

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO EM PROCEDIMENTO CIRÚRGICO ESTÉTICO

CIVIL LIABILITY FOR MEDICAL ERROR IN AESTHETIC SURGICALPROCEDURE

Jéssica Jane de Souza

Mestre em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD), sob a orientação do Professor Doutor Daniel Ferreira. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Pós-graduada em Direito das Famílias e Sucessões pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Bacharel em Direito pela Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP/PR). Licenciada em Letras/Português pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Advogada. E-mail: jessicasouza.ctba@gmail.com

Hudson Franklin Pereira Novak

Graduando em Direito pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná – FESP/PR.

Resumo: A presente pesquisa busca evidenciar a responsabilidade do profissional médico no que cerne aos procedimentos cirúrgicos estéticos, com a finalidade de minimizar a discordância entre tal responsabilidade sendo objetiva ou subjetiva do profissional e suas responsabilizações no antes, durante e após procedimento. Também visa analisar a dificuldade de compressão sobre o que realmente pode ser caracterizado como erro médico tendo em vista a responsabilidade civil de meio, e a responsabilidade final de resultado por intervenção do profissional médico na realização de procedimentos cirúrgicos corretivos ou estéticos. Defende-se aqui que existe uma divergência no entendimento jurídico sobre o conceito de erro médico na contemporaneidade, visto as inúmeras interpretações que os advogados e próprio Poder Judiciário atribuem nos processos, observa-se ainda, que quando os pacientes não alcançam o resultado almejado e idealizado no imaginário, mostram-se descontentes e quase que imediatamente ingressam com processos judiciais em busca de reparações por danos morais e materiais, já que a pessoa que se auto reconhece como vítima de ato médico. Compreende ser importante abordar o tema, pois, o profissional médico, em especial no Brasil, tem sido alvo de inúmeros processos indenizatórios, criminais e éticos perante o conselho de classe, gerando discussões sobre o tema, uma vez que tal classe de profissionais liberais são muitas vezes tencionados, não somente pelo risco e pela responsabilidade, mas também pela visão que profissionais do âmbito jurídico podem ter no que cerne as obrigações do médico.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Cirurgia plástica. Estética. Obrigações de meio e resultado. Responsabilidade objetiva e subjetiva.

Abstract: This research seeks to highlight the responsibility of the medical professional in what is core to aesthetic surgical procedures, with the purpose of minimizing the disagreement between such responsibility being objective or subjective of the professional and his/her responsibilities in the before, during and after procedure. It also aims to analyze the difficulty of compression on what can be characterized as medical error in view of the civil liability of the environment, and the final responsibility of the result by intervention of the medical professional in performing corrective or aesthetic surgical procedures. It is defended here that there is a divergence in the legal understanding about the concept of medical error in contemporaneity, given the numerous interpretations that lawyers

and the judiciary itself attribute in the processes, it is also observed that when patients do not achieve the desired result and idealized in the imaginary, they are disgruntled and almost immediately enter Jewish processes in search of reparations for moral and material damages, since the person who recognizes himself as a victim of a medical act. It is important to address the issue because the medical professional, especially in Brazil, has been the target of numerous indemnification, criminal and ethical lawsuits before the class council, generating discussions on the subject, since such a class of liberal professionals are often intended, not only for risk and responsibility, but also for the view that professionals in the legal sphere can have in the core of the doctor's obligations.

Keywords: Civil liability. Plastic surgery. Aesthetics. Obligations of medium and result. Objective and subjective responsibility.

INTRODUÇÃO

A referida pesquisa vem de encontro com a dificuldade de entendimento entre erro médico tendo em vista a responsabilidade civil de meio ou de contrato assumido como de responsabilidade final de resultado por intervenção do profissional médico liberal nos casos onde ocorre intervenção cirúrgica seja ela corretiva ou por estética.

Segundo Irany Novah Moraes fatos relevantes que ocorreram em meados dos anos 80 como a morte da cantora Clara Nunes, que veio a óbito depois de uma simples cirurgia de retirada de varizes, a fatalidade que antes era aceita como "vontade de Deus", não conduzia mais como o progresso atual da ciência e da tecnologia.

Em 1988 com a Constituição Federal promulgada em seu artigo 5º deixa-nos claro quanto a igualdade de atendimento e a qualidade desse atendimento à saúde, dita como constituição do povo, para o povo, havendo assim uma intolerância dos erros cometidos perante a ciência médica e o atendimento à população usuários do Sistema Único de Saúde garantindo assim o acesso ao chamamento do judiciário a qualquer cidadão que por ventura sentia-se acometido por erro médico para as devidas reparações seja ela moral ou cível no patamar judiciário.

Em 1990 advindo o Código de Defesa do Consumidor – CDC – esse veio para garantir e afirmar os direitos dos consumidores afirmando essa relação de consumo como médico assistencialista, que ora faz a entender uma relação consumerista assumindo assim o risco de resultado, ora assumindo a responsabilidade de meio sem vínculo consumerista, distanciando cada vez mais a relação médico e paciente.

Com um mercado promissor, os procedimentos estéticos e cirurgias plásticas, o Brasil vem liderando esse ranking mundial perdendo somente para os E.U.A. que segue na liderança, para isso alguns fatores são bem a favor do Brasil, principalmente o trabalho midiático cada vez intenso ditando regras de estética padrão de beleza de grande proporção quase inalcançado para a maioria. Na correria insana dessa beleza formada, as clínicas e hospitais se abarrotam de cirurgias e procedimentos intensos para alcançar o padrão desejado.

País	Total Procedimentos Cirúrgicos	Total Procedimentos Não Cirúrgicos	Total Procedimentos	Porcentagem do Total de Procedimentos em Todo o Mundo
EUA	1.492.383	2.869.485	4.361.867	18,7%
Brasil	1.498.327	769.078	2.267.405	9,7%
México	518.046	525.200	1.043.247	4,5%
Alemanha	385.906	536.150	922.056	4,0%
Índia	390.793	505.103	895.896	3,9%
Itália	311.456	542.752	854.208	3,7%
Argentina	280.555	328.405	608.960	2,6%
Colômbia	273.316	135.473	408.789	1,8%
Austrália	102.404	100.238	202.642	0,9%
Tailândia	105.105	35.018	140.123	0,6%

Fonte: <https://www.isaps.org/wp-content/uploads/2019/12/ISAPS-Global-Survey-2018-Press-Release-Portuguese.pdf>

O quadro dispõe a real questão, ainda observa-se o grande número ainda é os procedimentos pelas mulheres 28,4% não quer dizer que os homens não os faça, porém em menor proporção, o Brasil ultrapassou os E.U.A nos procedimentos estéticos agora considerado o primeiro do mundo.

Na questão mulheres versus homens em procedimentos estéticos, segundo estatística da mesma fonte, informa que a cirurgia estética mais procurada pelas mulheres ainda é a de aumento de mama com 1.804.098 em contra partida e ironicamente é a ginecomastia que é a redução de mama com 269.720 realizado pelos homens.

Por fim, a pesquisa aborda uma visão geral do ponto de vista jurídico sobre a responsabilidade do profissional médico em procedimentos de resultado meio e fim, atuação do advogado, no que tange a responsabilidades civil, penal e ético, mecanismos indenizatórios, também os crimes possíveis de ocorrer durante intervenções médicas com finalidade embelezadora ou reparadoras – chamadas cirurgias plásticas.

Revisar conceitos de erro médico e erro do médico acerca da história da ciência médica, abordar as responsabilidades do nosocômio onde se tratam doentes, pessoas acidentadas, etc., internados ou não; nosocômio, equipes no tratamento e acolhimento do paciente em plena restauração de saúde, visto em separado, já que o CDC afirma suas responsabilidades solidárias.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO DIREITO BRASILEIRO

Faz-se necessário esclarecer a ideia de que o termo erro médico está condicionado diretamente a questão do ato médico, o que de fato foi realizado pelo profissional médico, bem como a responsabilidade do nosocômio e dos demais profissionais envolvidos em todos os procedimentos realizados com o paciente.

Como todo o Código Civil brasileiro foi pautado nas regras e normas já ditas pelos romanos, franceses, aqui um parêntese faz-se jus mencionar que tal código foi amplamente utilizado em 1916 um artigo basilar sobre a responsabilização civil no Brasil, o referido artigo 159 Código Civil de 1916, previa que “Aquele que por omissão voluntária negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Foi Louis Josserand jurista francês, que mencionou pela primeira vez um estudo sobre responsabilidade objetiva como marco evolutivo na responsabilidade civil, em meados de 1936

conclui seus estudos e os apresentou em conferência pronunciada nas faculdade de direito sob o título Evolução e Responsabilidade Civil o qual impactou nos estudos até o presente momento firmando uma linha de tese e muitos adeptos o faz com louvor seguindo suas conclusões (PEREIRA, 2018).

Nessa época era pautado no Brasil a responsabilidade civil na culpa, quebra contratual e seus inadimplementos, no caso os artigos 865, 867, 870, 879 e 883 da Lei Geral Privada.

No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 186 absorveu o que diz o artigo 1.383 do Código francês já mencionava a negligência, omissão voluntária, advir de uma culpa predestinada ou melhor antecipada o que a faz sem a necessidade de prova.

No Brasil uma mudança de pensamento postou-se após os estudos vindo da Europa, as hipóteses de danos causados por terceiros no cerne de seu artigo 1.384: *“on est responsable non seulement du domming que l'en cause por son prope fait, mais encore de celui qui est cause par le fait des personnes dont on doit répondre, on des choses que l'on a sous sa garde”*. (Tartuce, 2019)

Na tradução de Flávio Tartuce (2019): “ Se é responsável não somente por danos que têm como causa os próprios fatos, mas também aqueles que têm como causas fatos das pessoas pelas quais se é responsável, ou daqueles que estão sob sua guarda.”

Em virtude dessa proteção embasada junto à Constituição Federal de 1988, veio disciplinando a conduta da responsabilidade sem culpa, em se tratando da responsabilidade indireta do Estado, por atos dos seus agentes, conforme o artigo 37, §6 já constava na Constituição Federal de 1946 no artigo 194, vindo confirmar com a de 1988, na qualidade de seus terceiros o Estado é responsável pelos danos causados a outrem em exercício de suas funções.

No contexto atual, nos ensina Venosa (2013), que “utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com sua consequência de um ato ou negócio danoso sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar”.

Já na obrigação de resultado médico contratado, um cirurgião plástico, por exemplo, se compromete a alcançar o resultado específico, caso o profissional não alcance o resultado almejado pelo contratante, estará cometendo um implemento contratual passível de indenização, artigo 186 Código Civil, com base na resolução nº 737/2016 Portaria 02/2017 – SUS – Políticas de Saúde. Referência no Processo 0033219-10.2015.8.07.001 – 7ª Turma Civil – Julgamento 19/02/20. Relator Dr Getúlio de Moraes Oliveira.

Não se detém somente no contexto atual da responsabilidade civil sem antes fazer um aparato na história dos nossos primórdios civilistas, assim o entendimento da atual responsabilização faz-se melhor o entendimento, essas informações valem-nos para a construção atual, pois elas se cruzam unindo-as e adaptando-as ao momento atual.

Segundo Cavalieri Filho (2003), é notório que ao citar o Estado, ele tem interesse não somente de manter em ordem e comandar seus cidadãos, como diminuir as infrações cometidas por eles e receber o imposto que por sua parte se faz obrigatório, uma espécie de imposto por um serviço prestado. Quando se tratava de reparação corporal sofrida inserida nas XII Tábuas também era condenado o ofensor a pagar tal imposto, ou seja, além de sofrer a mesma agressão realizada contra outrem, ainda teria que pagar o imposto, o que é entendido hoje como sucumbência.

Para Caio Pereira (2018), não se tem uma data certa o que refere a *Lex Aquilia* a qual veio contra a atual observação à responsabilidade extracontratual por óbvio em oposto a contratual, sendo o marco do elemento culpa, como fundamento da relação e reparação do dano, o que vem sendo destacada em matéria de responsabilidade civil. De acordo (com a Lei

Aquiliana, é fundamental que no ato assistisse três elementos: a) danou lesão da coisa; b) ato contrário ao direito e c) quando o dano resultava de ato positivo do agente, o mesmo era praticado com dolo ou culpa.

No mesmo raciocínio Caio Pereira (2018) vem nos ensinar que a Lei Aquiliana surgiu de um plebiscito proposto pelo tribuno Aquilio, não derogou a lei anterior, constado texto de Ulpiano, *in Digesto* e tem como principal valor a substituição de multas por penas proporcionais ao dano causado.

Para Márcia Regina Weber (2004) no Brasil depois do Código Civil de 2002, a dualidade nos artigos em torno do fundamento da responsabilidade civil, a indagação concerne na culpa do ofensor ou do responsável, hoje se atribui as duas teorias: a) a doutrina subjetiva ou teoria da culpa; b) a doutrina objetiva que traz à luz da discussão da teoria sem culpa outros doutrinadores denomina como teoria do risco.

Caio Pereira (2018) nos ensina que o projeto de Código de Obrigações de 1965 estabeleceu então no artigo 855 a norma geral da responsabilidade civil independentemente da culpa, nos casos previstos em lei, e no artigo 872 anuir diretamente a teoria do risco, nesses termos: "Aquele que em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito a reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas, a evitá-lo".

Para Flávio Tartuce (2018) em se tratando de teoria da culpa ou doutrina subjetiva, decorre de um dano causado em função de ato doloso ou culposos. Esta culpa se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência. Em se tratando de erro médico fica o ônus da prova com o paciente, sendo que esse terá que provar a eventual culpa e eventual erro de procedimento. Nesse sentido, destaca-se o artigo 186 do Código Civil, ao determinar que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." Diz o artigo 927 em seu parágrafo único – Código Civil:

Artigo 927: Aquele que, por ato ilícito (artigos. 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.(BRASIL, 2002)

Para o jurista José de Aguiar (2012) o mesmo vem nos ensinando o que se refere a possibilidade de reparação do dano:

Tem o direito de pedir reparação toda pessoa que demonstre prejuízo e a sua injustiça. O quadro dos sujeitos ativos da reparação deve atender a esse princípio, de ampla significação. Assim sendo, quer se tratando de dano moral ou de dano material, não se pode cogitar de restringir a ação de indenização a privilégio do parentesco.

Assim como os juristas vem contribuir com seus ensinamentos, vemo-nos a opção de explorar a hermenêutica do Código Civil, para melhor adequação em cada caso concreto, sem que haja perdas para ambas as partes nem enriquecimento ilícito com ganho de causa processual.

2.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

Antes de adentrarmos diretamente às responsabilidades propriamente ditas, ouso tecer algumas considerações pertinentes no que cerne as responsabilidades e seus elementos, *stricto sensu* e *latu sensu*, como um todo a contemporaneidade obriga as adequações de acordo com o ordenamento.

Sobre a responsabilidade civil, em linhas gerais o que já foi dito anteriormente é a obrigação de reparação de uma ato ilícito causado a outrem, mais refinado de acordo com Álvaro Villaça Azevedo (2017):" o devedor deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou deixa de observar o sistema normativo, que regulamenta a vida".

Esse dever de indenizar o dano, também compartilhada com Caio Mário da SilvaPereira (2018) onde diz:" a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação do sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil , que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano".

Nos artigos do 186, 187 e 188 em sua parte geral do Código Civil, encontram-se o ordenamento da reparação desse dano causado e o dever de repará-lo, além de um instituto jurídico seja ele patrimonial ou extracontratual, é decorrente de uma violação de um dever jurídico, legal ou contratual.

Com a promulgação do ordenamento jurídico de 2002 , melhor organizado, repise-se o Título IX das obrigações foi intitulado Da responsabilidade civil, o que se refere a responsabilidade extracontratual encontra-se no artigo 927 a 954, do inadimplemento das obrigações em responsabilidade contratual encontra-se no artigo 389 a 420, após a divisão de juros e moras segue a responsabilidade de contrato entre os artigos 421 a 480, os atos ilícitos 186 e no artigo 187 abuso de direito categorias da responsabilidade extracontratual com uma norma complementar no artigo 188.

O Código Civil de 2002 nos artigos 389 a 391 aborda a relação contratual ou negocial e é comum tratar das obrigações positivas ou seja, do inadimplemento das obrigações de dar ou fazer, assunto esse abordado também no artigo 1.056 do código de 1916.

É comum devido a observância no que se refere a responsabilidade contratual, não há qualquer previsão a respeito do conceito de ato ilícito contratual, por isso é comum adotar o código 186 e 187, para o ato ilícito equiparado bem como para o abuso de direito.

Um marco histórico temos como um divisor de águas no ordenamento jurídico brasileiro, foi com concretização da Lei de Defesa do Consumidor – CDC de 1990, onde

de fato a responsabilidade objetiva no Brasil no âmbito de sua aplicabilidade, tem a responsabilidade sem culpa dos fornecedores, de serviços e dos prestadores de serviços nos seus dispositivos. O Código Civil em seu artigo 927 em seu parágrafo único, já vinha emoldurando o tema e consagrou com o firmamento do CDC com a lei 8.078/90.

Já no seu artigo 1º faz menção ao que já disposto no Constituição Federal no que se refere aos direitos e proteção do cidadão enquanto consumidor, refiro-me do artigo 5º, inciso 32 e também no artigo 172 da mesma carta, o que se pode presumir, tal tema já eradiscutido antes da promulgada lei e também no Código Civil no seu artigo 927, parágrafo único.

A referida lei do CDC em seu artigo 6º explana no seu inciso I a fundamentação basilar dos direitos básicos do consumidor e também na vertente de consumidor à proteção de atenção e proteção à vida e a saúde e em seguimentos de práticas que venham a dispor a segurança no fornecimento de produtos e ou serviços que possam ser nocivos, e com isso aprofundou-se nas teorias garantistas da responsabilidade. Ensina o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, caracteriza fornecedor e sua responsabilidade independentemente da existência de culpa e possível reparação dos danos:

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 fruições e riscos.

Esse dispositivo vem consagrar essa relação consumerista, reconhecendo a efetiva reparação de danos patrimoniais, individuais, coletivos e difusos, o qual se denomina princípio da reparação integral dos danos.

Nos ensina Silmara Juny de Abreu Chinellato(2006), a sociedade global está na quarta era de direitos, as quais relacionadas com o tecnológico, “traz uma responsabilidade diferenciada aos produtores de tecnologia, imputando-lhes indenizar os lesados sem indagação de culpa, bastando a comprovação do nexo causal entre o ato ou o fato lesivo e o dano. Ainda nas palavras de Chinellato(2006): “à tendência da objetivação da responsabilidade civil atende a sociedade pós moderna, sociedade essa de massa globalizada, caracterizada pelos riscos de produção e do desenvolvimento, nos quais se inclui a tecnologia, que tornam mais vulneráveis possíveis vítimas”.

Sobre o profissional liberal médico enquanto prestador de serviço e sua atividade o referido código nos ensina no seu artigo 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(BRASIL, 1990).

No dizer de Gama (2006) o mesmo entende que o artigo 14 do CDC diz que “a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”, ou seja, constatando-se a ocorrência de imperícia, imprudência ou negligência.

O Código de Defesa do consumidor nesse sentido dualista e contemporâneo, não nos trouxe uma divisão discriminada quanto as duas modalidades de responsabilidade civil, somente faz menção à responsabilidade do serviço e do produto bem como pelos vícios de produtos e serviços entre os artigos 18 a 25 também nos traz a ideia de responsabilidade contratual e não negocial.

3 CONCEITO DE PROCEDIMENTO ESTÉTICO E DE CIRURGIA PLÁSTICA

Uma questão conceitualista bastante controversa é o que se refere aos procedimentos estéticos e os procedimentos plásticas cirúrgicos, ora primeiramente faz-se mister relacionar o porquê de submeter ao procedimento com o conceito de saúde para assim ficar melhor o entendimento dos demais conceitos propostos.

De acordo com Daniel Santos Correa Lima (2015): A Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP) define cirurgia plástica como especialidade cirúrgica encarregada de reconstruir estruturas corporais que apresentem alteração em sua forma ou função, ou seja, apresentem deformidades que podem ter causas tanto congênicas como adquiridas.

Segundo a OMS - Organização Mundial da Saúde, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, o mesmo diz que saúde: é um estado de completo bem estar, físico, mental e social o que alguns chamam de holístico essa ausência de doença compõe um estado total de satisfação que abrange muito mais não somente o que o corpo expressa com a doença, vai além disso, é um somatório de todos os sentidos interligados, físico, mental, lazer, moradia, inclusão, educação, alimentação, emocional, financeira, social e todas as outras vertentes que desenvolve em outra cadeia segmentar.

Veja o caso da mídia, ela se alastra de forma sorrateira e corrobora com essa cadeia de envenenamento social, ditando regras, normas de padrões, conceitos que na maioria das vezes são mais exclusivos do que inclusivo, vê-se assim os adeptos da “moda” imposta pela mídia um modismo diário, passageiro, cotidiano, como o Zygmunt Bauman (2001), sociólogo polonês que criou e expandiu sua teoria muito bem adaptada para o modernismo onde o mesmo utiliza o título de Modernidade Líquida, ou seja, imediatista com tudo com todos, hoje almeja amanhã descarta.

Segundo Marcus Castro Ferreira (2000), a cirurgia plástica estética tem por primordial característica a reconstrução ou modificação de uma ou mais parte do corpo humano que por razões estéticas ou embelezadoras não condiz com seu corpoapresentável, já a cirurgia plástica reparadora como o próprio nome sugere tem o principal intuito de corrigir defeitos congênicos ou adquiridos e ou lesões deformantes.

Os procedimentos estéticos invasivos, que são aqueles que há necessidade de obter diagnóstico prévio, realização de exames complementares, histórico de saúde e doença terão que ser avaliados minuciosamente, dá-se à responsabilidade aos profissionais médicos ou aos dermatologistas, ambos são médicos com especializações diferentes, porém estudaram anatomia fisiopatologia médica e clínica e podem atuar como profissional liberal no seguimento cirúrgico.

O legislador preferiu tratamento diferenciado para profissionais liberais em razão do caráter dos serviços prestados, já se assumem obrigação de meio e não de resultado, nos ensina Densa(2012).

Para exemplificar segue um julgado do Supremo Tribunal de Justiça no que versa o assunto – RT 718/270 Recurso Especial: REsp 81101 PR 1995/0063170-9: “ O profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhora física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos, responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar”.

Nesse contexto, apresentado os conceitos básicos, tem-se formado a questão de responsabilidade de meio e responsabilidade de fim do profissional liberal médico que opta por atuar na cirurgia plástica reparadora e os demais profissionais que atuam como esteticista será mais bem esclarecido no capítulo próximo.

4 PARECER DO CRM E SUA VISÃO HOLÍSTICA AO PROFISSIONAL MÉDICO E O SEU CÓDIGO DE ÉTICA

O Conselho Regional de Medicina - CRM foi instituído pelos próprios profissionais bacharéis em medicina que necessitaram de ordenamento e garantias de trabalho que regesse a classe, o CFM Conselho Federal de Medicina age junto com todos os CRM, o que difere as classes são as atribuições designadas.

O CRM Paraná é respaldado pelo Decreto Lei 7.955 de 13 de setembro de 1945, somente depois de formar e orientar os poucos mais de um mil profissionais do Estado do Paraná, que em 12 de março de 1958 toma posse e cria-se o CRM na capital paranaense.

Com a formação do conselho de classe passa-se a partir desse momento um Código de Ética voltado para a classe médica, assim, por outro lado passa-se a obter reclamações de procedimentos infringentes ao ordenamento ético da classe médica.

A profissão médica sempre foi vista com muita cautela, respeito quase divinal por todos os motivos citados anteriormente, sempre houve aqueles que em prol de sua família não abriam mão do profissional médico da família, esse segmento por vez se faz ténue estreita relação vida e morte, procedimento e bem-estar, elevando assim o conceito de vulnerabilidade e demais insucessos em procedimentos realizados, tornaram-se mais imediatas as denúncias por negligência, imprudência ou imperícia.

O novo Código de Ética vem estabelecer limites e compromissos dos profissionais com os pacientes, aliado à uma prática médica segura, o referido código passou por reestruturação de quase três anos de análise e reformulação após a resolução 2.217/18, entrando em vigor em 30 de abril de 2019.

O capítulo III do Código de Ética traz a responsabilidade médica, o qual faz-se a base da pesquisa, no artigo 1º nos ensina: “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

A ética do profissional médico que exerce a função de cirurgião plástico é regida também pelo órgão da classe específica a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP) propôs junto ao CFM a criação de um documento Normas Informativas e Compartilhadas em Cirurgia Plástica, que tem com fundamentação basilar a responsabilidade, o atendimento, o papel e sua conduta com seus pacientes, com prioridade a saúde do ser humano.

Especialistas preocupados com a ética na cirurgia plástica não colocam em risco o bem-estar ou a vida dos pacientes realizando procedimentos para os quais não possuem habilitação ou cujos resultados são questionáveis e não detêm comprovação dos benefícios. Também evitam submeter o paciente a um procedimento cirúrgico apenas para agradá-lo quando é perceptível que a realização da cirurgia não resultará em benefício para o paciente.

5 O TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO E SUAS RESPONSABILIZAÇÕES LEGAIS

Constando no nosso ordenamento jurídico em seu artigo 15 do Código Civil(2002): “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Vem corroborar com o estudo a fala de João Vaz Rodrigues (2001) o termo de consentimento informado é uma obrigação para o profissional médico aplicar em seus pacientes os quais receberam tratamentos e ou procedimentos invasivos, tem por premissa assegurar a autonomia do paciente e o princípio da beneficência, bem como esclarecer todo a conformidade do tratamento ou procedimento que o paciente irá submeter-se.

Traz à luz da reflexão a Constituição Federal de 1988 lei máxima de nosso país no artigo 5 concretiza o princípio da legalidade quando nos ensina: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, assim pode observar o que foi dito anteriormente quanto ao consentimento esclarecido e informado sua importância e respaldo jurídico.

Para o profissional cirurgião plástico em especial representa a segurança, sua utilização foi instituída pelo ordenamento do CDC Código de Defesa do Consumidor com sua implantação em 1990.

O termo de consentimento segundo Kfoury Neto (2019) “é o comportamento mediante o qual se autoriza a alguém determinada atuação, no caso do consentimento para o ato médico, uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente com o propósito de melhorar da saúde do próprio enfermo ou de terceiro”.

A utilização do termo de consentimento esclarecido é utilizada para estreitar essa relação médico x paciente para que nada venha depois do procedimento ser questionado por ambos

dessa relação de que não foi informado por qualquer das partes mediante procedimento adotado ou conduta diversa adotada, é um direito moral dos pacientes e uma obrigação moral do profissional.

6 DO DANO MORAL, MATERIAL E ESTÉTICO ADVINDOS DE RESULTADOS INDESEJADOS OU INESPERADOS

Partindo do que rege o artigo 186 do Código Civil o dano vem caracterizado como circunstância elementar da responsabilidade civil, por esse conceito também já exposto anteriormente, o ofensor fica obrigado a reparar pelo dano causado. Existe uma obrigação de reparar o dano imposto a quem quer que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia causar prejuízo a outrem.

Para Kfoury Neto (2019) o dano é elemento ou requisito essencial da responsabilidade civil sendo que o prejuízo é o que menos causa surgimento de discussão, isto refere devido ao princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social em conjunto com o crescimento tecnológico contemporâneo tornando assim o dano ressarcível. A teoria da *res ipsa loquitur* – é utilizada quando a coisa fala por si, verifica a existência de um dano ao paciente que não ocorreria de forma diversa se não por culpa na conduta médica.

Faz-se necessário um estudo hermenêutico da palavra dano moral, segundo Fernandes (2000), o termo engloba dois termos bem perceptível dano, que advém do termo em latim *damnu*, mal que se faz a alguém; estrago ou prejuízo causado por alguém em coisa alheia, e moral, derivada do termo em latim *morale*, conjunto de faculdades morais humanas; tudo o que diz respeito à inteligência ou ao espírito, por oposição ao que é material, em outras palavras é a lesão de um dano imaterial, abstrato, porém perceptível.

Para Tereza Lopez (2002) o dano moral como o sofrimento, dor, tristeza infringidos injustamente a outrem, o que é certo entre todos seria o seu caráter não patrimonial ou extrapatrimonial sofrido o dano, o que assim distinguira-o do dano material.

A responsabilidade civil somente obriga ao agente infrator o qual cometeu um ato antijurídico a arcar com a devida reparação do ofendido, assim Henri nos ensina o conceito de dano: “prejuízo resultante de uma lesão a um direito” (PEREIRA, 2018)

Em se tratando de ressarcimento, o ofendido tem por base não usurpar do ganho pela dor sofrida, não obtendo vantagens a mais do que o devido, assim o Código Civil em artigo 944 vem evidenciando o tema “a indenização se mede pela extensão do dano” em seu parágrafo único afirma: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização.”

O dano como elemento da responsabilidade civil, faz-se afirmar que nem todo dano é ressarcível, dano futuro está fora do ressarcimento imediato da ação indenizatória o que na atualidade outros juristas não de questionar quanto ao esse ressarcimento futuro, principalmente depois do Código de Defesa do Consumidor onde nos artigos 12 e 13 versa sobre a responsabilidade objetiva.

Importante observar o dano é a certeza de tal comportamento, o eventual não cabe ressarcimento entendimento que o dano eventual é nada mais de que aborrecimento a jurisprudência rejeita esse pedido, já o dano certo é aquele que tem um prejuízo conhecido fundada na ação de perdas e danos, ainda que essa seja em dano futuro.

No ordenamento atual brasileiro, o artigo 948 do Código Civil obriga o responsável, nos casos em que a vítima venha a falecer em decorrência do fato danoso, “ao pagamento das

despesas, com o tratamento da vítima, seu funeral seu luto e o da família (inc.I) e à prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-seem conta a duração provável da vida da vítima (inc.II).

Para que possa haver uma distinção entre direito material e direito moral, basta atentar-se na lesão causada, enquanto no material tem-se uma diminuição do seu patrimônio, no outro se verifica os efeitos da lesão causada pelo ofensor, em outra linha ténue o dano material visa a reparação ao *status quo* já no dano moral tem-se como objetivo a reparação por meio de uma satisfação compensatória sendo um meio de atenuar as consequências sofridas.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 186, define o que seria um ato ilícito, inclui, nessa definição, o dano de cunho estritamente moral, estabelecendo que comete ato ilícito aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violadireito e causa dano a outrem, ainda que apenas moral.

No *in dubio* não se atribuir as perdas ou diminuição patrimonial pelo ato sofrido, ao dano moral, devido a opção de atentar-se que o dano moral está diretamente associada ofensa a um bem jurídico, não muito raro observa o equívoco quando pleiteia ressarcimento pelo prejuízo patrimonial com ressarcimento alegando ofensamoral.

Em contrapartida, podem ocorrer danos derivados ao procedimento médico realizado, ou em decorrência natural na recuperação do paciente, tem-se tornado uma demanda grande ao judiciário, onde cada vez mais existem litigância para reparação por erro médico bem como reparação pelo dano sofrido, por esse entendimento, portanto, decorre a presunção de culpa do profissional quando o mesmo usa de imperícia ao executar sua atividade, incorreto presumir o dano por causa acidental, haja vista que para tal desenvoltura lhe é incumbido o zelo e vigilância próprios da profissão.

No ordenamento atual, o artigo 951 do Código Civil vem ao amparo da atividade médica e os artigos 948 a 950 aplicam-se indenização, devido exercício da profissão, nos casos em que houve morte do paciente, agravo impossibilitando o labor ou causar-lhe lesão.

Nesse aspecto, a obrigação médica poderá ser de meio ou de resultado. A primeira é aquela em que o contratado obriga a se utilizar de todos os meios adequados e tecnicamente disponíveis e corretos para obtenção de um resultado pretendido pelo contratante, sem “se preocupar” ou comprometer com o resultado final – Palavras da Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Supremo Tribunal de Justiça. REsp 1845542 PR 2019/0322150-4 DJe 14/05/2021.

Já na obrigação de resultado médico contratado, um cirurgião plástico, se compromete a alcançar o resultado específico, caso o profissional não alcance o resultado almejado pelo contratante, estará cometendo um implemento contratual passível de indenização, artigo 186 Código Civil, com base na resolução nº 737/2016 Portaria 02/2017 – SUS – Políticas de Saúde. Referência no Processo 0033219-10.2015.8.07.001 – 7ª Turma Civil – Julgamento 19/02/20. Relator Dr Getúlio de Moraes Oliveira.

Enriquece-nos o saber Kfoury Neto (2013) obrigação de meio e de resultado tratam especificamente de que tipo de indenização o dano irá repercutir, pois cada tipo de obrigação, neste caso, possui uma peculiaridade diferente. A responsabilidade civil por dano estético, pode ter indenizações divergentes pelo resultado da cirurgia e objetivo.

Em síntese diz-se, quando o médico em atender um paciente não constitui uma obrigação de resultado, salvo em caso de cirurgia plástica, pois o médico nessa primeira hipótese não tem o dom da cura e não a garante e sim tem como função basilar a oferta do melhor para

minimizar os sintomas da patologia para que o próprio organismo responda ao tratamento ofertado, então dir-se-ia que o médico tem obrigação de meio.

Segundo orientação do Conselho Federal de Medicina divide as obrigações médicas em três: a) deveres do conselho; b) cuidados e assistências e c) abstenção de abuso e desvio de poder, causa assim falta grave a ser averiguada pela sua conduta diversa a essas pelo conselho como infringência aos deveres basilares.

As intervenções médicas estéticas têm finalidade fim e não de meio, pois o cliente procura o profissional de livre consentimento para a correção de imperfeições ou para melhorar a aparência e assim também melhorar a autoestima, o profissional empenha-se para alcançar o estado desejado, caso não consiga poderá o profissional a responder por quebra de contrato.

Pois bem, o tema é complexo deixando cada vez mais aberto para questionamentos futuro em cada caso concreto, haja vista que cada organismo reage de uma maneira diferente, o mesmo procedimento realizado poder obter outros resultados esperados ou não esperado, cabe ressaltar que o procedimento estético e cirúrgico tem-se aperfeiçoado cada vez mais no que refere ao cuidado e estudo tentando assim aperfeiçoar não somente a técnica mas também fisiologia do corpo humano para melhor compreender os resultados indesejados do esperado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após verificar a revisão bibliográfica no assunto, considerando que ela tem por objetivo apresentar a tentativa de compreensão entre o procedimento estético e a cirurgia plástica, uma função que envolve conhecimento e deve ser desenvolvido por profissionais com qualificação para tal, esse questionamento que hoje se encontra no judiciário com tanta frequência, o litígio da responsabilidade civil por erro em procedimentos reparadores o que se chama erro médico. Mas, ponderamos que a pesquisa aspectos importantes para desmistificar o entendimento que a maioria da população entende como erro médico em procedimento com o de meio o qual o profissional não garante a recuperação o enfermo, ou de resultado esse difere por um contrato assumido que ainda será utilizado todo o conhecimento na literatura bem como os procedimentos invasivos para que se possa obter um resultado o qual é desejado pelo cliente.

Por óbvio, é sabido que a pesquisa traz outros questionamentos a partir dessa reflexão, as lacunas que por venturas surgirem podem ser estudadas futuramente por outros que advém dessa, se faz mister ressaltar que será de grande valia.

O objetivo dessa pesquisa tem por cerne a diferenciação do erro médico assumido pelo profissional médico em procedimentos cirúrgicos seja ele estético ou reparador o que significa assim assumir o risco e resultado compreendendo o resultado fim, fazendo uma diferenciação do profissional médico que atende para sanar sintomatologias apresentada pelo paciente para não curar, mas sim minimizar a agonia de dores, o que entende por resultado meio.

No que se refere a reparação, indenização, o trabalho avulta a apresentação das diversas formas de reparação por danos estéticos causado em procedimentos onde houve negligência, imprudência ou imperícia, já que para o exercício da profissão o conceito basilar da profissão é destreza e conhecimento para realização de procedimentos invasivos.

A responsabilidade civil por dano estético, portanto, dar-se-á quando o paciente comprovar que o médico é culpado, e este, se eximirá de culpa se comprovar alguma possibilidade de excludente de responsabilidade. Caso isso não ocorra, o profissional responderá pelos

danos estéticos, morais, e eventualmente, patrimoniais, causados ao paciente, haja vista, sua responsabilidade e obrigação por intermédio da cirurgia estética serem de resultado, ou seja, a entrega de uma forma física ao paciente era o que se pretendia.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien 3ª Ed Zahar. Rio de Janeiro. 2001.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05.Jan. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm > . Acesso em: 25 Jan. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em: 14 Jan. 2021.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor – CDC - Lei Nº 8.078, De 11 de setembro de 1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm acessado em 14/02/2020
- BRASIL. **Conselho Regional de Medicina**. Disponível em <https://www.crmpr.org.br/> . Acesso em 03.Jan.2021
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Cirurgia Plástica Reparadora**. Disponível em:<https://antigo.saude.gov.br/atencao-especializada-e-hospitalar/especialidades/cirurgia-plastica-reparadora> . Acesso em: 04 Fev. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 387**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2387> .Acesso em 25 Mai. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 562**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2589>>
- Acesso em: 24 Mai. 2021.
- CHINELLATO, Silmara Juny Abreu. **Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). Questões controvertidas no novo Código Civil. Responsabilidade Civil. São Paulo:Método, 2006.
- DIAS, José de Aguiar; **Da responsabilidade civil**, 12. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012.
- DENSA, Roberta. **Direito do consumidor**. 9 ed. São Paulo, Atlas, 2014.
- FERNANDES, Francisco. **Dicionário Brasileiro**. São Paulo: Editora Globo. 2000.
- FERREIRA, Marcus Castro. **Cirurgia Plástica Estética - Avaliação dos Resultados**. Artigos – 2000 - Volume15. <http://www.rbc.org.br/details/201/pt-BR/cirurgia-plastica-estetica---avaliacao-dos-resultados>.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. **Responsabilidade civil no código civil**. Revista EMERJ, v 6,nº 24, 2003.
- GAMA, Helio Zaghetto: **Curso de Direito do Consumidor**. 3ª Ed. Rio de Janeiro. Forense 2006.
- ISAPS – **Sociedade Internacional de cirurgias Plástica**. Disponível em: Estética <https://www.isaps.org/wp-content/uploads/2019/12/ISAPS-Global-Survey-2018-Press-Release-Portuguese.pdf>
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10.ed São Paulo Revistados Tribunais, 2019.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do médico**. 8ª. Ed revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- LIMA, Daniel Santos Corrêa et. al. **A cirurgia plástica na mídia: o conceito da especialidade veiculado pelos meios de comunicação impressos no Brasil**. Disponível em: <http://www.dx.doi.org/10.5935/2177-1235.2015RBCP0122> . Acesso em 12 Jun. 2021.
- LOPEZ, Teresa Ancona. **O Dano Estético: responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

SOUZA, Jéssica Jane de.; NOVAK, Hudson Franklin Pereira. Responsabilidade civil por erro médico em procedimento cirúrgico estético. **Revista Direito UTP**, v.3, n.4, jan./jun. 2022, p. 54-67.

MARIANA. **Da responsabilidade civil do médico – a culpa e o dever de informação**. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/daresp_onsabilidade-civil-do-medico-2013-a-culpa-e. Acesso em: 09 Ago. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualizado por Gustavo Tepedino. Revista ampliada e atualizada, 12 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2018.

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Portugal. Ed Coimbra 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil direitos das obrigações e responsabilidade civil**. 12ª Ed rev., atual. e ampli.- Rio de Janeiro, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. Volume Único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos** -coleção direito civil V 4.ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol.4, 3ed., São Paulo: Atlas S.A., 2003.