

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROCEDIMENTO MÉDICO ESTÉTICO: ANÁLISE DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Marcus Augusto Freire Fernandes¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Morais²

RESUMO

A responsabilidade civil do procedimento médico estético é objeto de muita controvérsia ao longo dos anos no Brasil. Atualmente a doutrina especializada do Direito Médico compreende que o ato médico estético deve ser visto como um ato médico pleno, sem diferenciação de outros atos médicos. A evolução do conceito de saúde considera a busca pelo embelezamento como uma das formas de busca à saúde. Esta visão de indissociação do ato médico gerou na doutrina o entendimento que a obrigação do ato médico estético deve ser sempre de meio. Entretanto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros ainda tem entendimento distinto desse ramo doutrinário do Direito Médico. Muitos julgados entendem ser o procedimento estético uma obrigação de resultado, baseando tal distinção na ideia que a busca pelo embelezamento não é considerada como uma forma de busca à saúde. Foi utilizado uma abordagem dialética, observando correntes com visões distintas sobre o tema. Uma pesquisa qualitativa com análise da doutrina especializada no tema foi feita e verificada a jurisprudência dos tribunais nos últimos 10 anos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Obrigação de meio. Conceito de saúde. Procedimento estético.

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE LA PROCÉDURE MÉDICALE ESTHÉTIQUE: ANALYSE DE LA DOCTRINE ET DE LA JURISPRUDENCE BRÉSILIENNE

RÉSUMÉ

¹ Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. marcusfernandes@hotmail.com

² Professora Orientadora do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. rosangela.mrm@hotmail.com

La responsabilité civile de la procédure médicale esthétique fait l'objet de nombreuses controverses au fil des années au Brésil. De nos jours, la doctrine spécialisée du droit médical comprend que l'acte de la médecine esthétique doit être considéré comme un acte médical à part entière, sans distinction d'autres actes médicaux. L'évolution du concept de santé considère la recherche d'embellissement comme un des types de recherche de santé. Cette conception de l'in-dissociation de l'acte médical a généré dans la doctrine la compréhension du fait que l'obligation de l'acte médical esthétique doit toujours être de moyens. Cependant, la jurisprudence des courtes supérieures brésiliennes ont encore une compréhension différente de cette branche doctrinale du droit médical. De nombreux juges comprennent que la procédure esthétique est une obligation de résultat et fondent cette distinction sur l'idée que la recherche d'embellissement n'est pas considérée comme un type de recherche de la santé. Une approche dialectique a été utilisée, en observant les courants avec des points de vue différent sur le thème. Une recherche qualitative avec analyse de la doctrine spécialisée dans la matière a été réalisée et a permis de vérifier la jurisprudence des tribunaux au cours des 10 dernières années.

Mots-clés: Responsabilité civile. Obligation de moyen. Concept de santé. Procédure esthétique.

1 INTRODUÇÃO

Os procedimentos médicos estéticos ocupam um lugar de destaque nas discussões sobre o direito médico devido à visibilidade do tema na sociedade e pela grande demanda de processos que os profissionais dessa área tendem a suportar.

Tal demanda gera consequências patrimoniais aos médicos, que tendem a praticar o que se denomina "medicina defensiva", que leva ao enfraquecimento da relação médico-paciente, pilar mestre de uma boa prática médica.

Além da grande demanda judicial, tanto em números relativos como absolutos, outro ponto de destaque na avaliação do litígio nos procedimentos médicos estéticos é a natureza jurídica da obrigação.

A doutrina especializada debruçou-se sobre o tema ao longo dos anos. Atualmente, a ampla maioria da doutrina do Direito Médico considera o ato médico

como de obrigação de meio. Não está o ato médico vinculado à cura do paciente/enfermidade, mas a oferecer ao seu paciente um tratamento adequado, respeitando a autonomia do paciente e as normas da prudência e da ciência, norteado por princípios estabelecido pelo Código de Ética Médica.

Tal entendimento encontra respaldo na imprevisibilidade inerente à atividade médica.

Esta imprevisibilidade, entretanto, não exime o médico da obrigação de informação ao paciente de todas as nuances do tratamento para que este, com base em informações mais precisas possíveis, possa exercer seu direito de escolha e oferecer seu consentimento esclarecido.

Apesar das razões descritas anteriormente que sustentam a impossibilidade de se cobrar do profissional médico resultados, encontramos no Brasil uma corrente que sustenta que o procedimento médico "meramente estético" é uma exceção a essa regra. Esta corrente vê o procedimento estético como obrigação de resultado. Se notarmos que o resultado do procedimento estético é o embelezamento, e tal conceito apresenta uma enorme variação cultural, etária, socioeconômica, regional e mesmo interpessoal, a mensuração do "sucesso" deste procedimento traria grandes dificuldades de aplicabilidade.

Esta visão dicotômica do ato médico estético x ato médico não estético ("terapêutico") contraria os conceitos atuais da saúde empregados no Brasil e ditados pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Em contramão da visão doutrinária que brota em nosso meio e da visão mais moderna do conceito de saúde, parte da jurisprudência brasileira, principalmente nos tribunais superiores, adota a visão dicotômica dos atos médicos, dando tratamento jurídico distinto a eles, e imputando ao procedimento considerado "meramente estético" a obrigação de resultado.

Este trabalho foi realizado através de um método de abordagem dialético, observando correntes com visões distintas sobre o tema. Foi realizado uma pesquisa qualitativa com análise da doutrina especializada no tema e verificando a jurisprudência dos tribunais nos últimos 10 anos.

Foi realizada uma breve revisão sobre o processo de judicialização da Medicina no Brasil, uma revisão sobre a evolução da responsabilidade civil obrigacional médica e uma revisão crítica da doutrina especializada na área e da

jurisprudência pátria.

Também foi objeto de análise os avanços conceituais da Saúde e por fim, os possíveis conflitos entre o aspecto jurídico e conceitual da saúde.

2 ASPECTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA MEDICINA NO BRASIL

O Brasil apresenta uma posição de destaque no mundo quando se avalia a quantidade de demandas judiciais contra os médicos.

Pinheiro (2017) descreve que, em 2017, o Brasil tinha uma média aproximada de 7% do total de médicos em atividade que respondiam a algum processo em todas as esferas, aproximando o Brasil dos Estados Unidos, país com a cultura mais litigante do mundo, onde 9% dos médicos respondem a processos. A cirurgia plástica ocupa lugar importante na lista das especialidades médicas mais demandadas judicialmente, ficando atrás somente da ginecologia e obstetrícia e da traumatologia-ortopedia.

O professor Raul Canal (2014) relata que a cirurgia plástica ocupa o terceiro lugar, em números absolutos como especialidade mais demandada judicialmente. Entretanto, em números relativos, a cirurgia plástica ocupa o primeiro lugar, com aproximadamente 47% dos cirurgiões plásticos brasileiros respondendo a processos. Esses números são de um estudo da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética - ANADEM, realizado nos 27 tribunais estaduais de Justiça e no STJ.

O Professor da Faculdade de Direito de Coimbra André Gonçalo Dias Pereira (2012), em sua tese de doutoramento, descreve que esse aumento da demanda judicial contra a atividade médica fomentou o surgimento de uma "medicina defensiva". A litigância gera, nos profissionais, reações como perda de empatia com os pacientes, distanciamento, aumento do número de exames pedidos, gerando sobrecarga financeira sobre o sistema de saúde, além de aumentar o risco de iatrogenias. Tal conduta defensiva do médico em relação ao seu paciente desconstrói a confiança mútua indispensável para uma relação médico-paciente saudável, comprometendo o próprio ato médico em si.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE MÉDICA

Antes de adentrarmos na discussão acerca da responsabilidade civil do procedimento médico, cabe uma breve revisão conceitual sobre o tema.

Farias, Braga Netto e Rosenvald (2019, p. 37) definem a responsabilidade civil como: "obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e, em certos casos determinados em lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo".

O Código Civil Francês serviu como base para as legislações modernas e dá a definição da responsabilidade no seu texto original no artigo 1.382, atualmente artigo 1.240: "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*"³. (FRANÇA, 1804).

O Código Civil Brasileiro aborda a responsabilidade civil em alguns artigos⁴.

O Código de Ética Médica disciplina a responsabilidade do médico ao vedar ao médico em seu Artigo 1º: "Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência." (CFM, 2018)

Dantas e Coltri (2020) reforçam a importância da diligência, da prudência, da precaução e da perícia na prática médica, pois a análise da culpa em um ato médico será pautada na conduta do médico.

Em que pese a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a forma de aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na relação médico-paciente, esse código em seu artigo 14⁵, parágrafo quarto discorre sobre o tema.

Nota-se nesse dispositivo a importância do esclarecimento do paciente sobre os procedimentos médicos que lhe serão ofertados e seus riscos, sendo a sua não observância, fator de responsabilização do profissional.

3.2 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

³ Qualquer fato gerado pelo homem que cause dano a outro, obriga àquele que causou o fato a obrigação de reparação. (FRANÇA, 1804, *online*, tradução nossa)

⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

⁵ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...] §4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL, 1990)

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná Miguel Kfoury Neto (2019) destaca a relevância da responsabilidade do profissional médico, ao relatar que os mais precoces textos jurídicos que sobreviveram até os dias atuais fazem referência a responsabilidade do médico em seu mister. Desde o Código de Hamurabi, com seus inúmeros artigos que fazem referência as obrigações as quais os médicos estavam submetidos, passando pelo direito romano, com a *Lex Aquilia de Damno* formulando o conceito de culpa e a necessidade de reparação do dano, até o início da ciência médica como conhecemos no período grego com a edição do *Corpus Hippocraticum*.

Durante muitos séculos seguintes a responsabilidade médica ficou relegada a um plano eufêmico, pois existia na realidade uma impunidade envolta pela aura quase inatingível do profissional, que não respondia por seus insucessos ou condutas.

Tal situação sofreu uma reviravolta na primeira metade do século XIX, quando o procurador Francês Dupin (1783-1865), condenou o médico Helie de Domfront por uma conduta considerada errada em um parto que resultou na mutilação do feto⁶ O procurador Dupin (*apud* KFOURI NETO, 2019, p. 70) descreve:

[...] do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele [...].

A partir deste caso a responsabilidade médica voltou a ser objeto de análise da sociedade e do poder judiciário de forma mais técnica.

3.3 CULPA MÉDICA

Como se observa no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, §4º, a

⁶ O caso, em resumo, foi o seguinte: O Dr. Helie de Domfront foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault. Somente lá se apresentou às nove horas. Constatou, ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como consequência, a criança nasceu e sobreviveu ao tocotraumatismo. Diante de tal situação, a família Foulcault ingressa em juízo contra o médico. Nasceu daí um dos mais famosos processos submetidos à justiça francesa. A sociedade dividiu-se. A Academia Nacional de Medicina da França pronunciou-se a favor do médico e, solicitada pelo Tribunal, nomeou quatro médicos, dos maiores obstetras da época. O resultado do laudo foi o seguinte: 1. Nada provado que o braço fetal estivesse macerado; 2. Nada provado que fosse impossível alterar a versão manual do feto; 3. Não havia razões recomendáveis para a amputação do braço direito e, muito menos, do esquerdo; 4. A operação realizada pelo Dr. Helie deverá ser considerada uma falta grave contra as regras da arte. Apesar da imparcialidade do laudo, a Academia impugnou-o e outro é emitido por outros médicos, que chegam a conclusão contrária à primeira manifestação dos Delegados da Academia. O Tribunal de Domfront condenou o Dr. Helie ao pagamento de uma pensão anual de 200 francos.

culpa é fator indispensável para a responsabilização do ato médico⁷.

Vale ressaltar que para fins de reparação civil dos danos, não se faz qualquer distinção entre o dolo e a culpa, nem entre seus elementos, uma vez que o cálculo da reparação é feito avaliando a extensão do dano gerado (BORGES, 2014; TARTUCE, 2019).

A culpa médica se traduz na falha nos deveres de conduta obrigatórios ao profissional médico (BORGES, 2014). Não há no ordenamento jurídico brasileiro gradação de culpa, sendo avaliado, como dito anteriormente, somente o dano causado (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019).

A culpa no direito civil, comporta três elementos distintos:

3.3.1 Imprudência médica

A imprudência médica é caracterizada pela ausência de cautela necessária. São atos realizados de forma intempestiva, precipitada. A imprudência tem um caráter comissivo, por definição. Pode-se exemplificar nos casos em que médicos realizam determinados procedimentos sem o devido respaldo técnico-científico ou quando um profissional inicia um procedimento sem todo o instrumental necessário (BORGES, 2014; FRANÇA, 2019).

3.3.2 Negligência médica

A negligência médica é um ato omissivo por definição. É a inação, a inércia, a desídia, falhando nos deveres obrigatórios exigidos pela situação. Ela pode se apresentar de várias maneiras: abandono do paciente; omissão ou retardo no início de um tratamento; negligência no dever de informar, entre outros. Pela característica única e complexa do ato médico, os elementos de imprudência e negligência, muitas vezes ocorrem de forma concomitante e indissociável. De forma exemplificativa seria o caso onde o médico esquece um material no interior do corpo do paciente ou quando realiza um procedimento no lado errado do paciente. Mas casos menos espetaculares

⁷ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...] §4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL, 1990)

como os citados também podem configurar negligência, como a falta de consentimento e esclarecimento do paciente sobre um determinado procedimento e suas possíveis complicações (BORGES, 2014; FRANÇA, 2019).

3.3.3 Imperícia médica

A imperícia médica é a falta de observação de normas técnicas da arte médica, seja por despreparo técnico, seja por despreparo científico. Há certa discussão doutrinária se o fato do médico ser portador de diploma que lhe confere aptidão para o exercício da profissão não seria uma excludente para imputar-lhe um ato imperito. Entretanto, com o avanço cada vez maior das especialidades médicas e áreas de atuação cada vez mais restritas seria possível que se considere um médico que pratica ato que pressupõe uma especialização, mas não a possui, como imperito no caso em concreto (BORGES, 2014; FRANÇA, 2019).

3.4 O ATO MÉDICO COMO UMA RELAÇÃO CONTRATUAL E A OBRIGAÇÃO DE MEIO X OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

A doutrina atualmente reconhece que a relação entre médico e o paciente é uma relação em regra contratual (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019; DANTAS, 2019; KFOURI NETO, 2019). Em que pese tal entendimento, quando há descumprimento da obrigação não se aplica à relação médico-paciente a responsabilização presumida (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019).

A atividade médica assim como a atividade do advogado são, na maioria dos casos, atividades de meio, onde os profissionais se obrigam a usarem o melhor de suas ciências para atingirem os objetivos traçados, sem, entretanto, estarem vinculados ao êxito do resultado para que haja adimplemento da obrigação (DANTAS, 2019; FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019).

Na obrigação de meio, há o compromisso do devedor de empregar todos os recursos disponíveis, conhecimentos e meios técnicos para a obtenção de determinado resultado, sem, no entanto, responsabilizar-se por ele (FRANÇA, 2019). Na atividade médica seria a obrigação de, através da diligência, atenção e à luz dos mais modernos conceitos da ciência, buscar o melhor resultado para seu paciente, sendo a cura uma

consequência deste meio, mas não o fim obrigatório (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019). Essa é a regra da relação obrigacional da atividade médica.

Quando há obrigação de resultados, o devedor deve entregar o fim prometido. Caso ele não seja alcançado, é considerado inadimplente (FRANÇA, 2019). Tal entendimento aplica-se de forma excepcional à prática médica, sendo a cirurgia plástica dita "estética" uma dessas exceções segundo parte da doutrina e jurisprudência pátria.

4 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SAÚDE

O conceito de saúde está relacionado com a conjuntura social, política, econômica e cultural de uma sociedade. Por essa razão ele apresentou variações ao longo da história.

Nos primórdios, a relação da saúde com divino era muito próxima. A doença era vista como um castigo divino e a saúde, como uma graça. Essa é uma das razões da indissociação ente a figura do médico e do sacerdote nesse período. Não raro, nos dias atuais, ainda se faz referência a atuação na medicina como sacerdócio. O doente era visto como pecador e merecedor do castigo que recebia. Essa visão punitiva divina da doença foi reforçada no período de domínio da Igreja Católica durante a idade média (SCLIAR, 2007).

Hipócrates de Cós (460-377 a.C.) foi um pioneiro ao trazer o estudo do processo saúde x doença para o campo da racionalidade (ainda que rudimentar). Em um dos textos a ele atribuídos e que formam a obra *Corpus Hippocraticus* (apud KFOURI NETO, 2019, p 68), diz o seguinte: "A doença chamada sagrada não é, em minha opinião, mais divina ou mais sagrada que qualquer outra doença; tem uma causa natural e sua origem supostamente divina reflete a ignorância humana".

Durante séculos, e com a evolução do conhecimento científico, a relação saúde x doença ficou cada vez mais precisa e passou-se a conhecer cada vez mais e melhor as doenças.

Entretanto, pouco se estudou sobre a saúde em si. Durante grande parte da história da humanidade a saúde era considerada, simplesmente a ausência de doença, não sendo um ente em si.

Somente após a segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização

Mundial da Saúde (OMS), ligada a Organização das Nações Unidas (ONU), estabeleceu-se um conceito internacional e mais amplo de saúde.

Em 07 de abril de 1948 (desde então o Dia Mundial da Saúde) foi editada a Carta de Princípios da OMS, onde consta a seguinte definição de saúde: "Saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade". Nessa carta contava também que a saúde era uma obrigação do Estado, devendo esse atuar em sua promoção e proteção.

O conceito da OMS é mais um compromisso inatingível que impõe ao Estado uma atenção permanente para alcançá-lo.

Este conceito foi revisitado ao longo das últimas décadas. O bem-estar político, econômico, liberdade, condições de trabalho são citados como componentes de uma saúde plena do indivíduo.

Segre e Ferraz (1997) propuseram um conceito abrangente que parece adequado à realidade atual: "saúde é um estado de harmonia entre o sujeito e a sua própria realidade".

Considerando as visões mais modernas sobre a conceituação da saúde, indo muito além da limitada visão que seria saúde a ausência de doença, podemos vislumbrar que procedimentos que visem melhorar aspectos ligados a autoestima, sexualidade, sensação de bem-estar corporal estão diretamente ligados à preservação e recuperação de saúde.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL OBRIGACIONAL DO ATO MÉDICO ESTÉTICO

5.1 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO NO BRASIL

Com a evolução, já vista, do conceito de saúde e com o surgimento nas últimas décadas de um ramo do Direito que visa tratar especificamente dos problemas ligados a saúde e aos profissionais que com ela atuam diretamente, o Direito Médico, houve uma evolução na visão dos doutrinadores sobre o tema.

Os especialistas em Direito Médico discutem há décadas acerca da natureza da responsabilidade obrigacional do procedimento estético. Quanto ao ato médico dito curativo há uma sólida compreensão que a natureza é de obrigação de meio, obrigando-se o profissional a empregar de prudência e diligência na prestação do

serviço, sem garantias de resultado.

Parte dos doutrinadores do Direito Médico nessa área tem uma visão que não pode haver diferenciação entre atos médicos, sejam eles ditos curativos, sejam eles ditos estéticos:

Dantas (2019, p. 177) afirma em sua obra *Direito Médico*, o seguinte:

O que se pretende demonstrar é que, sob todos os aspectos, a cirurgia plástica é intervenção cirúrgica equiparável a todos os demais procedimentos cirúrgicos, e que as reações do organismo humano são imprevisíveis e consequências indesejadas podem sobrevir, ainda que toda a técnica, recursos disponíveis, prudência e perícia tenham sido empregados ao caso concreto, não se podendo, por sua vez, simplesmente culpar o médico pelo infortúnio, por ele também não desejado

O mesmo autor (2008) em artigo reforça sua tese:

*[...] il est antijuridique, au prétexte que la chirurgie esthétique est classée comme obligation de résultat, d'invertir la charge de la preuve. Le règlement de la responsabilité subjective, incompatible avec cette inversion, s'applique en toute hypothèse au médecin.*⁸

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, Miguel Kfoury Neto (2019, p. 232), em sua obra *Responsabilidade Civil do Médico*, diz:

Há que se entender saúde, todavia, como bem-estar não somente físico, mas também psicossocial. Nesse contexto, indubitosa é a feição curativa de que se pode revestir a cirurgia estética. Enfermidade não é apenas o processo patológico de degeneração orgânica ou física. Existe uma variada gama de moléstias mentais e de perturbações psíquicas. A cirurgia estética pode atenuar ou eliminar totalmente em mal-estar não físico, mas psíquico ou moral.

O desembargador, na mesma obra, comenta que apesar da corrente que fundamenta ser o ato médico uma obrigação de resultado, cuja culpa seria presumida pelo simples fato de não ser atingido o resultado esperado, não geraria uma transformação da natureza da responsabilidade do médico, que continuaria a ser subjetiva (KFOURI NETO, 2019).

Kfoury Neto (*apud* DANTAS, 2019) ainda frisa, em outra obra, que o cirurgião plástico não deveria ser obrigado a ter um resultado satisfatório, mas somente ter a

⁸ É antijurídico inverter o ônus da prova, sob o pretexto que a cirurgia estética é classificada como obrigação de resultado, pois a responsabilidade subjetiva, que é incompatível com essa inversão, se aplica sempre ao médico. (DANTAS, 2009, tradução nossa).

obrigação de empregar o melhor da arte médica para que tal fim fosse alcançado.

Nesse mesmo prisma de raciocínio transcrevo o pensamento dos autores Luiz Netto e Alves (2010), em artigo:

A Medicina não é uma ciência exata, nem tampouco uma atividade fim, mas sim de meio e, por isso, imprevistos ocorrem e critérios de imprevisibilidade, que cada tratamento ou procedimento tem, deverão ser ponderados, objetivando evitar erros inerentes à própria resposta do ser humano.

Na mesma obra, os autores afirmam ser a obrigação do médico sempre de meio, pois o objetivo do tratamento é usar todos os meios disponíveis, dentro da esfera ética permitida (LUIZ NETTO; ALVES, 2010).

O Advogado especialista em Direito médico Coltri (2007) questiona em seu artigo, sobre a natureza obrigacional da cirurgia plástica. Levanta a impossibilidade de se cobrar desses profissionais resultados, devido à imprevisibilidade da cicatrização da pele. Por essa razão não se deveria igualar a natureza obrigacional de tais procedimentos às atividades como a pintura de um quadro ou a construção de um edifício, onde todos os processos podem ser antevistos pelos profissionais. Por essa razão, acredita que seja inaplicável, à cirurgia plástica, a obrigação de resultados.

Nessa mesma linha de raciocínio da indivisibilidade do ato médico da cirurgia plástica, encontramos nos artigos 1º, 2º e 3º da Resolução nº. 1.621/2001⁹ do Conselho Federal de Medicina (CFM) que orienta a normatização da cirurgia plástica, reconhecendo que existe uma diversidade biológica inerente a características individuais, que a cirurgia plástica é uma especialidade una com objetivo de trazer bem estar em todas as esferas do indivíduo (física, psicológica e social). Reforça ainda a necessidade de esclarecimento efetivo ao paciente, antes deste se submeter a intervenções.

Essa visão pode ser ainda corroborada pelo próprio conceito de ato médico, tão bem definido no artigo escrito pelas autoras Oliveira e Murr (2017):

Toda intervenção programada e realizada por profissional médico habilitado, em um estado inicial, objetivando um estado final diverso e sob certa

⁹ Art. 1º - A Cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente. Art. 2º

- O tratamento pela Cirurgia Plástica constitui ato médico cuja finalidade é trazer benefício à saúde do paciente, seja física, psicológica ou social. Art. 3º - Na Cirurgia Plástica, como em qualquer especialidade médica, não se pode prometer resultados ou garantir o sucesso do tratamento, devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento. (CFM, 2001).

previsibilidade técnica, mediante utilização de procedimentos devidamente reconhecidos pela comunidade científica, juridicamente permitidos pela Legislação vigente, e dotados de admissibilidade ético-moral

A autora avalia o ato médico em sua completude, analisando critérios de ordem formal (habilitação), finalista (resultado objetivado), jurídico (legalidade) e ético-moral (submissão aos ditames do Código de Ética Médica). Deste prisma, os atos da cirurgia plástica são atos médicos plenos, independentemente se estes visam uma função reparadora ou se visam um componente de embelezamento ou de aprimoramento estético.

Esse recorte doutrinário não aceita a divisibilidade da responsabilização dos atos médicos em obrigação de meio ou de resultado.

Contrariamente aos doutrinadores anteriormente citados, o Professor Genival Veloso de França (2019, p. 341) divide a cirurgia plástica em dois ramos distintos e com responsabilização também distinta:

A cirurgia estética desenfreada que chamamos de cosmética não visa a nenhuma ação curativa, revelando-se, quase sempre, prática duvidosa, estando pois, fora do âmbito da Medicina, podendo ser considerada ilícita à luz da ética e da lei. Sendo assim, constitui-se num delito de exercício ilegal da medicina, pois não está amparada por uma necessidade terapêutica.

Na mesma obra, o autor completa seu raciocínio, descrevendo que há uma clara diferença entre as cirurgias plásticas reparadoras, pois, essas sim, seriam lícitas e necessárias e estariam protegidas pelos direitos dos médicos e por uma relação médico x paciente, e a cirurgias cosmetológicas, pois essas não estariam entre os procedimentos da verdadeira medicina e como tem como bases interesses escusos e questionáveis não estaria, o médico que as pratica, protegido pelo direito médico

Baseado nessa visão, o Professo Genival Veloso de França conclui que nas cirurgias cosmetológicas, deve-se impor ao médico obrigações de resultado, visto que considera que tais procedimento, não são verdadeiramente médicos e não podem gozar do mesmo status jurídico de obrigação de outros procedimentos (FRANÇA, 2019).

Como visto acima, essas duas correntes com visões antagônicas quanto à natureza obrigacional da atividade médica estética ainda têm representantes no Brasil. Nas últimas décadas, a corrente que entende ser o ato médico uma unidade,

sem diferenciação das obrigações entre procedimentos estéticos e não estéticos ganhou adeptos, o que gerou uma nova linha de raciocínio para os juristas em seus julgados sobre o tema.

5.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO

O entendimento jurisprudencial acerca do tema é amplamente majoritário nos tribunais inferiores e praticamente pacificado nos tribunais superiores quanto à divisão dos ramos da cirurgia plástica, dando ao procedimento dito estético, responsabilização jurídica distinta.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (AC nº 0026119-83.2006.8.19.0001, 2011) apresentou julgados com essa visão.¹⁰

Outros julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (AC nº 0142848-37.2002.8.19.0001, 2009) e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AC nº 70045294584, 2012) têm a mesma visão dicotômica entre as cirurgias plásticas ditas estéticas e não estéticas, dando a elas tratamento obrigacional distinto.

Porém, outros tribunais têm entendimento diferente sobre o tema.

O Tribunal de Justiça do Paraná (AI nº 34834-1, 1995) em acórdão proferido pelo Relato Desembargador Abrahão Miguel, conclui de forma diferente, observando que a cirurgia plástica, assim como toda atividade médica possui responsabilidade obrigacional de meios.¹¹

Nas cortes superiores brasileiras o entendimento majoritário é o de

¹⁰ Decisão: 1. Evidente que a relação travada entre as partes é de consumo, enquadrando-se a autora no conceito de consumidor descrito no caput do artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como o demandado na máxima contida no caput do artigo 3º do citado diploma legal. 2. Responsabilidade civil médica que enseja a incidência do artigo 14, §4º, do CPDC, segundo o qual é subjetiva a responsabilidade dos profissionais liberais. Precedente do TJ/RJ e doutrina.3. Cirurgia de mamoplastia, de natureza estética, e não reparadora, tratando-se, assim, de obrigação de resultado, incumbindo ao profissional comprovar que a insatisfação de quem esteve sob seus cuidados provém de fatos alheios a sua atuação. 4. Prova nos autos que demonstra ter o médico obrado com culpa, no que toca à correção dos seios. Resultado indesejado pela paciente.5. A alegada impossibilidade de simetria perfeita e a ocorrência de álea nas cirurgias de redução de mamas não eximem o médico da responsabilidade pelo descontentamento da paciente frente ao resultado indesejável, haja vista que não há prova nos autos de que a autora tenha sido previamente informada da possibilidade de seus seios não ficarem como almejava.6. Dentre os deveres de segurança, encontram-se presentes os deveres de informação e de boa-fé, bem como, implicitamente, a garantia de assegurar a legítima expectativa do consumidor, que se submete a procedimento cirúrgico e, após todos os procedimentos pré e pós-operatórios, vê-se frustrada diante do resultado da cirurgia plástica realizada." (TJRJ, AC nº 0026119-83.2006.8.19.0001, Relator: José Carlos Paes, Julgado em: 18/05/2011)

¹¹ Decisão: Prova - Responsabilidade civil médica por cirurgia plástica malsucedida -Atividade médica como obrigação de meios e não de resultado - Necessidade de a autora provar a culpa do profissional - Impossibilidade de inversão do ônus da prova - CCB, art 1.545. A obrigação médica é de meio e não de resultado, depende, portanto, de prova daquele que se disser prejudicado. estando, desta forma, a responsabilidade civil dos médicos fundada na teoria da culpa, inaplicável à espécie o no Código de Defesa do Consumidor, em seu arti. 14, §4º, exclui a possibilidade da pretendida inversão do *onus probandi*". (TJPR, AI nº 34834-1, Relator: Abrahao Miguel, Julgado em: 20/06/1995)

dissociação entre procedimento meramente estéticos e reparadores. O Recurso Especial no STJ (Resp. nº 1907955/MG)¹² de relatoria da Ministra Nancy Andrigui é citado em diversos outros julgados e serve de forma exemplar para descrever o entendimento amplamente majoritário desse Tribunal.

Nota-se, pela análise da posição dominante nos tribunais em instancias recursais e superiores, que o ramo doutrinário que vê como único o ato médico da cirurgia plástica ainda não conseguiu modificar o entendimento dos julgadores. A corrente doutrinária mais clássica encontra eco de forma mais evidente nas decisões.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil do procedimento médico estético é tema de muita discussão e entendimentos conflitantes, tanto na doutrina especializada como na jurisprudência pátria.

A corrente doutrinária que surgiu nas últimas décadas entende não ser possível dividir o ato médico entre estético e não estético, dando a eles tratamento igualitário. Tal entendimento encontra sólida base no próprio conceito atualmente aceito de saúde.

Parte da doutrina defende a indivisibilidade entre procedimentos estéticos e não estéticos pois ambos contam com a álea inerente a qualquer intervenção no corpo humano. Em contrapartida, parte da doutrina e a jurisprudência pátria entendem que a cirurgia plástica dita estética visa não a saúde e sim uma busca fútil pelo embelezamento.

Entretanto, após a análise conceitual do que é saúde entende-se que não se deve diferenciar os procedimentos plásticos sejam de cunho estético ou de cunho reparador não somente pela álea inerente a ambos, mas principalmente porque ambos

¹² Decisão: PROCESSO CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA DE NATUREZA MISTA - ESTÉTICA E REPARADORA. LIMITES. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES. 1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias reparadoras. Precedentes. 2. Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parte estética e de meio em relação à sua parte reparadora. 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes. 4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado. Precedentes. 6. Recurso especial não provido ". (STJ, Recurso Especial nº 1907955/MG, Relatora: Min. Nancy Andrigui, Julgado em: 03/10/2011).

atuam no mesmo bem jurídico tão caro a todos: a saúde.

Uma mulher que procura um cirurgião plástico para fazer uma cirurgia de mastopexia (elevação das mamas) de cunho estético não o faz por motivos fúteis e imorais. Tal procedimento melhora a autoestima desta paciente, aumenta sua autoconfiança, interfere na sua sexualidade e na forma como ela se apresenta aos outros. Esse procedimento é sim uma forma de busca pela saúde.

Uma adolescente que procura um cirurgião plástico para corrigir "orelhas de abano" através de uma otoplastia, ao fazê-la terá ganhos muito além da estética. Muitas vezes após a cirurgia sairá com o cabelo preso pela primeira vez em muitos anos ou deixará de usar faixas que contenham sua orelha. Esse procedimento trouxe a esse paciente uma completude de sua saúde.

Um homem que possui aumento das mamas (ginecomastia) após a cirurgia de correção (lipoaspiração ou cirurgia corretora) poderá ir à praia sem camisa, pois a vergonha que sentia do seu corpo desapareceu. Tal procedimento visa recuperar a saúde desse indivíduo.

O entendimento que procedimentos estéticos e embelezadores estão lastreados pela futilidade e pela busca desenfreada pela perfeição inatingível esta eivada de preconceitos.

Infelizmente este entendimento ainda prevalece nos nossos tribunais.

A estrutura do Direito Brasileiro gera uma interligação entre diversos ramos e uma mudança de posicionamento leva a consequências por vezes difíceis de previsibilidade. Ao se reconhecer a cirurgia plástica estética como um procedimento de saúde pleno teríamos repercussões em outros ramos do direito, não somente na esfera obrigacional.

No Direito Trabalhista se abriria a possibilidade de obrigatoriedade de acatamento de atestados médicos que fossem devidos a pós-operatórios de procedimentos "meramente estéticos". No Direito Previdenciário teríamos a possibilidade de INSS conceder benefícios para esses pacientes após procedimentos estéticos. E talvez o maior impacto seria no ramo securitário. As operadoras de plano de saúde e seguradoras de saúde seriam questionadas quanto à obrigatoriedade de oferecerem aos seus clientes procedimentos estéticos, que atualmente não fazem parte do rol de procedimentos obrigatórios por elas ofertados e aumentando em muito a acessibilidade desses procedimentos.

Como se pode ver, ao se dar tratamento diferenciado aos procedimentos estéticos e não estéticos, os julgadores não atentam para o próprio conceito de saúde, dificultando acesso a direitos em múltiplas esferas do direito.

Além disso, ao não reconhecer essa justa busca pela autoestima, pelo embelezamento e pela autonomia sobre seu corpo, os tribunais não contemplam princípios fundamentais norteadores de nosso ordenamento jurídico, como liberdade de escolha, busca pela felicidade e principalmente o de dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BORGES, Gustavo. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em 03 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 03 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. Secretaria de Educação Fundamental. **Saúde**. [s.l.]: [s.n.], [199-?]. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1907955/MG**, Relatora: Min. Nancy Andrighi, Brasília, DF, 03 de outubro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652031307/recurso-especial-resp-1584465-mg-2015-0006691-6/inteiro-teor-652031317?ref=juris-tabs>> Acesso em: 22 jul. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento n. 34834-1**, Relator: Abrahao Miguel. Curitiba, PR, 20 de junho de 1995. Disponível em: < <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21978836/804004001-pr-804004-0-01-acordao-tjpr/inteiro-teor-21978837> >. Acesso em: 02 ago. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 0026119-83.2006.8.19.0001**, Relator: José Carlos Paes. Rio de Janeiro, RJ, 18 de maio de 2011. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00032E7E33855C05F2756E533F20406C7290E5C403023503>>. Acesso em: 02 ago. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 0142848-37.2002.8.19.0001 (2009.001.38826)**, Relator: André Andrade. Rio de Janeiro, RJ, 29

de abril de 2009. Disponível em: <
<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1072500/erro-medico-cirurgia-plastica.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70045294584**, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Porto Alegre, RS, 13 de setembro de 2012. Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22422503/apelacao-civel-ac-70045294584-rs-tjrs/inteiro-teor-110679981?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02 ago. 2019

CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 1. ed. Brasília: Saturno, 2014.

COLTRI, Marcos. Cirurgia plástica é obrigação de resultado? **Direitomedico.blogspot.com**, [s. l.], 14 de ago. 2007. Disponível em: <
<http://direitomedico.blogspot.com/2007/08/cirurgia-plastica-obrigao-de-resultado.html>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.621/2001**, de 16 mai. 2001. Brasília, DF, 2001. Disponível em:
<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 03 ago. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Código de Ética Médica**: Resolução nº 2.217, de 27 set. 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, DF, 2019. Disponível em:
<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

DANTAS, Eduardo. **Direito médico**. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2019.

DANTAS, Eduardo. La chirurgie plastique comme obligation de moyens. Aspects de la responsabilité civile dans le droit brésilien. **Revue Générale de droit médical**, France, n. 26, p. 23-37, 2008. Disponível em:
<<http://www.eduardodantas.adv.br/Article5.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3. Ed. Salvador: JusPodium, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FRANÇA, Code Civil, de 21 de março de 1804. Chapitre Ier: La responsabilité extracontractuelle en général. [s.n.], Paris, 21 mar. 1804. Disponível em:
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4D94EAD5AB238ABEE1B466CF2D763B9C.tplgfr37s_3?idSectionTA=LEGISCTA000032021488&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20190822>. Acesso em: 03 ago. 2019.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2019.

LUIZ NETTO, Adamo; ALVES, Milton Ruiz. Responsabilidade Médica. **Revista brasileira de oftalmologia**, Rio de Janeiro, vol. 69, n. 2, mar./abr. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-72802010000200001>. Acesso em: 03 ago. 2019

OLIVEIRA, Danielle Freitas de Lima; MURR, Leidimar Pereira. Ética, direito e medicina: uma moral compartilhada. **Revista Juris Rationis**, Natal, v. 9, n. 2, p. 11- 22, abr./set. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.unp.br/index.php/juris/article/view/1489>>. Acesso em: 03 ago. 2019

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direito dos pacientes e responsabilidade médica**. 2012. 879 f. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-civilistas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2012. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2019

PINHEIRO, Renato de Assis. Os números da judicialização da Medicina. **DireitoNet**, [s.l.], 09 maio 2017. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10149>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **PHYSYS: Revista Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2019

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, v. 31, n. 5, out. 1997. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.