedimento para especialistas ou para médicos que no mínimo fizeram algum curso sobre a área, provavelmente o número de erros médicos nesses procedimentos diminuiria.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

Antes de caracterizarmos a obrigação de meios e a obrigação de resultado, iremos ressaltar a sua origem. Sendo que, esta se deve a René Demogue, que fez a divisão das obrigações visando o seu objeto ou conteúdo, sendo feita entre obrigação de meio e obrigação de resultado. Mazeud retomou tal divisão, preferindo dividi-la entre obrigação determinada e obrigação geral de prudência e diligência, pois ele acreditava que a divisão de Demogue apenas distinguia quanto o conteúdo do objeto da obrigação (meio ou resultado), mas ele se apoiava em características essenciais da obrigação, respeitando seu caráter determinado ou geral.

⁵ ABOUDIB, José Horácio. **Cuidado:** médicos despreparados estão exercendo a cirurgia plástica. Jul. 2012. Eliane Lobato. São Paulo: Isto é, 2012. Disponível em: <http://www.istoec.com.br/assuntos/entrevista/detalhe/219630_CUIDADO+MEDICOS+DESPREPARADOS+ES+TAO+EXERCENDO+A+CIRURGIA+PLASTICA+>>. Acesso em: 22. nov. 2012.

Dessa forma, ele doutrinou que uma obrigação pudesse ter como conteúdo uma prestação determinada, com objetivo de atingir um resultado efetivo; ou ela poderia ser limitada ao emprego de todos os meios necessários para atingir um determinado fim. De maneira que, o devedor na obrigação de resultado deve cumprir a prestação determinada com base naquilo que ele se comprometeu a realizar. Por outro lado, na obrigação de meio, ele não está obrigado, mas deve utilizar todo o empenho e meios necessários para que seja realizado aquilo que o paciente, neste caso, espera que seja realizado, sem um compromisso com o resultado.

Além disso, a classificação feita por Demogue quanto ao conteúdo das obrigações em meio ou resultado, foi feita para resolver principalmente, problemas ligados ao transporte de pessoas e mercadorias. Pois na época em que ele elaborou tal tese, a indústria automobilística passava por um enorme progresso e situações novas surgiam, o que necessitava de uma solução no âmbito jurídico. Segundo o autor, dependeria de uma álea (dependeria de um elemento aleatório) o fato para ser uma obrigação de meio, se não tivesse essa, seria obrigação de resultado.

4.1. OBRIGAÇÃO DE MEIO

Nesta, o devedor se compromete a empregar todos os meios necessários para a obtenção de um resultado esperado pelo credor, mas não vincula esta obrigação a um resultado; por exemplo, um médico que se obriga a cuidar de um doente, mas não está obrigado a curá-lo, apesar de empregar todos os meios possíveis para que seja possível a cura.

Assim, na obrigação de meios o devedor se vê obrigado a empregar toda a diligência, atenção e cuidado, necessários para que possa exercer as técnicas médicas da melhor maneira possível, aplicando todo o seu conhecimento e experiência. Sendo que, quando há inexecução da obrigação, cabe ao credor provar que o devedor agiu com culpa e não empregou toda a diligência e a prudência necessária, pois este não tem sua função associada à obtenção de um resultado determinado.

Desse modo, a culpa se constitui quando o devedor não utiliza todos os meios suficientes e disponíveis; ou quando ele não atua de maneira hábil, diligente ou prudente, não tomando as devidas precauções, o que culmina em um dano. Neste sentido, um paciente que

não recebeu o devido cuidado e sofreu lesão em decorrência da negligência, imprudência ou imperícia médica, sofre prejuízo em decorrência da inexecução de uma obrigação de meio.

Além disso, neste tipo de obrigação, deverá o credor lesado provar a conduta ilícita do devedor, pois, tanto na responsabilidade delitual quanto na contratual, a responsabilidade deverá ser provada pelo paciente frente ao médico que foi negligente, imprudente ou imperito.

4.2. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Neste tipo de obrigação, o devedor se obriga a realizar um ato e se compromete com um resultado preciso; por exemplo, um contrato de transporte, onde o transportador se compromete a entregar determinada mercadoria, preservando sua quantidade, qualidade e respeitando condições especificadas, se a mercadoria é extraviada ou perece, o transportador deverá indenizar o contratante. Dessa forma, se o resultado determinado não é obtido, a obrigação não é adimplida, o que proporciona ao credor o direito à indenização, como já citado no exemplo. Ao passo que, poderá se eximir da responsabilidade se comprovar a ocorrência de caso fortuito ou força maior. Como esclarece Teresa Ancona Lopez:

Na obrigação de resultado, o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação; ou conseqüente o resultado avençado, ou deve arcar com as conseqüências. [...] Em outras palavras, na obrigação de meio a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade.⁶

Na obrigação de resultado, a culpa, a falta ou o erro, correspondem à inexecução ou impossibilidade de chegar ao resultado avençado, gerando uma presunção de culpa. Assim, o devedor não pode se eximir da culpa provando que agiu de maneira prudente e diligente, pois como se trata de obrigação de resultado, isto não surtiria efeito. Destarte, só restaria ao obrigado, provar que houve algum evento que desencadeou na inexecução da obrigação, visto que, era esperado o resultado preestabelecido.

Em relação às cirurgias estéticas, a maioria da doutrina a considera como uma obrigação de resultado, tendo o aporte do pensamento de grandes autores, como: José de

⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 70

Aguiar Dias, Genival Veloso de França, Silvio Rodrigues e Rui Stoco. Ao passo que, o Superior Tribunal de Justiça já declarou que o médico que realiza cirurgia plástica embelezadora assume obrigação de resultado.

O nosso entendimento é o de que a obrigação assumida pelo cirurgião plástico é de resultado. Ao passo que, um paciente quando procura este tipo de profissional geralmente encontra-se saudável; sendo assim, o paciente busca um cirurgião plástico para buscar uma melhora em sua aparência e não para que esta cirurgia resulte em um prejuízo para ele.

Desse modo, o cirurgião plástico poderá exonerar-se do dever de indenizar o paciente se o resultado não for obtido, quando ele conseguir demonstrar através de provas, que a não obtenção do resultado ocorreu por alguma causa inesperada que rompeu o nexo causal; e estas podem ser em decorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. Sendo que, é de sua responsabilidade provar os fatos alegados pelo paciente, demonstrando que o inadimplemento da obrigação não ocorreu por imperícia, negligência ou imprudência de sua parte.

4.3. CIRURGIA ESTÉTICA: OBRIGAÇÃO DE MEIOS OU DE RESULTADO?

O nosso entendimento e o da doutrina majoritária a respeito da obrigação assumida pelo cirurgião plástico em cirurgias estéticas é o de que a obrigação é de resultado. Porém, analisaremos a opinião doutrinária a respeito de tal tema, verificando os autores que concordam com a opinião majoritária e também os que argumentam que a obrigação deverá ser de meio, tentando refutar o pensamento dos que a consideram como de meio. Assim, o mestre Silvio Rodrigues faz uma distinção entre a obrigação de meios frente à obrigação de resultado:

Enquanto naquele caso trata-se de pessoa doente que busca uma cura, no caso da cirurgia plástica o paciente é pessoa sadia que almeja remediar uma situação desagradável, mas não doentia. Por conseguinte, o que o paciente busca é um fim em si mesmo, tal como uma nova conformação do nariz, a supressão de rugas, a remodelação de pernas, seios, queixo, etc. De modo que o paciente espera do cirurgião, não que ele se empenhe em conseguir um resultado, mas que obtenha o resultado em si.⁷

⁷ RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4. p.249.

Como já definiu Silvio Rodrigues, o paciente busca uma satisfação pessoal ao procurar um cirurgião plástico. De modo que, ao se submeter ao procedimento, ele almeja uma melhora em seu visual, na sua estética; quando uma cirurgia para a supressão de rugas resulta em uma cicatriz horrível, não se pode presumir que o cirurgião não teve responsabilidade, e cabe a este demonstrar que não cometeu um erro, pois o paciente só tinha por objetivo a supressão das rugas.

Por outro lado, existem autores que não acreditam que a obrigação assumida pelo cirurgião plástico, nas cirurgias estéticas, deve ser considerada de resultado; como a autora Hildegard Taggesell Giostri, que defende:

Até quando vai ser ignorado que uma das características de uma obrigação de resultado é o de destinar-se a searas onde não exista o elemento álea, ou seja, a imprevisibilidade??? Até quando vai ser ignorado que em uma obrigação de resultado o elemento diligência não é levado em conta??? Então, como servir-se de tal tipo de obrigação para caracterizar uma prestação obrigacional de um ser humano, de um profissional na qual o seu zelo, o seu cuidado e a sua diligência serão fundamentais??? Não seria óbvio, também, reconhecer que a liberdade de ação do credor tende a aumentar a álea?

Basta responder a tais questões e já se poderá concluir pela inadequação do uso daquele conceito de obrigação para caracterizar a prestação obrigacional de profissionais das áreas acima citadas.

Alguns julgados trazem em seu corpo uma sensata análise sobre o assunto, para depois concluir que não resta a menor dúvida quanto ao fato de a obrigação do cirurgião plástico estético e do anestesiológico serem bem mais amplas que uma simples obrigação de meio, todavia, daí a considerá-la como sendo de resultado, seria inadequado pelo próprio conceito de tal obrigação.⁸

Assim, ela defende que o termo obrigação de resultado para as cirurgias estéticas é empregado erroneamente pelos tribunais e por parte da doutrina. Pois, na visão dela, que é estruturada na doutrina francesa, a obrigação do cirurgião, do clínico geral e do cirurgião plástico reparador estão inseridas corretamente na obrigação de meios, já que não estão comprometidos com a cura dos pacientes. Entretanto, a obrigação do cirurgião plástico continua inserida na obrigação de resultado, de forma equivocada, pois a questão é muito mais complexa do que simplesmente classificar ou não em uma dessas duas obrigações.

A autora sustenta em sua obra que não pode ser imputada ao cirurgião plástico estético a obrigação de resultado, pois o organismo humano seria uma zona aleatória, e com a presença da álea, deveria ser utilizada a obrigação de meio. Como exemplo, ela cita a reação

⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2004.p.83.

anafilática, que pode ocorrer com qualquer indivíduo quando lhe é injetado alguma substância estranha. No entanto, existem exames pré-operatórios que os anesthesiologistas podem constatar se o paciente é alérgico a algum medicamento, também analisar se este tem condições para se submeter a tal cirurgia.

Desse modo, o que a autora sustenta como zona aleatória, na verdade não é; pois se as cirurgias plásticas não fossem realizadas em clínicas sem condições para tal, sem a presença de anesthesiologistas, e por profissionais mal qualificados para executar tal procedimento; entendemos que a maioria dos casos em que há erro médico, poderiam ser evitados.

Quem compactua com a ideia de que a obrigação assumida na cirurgia estética é de meios e não de resultado é Nestor José Foster, mas ele leva a visão de imprevisibilidade para as quelóides, como citado abaixo:

É certo que o médico não pode controlar todos os fatores que influem na cirurgia estética. Basta dar o exemplo do “quelóide”, aquela calosidade cicatricial que pode ocorrer no local da cirurgia. A ciência médica simplesmente desconhece, hoje, porque o quelóide ocorre em algumas pessoas, ao passo que não se apresenta em outras. Portanto, ao realizar cirurgia estética, o cirurgião não tem condições de assegurar ao paciente que não resultará a cicatrização sob forma de quelóide. Se a realidade é esta, e aqui cita-se apenas um exemplo, não há como exigir do médico o resultado. Ainda aqui, pois, seria de meios e não de resultados o contrato com o cirurgião plástico.⁹

Entretanto, apesar de ser uma reação inesperada, o surgimento de quelóides no local da cicatrização não exige a obrigação de resultado do cirurgião plástico; uma vez que tal argumento não pode romper o nexos causal, como esclarece Rui Stoco:

O surgimento de quelóides – ou seja, neofarmações que, sem constituir um verdadeiro tumor, com ele guardam semelhança, e se originam, habitualmente, em cicatriz de pele, seguindo-se muitas vezes a intervenções cirúrgicas, e tendendo à recidiva, quando extirpada – e que surgem em pessoas propensas a essa reação, como o aparecimento de complicações outras não atribuíveis à atuação do médico, tanto ocorrem nas cirurgias tradicionais como nas cirurgias meramente estéticas, razão pela qual essa circunstância não pode servir de fundamento para a exclusão incondicional da responsabilidade assumida pelo médico em contrato firmado com o paciente, no qual esteja embutida uma promessa de resultado.¹⁰

⁹ FORSTER, Nestor José. Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou de meio. **RT**. São Paulo, v.738, p. 83-89. abr. 1997. p.85.

¹⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p. 572.

Desse modo, não se entende que os quelóides desnaturariam a natureza da obrigação, poderiam livrar o médico da responsabilidade, dependendo do caso, mas não modificar a natureza da obrigação assumida. Ademais, quando o cirurgião se compromete a executar certa cirurgia e promete um resultado certo e determinado; por exemplo, em uma rinoplastia, se o médico mostra para o paciente como ficará seu nariz após a cirurgia, com recursos em programas de computador, que reproduzem o resultado em fotos ou em outras tecnologias que demonstram como será o resultado, entende-se que qualquer resultado diverso do que foi apresentado, demonstra que ele não cumpriu a sua obrigação. Ao passo que, se na cicatriz da cirurgia surgisse um quelóide independente da ação do cirurgião, este não poderia ser responsabilizado pelo quelóide; mas se o nariz ficasse diferente do estabelecido, o médico deveria ser responsabilizado. Neste sentido, Rui Stoco esclarece:

O que importa considerar é que o profissional na área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado (aliás, essa é a sua atividade-fim), prevendo, inclusive, com detalhes, esse novo resultado estético procurado. Alguns se utilizam mesmo de programas de computador que projetam a nova imagem (nariz, boca, olhos, seios, nádegas etc.), através de montagem, escolhida na tela do computador ou na impressora, para que o cliente decida. [...] Estabelece-se, sem dúvida, entre médico e paciente relação contratual de resultado que deve ser honrada.¹¹

Dessa maneira, uma vez assumida a obrigação de realizar uma cirurgia plástica para modificar alguma parte do corpo, se o médico utilizou algum recurso de computação, ou mesmo fez um esboço de como ficaria, entende-se que ele deverá cumprir o que foi estabelecido previamente ou chegar o mais próximo disso. Com isso, qualquer resultado diferente do avençado já poderá implicar em uma responsabilização do médico.

Portanto, entendemos que os fatos inesperados, as reações imprevisíveis do corpo humano no momento ou após a cirurgia, devem ser utilizado para comprovar a excludente de responsabilidade do médico e não para desnaturar a obrigação de resultado. Desse modo, tais fatores romperiam o nexa causal, no caso das quelóides, mas não se pode falar em obrigação de meio.

¹¹ *Ibid.*, p. 572.

Assim, a obrigação de resultado determina a inversão do ônus da prova, e esta inversão é de suma importância para o paciente, que hipossuficiente nesta relação, teria uma dificuldade imensa de comprovar o erro médico; com esta inversão, o ônus é do cirurgião, que deve demonstrar o que causou a inexecução da obrigação e deverá demonstrar através de provas, a sua isenção com relação ao insucesso da cirurgia estética.

5. ÔNUS DA PROVA

A prova, no âmbito judicial, tem a capacidade de convencer o juiz da veracidade ou não do que é alegado pelas partes no processo, com a finalidade de auxiliar solução da lide. Desse modo, provar é comprovar um fato ou um direito alegado pela parte, e através dela é que o juiz poderá ter a certeza de que os fatos ocorreram da forma que uma das partes alega.

Com relação ao ônus da prova, o Código de Processo Civil estabelece em seu art. 333, I, que incumbe “ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito” e o art. 333, II, estabelece “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. Entretanto, na relação médico-paciente é evidente que o paciente não está em igualdade com o médico, pois aquele é um leigo com relação à medicina, o que torna demasiadamente difícil para ele provar algo com relação ao médico.

Outrossim, de acordo com o art. 130 do Código de Processo Civil “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Ao passo que, reproduzindo as palavras de João Bonumá:

[...] Ainda influi largamente na elaboração do conceito de prova a sua destinação específica, acima referida, de produzir a certeza jurídica que fundamentará a sentença. E, precisamente, devido à sua destinação, que a lei preestabelece os meios probatórios admissíveis, os fatos sobre os quais podem eles incidir, a quem cabe o ônus da prova, o processo de sua produção em juízo e as regras que o juiz deve observar para sua verificação. [...] Não pode o juiz, como o cientista, utilizar livremente todo o meio de convicção, ou qualquer espécie de raciocínio lógico; valesse a dedução, tão largamente usada nas ciências matemáticas; jogar com hipóteses, possibilidades e probabilidades [...].¹²

¹² BONUMÁ, João. apud. KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 58.

Portanto, o ônus da prova não é um dever da parte, mas apenas um ônus em provar o que ela está alegando. Assim, o ônus seria uma submissão de um interesse próprio a outro interesse próprio; e obrigação seria a submissão de um interesse próprio a um interesse alheio. Com isso, a ideia de ônus está ligada a uma faculdade do autor e do réu, cuja inércia pode acarretar em prejuízos para uma das partes que deixar de apresentar provas, principalmente àquele que tinha o ônus de provar.

Destarte, podemos observar que o ônus da prova incumbe ao autor ou réu de acordo com o art.333, incisos I e II, do Código de Processo Civil; mas em determinadas situações o juiz também pode assumir a postura de realizar a prova que entender necessária para a solução da lide. No entanto, em alguns casos, se o autor propõe uma demanda ele tem o dever de apresentar as provas, sob pena de perder a causa. Mas de acordo com o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, existem alguns casos em que há a inversão do ônus da prova, e no caso da cirurgia plástica, esta inversão ocorre, porque o paciente é hipossuficiente em relação aos conhecimentos médicos para produzir provas.

Ademais, para que ocorra a inversão do ônus da prova é necessário que o autor alegue algum fato que realmente comprove a sua hipossuficiência em relação ao réu, que no caso da cirurgia plástica deverá ser comprovado pela falta de conhecimentos técnicos do autor e que o réu detenha o monopólio das informações. Neste sentido, Filomeno assevera:

Referida inversão, contudo, não é obrigatória, mas faculdade judicial, desde que a alegação tenha aparência de verdade, ou quando consumidor for hipossuficiente, isto exige-se, neste último caso, que ele não tenha meios para custear perícias e outros elementos que visem demonstrar a viabilidade de seu interesse ou direito.¹³

Entretanto, apesar de ocorrer a inversão do ônus da prova, Lilian Marçal afirma que isto não afasta a:

[...] obrigação de o autor-consumidor provar o dano, o montante do prejuízo e o nexo de causalidade. Porém, na hipótese do nexo de causalidade exigir a prova de conhecimento técnico específico do produtor ou fornecedor, daí se justifica a inversão do ônus da prova, nos moldes estabelecidos pelo artigo 6º, inciso VIII do CDC. A jurisprudência e a doutrina reconhecem a obrigação de o próprio

¹³ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2000. p. 299.

consumidor provar a existência do efetivo dano e do nexó causal para caracterização da responsabilidade civil do produtor/fornecedor.¹⁴

Desse modo, deve o autor provar que houve um dano, mas ele não dispõe de capacidade suficiente para demonstrar tecnicamente que este dano ocorreu por culpa do cirurgião plástico ou de alguém da sua equipe no momento da realização da intervenção. Sendo assim, o juiz então poderá inverter o ônus da prova no momento em que ocorrer a constatação dos pontos controversos.

Ao realizar tal procedimento de inversão, o juiz tenta resolver um problema que infelizmente está presente na realidade do país, e é o principal para se conseguir a prova, que é a questão econômica. Ao passo que, o paciente às vezes não possui capital para pagar uma perícia médica particular, para demonstrar que o cirurgião é culpado; e mesmo com o auxílio do judiciário, na maioria dos casos a perícia é feita por peritos médicos desinteressados, que trabalham em órgãos públicos e emitem laudos periciais superficiais.

Com a inversão do ônus da prova, o juiz tenta criar um modelo que seja justo perante a sociedade, pois ele equilibra as partes perante o processo, visto a hipossuficiência do paciente. Posto que, se um paciente realiza uma cirurgia estética e o resultado prometido antes da realização do procedimento não é obtido ou é atingido parcialmente, e desta intervenção resulta ao paciente alguma lesão, não é suficiente que o médico apresente laudos, prontuários ou qualquer outro documento assinado pelo paciente. Sendo que através da inversão do ônus da prova, que equilibra os pólos da lide e possibilita um suporte maior para o paciente, o médico que deverá demonstrar que os fatos alegados pelo paciente não corresponde a realidade, ou comprovar que houve caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Neste caso da inversão do ônus da prova, fica evidente que é mais prudente considerar a obrigação assumida pelo cirurgião plástico como de resultado, pois se fosse considerada de meios, o paciente que deveria comprovar a culpa do médico. Sendo que, quando o paciente procura o cirurgião plástico ele geralmente pretende melhorar algo em sua estética, e se desse procedimento resultar em algo que prejudique a sua vida ou sua aparência, seria ele obrigado a demonstrar que o médico errou. Com isso, ao enquadrar a cirurgia estética

¹⁴ MARÇAL, Liliana de Almeida Ferreira da Silva. **Inversão do ônus da prova no CDC**. Revista do Advogado -AASP, Ano XXVI, Dezembro de 2006, nº 89. p. 87.

na obrigação de resultado não significa que os médicos serão considerados culpados sempre; mas garante ao paciente uma segurança jurídica maior do que na obrigação de meio.

6. TENDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

Analisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo, percebe-se que o entendimento de tais cortes a respeito da obrigação do cirurgião plástico assumida nas cirurgias estéticas, é de resultado, como demonstra o julgado:

Certo é, também, que prevalece na jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a cirurgia plástica estética gera obrigação de resultado. Isso, por si só, não torna objetiva a responsabilidade do médico, que continua subjetiva, mas desloca para ele o ônus de demonstrar que o eventual insucesso da cirurgia decorreu de fatores externos à sua conduta médica.¹⁵

Neste sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo em decisão também proferiu:

Verifica-se nos documentos acostados aos autos que a cirurgia contratada pela apelada consistia em obrigação de resultado, haja vista que a propaganda do apelante contém a promessa de um corpo remodelado e lindo, o sonho de consumo para as mulheres, mormente em países tropicais. Esse aspecto foi bem destacado na r sentença apelada, quando afirma, corretamente, que a cirurgia foi contratada para fins estéticos e não terapêuticos. [...] Uma exceção se impõe com relação à cirurgia plástica ou *estética*, que, ao contrário, é de resultado que, quando não alcançado, e, pior, quando agrava as condições anteriores do paciente, como tem acontecido, dá origem a demandas bem conhecidas. [...] Portanto, a não obtenção do resultado prometido configura inadimplemento contratual, comprometendo a prestação devida e contratada.¹⁶

A partir da análise jurisprudencial, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, três questões são evidentes: a primeira é a de que o tribunal entende que a obrigação assumida, pelo cirurgião plástico em cirurgias estéticas, é de resultado; a segunda é a de que o ônus da prova nesse tipo de cirurgia será do cirurgião, pois, a obrigação é de resultado e o ônus da prova recai sobre o médico; e a terceira, é que a responsabilidade do médico neste

¹⁵ . (TJSP - . Ap. Civ. n.1010018320048260100, Relator: Des. Paulo Alcides, Data de Julgamento: 26/07/2012, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/07/2012)

¹⁶ (TJSP – Ap.233.9594500, Relator: Ramon Mateo Júnior, Data de Julgamento: 16/08/2006, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/08/2006)

tipo de cirurgia é responsabilidade subjetiva, não é utilizada pela corte a responsabilidade objetiva para o cirurgião, gerando a presunção de culpa. Em decisão, a Ministra Nancy Andrichi esclarece:

A recorrente, ao sustentar a necessidade de reforma do acórdão proferido pelo TJ/MG, afirma que “é bem verdade que tanto o Código Civil quanto o § 4º do art. 14 do CODECON, estabelece regras para os profissionais liberais, MAS, JÁ É UNÂNIME NESTA AUGUSTA CORTE QUE QUANDO SE TRATA DE CIRURGIA PLÁSTICA DE CUNHO EXCLUSIVAMENTE EMBELEZADOR, COMO O CASO DA RECORRENTE, CUIDA-SE DE OBRIGAÇÃO DE RESULTADO, E POR ISSO A RESPONSABILIDADE É OBJETIVA” (e-STJ fl. 488 – destaques no original). De fato, grande parte da doutrina e da jurisprudência - inclusive desta Corte - defende o entendimento de que a obrigação assumida pelo médico nas hipóteses em que realiza cirurgia plástica para fins exclusivamente estéticos é de resultado, e não de meio.

Ocorre que, ao contrário do que alega a recorrente, o simples fato de a obrigação ser de resultado não torna objetiva a responsabilidade do recorrido. Nos termos do art. 14 do CDC, continua havendo a necessidade de comprovação da culpa do médico para surgimento do dever de indenizar. Assim, nas obrigações de resultado, como na cirurgia plástica embelezadora, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva, mas transfere para o médico o ônus de demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.¹⁷

Dessa maneira, o Superior Tribunal de Justiça é praticamente unânime ao afirmar que a obrigação assumida pelo cirurgião plástico em cirurgias estéticas deve ser de resultado, pois dela resulta a inversão do ônus da prova, além de também reconhecer a possibilidade de indenização por dano estético, cumulada com danos morais e materiais. Assim, a cirurgia estética deve ser considerada como uma obrigação de resultado, pois com o grande número de médicos realizando tal procedimento, se a obrigação for considerada de meio e o ônus da prova for do paciente, a situação e os erros provenientes desses procedimentos aumentarão significativamente.

CONCLUSÃO

A cirurgia plástica estética está em franca expansão em nosso país, com isso, é natural que o campo da responsabilidade civil, dedique um espaço maior para tal tema. Assim, com o aumento do número deste tipo de procedimento, é comum que aumente o número de

¹⁷ (STJ - 1180815 MG 2010/0025531-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2010).

casos de erros médico, e neste momento é que a responsabilidade civil dos profissionais deve ser apurada. Pois, atualmente, o número de cirurgias plásticas já supera setecentas mil por ano, onde mais de 70% são de cirurgias estéticas.

Posto isto, o trabalho analisou questões ligadas a esta área da cirurgia plástica, verificando a responsabilidade do cirurgião plástico nas cirurgias estéticas, especificamente. Desse modo, se entende que a relação que o cirurgião plástico assume com o paciente, é de natureza contratual; pois é estabelecido um acordo entre as partes no momento em que o paciente procura o médico para realizar uma intervenção estética. Ao passo que, dessa relação contratual entre médico e paciente vimos que é preciso apurar a culpa do cirurgião no caso em concreto e desta relação não se pode presumir a culpa. Dessa forma, quando um cirurgião plástico comete um erro, não podemos caracterizar a sua responsabilidade como objetiva; mesmo derivando de uma obrigação de resultado, a responsabilidade é subjetiva.

Para sustentar que a obrigação é de resultado, utilizamos a doutrina e a jurisprudência, demonstrando que a inversão do ônus da prova em casos de cirurgias estéticas é de suma importância para que seja apurada a culpa do responsável pelo erro e principalmente para igualar as partes na lide. Sendo que, o paciente é hipossuficiente em relação ao cirurgião, pois se presume que o cirurgião seja um perito na sua área; quando o ônus da prova fica a cargo do cirurgião, o paciente não deverá provar que o cirurgião errou, mas este que deverá comprovar que não cometeu nenhum erro na execução do procedimento. Assim, o cirurgião deverá demonstrar que a inexecução da obrigação ocorreu por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima que causaria o rompimento do nexo causal e o eximiria da obrigação.

Portanto, da relação médico-paciente na cirurgia plástica estética, surge uma relação contratual, com responsabilidade subjetiva e que estabelece uma obrigação de resultado com o paciente. Na medida em que, ao não adimplir esta obrigação, isto resultará em uma possível ação de responsabilidade civil, e o autor deverá apenas demonstrar que ocorreu o dano e a não ocorrência de culpa, esta deverá ser demonstrada pelo cirurgião, através da inversão do ônus da prova.

Com isso, entendemos que o cirurgião plástico assume uma obrigação de resultado quando realiza uma cirurgia estética, pois o paciente procura a clínica com o objetivo de mudar algo em sua estética e o cirurgião mostra um resultado esperado. Ao passo que,

qualquer resultado diferente do que foi pactuado previamente, deverá ser comprovado pelo cirurgião. Assim, o paciente tem uma segurança jurídica em relação ao cirurgião, pois uma pessoa sadia não pode ser submetida a um procedimento que ao invés de melhorar o seu bem estar, vai prejudicar a sua vida.

Desse modo, é de suma importância que o Conselho Federal de Medicina e a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica elaborem propostas para restringir a prática de cirurgias estéticas por médicos que não são especialistas na área. Pois, o número de cirurgias estéticas aumenta expressivamente a cada ano; e com profissionais mal qualificados realizando tais cirurgias, espera-se que o número de casos de “erro médico” também cresça. Sendo assim, o fato dos tribunais adotarem a obrigação assumida como de resultado, é extremamente importante para apurar tais erros, visto que os médicos que deverão demonstrar que não erraram.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABOUDIB, José Horácio. **Cuidado:** médicos despreparados estão exercendo a cirurgia plástica. Jul. 2012. Eliane Lobato. São Paulo: Isto é, 2012. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/assuntos/entrevista/detalhe/219630_CUIDADO+MEDICOS+DESPREPARADOS+ESTAO+EXERCENDO+A+CIRURGIA+PLASTICA+>. Acesso em: 22. nov. 2012.

ACUMULAÇÃO de dano estético com moral: uma realidade no STJ. Brasília: STJ online, 2009. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94642>. Acesso em: 08 mai. 2012.

ADORNO, Luis. La responsabilidad civil médica. *Ajuris* 59, v.20, p.224-235, Porto Alegre, nov. 1993.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. *RT.* São Paulo, v. 718, p. 33-53. ago. 1995.

BARRUCHO, L. G. **ONG paga plástica polêmica de menina vítima de bullying.** São Paulo: BBC Brasil, 2012. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/09/120914_menina_bullying_lgb.shtml> Acesso em: 10 nov. 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria & pratica.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

REVISTA ELETRÔNICA DA
FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

www.revista.direitofranca.br
v. 7, n.1, jul/2013, ISSN: 1983-4225

BOUILLENNE, Robert. **La responsabilité civil extra-contractuelle devant l'éluion Du droit**. Bruxelas: Bruyant, 1947.

BRANCO, Elcir Castelo. **Do seguro obrigatório responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Jurídica, 1971.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CÓDIGO civil brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CREMESP. **Cremsp divulga levantamento inédito sobre cirurgia plástica e procedimentos estéticos**. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/library/modulos/noticias/pdf/processos_plastica_2008.pdf>. Acesso em: 22.nov.2012.

CRISTIANO, Romano. Obrigações de meios e obrigações de resultado. **RT**. São Paulo, v.554, p. 28-35. dez. 1981.

Demografia Médica no Brasil. São Paulo: Conselho Federal de Medicina, 2011- Anual. Absorveu: Dados demográficos. ISBN 978-85-87077-24-0.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Responsabilidade civil em debate**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2000.

FORSTER, Nestor José. Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou de meio. **RT**. São Paulo, v.738, p. 83-89. abr. 1997.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 6ª ed., São Paulo: Fundação BYK, 1994.

FRANCO, Talita. **Princípios em cirurgia plástica**. São Paulo: Editora Atheneu, 2002.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2004.

KFOURI NETO, Miguel. A responsabilidade civil do médico. **RT**. São Paulo, v.654, p. 57-76. abr. 1990.

_____. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

REVISTA ELETRÔNICA DA
FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

www.revista.direitofranca.br
v. 7, n.1, jul/2013, ISSN: 1983-4225

_____. **Responsabilidade civil do médico.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Responsabilidade civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARÇAL, Liliana de Almeida Ferreira da Silva. **Inversão do ônus da prova no CDC.** Revista do Advogado -AASP, Ano XXVI, Dezembro de 2006, nº 89.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. **Traité Théorique de la Responsabilité Civile.** 4. ed. Paris: Recueil Sirey, 1947. t. I.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico.** São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson (Org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.v. 5.

PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica civil, criminal e ética.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 4.

ZANIN, J. D. **Responsabilidade civil do médico.** 2004. 73f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Direito) Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Franca.