

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS
EM PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS**

**Belo Horizonte
2018**

Regina Ribeiro

**RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS
EM PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior.

Belo Horizonte

2018

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R484r	<p>Ribeiro, Regina</p> <p>Responsabilidade civil profissional dos cirurgiões plásticos em procedimentos estéticos / Regina Ribeiro. Belo Horizonte, 2018. 72 f.</p> <p>Orientador: Walsir Edson Rodrigues Júnior</p> <p>Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Responsabilidade (Direito). 2. Obrigações (Direito). 3. Médicos - Ética profissional. 4. Cirurgia plástica. 5. Médico e paciente. 6. Direito civil. I. Rodrigues Júnior, Walsir Edson. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>SIB PUC MINAS</p> <p>CDU: 347.51</p>
-------	---

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito– CRB 6/2999

Regina Ribeiro

**RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS EM
PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Privado.

Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli – PUC Minas (Banca Examinadora)

Profa. Dra. Iara Antunes de Souza – UFOP (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 23 de março de 2018.

RESUMO

O objeto da presente dissertação de mestrado é a análise da responsabilidade civil profissional dos médicos e dentistas que se dedicam a procedimentos com fins estéticos. O artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, promulgado há quase trinta anos, é taxativo ao determinar que a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Embora inexista no ordenamento jurídico brasileiro qualquer ressalva ao aludido dispositivo legal, a jurisprudência dos tribunais insiste em dar tratamento diferenciado aos cirurgiões plásticos, presumindo sua culpa nos resultados inestéticos. Fazem-no através da utilização da teoria da culpa presumida, fruto de exclusiva construção doutrinária e jurisprudencial, que acarreta a inversão do ônus da prova da culpa pelo evento danoso em favor dos pacientes, autores nas demandas judiciais indenizatórias e compensatórias. A fundamentação dessas decisões ampara-se na premissa de que a obrigação dos cirurgiões plásticos, quando em procedimentos estéticos, é de resultado, como se um médico fosse efetivamente capaz de garantir resultado satisfatório na totalidade das intervenções que executa e como se a legislação brasileira permitisse tratamento diferenciado em função da finalidade do tratamento médico. Assim como já tem sido decidido nos tribunais franceses, a modalidade de responsabilidade civil aplicável a qualquer profissional de saúde é pessoal e subjetiva, decorrente de obrigação de meios, com manutenção da regra ordinária sobre a distribuição do ônus da prova, segundo a qual, a prova do fato incumbe a quem o alega. Isto porque independentemente da finalidade de um procedimento cirúrgico - estético ou terapêutico, é impossível evitar todos os eventos adversos, restando, pois, fora do alcance humano, a possibilidade de garantir um resultado predeterminado.

Palavras chave: Responsabilidade civil profissional. Cirurgião plástico. Obrigação de meios. Obrigação de resultado. Teoria da culpa presumida.

ABSTRACT

The subject of this Master's dissertation is professional civil liability of medical doctors and dentists that work with aesthetic procedures. The Brazilian Consumer Defense Code, in its Article 14, paragraph 4th, enacted almost thirty years ago, expressly determines that the liability of liberal professionals will be verified according to fault. Although there are no caveats to such legal provision in the Brazilian laws, the courts' case law insists on treating plastic surgeons differently, assuming their culpability in aesthetic results. The courts do so by using the theory of presumed fault, that derives solely from doctrinal and jurisprudential construction in benefit of the patients that file actions for damages and compensation. These decisions are grounded on the premise that plastic surgeons have an obligation of results in aesthetic procedures, as if a doctor was actually capable of ensuring a fully satisfactory result in all the procedures they perform and as if the Brazilian laws allowed for different treatment given the purpose of the medical treatment. As the French Courts have already decided, the type of civil liability applicable to any health professional is personal and subjective, arising from the obligation of means, maintaining the ordinary rule on the distribution of the burden of evidence, according to which the proof of the fact must be presented by the person that claims it. Regardless of the purpose of a surgical procedure – aesthetic or therapeutic – it is impossible to avoid all adverse events, so it is outside of human reach to ensure a predetermined result.

Keywords: Professional civil liability. Plastic surgeon. Obligation of means, Obligation of results. Theory of presumed fault

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 NORMAS GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 Modalidades e Elementos.....	13
2.2 Elementos Capazes de Elidir a Responsabilidade Civil.....	16
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE	21
3.1 As limitações impostas pelo estado atual da medicina e pela individualidade de cada paciente	21
3.2 A inclusão da relação médico-paciente no Código de Defesa do Consumidor	24
3.3 Panorama legal e jurisprudencial	26
3.4 Previsões legais para além do Código de Defesa do Consumidor.....	42
3.5 A influência cultural no posicionamento dominante	46
4 O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO	51
4.1 Previsões legais, infralegais e panorama jurisprudencial.....	51
4.2 O discernimento do paciente para consentir.....	57
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil médica tem gerado insegurança na classe de profissionais da saúde, principalmente no atual momento, em que se observa importante crescimento do número de cirurgias realizadas e, também, da sua judicialização. Segundo Gomes (2016), apenas no STJ, entre os anos de 2010 e 2015, houve um aumento de 82% do número de recursos sobre o tema.

Lopes (2016) informa que, em Minas Gerais, o número de processos judiciais em tramitação por erro médico cresceu 29,4%, entre os anos de 2013 e 2015. Em números absolutos esse percentual representou um salto de 1.740 para 2.253. As sentenças condenatórias, por sua vez, passaram de 184 em 2013 para 300 em 2015, ou seja, houve um aumento de 63%, o que implica em uma decisão a cada 29 horas no Estado, naquele período.

Esta realidade é ainda mais expressiva na medicina estética. Entre os anos de 2009 e 2013, houve um aumento de 97,2% do número de cirurgias plásticas estéticas no Brasil, elevando-o ao segundo colocado mundial em número de procedimentos desta natureza, perdendo apenas para os Estados Unidos. (BRASIL OCUPA..., 2013).

Segundo Mota (2015, p. 26), entre os anos de 2003 e 2013, a especialidade cirurgia plástica abarcou 11,11% dos processos judiciais por erro médico que chegaram ao STJ.

Em dissertação de mestrado apresentada na USP intitulada “Litígio Judicial entre Paciente e Cirurgião Plástico em Minas Gerais”, o autor propôs-se a investigar as causas deste fenômeno, qual seja, o crescimento da judicialização das relações médico-paciente especificamente na medicina estética, no Estado de Minas Gerais. De acordo com dados levantados pelo autor, Menezes (2017, p 30), entre os anos de 2013 e 2015, 43% dos processos ajuizados por pacientes contra cirurgiões plásticos foram julgados improcedentes em primeira e segunda instâncias, contra 46% procedentes, também em ambas as instâncias; 8% foram julgados procedentes em primeira instância e improcedentes em segunda, contra 3%, cujas sentenças de improcedência foram reformadas em segunda instância para condenar o profissional. Destes dados, pode-se concluir um percentual de 49% de êxito dos demandantes, contra 51% de ações julgadas improcedentes.

Embora esses números sejam relevantes para visualizar o panorama estatístico do assunto, o que se pretende com este trabalho não é o levantamento de

dados numéricos nem tampouco o estudo do fenômeno do aumento da judicialização do erro médico. O objeto da presente dissertação é a análise do conteúdo das decisões judiciais sobre erro médico em procedimentos estéticos no Brasil, comparando-o com o tratamento dispensado aos profissionais que se dedicam a procedimentos com fins terapêuticos, averiguar a constitucionalidade e legalidade da diferença do tratamento dado a ambos e apontar algumas contradições observadas, inclusive conceituais, pela literatura jurídica e principalmente pela jurisprudência.

Para isso, inicia-se o trabalho com breves linhas sobre a teoria geral da responsabilidade civil, tal como atualmente positivada. Após, pontuam-se questões de cunho médico e sobre responsabilidade civil profissional aplicáveis aos médicos, com ênfase à medicina estética. Na oportunidade procura-se demonstrar algumas contradições existentes na doutrina e na jurisprudência, bem como a evolução da temática no decorrer do tempo, desde a promulgação da Lei Consumerista (BRASIL, 1990), até os dias atuais. Por fim, breves linhas sobre Consentimento Livre e Esclarecido nos dois tipos de procedimento cirúrgico – estético e terapêutico.

Insta salientar que, o que se diz sobre médicos aplica-se, também, aos dentistas. O fato de os odontólogos muitas vezes não serem diretamente mencionados no texto não caracteriza, em definitivo, qualquer priorização de uma classe de profissionais em detrimento da outra. Tendo em vista que a maioria das citações bibliográficas menciona apenas os médicos, o critério ora adotado visa apenas a evitar sentenças excessivamente longas, de forma a dar maior fluidez à leitura.

2 NORMAS GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Modalidades e elementos

Quando se fala em responsabilidade civil, o que há efetivamente de previsão no ordenamento jurídico brasileiro é a classificação dicotômica em objetiva e subjetiva. Qualquer outra modalidade de responsabilidade civil é fruto de construção doutrinária ou jurisprudencial, pois não há texto legal que as mencione.

Na primeira – responsabilidade civil objetiva, condena-se o agente pelo evento danoso, independentemente da ocorrência da sua culpa, a exemplo do que comumente ocorre com as pessoas jurídicas, inclusive de direito público, com amparo na ‘teoria do risco’. De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de serviços, salvo se profissional liberal, responde objetivamente na esfera civil:

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. (BRASIL, 1990).

No mesmo sentido andou o Código Civil ao dispor, em seu artigo 927, parágrafo único:

Art. 927. 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).

No direito médico, este tipo de responsabilidade civil costuma recair sobre hospitais, planos de saúde e entes da Administração Pública direta e indireta. Via de regra, aqueles que exercem atividades aptas a gerar riscos de danos a pessoas ou coisas, responderão civilmente sem análise de culpa no evento danoso. Veja-se um exemplo de sua aplicação:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. HOSPITAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS. 1. **A responsabilidade do hospital é objetiva pelos danos causados em decorrência de atos típicos de sua atividade, estando entre eles a de ministrar medicação.** [...]. (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Na segunda – responsabilidade civil subjetiva, o causador do dano somente responde civilmente caso tenha agido com comprovada culpa no evento danoso, em qualquer de suas modalidades: negligência, imperícia ou imprudência.

No silêncio da lei, a modalidade aplicável é a subjetiva. Isto porque o próprio Código Civil (BRASIL, 2002), no parágrafo único do artigo 927, fixou as condições para a aplicação da responsabilidade objetiva: “[...] casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Diante disso, a responsabilidade subjetiva apresenta-se como regra. Neste sentido, Fiúza:

A teoria objetiva é utilizada apenas em algumas situações. O Código Civil ampliou sua esfera de aplicabilidade, ao remeter à teoria objetiva todos os casos em que a natureza da atividade do autor implicar riscos para as demais pessoas. (FIUZA, 2009, p. 235).

Contudo, embora o Código Civil (BRASIL, 2002) tenha adotado este critério para fixar as hipóteses em que deverão ser aplicadas cada uma das teorias da responsabilidade civil, o Código de Defesa do Consumidor andou em sentido contrário, pois fez constar, expressamente, uma hipótese em que deverá ser aplicada a responsabilidade subjetiva: profissionais liberais. Assim determina seu artigo 14, § 4º: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (BRASIL, 1990).

É dizer: o Código Civil definiu a responsabilidade civil subjetiva como regra, sem apontar as circunstâncias em que deverá recair. A Lei Consumerista, por sua vez, foi genérica quanto aos casos de aplicação da responsabilidade objetiva, mas apontou expressamente uma das hipóteses na qual deverá ser aplicada a responsabilidade subjetiva.

Sobre os elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil, além de ter havido expressa previsão legal, são uníssonas, doutrina e jurisprudência: conduta do agente, consubstanciada em uma ação ou omissão, dano, nexo de causalidade entre a conduta e dano e, no caso da responsabilidade subjetiva, a culpa do agente. Neste sentido, os artigos 186, 927, 944 e 951 do Código Civil complementam-se para o fim de caracterizar a responsabilidade civil subjetiva, elencando seus elementos formadores, *verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

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

[...]

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

[...]

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (BRASIL, 2002).

Farias e Rosenvald, ao tratarem da responsabilidade subjetiva, sintetizam-na da seguinte maneira:

Em qualquer hipótese, para o reconhecimento do fato ilícito é imprescindível comprovar a presença de alguns elementos essenciais, que podem ser sintetizados: a) conduta (comissiva ou omissiva); b) culpa (*lato sensu*, abarcando, a um só tempo, o dolo, e a culpa *stricto sensu*, caracterizada pela imprudência, negligência e imperícia); c) dano (de ordem patrimonial ou não-patrimonial); e d) nexo de causalidade entre a conduta culposa e o prejuízo imposto ao ofendido. (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 503).

A combinação dos artigos 186 e 927 denota a consagração pela ordem jurídica da cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva, aclamando, como regra, a necessidade de provar a culpa do agente para que seja reconhecida a ilicitude.

A jurisprudência é atenta à presença desses quatro elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil em geral, inclusive no Direito Médico. Veja-se passagem do aresto abaixo:

O Superior Tribunal de Justiça entende que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado – responsabilidade subjetiva, portanto. (BRASIL, 2010a).

A seguir, julgado do Superior Tribunal de Justiça, desta vez de responsabilidade objetiva decorrente de ilícito civil do Estado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DA ADMINISTRAÇÃO. INSS. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. CABIMENTO. QUANTUM DEBEATUR. REDUÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. [...]. 2. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, caracterizada a responsabilidade subjetiva do Estado, mediante a conjugação concomitante de três elementos - dano, negligência administrativa e nexo de causalidade entre o evento

danoso e o comportamento ilícito do Poder Público -, é inafastável o direito do autor à indenização ou reparação civil dos prejuízos suportados. [...]. 4. Recurso Especial não provido. (BRASIL, 2011).

Percebe-se, portanto, adesão do Judiciário às normas de responsabilidade civil no que tange à análise dos elementos imprescindíveis à sua caracterização.

2.2 Elementos capazes de elidir a responsabilidade civil

Uma vez presentes os elementos formadores da responsabilidade civil, há, também na lei, expressa disposição sobre os fatores que, se presentes no caso concreto, serão capazes de afastar a obrigação de indenizar: culpa exclusiva da vítima e culpa de terceiro.

Nesse sentido andou o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, § 3º, segundo o qual, “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro” (BRASIL, 1990).

A “culpa do consumidor ou de terceiro”, quando aplicada ao erro médico, são situações nas quais, a título de exemplos, restou comprovado que o dano foi decorrente de falta de zelo do próprio paciente no período pós-operatório, ou de um profissional de enfermagem, ou ainda, em razão de uma infecção hospitalar, cujas responsabilidades serão imputadas aos seus causadores - respectivamente ao paciente, ao enfermeiro e ao nosocômio. É dizer, uma vez provada a culpa do paciente ou de terceiro, o médico será desobrigado da indenização pleiteada.

Há ainda, duas situações descritas no Código Civil, as quais, da mesma forma, afastam o dever de indenizar: caso fortuito e força maior. Trata-se do artigo 393 e seu parágrafo único, que receberam a seguinte redação:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL, 2002).

De Plácido e Silva assim as define:

Caso fortuito é, no sentido exato de sua derivação (acaso, imprevisão, acidente), o caso que não se poderia prever e se mostra superior às forças ou vontade do homem, quando vem, para que seja evitado. O caso de força

maior é o fato que se prevê ou é previsível, mas que não se pode, igualmente, evitar, visto que é mais forte que a vontade ou ação do homem. Assim, ambos se caracterizam pela irresistibilidade. E se distinguem pela previsibilidade ou imprevisibilidade. (DE PLÁCIDO E SILVA, 1998, p. 401-402).

Além da expressa previsão legal, o fortuito e a força maior vêm implicitamente previstas na redação do artigo 186 do Código Civil, quando este se utiliza do termo “voluntária”, referindo-se à ação ou omissão do agente causador do dano: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Isto porque não há voluntariedade no fortuito e na força maior. Sendo assim, uma vez ausente, restará descaracterizado o elemento conduta. Consequentemente, uma vez ausente a conduta, restará quebrado, também, o seu nexo de causalidade com o dano, do que se conclui que o fortuito e a força maior afastam dois elementos imprescindíveis à formação da responsabilidade civil – conduta e nexo, afastando, por conseguinte, a obrigação de indenizar.

Aplicadas à responsabilidade civil médica, essas duas situações – fortuito e força maior, são aquelas em que ocorrem, por exemplo, um incêndio acidental no hospital ou uma epidemia de alguma moléstia capazes de interferir negativamente no resultado de algum procedimento médico. Neste sentido, a jurisprudência, mesmo quando a cirurgia tem fins estéticos:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. **NATUREZA ESTÉTICA**. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. CASO FORTUITO. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE. [...]. 3. **Demonstrado o caso fortuito, afasta-se o dever de indenizar na medida em que se elimina o nexo causal entre o pretenso prejuízo e o serviço desempenhado pelo médico**. Precedente: REsp 1.180.815/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26.08.10. 4. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2010a, grifo nosso).

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. **CIRURGIA ESTÉTICA**. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO INEXISTENTE. INTERCORRÊNCIAS PREVISÍVEIS. **CASO FORTUITO**. RESPONSABILIDADE CIVIL COM O DEVER INDENIZATÓRIO AFASTADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REGULARMENTE FIXADOS. SENTENÇA MANTIDA. 1 - **A cirurgia plástica com a finalidade estética caracteriza obrigação de resultado e não de meio**. 2 - **A responsabilidade civil do cirurgião deve ser afastada se ocorrente caso fortuito, com as possíveis intercorrências previsíveis na cirurgia que não decorrem de erro médico, mas de fatores externos e alheios à atuação do médico**. 3 - **O fato de o resultado obtido não corresponder às expectativas da Autora não implica que a cirurgia não atingiu seus objetivos, tendo em vista o**

acervo probatório dos autos, em especial a conclusão da perícia que emitiu laudo afastando qualquer erro ou imprudência médica. 4 - Honorários adequadamente estipulados, com fulcro no § 4º, art. 20, do CPC. Apelações Cíveis desprovidas. (DISTRITO FEDERAL, 2015, grifo nosso).

Quando a responsabilidade é objetiva, poder-se-ia levantar a dúvida sobre a efetiva possibilidade de afastá-la pela presença das causas de elisão: culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, fortuito e força maior. Afinal, se a culpa do agente não pode ser aferida na modalidade objetiva, as razões que a afastam deveriam, em tese, ser irrelevantes.

No caso da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, a própria Lei Consumerista solucionou o impasse através da literalidade do artigo 14, §3º, II: são elementos que afastam a responsabilidade civil, inclusive a objetiva (BRASIL, 1990).

Quando se está diante do fortuito ou força maior, doutrina e jurisprudência cuidaram de solucionar a questão: para haver ato ilícito, o artigo 186 do Código Civil exige que a conduta do agente seja voluntária (BRASIL, 2002). Tendo em vista que o fortuito e a força maior são marcados pela involuntariedade do agente, uma vez presentes qualquer desses elementos, não terá ocorrido a conduta do agente nem tampouco o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Senão vejamos um exemplo de como tem sido aplicada:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DEMORA NO RESTABELECIMENTO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DANOS MORAIS. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL. Interrupção no fornecimento de energia elétrica em consequência de temporais que atingiram a região do demandante. "Embora o Código de Defesa do Consumidor silencie a respeito, o caso fortuito e a força maior atuam como excludentes do nexo causal também no microssistema consumerista." - precedente deste Tribunal. Ocorrência de circunstância extraordinária que permite a consideração da excludente de responsabilidade civil da concessionária de serviço público. Inteligência do art. 14, § 3º do CDC. APELAÇÃO DESPROVIDA. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2014b).

Contudo, há situações pontuais, a exemplo do assalto de consumidor em agência bancária, nas quais os tribunais têm condenado os bancos ao pagamento de indenizações. Contudo, neste caso, deve ser levado em consideração o fato de que o assalto não se afigura como verdadeiro fortuito, pois trata-se de fato previsível e evitável pelo fornecedor, através de aparato de segurança. Por esta razão, não se está diante de verdadeiro fortuito ou força maior, os quais, por definição, são eventos inevitáveis. Uma vez que os bancos exercem atividade que implica no manuseio de

dinheiro em espécie, os roubos a agências bancárias fazem parte do exercício do risco desta atividade. Senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA Nº 283/STF. ROUBO. ESTACIONAMENTO DE BANCO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. SÚMULA 83/STJ. [...] 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a prática do crime de roubo no interior de estacionamento de veículos, pelo qual seja direta ou indiretamente responsável a instituição financeira, **não caracteriza caso fortuito ou motivo de força maior** capaz de desonerá-la da responsabilidade pelos danos suportados por seu cliente vitimado. 3. Estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, tem incidência a Súmula nº 83/STJ, aplicável por ambas as alíneas autorizadoras. 4. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2015b, grifo nosso).

Pode-se dizer, portanto, que, em regra, as quatro causas que elidem a responsabilidade civil – culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, fortuito e força maior, são aptas a afastar a obrigação de indenizar até mesmo quando a modalidade é objetiva.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE

3.1 As limitações impostas pelo estado atual da medicina e pela individualidade de cada paciente

Antes de adentrar na análise da responsabilidade civil médica propriamente dita, faz-se necessário tecer algumas considerações de cunho médico-técnico.

Como será demonstrado a seguir, é pacífico na comunidade científica o fato de que toda intervenção médica tem seus riscos, seja ela terapêutica ou embelezadora. Esses riscos chegam a ser coletados estatisticamente no meio científico e, para diminuir sua incidência, as técnicas cirúrgicas são feitas com a utilização de protocolos previamente aprovados por faculdades de medicina e agrupamentos de médicos, a exemplo da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica.

Ocorre que esses protocolos cirúrgicos são atualizados de tempos em tempos, em decorrência das novas conclusões científicas e da evolução tecnológica. É dizer, o que há dez anos era tido como inofensivo para o fim de gerar risco cirúrgico aumentado, atualmente poderá ser condenado pelos protocolos cirúrgicos atualizados e vice-versa.

Prova desta realidade pode ser conferida no artigo científico intitulado “Tromboembolismo venoso em Cirurgia Plástica: protocolo de prevenção da Clínica Ivo Pitanguy”, no qual Paiva e outros assim dispõem:

As taxas de incidência de hematoma, da mesma forma, também variam de acordo com a cirurgia realizada. As mamoplastias com inclusão de prótese têm incidência de 1,1%, as ritidoplastias, de 2,8%, com necessidade de abordagem cirúrgica, e de 1,7%, sem necessidade de drenagem. Nas abdominoplastias, a incidência é de 3%. Em relação à incidência de hematomas, os dados da literatura também foram mais elevados que os achados em nosso estudo, **tanto antes quanto após a introdução do protocolo**, embora tenha sido introduzido neste mesmo período os controles mais rigorosos da pressão arterial, o que pode ter criado um viés no resultado desta análise. (PAIVA et al. 2010, p. 588, grifo nosso).

Aludido artigo científico teve sua redação impulsionada pelos resultados de um estudo feito com 989 pacientes submetidos a diversas cirurgias plásticas. Afirmam os autores que, dentre esses 989 pacientes, houve dois casos de tromboembolismo mesmo após a adoção do protocolo atualizado. Com relação a um desses casos, os cirurgiões citaram as razões mais prováveis para o evento adverso: viagem aérea de

11 horas, 72 horas antes da cirurgia, aliado ao uso de anticoncepcional oral pela paciente. Senão vejamos:

Antes da introdução do protocolo de prevenção de TEV, no período estudado de 34 meses, foram realizadas 989 cirurgias e ocorreram dois casos de TEV. O primeiro caso ocorreu em paciente do sexo feminino, de 25 anos, que realizou cirurgia combinada (rinoplastia e implante mamário). Houve ocorrência de TEP no sétimo dia de pós-operatório. Na história clínica, a referida paciente havia realizado viagem aérea de 11 horas, 72 horas antes da cirurgia, e usava anticoncepcional oral. (PAIVA et al. 2010, p. 585).

Mais à frente, Paiva e outros citam vários fatores que aumentam os riscos de tromboembolia em cirurgias plásticas, os quais nem sempre poderão ser evitados pelo cirurgião, a exemplo do tabagismo e enfermidades preexistentes, algumas delas ocultas na data da cirurgia:

Outros estados atuam sinergicamente aos fatores básicos citados, estando entre os principais o tabagismo, o diabetes, a hipertensão arterial, a insuficiência venosa (doença vascular periférica) e a gestação, entre outros. O ato cirúrgico carrega em si outros condicionantes, como tipo de anestesia utilizada (ainda foco de muitas discussões), a duração e extensão da cirurgia, bem como sua localização, e o estado de hidratação do paciente. A imobilidade pós-operatória também tem muita importância, com a incidência de trombose venosa constatada em autópsia significativamente maior nos indivíduos acamados há mais de três dias, sobretudo acima de 60 anos, e pacientes com paralisia de membro inferior com um risco de trombose quatro a nove vezes mais alto no membro afetado se comparado ao membro contralateral. (PAIVA et al. 2010, p. 587).

Pontelli e outros, por sua vez, iniciam seu artigo intitulado “Profilaxia tromboembólica farmacológica e por compressão pneumática intermitente em 563 casos consecutivos de abdominoplastia”, afirmando o seguinte:

A cirurgia plástica está sujeita a todas as complicações comuns a qualquer ato cirúrgico, como infecções, deiscências, seroma, hematoma, problemas cicatriciais, trombose, embolia e óbito. Nas cirurgias estéticas, são reportados na literatura médica índices de complicações gerais de até 37%, podendo ser necessária a realização de pequenas cirurgias complementares para se atingir melhor resultado estético (cicatrices inestéticas e orelhas de pele). (PONTELLI et al. 2012, p. 78).

Mais à frente, Pontelli e outros (2012) pontuam fatores de risco na cirurgia plástica e a redução de cada um deles de acordo com o uso de um protocolo profilático ou outro, sendo ambos consagrados e utilizados em larga escala na prática cirúrgica em diversos países. Em cada protocolo foi utilizado um tipo distinto de profilaxia para

determinadas complicações operatórias. Os resultados foram colocados em uma tabela que recebeu a denominação “Distribuição de complicações” e, em ambas as colunas, que se referem aos diferentes protocolos utilizados, ainda havia um percentual de risco para cada adversidade mencionada.

Dentre os fatores de risco, Pontelli e outros (2012) enumeram tabagismo, transtornos endócrinos, idade, algumas enfermidades e até mesmo transtornos mentais. Dentre as complicações mencionadas, elencam cicatriz hipertrófica ou quelóide, hematoma, seroma, infecção, deiscência, dentre outras de maior gravidade, inclusive tromboembolia pulmonar e óbito.

Pelo exposto, pode-se facilmente concluir que, mesmo quando o médico utiliza de protocolos já consagrados e atualizadas no meio científico na execução da arte cirúrgica, visando a minimizar os riscos de complicações, ainda assim há percentuais de sua ocorrência contabilizados na literatura médica. E esses percentuais variam de acordo com vários fatores, inclusive o protocolo utilizado, de maneira que, se o cirurgião optar por um deles, incorrerá em maiores riscos de uma intercorrência específica, ao passo que, se se valer de outro protocolo cirúrgico, também consagrado no meio científico, maiores serão as chances de outros eventos adversos.

Isto sem mencionar as ações ou omissões sobre as quais o médico não tem qualquer ingerência, a exemplo da atuação da equipe de enfermagem e da adesão do paciente às recomendações pré e pós-operatórias. Assim, há recomendação do cirurgião para um banho com sabonete antisséptico no dia da cirurgia, bem como para evitar atividades físicas e tabagismo por determinado número de dias após o evento cirúrgico. O fato é que o médico não tem como verificar o cumprimento destas recomendações pelo paciente e muito menos evitar que o seu descumprimento aconteça.

Trazendo esta realidade médica à análise jurídica, conclui-se que não há como imputar ao médico a responsabilidade pelas infelicidades ocorridas em procedimentos cirúrgicos, nem mesmo os estéticos, sem antes fazer acurado levantamento de sua culpa, pois fatores alheios ao controle do profissional poderão ser determinantes no resultado do procedimento.

Em suma, qualquer que seja a finalidade da cirurgia, seja ela destinada a fins estéticos ou terapêuticos, alguns resultados insatisfatórios, apesar de previsíveis, são inevitáveis, podendo vir a acontecer de acordo com fatores alheios ao controle do cirurgião. E, há, também, resultados insatisfatórios evitáveis pelo cirurgião, mas que

dependem da colaboração do paciente no pré e pós-operatório, para que não venham a acontecer, a exemplo do tabagismo, realização de movimentos e atividades físicas antes do tempo, cumprimento das orientações de assepsia, etc.

Salienta-se, para encerrar a abordagem médica deste trabalho, que este fato é de conhecimento da comunidade jurídica, como poderá ser conferido em Borges, segundo o qual:

Qualquer intervenção cirúrgica sobre o corpo humano, por mais sutil que seja, apresenta o caráter de imprevisibilidade quanto aos riscos e reações do organismo, ainda que cientificamente já estejam fixados parâmetros objetivos de resultados possíveis e/ou prováveis para tal ato cirúrgico. Como alude Giostri, “dentro da própria previsibilidade há um grau de imprevisibilidade”. (BORGES, 2014, p. 117).

Na mesma toada, Aguiar Júnior que, há quase vinte anos, já era taxativo:

O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. **Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir**, - sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, - assumindo a obrigação de alcançar o resultado prometido, **a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica e imprevisíveis são as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico**. (AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 143-144, grifo nosso).

E, ainda, Giostri:

A nosso ver deveria ser óbvio que, quando a prestação obrigacional se desenvolvesse em um campo aleatório, sua conceituação deveria situar-se dentro da categoria de uma obrigação de meio, já que não seria razoável garantir um resultado em seara onde o fator álea estivesse presente, o que, conseqüentemente, propiciaria algo imprevisível. (GIOSTRI, 2004, p. 140).

Feitas estas considerações, passa-se à análise das questões jurídicas atinentes à responsabilidade civil médica.

3.2 A inclusão da relação médico-paciente no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor veio a participar do ordenamento jurídico brasileiro por determinação do artigo 5º, XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual, “o Estado promoverá, na forma da Lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988).

A necessidade de tutela do consumidor surgiu, como costuma ocorrer no Direito, em razão de uma demanda social, neste caso, decorrente da massificação dos contratos na era pós-revolução industrial. Chegou com considerável atraso, portanto.

A Lei Civil, diante da quantidade de contratos firmados na sociedade, tornou-se insuficiente para efetivamente tutelar o lado mais frágil das contratações, seja por razões de ordem processual seja pelo conteúdo do próprio direito material que ampara ou, ainda, por colocar as partes em condições de igualdade que, na prática, não condiz com a realidade das relações consumeristas.

Com as relações médico-paciente não foi diferente: a Lei Consumerista incluiu os profissionais liberais em seu texto, os quais deixaram, a partir de então, de ser tutelados pela Lei Civil, em decorrência da massificação das relações médico-pacientes na era atual. Leciona Dantas, a respeito:

E veio a chamada Era Moderna. A amplitude e a rapidez das transformações científicas, médicas e tecnológicas modificaram de forma irreversível os fundamentos desta relação médico-paciente.

As relações sociais foram massificadas, daí se tornando impessoais. A figura do clínico geral – médico da família – perdeu relevância, uma vez que esse tipo de atendimento ficou restrito a uma minoria de poder aquisitivo mais elevado. Dois fatores muito importantes contribuíram para a despersonalização da figura do médico: a disseminação dos atendimentos em grandes hospitais e centros de saúde, e o crescente nível de especialização dos profissionais.

Eis, então, o momento em que a situação histórica começa a mudar. Ao mesmo tempo em que a medicina evoluiu, o médico foi afastado do conhecimento a fundo de seu paciente, transformado em um anônimo, conhecido apenas por fichas de acompanhamento do quadro clínico, ou mesmo uma simples entrevista preliminar. (DANTAS, 2009, p. 18-19).

O § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor faz parte da sua redação originária. Sendo assim, há 27 anos está em vigor a seguinte disposição legal: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (BRASIL, 1990).

Impende observar que a redação deste dispositivo diz mais do que apenas a espécie de responsabilidade civil aplicável aos profissionais liberais: antes disso, ele os inclui na Lei Consumerista.

Pelas definições de fornecedor e consumidor contidas no Código de Defesa do Consumidor, já se pode concluir pela inevitabilidade de inclusão dos serviços médicos no seu alcance. O artigo 2º define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica

que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990); o artigo 3º, por sua vez, define o fornecedor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

Diante disso, firmou-se entendimento jurisprudencial no sentido de que as relações médico-pacientes são consumeristas, abarcando, por derradeiro, todas as disposições ali contidas, dentre elas, prazo prescricional, regras de responsabilidade civil, competência, abusividades contratuais, enfim, todo o tratamento especial concedido pela aludida norma, como poderá ser observado no exemplo a seguir:

RELAÇÃO ENTRE HOSPITAL, MÉDICO E PACIENTE - FORNECEDOR E CONSUMIDOR - CDC - FORO DE ELEIÇÃO - CLÁUSULA ABUSIVA - APRECIÇÃO DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE. Sendo de consumo a relação entre o hospital - com aqueles que nele trabalham (inclusive médicos) - e o paciente, e considerando que o Código de Defesa do Consumidor, em face do seu caráter especial, suplanta as demais normas codificadas, inclusive as disposições gerais que tratam da competência, previstas no Código de Processo Civil, é possível ao Juiz, mesmo de ofício, afastar cláusula que seja considerada abusiva para o consumidor, como a indicação, no contrato, de foro em que ele não resida. (MINAS GERAIS, 2006b).

Diante disso, o Código Civil, que até a promulgação da Lei Consumerista, era a legislação infraconstitucional aplicável aos médicos em casos de ilícito civil, passou a ser fonte legitimadora de decisões apenas e tão somente quando não contrariar o Código de Defesa do Consumidor.

3.3 Panorama legal e jurisprudencial

Em dissertação de mestrado apresentada em 2015 à Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, foi feita uma pesquisa quantitativa das demandas indenizatórias por erro médico que chegaram ao Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2003 e 2013. Na ocasião, a autora fez um levantamento de diversos dados numéricos, dentre eles, o entendimento estatisticamente predominante no Superior Tribunal de Justiça. Afirma Mota:

Ademais, predomina, também, na jurisprudência estudada, o entendimento de que na cirurgia plástica estética (e não na cirurgia plástica reparadora) a obrigação é de resultado, em que o médico responde pela não efetivação do resultado prometido, presumindo-se, em tais situações, a culpa do médico. Já nos outros procedimentos cirúrgicos terapêuticos, em geral, é pacífico o entendimento de que a obrigação seja de meio. (MOTA, 2015, p.45).

De fato, conforme levantamento estatístico realizado pela aludida autora, quando o tema é erro médico, os tribunais do país têm por regra decidir a questão utilizando-se de uma classificação das obrigações, categorizando-as entre obrigações de meios ou de resultado.

França define as obrigações de meios e de resultado nos seguintes termos:

Dentro do conteúdo das obrigações positivas – onde se exige do devedor um comportamento ativo de dar ou de fazer alguma coisa, são reconhecidas duas modalidades de obrigações: a de meios e a de resultado. Na primeira, existe o compromisso da utilização de todos os recursos disponíveis para se ter um resultado, sem, no entanto, a obrigação de alcançar esse êxito tão legítimo. Busca-se, é claro, um resultado, mas em não se o cumprindo – e inexistindo a culpa do devedor, não há o que cobrar. Nesta, a relação entre o médico e o paciente se faz pela obrigação de dar a este um tratamento adequado, ou seja, um tratamento de acordo com as disponibilidades da ciência médica, com os recursos disponíveis e com as condições específicas e circunstanciais de cada caso. Esta obrigação de diligência é uma obrigação geral que serve de fundamento a todos os contratos. Na obrigação determinada ou de resultado a prestação do serviço tem um fim definido. Se não houver o resultado esperado, há inadimplência e o devedor assume o ônus por não satisfazer a obrigação que prometeu. (FRANÇA, 2013, p. 313-314).

Pelas próprias denominações e respectivas definições das duas categorias de obrigações utilizadas, a conclusão não pode ser diversa: as obrigações de meios levam à aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva, pois requerem a avaliação de culpa do agente no evento danoso.

A *contrario sensu*, as obrigações de resultado, antítese das obrigações de meios, acarretam a aplicação da responsabilidade civil objetiva, pois prescinde-se da análise do elemento culpa, mantendo-se apenas os demais elementos como alvo de análise – conduta, nexo e dano, como condições para a condenação civil. É dizer: uma vez que se exige o resultado satisfatório e não se permite a averiguação de culpa do agente, estamos a falar da responsabilidade civil objetiva.

Quando aplicada aos profissionais liberais, as obrigações de resultado são fruto de exclusiva construção jurisprudencial e doutrinária, uma vez ter sido a lei taxativa e sem ressalvas: “art. 14, §4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (BRASIL, 1990).

Segundo Borges (2014), as obrigações de meios e resultado foram consagradas pelo francês René Demogue, no início do século XX. Salienta o autor, também, o fato de que esta bipartição ocorre à revelia da legislação:

Os tratadistas brasileiros, de um modo geral, acolheram esta categorização como uma espécie de classificação material das obrigações. Esta divisão entre obrigações de meios e resultados, todavia, não decorre da legislação, mas do incansável desenvolvimento eminentemente doutrinário e jurisprudencial. (BORGES, 2014, p. 162).

Acrescentam, Couto Filho e Souza:

No campo da saúde por exemplo a posição sobre obrigação de meio ou de resultado nos chega ao legado de R. Demogue, produzido na França, em começo do século XX, com um quadro do sistema de saúde completamente diverso do nosso e, hoje, naquele país, a doutrina já não mais sobrevive com a maioria dos aplausos de juristas franceses. Portanto, pretender impingir esta doutrina como fonte do direito peca pela ignorância dos modelos de saúde dos Países em comparação. (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 37).

Vera Jacob de Fradera, citada por Bernardes (2015), em seu artigo intitulado “Necessidade de uma revisão na consideração da natureza da obrigação do cirurgião plástico”, pontua:

Há anos venho me dedicando ao estudo e à prática da responsabilidade civil como um todo... onde, efetivamente, secundada pela melhor doutrina, nacional e estrangeira daquela época, afirmava que a cirurgia plástica, meramente estética, gera obrigação de resultado. Em razão da necessidade de permanente atualização, requerida pela Advocacia e pelo magistério ... tomei conhecimento de uma decisão da Corte de Cassação francesa), comentada por François Chabas, que produziu uma reviravolta na concepção anterior, pois alterava a classificação da obrigação do cirurgião plástico, puramente estética, para obrigação de meios. As palavras do professor francês, reproduzindo a decisão mencionada, foram textualmente as seguintes: "toda intervenção sobre o corpo humano é aleatória, as reações do corpo são imprevisíveis; ninguém pode prever, por exemplo, como ocorrerá uma cicatrização... a tal ponto que pensamos que incidiria ipso facto em erro o cirurgião plástico que assumisse um resultado, porque ele não poderia ignorar o caráter falacioso da sua promessa". Entre nós, já houve uma decisão neste mesmo sentido, prolatada no Paraná (recurso nº 34834-1, juiz Abrahão Miguel, 20 de junho 1995, em matéria de cirurgia plástica estética, qualificando a obrigação do médico como de meios e incumbindo à vítima a prova da culpa do médico; no TJRS, em voto vencido, o desembargador Alfredo Guilherme Englert assumiu posição idêntica à da corte francesa. (BERNARDES, 2015).

De todo modo, é possível observar uma mudança gradual do discurso utilizado na jurisprudência nos últimos 27 anos, ou seja, desde o início da vigência do Código

de Defesa do Consumidor. Este fenômeno será demonstrado a seguir.

Inicialmente, no final do século XX e início do século XXI, havia considerável tendência dos magistrados em cobrar resultados dos cirurgiões plásticos¹, sob pena de condenação civil. Sua culpa, quando aventada no julgado, era aferida com parcimônia e timidez. Com o passar do tempo, foi sendo consolidada uma visão mais realista das limitações da medicina e dos riscos dos procedimentos cirúrgicos, abrindo-se espaço para a análise e exclusão da culpa médica, embora comprovado o resultado inestético pelo paciente.

Exemplos desta mudança de entendimento poderão ser visualizados a seguir, em ordem cronológica.

Na decisão abaixo, publicada em 1991, a única possibilidade de exclusão da responsabilidade foi a presença de caso fortuito ou força maior:

CIVIL. CIRURGIA ESTETICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E DANO MORAL. CONTRATADA A REALIZAÇÃO DE CIRURGIA ESTETICA EMBELEZADORA, O CIRURGIÃO ASSUME OBRIGAÇÃO DE RESULTADO, SENDO OBRIGADO A INDENIZAR PELO NÃO CUMPRIMENTO DA MESMA OBRIGAÇÃO, TANTO PELO DANO MATERIAL QUANTO PELO MORAL, DECORRENTE DE DEFORMIDADE ESTETICA, SALVO PROVA DE FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO (BRASIL, 1991).

No julgado a seguir, do ano de 1992, nota-se um fato no mínimo curioso: para se livrar da condenação civil, o médico teria que provar que a paciente fumou após o procedimento cirúrgico. Como lhe foi impossível fazer a prova deste fato, e tendo em vista que a jurisprudência transfere o ônus da prova da ausência de culpa ao médico, foi dado provimento ao recurso da autora, para reconhecer a responsabilidade civil médica:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLASTICA. OBRIGACAO DE RESULTADO. A CIRURGIA PLASTICA, COM FINS EXCLUSIVA OU PREPONDERANTEMENTE ESTETICOS, E CIRURGIA EMBELEZADORA E, POR ISSO, A OBRIGAÇÃO NAO É DE MEIO E SIM DE RESULTADO. ONUS PROBANDI. NA HIPOTESE DE O RESULTADO SER NEGATIVO E OPOSTO AO QUE FOI CONVENCIONADO, PRESUME-SE A CULPA PROFISSIONAL DO CIRURGIAO, ATE QUE ELE PROVE SUA NAO-CULPA OU QUALQUER OUTRA CAUSA EXONERATIVA. TABAGISMO POS-OPERATORIO. **INOBTANTE O FUMAR NO PERIODO POS-OPERATORIO POSSA PROVOCAR OS DANOS OCORRIDOS, HA**

¹ Importante mencionar que, ao longo do texto, quando se fala das obrigações “do cirurgião plástico” de forma genérica, está-se a dizer sobre a cirurgia plástica com fins estéticos. Isto porque as cirurgias plásticas reparadoras recebem o tratamento jurídico dos procedimentos médicos terapêuticos.

NECESSIDADE DO REU PROVAR QUE A CLIENTE FUMOU, EMBORA A CONTRA-INDICAÇÃO MÉDICA. PROVA INSUFICIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL RECONHECIDA. APELAÇÃO PROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 1992, grifo nosso).

No aresto abaixo, do ano de 1994, o magistrado é taxativo quanto à prescindibilidade do exame da culpa médica. Em sua redação, pode soar incoerente o fato de a magistrada falar em demonstração do “erro” em perícia técnica e, logo após, afirmar que o dever de indenizar independe da “culpa”. Se não há a necessidade de apuração da culpa, resta saber exatamente para qual finalidade foi feita a perícia, ou seja, qual é exatamente o “erro” a ser demonstrado pelo técnico. Observe-se a sua redação:

Responsabilidade civil. Cirurgia plástica. Dano estético. Obrigação de indenizar. Demonstrada através de perícia o erro médico impõe-se o dever de indenizar, independentemente do exame da culpa, já que a cirurgia plástica é obrigação de resultado, e, não de meio. (RIO DE JANEIRO, 1994).

Em consulta ao inteiro teor do acórdão, verifica-se que a perícia técnica teve como objeto apenas e tão somente a análise do resultado inestético. Tanto é que, para a magistrada, “a prova testemunhal veio a corroborar todos os aspectos constatados na perícia”. Ora, salvo se esta testemunha for um médico ou médica, e não parece ser o caso, se foi capaz de confirmar as conclusões do perito, conclui-se que aludidas conclusões o eram sobre fatos visíveis aos olhos de qualquer pessoa, sem nenhuma verificação de uso correto da técnica pelo profissional demandado. Portanto, a culpa do médico no resultado inestético não foi objeto da prova pericial, mas apenas o mau resultado. Assim foi redigido o acórdão:

[...] Inicialmente cumpre ressaltar que a prova pericial realizou-se dentro das determinações previstas na lei processual. Desprocede a alegação de que o laudo foi tendencioso, a partir do momento em que ao invés de limitar a informar os fatos passou a tomar partido, a ponto de pretender julgar a causa. Ora, para chegar à conclusão de que houve erro na cirurgia plástica realizada em face da autora, a ponto de produzir cicatrizes que ficaram aparentes, evidentemente teve o perito a necessidade de descrever e dizer em que consistiram, o que não significa dizer que este pretendeu julgar a causa, ou entrar no seu mérito.

De resto, a prova testemunhal veio a corroborar todos os aspectos constatados na perícia.

[...] em se tratando de cirurgia plástica, uma vez constatado o erro médico, fastidioso seria entrar no exame da culpa, sabido que a denominada operação embelezadora constitui obrigação de resultado, e, não de meio, como as demais intervenções médicas. (RIO DE JANEIRO, 1994).

No próximo julgado, publicado em 2001, vale a pena conferir o teor do voto vencido, segundo o qual caberia à autora provar apenas e tão somente se a cirurgia era estética, de modo que, uma vez comprovada que era esta a finalidade do procedimento, seria acertada a condenação exclusivamente em decorrência do resultado inestético. Mais uma vez, não foi sequer aventado o elemento culpa, em flagrante aplicação da responsabilidade civil objetiva:

RESPONSABILIDADE MÉDICA - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - CIRURGIA ESTÉTICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - VOTO VENCIDO. **Na cirurgia estética, embelezadora, assume o cirurgião obrigação de resultado, obrigando-se a indenizar quando haja intercorrência de deformidade. A indenização por danos estéticos é devida quando fica demonstrada modificação na aparência da vítima, capaz de causar-lhe constrangimento no convívio social.** Já em matéria de lucros cessantes, não se indenizam os danos potenciais, nem as esperanças de negócios lucrativos, mas tão somente os efetivos ocorridos. **V.v.: Não tendo a autora se desincumbido de provar que a cirurgia plástica foi embelezadora e comprovado que a mesma se realizou através do SUS, o qual somente autoriza intervenções corretivas, deve ser julgado improcedente o pedido de indenização.** (MINAS GERAIS, 2001, grifo nosso).

Na decisão abaixo, do ano de 2004, é possível tirar conclusões sobre as cirurgias com fins estéticos pelas exceções mencionadas pelo magistrado: “Ressalvadas algumas exceções (anestesiologista e cirurgião plástico estético), tem o médico obrigação de meio [...]”:

DANOS MATERIAIS E MORAIS - INTERVENÇÃO CIRÚRGICA - VASECTOMIA - OCORRÊNCIA DE GRAVIDEZ DA ESPOSA A POSTERIORI - CARACTERIZAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE MEIO - CULPA NÃO DEMONSTRADA - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. 1. **Ressalvadas algumas exceções (anestesiologista e cirurgião plástico estético), tem o médico obrigação de meio, devendo, portanto, agir sempre em conformidade com os meios que dispõe, na tentativa de alcançar a cura, que eventualmente pode não ser atingida.** Somente a inobservância dos cuidados adequados da conduta médica (**culpa** em uma de suas modalidades: imperícia, imprudência ou negligência) **é que pode ensejar a responsabilidade subjetiva do profissional**, sendo imprescindível à sua caracterização a comprovação do ato, dano e o nexo de causalidade entre ambos. 2. “A jurisprudência e a doutrina têm classificado as cirurgias de vasectomia como obrigações de meio, não gerando indenização eventual gravidez indesejada, por não se tratar de método absoluto, eis que, estatisticamente, este procedimento prevê a possibilidade de falha a cada dois mil casos.” (Des. Wilson Augusto do Nascimento) (SANTA CATARINA, 2004, grifo nosso).

Em 2006, ainda havia decisões judiciais que sequer mencionavam a análise da culpa do médico:

INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - CLÍNICA - LEGITIMIDADE PASSIVA - CIRURGIA PLÁSTICA - NATUREZA DA OBRIGAÇÃO - CULPA - CONFIGURAÇÃO - DANO ESTÉTICO - DANO MORAL - QUANTUM. Possui legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, em ação de indenização por danos estéticos, a clínica que cede suas instalações para a realização de cirurgia plástica, emprestando confiança de atendimento ao médico responsável pelo procedimento cirúrgico. **A obrigação assumida por cirurgião plástico tem natureza jurídica de obrigação de resultado, respondendo o médico pelo resultado insatisfatório decorrente do procedimento cirúrgico. Se o dano estético causou deformidade aparente deve ser indenizado, assim como o dano moral.** Preliminar rejeitada e apelação não provida. (MINAS GERAIS, 2006a, grifo nosso).

É de se observar que, apesar de decidirem contrariamente à Lei Consumerista, em vigor desde 1990, até meados de 2005, pelo menos havia alguma coerência nos julgados, pois as obrigações de resultado mencionadas nas fundamentações das decisões efetivamente acarretavam condenação civil, sem análise do elemento culpa. Quando muito, abria-se exceção aos casos fortuitos e à força maior.

Como poderá ser conferido a seguir, numa segunda fase, ou seja, após meados do ano de 2005, o Judiciário começou a absorver o mandamento consumerista, passando a demonstrar sinais de mudança. Diz-se “sinais de mudança”, pois o novo entendimento foi sendo consolidado com o tempo. Na linguagem popular, pode-se dizer que, por aproximadamente 15 anos, “a lei não pegou”, pois a esmagadora maioria dos magistrados recusava-se a aplicá-la.

Assim, decisões sobre erros médicos em procedimentos terapêuticos mantiveram-se intactas: obrigações de meios e responsabilidade civil subjetiva. Quando a cirurgia visasse a fins embelezadores, a maioria dos magistrados mantiveram a expressa alusão às ‘obrigações de resultado’ na fundamentação dos acórdãos. Porém, embora a manutenção da fundamentação de outrora, o resultado insatisfatório das cirurgias deixou de ser o fator determinante para as condenações. Abre-se espaço, portanto, para a efetiva análise do elemento culpa, como se se tratasse de obrigação de meios. E assim tem sido até os dias atuais.

Explica-se: a esmagadora maioria das decisões continua a afirmar que as obrigações do cirurgião plástico são de resultado, sendo esta a classificação contida na fundamentação dos arestos. Contudo, ao julgar, não se exige o resultado: aplica-se a teoria da culpa presumida, permitindo-se a verificação de culpa do profissional.

A teoria da culpa presumida é uma construção jurisprudencial resultante da aplicação conjunta da regra do já mencionado artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) - responsabilidade civil subjetiva dos profissionais liberais, com a inversão do ônus da prova prevista do artigo 6º, VIII, do mesmo diploma legal, segundo o qual:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. (BRASIL, 1990).

Com a conjugação dos dois institutos – responsabilidade civil subjetiva e inversão do ônus da prova em favor do consumidor, determinou-se doutrinária e jurisprudencialmente o seguinte: se o procedimento médico for destinado a fins terapêuticos, caberá ao autor da demanda (paciente) provar a culpa (negligência, imperícia ou imprudência) do médico, pelo dano causado. Estar-se-á aplicando, no caso, a responsabilidade subjetiva, decorrente das obrigações de meios.

Por outro lado, se o tratamento médico for destinado a fins estéticos, caberá ao médico o ônus da prova de seu zelo profissional.

Na decisão abaixo – do ano de 2006, observe-se que não foi aventado o zelo do profissional no procedimento como condição para afastar a obrigação de indenizar. Porém, já se pode perceber uma flexibilização do entendimento jurisprudencial, pois abre-se espaço às demais causas que elidem a responsabilidade civil, para além do fortuito e força maior. No julgado, o magistrado inclui a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro como causas aptas a afastar a obrigação de indenizar. Porém, ainda afirma categoricamente que o médico responde objetivamente pelos danos causados:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO - CIRURGIA PLÁSTICA - SEQUÊLAS FÍSICAS (CICATRIZ EXTENSA) DEIXADA NO ABDOME DA AUTORA - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - POSSIBILIDADE - MÉDICO NÃO ESPECIALIZADO - CLÍNICO GERAL - IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA - EXEGESE DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO CONSUMERISTA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - NÃO COMPROVAÇÃO DE CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL - DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO - RECURSO PROVIDO. I - Em regra, os contratos de prestação de serviços médicos originam obrigações de meio e não de resultado. Exceção a esta regra são os casos de cirurgia plástica, na exata medida em que ela tem por escopo, entre outros, o embelezamento estético

do paciente, razão pela qual é considerada **obrigação de resultado**. Nessa linha, deixando a intervenção cirúrgica dessa natureza de atingir o escopo desejado e previamente definido pelo profissional da saúde com o seu paciente, responde o médico, objetivamente, pelos danos causados à vítima (consumidor), salvo demonstrada de maneira cabal alguma causa de exclusão de culpa (existência de falha ou defeito na prestação dos serviços hospitalares contratados pelo paciente, ocorrência de culpa exclusiva do consumidor, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior), hipóteses não verificadas no caso em exame. [...] (SANTA CATARINA, 2016, grifo nosso).

O próximo, do ano de 2008, cuida de implante odontológico - procedimento estético. O ônus da prova a que se refere o magistrado é quanto ao elemento culpa. Esta informação pode parecer óbvia, mas, como visto alhures, ao ler a íntegra de acórdãos mais antigos (entre 1990 e meados de 2005), para a maioria dos magistrados, bastava ao paciente a prova do resultado inestético, e era precisamente este o objeto da perícia técnica:

Cirurgia de implante dentário - **Obrigação de resultado - Ônus da prova do profissional contratado - Prejuízo estético manifesto** - Erro de planejamento quanto ao comportamento gengival - Necessidade de implante ósseo prévio Indenização por danos materiais e morais cabível - Apelo provido em parte. (SÃO PAULO, 2009, grifo nosso).

Como dito, no inteiro teor do acórdão da ementa acima pode ser observado que o juízo *a quo* levou em consideração o elemento culpa na sentença:

Trata-se de apelo de fls. 161/171 interposto em face da sentença de fls. 155/158, que julgou improcedente ação de reparação por danos materiais e morais, **porque considerou o julgado não ter ficado provada a culpa dos apelados**. (SÃO PAULO, 2009, grifo nosso).

Em 2012, como poderá ser conferido abaixo, o entendimento mais recente já havia se sedimentado nos tribunais do país: faz-se expressa menção à obrigação de resultado sem, contudo, exigí-lo. Embora possa ser visualizado um avanço, resta ainda um resquício da tendência persecutória aos cirurgiões plásticos, pois mantém-se a inversão do ônus da prova da culpa em favor dos pacientes, como regra de instrução. A esta prática instrutória, decidiu-se denominar teoria da culpa presumida:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL. CULPA PRESUMIDA. INTERVENÇÃO HAVIDA EM PERÍODO GESTACIONAL DA PACIENTE. DEVER DE INDENIZAR NÃO RECONHECIDO. 1. A obrigação do cirurgião plástico na intervenção estética

é de resultado. Responsabilidade civil subjetiva, na modalidade de culpa presumida. Ônus probatório direcionado ao profissional médico de evidenciar não ter incorrido em negligência, imprudência ou imperícia - inteligência do art. 14, § 4º, do CDC. 2. Caso em que a paciente submeteu-se à intervenção em período gestacional. Inexistência de menção quanto à impropriedade na técnica eleita ou na execução da cirurgia. Culpabilidade atribuída ao clínico por fato independente e precedente à operação. **Falta de prova de que o cirurgião plástico tenha sido alertado da gravidez da paciente.** Exame para detectar gestação que não se insere no elenco daqueles previamente necessários à realização de cirurgia plástica. Responsabilidade do réu não comprovada. Sentença de improcedência mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2012, grifo nosso).

Abaixo observa-se a relação de causa e consequência engendrada pela jurisprudência de forma um pouco mais elaborada: cirurgia estética é obrigação de resultados, a qual acarreta presunção de culpa do médico:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RENOVAÇÃO DO PEDIDO NA VIA ESPECIAL. DESNECESSIDADE. AÇÃO INDENIZATÓRIA. **CIRURGIA PLÁSTICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. PROFISSIONAL QUE DEVE AFASTAR SUA CULPA MEDIANTE PROVA DE CAUSAS DE EXCLUDENTE.** AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] 2. Possuindo a cirurgia estética a natureza de obrigação de resultado cuja responsabilidade do médico é presumida, cabe a este demonstrar existir alguma excludente de sua responsabilização apta a afastar o direito ao ressarcimento do paciente. 3. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

No aresto abaixo – do corrente ano de 2017, fica evidenciada a chancela do Superior Tribunal de Justiça a esta arquitetura jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ERRO MÉDICO - CIRURGIA ESTÉTICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - PROVA PERICIAL - LAUDO CONCLUSIVO - AUSÊNCIA DE IMPERÍCIA, NEGLIGÊNCIA OU IMPRUDÊNCIA - NEXO DE CAUSALIDADE AFASTADO - RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA. - **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a relação existente entre médico e paciente é contratual e encerra uma obrigação de meio, ressalvada as cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética, que se inserem dentre as obrigações de resultado. - Em se tratando de obrigação de resultado, a responsabilidade do médico é presumida, recaindo sobre ele o ônus de demonstrar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios à sua situação profissional.** - Tratando-se de responsabilidade civil subjetiva, a obrigação de indenizar pressupõe três requisitos: a comprovação de culpa ou dolo, do dano e do nexo causal entre a conduta antijurídica e o próprio dano. - Se os danos apresentados pelo paciente não decorreram de nenhuma conduta (ação ou omissão) do médico, resultando de sua própria condição pessoal, ele não pode ser responsabilizado pelas intercorrências resultantes do procedimento realizado. (MINAS GERAIS, 2017b, grifo nosso).

É possível verificar algumas incoerências nesta construção jurisprudencial. Primeiramente porque, pela sua própria denominação, as obrigações de resultado são a antítese das obrigações de meios e a diferença entre ambas é, precisamente, a possibilidade da análise do elemento culpa, como requisito para a condenação civil.

Tendo em vista que a teoria da culpa presumida permite a análise do elemento culpa, não parece razoável afirmar que decorra de obrigações de resultado. Se efetivamente fosse exigido o resultado satisfatório do profissional, não se permitiria, nem mesmo, que o médico fizesse sua defesa amparada na ausência de culpa. É dizer: ou se admite a análise da culpa como elemento da responsabilidade civil subjetiva, ou despreza-a para aplicar a responsabilidade civil objetiva. Afinal, a lei não prevê modalidade de responsabilidade civil intermediária entre a subjetiva e a objetiva.

Neste sentido, Giostri, segundo o qual:

Ora, presunção de culpa é para a responsabilidade objetiva, onde há a inversão automática, a presunção da culpa para os médicos seria uma exorbitação de competência do intérprete, pois estaríamos criando uma nova classe de responsabilidade dos profissionais liberais, função privativa do Congresso Nacional. (GIOSTRI, 2005, p. 151).

Para Lobo (2000), resta superada esta distinção entre obrigações de meios e de resultados não só por razões de ordem médica, mas porque há resultados fora do controle de qualquer profissional liberal, inclusive advogados, dos quais é exigível, tão somente, a realização de seu trabalho conforme os protocolos de seu labor. Assim dispõe em seu artigo sobre responsabilidade civil do advogado:

A dicotomia, obrigação de meios ou obrigação de resultado, não se sustenta. Afinal, é da natureza de qualquer obrigação negocial a finalidade, o fim a que se destina, que nada mais e que o resultado pretendido. Quem procura um advogado não quer a excelência dos meios por ele empregados, quer o resultado, no grau mais elevado de probabilidade. Quanto mais renomado o advogado, mais provável é o resultado pretendido, no senso comum do cliente. Todavia, não se pode confundir resultado provável com o resultado necessariamente favorável. (LOBO, 2000, p. 10-11).

No mesmo sentido, Roberto, segundo o qual, atualmente, a distinção entre obrigações de meios e de resultado é inútil:

Diante da tendência atual, como já foi analisado, com a adoção da possibilidade da inversão do ônus da prova, principalmente, e da teoria da carga dinâmica ou compartilhada das provas, os mais modernos doutrinadores (entre eles: Lorenzetti, Kfoury Neto, Vazquez Ferreyra,

Itarraspe) afirmam que a utilidade da distinção das obrigações em meio e resultado, não surte mais efeitos. Isto porque, a utilidade da distinção se relaciona, em sua essência, ao ônus da prova, como outrora ensinou Demogue. (ROBERTO, 2011, p. 227).

Pablo Rentería vai ainda mais longe, afirmando que esta classificação das obrigações não se sustenta, pois toda obrigação seria de meios e, ao mesmo tempo, de resultado:

[...] toda obrigação é de meios e de resultado. De fato, toda relação obrigacional consiste na promessa do devedor de desempenhar determinada atividade (a prestação, objeto da obrigação) como meio para produzir, com o adimplemento, o resultado útil (muitas vezes, a entrega ou transferência de certa coisa) que satisfaz o interesse do credor (a função da obrigação). É inconcebível, portanto, obrigação cujo adimplemento não produza resultado útil ao credor, assim como obrigação que não tenha por objeto a conduta do devedor. (RENTERÍA, 2011, p. 131).

Voltando à análise jurisprudencial, o julgado abaixo é uma decisão emblemática do Superior Tribunal de Justiça – do ano de 2013, na qual é possível percorrer o passo a passo do raciocínio da Ministra relatora, onde podem ser observadas algumas contradições, notadamente nos itens 3 a 5, nos quais deixa a impressão de ainda não se saber se a culpa é relevante ou irrelevante ao deslinde da causa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, CAPUT E § 4º, DO CDC. 1. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em 14.09.2005. Dessa ação foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 25.06.2013. 2. Controvérsia acerca da responsabilidade do médico na cirurgia estética e da possibilidade de inversão do ônus da prova. 3. **A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta.** 4. Nessas hipóteses, há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação. 6. A jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do Resp 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. 7. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Na decisão abaixo, proferida três anos antes, a mesma magistrada pareceu-nos um pouco mais coerente, pois, ao contrário do que afirmou no item 5 do aresto

acima, abriu espaço para a exclusão da condenação do cirurgião apesar do resultado insatisfatório:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. **2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.** 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em termo de Consentimento Informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL, 2010b, grifo nosso).

Voltando à penúltima decisão acima, julgada em 2013, a magistrada afirma em seu item 6 o seguinte: “a jurisprudência da 2ª Seção, [...], consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento” (BRASIL, 2013).

Vislumbra-se, aqui, outra incoerência sobre o tema: em primeiro lugar, não há qualquer previsão legal que permita, de antemão, presumir-se a culpa de um profissional liberal no evento danoso. Em segundo lugar, também carece de previsão legal a inversão do ônus probatório predeterminada abstratamente, seja em decorrência da presunção de culpa do médico ou de qualquer outro fator.

O que a Lei Consumerista admite é a inversão do ônus da prova após análise do caso concreto pelo magistrado, e não como regra de instrução em abstrato. Vejamos o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, apenas para conferir a sua redação:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, **quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.** (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Assim, em regra, mesmo nas demandas consumeristas, deve ser mantido o ônus probatório de cada demandante, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil, segundo o qual “o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (BRASIL, 2015a). Neste sentido, Marques, Benjamin e Bessa:

Ao juiz é **facultado** inverter o ônus da prova inclusive quando esta prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e expert na relação, afinal, o intuito do CDC é justamente de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores e não o contrário, impondo provar o que é em verdade o ‘risco profissional’ ao – vulnerável e leigo – consumidor. (BRASIL, 2015, grifo nosso). (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2010, p. 76).

Contudo, a jurisprudência, quando diante de tratamentos médicos estéticos, não se presta a avaliar caso a caso. Elaborou uma regra de instrução processual, segundo a qual se o autor foi submetido a tratamento estético, é ele hipossuficiente em relação ao seu médico, a ponto de ter de ser invertido o ônus da prova a seu favor, ao passo que, se o mesmo paciente tiver se submetido a tratamento não estético, sua hipossuficiência em relação ao seu médico não existe e, sendo assim, caberá a ele o ônus de provar a culpa do profissional.

Ora, ao assumir como razoável esta hipótese, um paciente que realiza uma rinoplastia seria presumivelmente hipossuficiente em relação ao seu cirurgião, ao passo que, se este mesmo paciente realizar a retirada de um tumor, deixaria de sê-lo.

É de se observar, como dito alhures, que até mesmo em relação àqueles que são submetidos a cirurgias terapêuticas, ocorrem distorções decorrentes da regra criada jurisprudencialmente, pois não necessariamente poder-se-á afirmar, sem análise do caso concreto, que não é hipossuficiente e que não lhe é devido o benefício da inversão do ônus probatório. Imagine-se, por exemplo, o quão hipossuficiente pode ser um paciente do sistema público de saúde brasileiro, na maioria das vezes humilde e com limitado acesso a informações.

Naturalmente, nada impede que o magistrado, diante do caso concreto, determine a inversão do ônus probatório em processos onde se discute erro médico em cirurgias com fins terapêuticos. Contudo, a incoerência ora mencionada permanecerá, pois estes pacientes não gozarão deste benefício de forma automática e predeterminada, como aqueles submetidos a cirurgias embelezadoras. E, assim

sendo, poderão ter o dissabor de o magistrado, em razão de seu entendimento naquele caso concreto, indeferir a inversão do ônus da prova em desfavor do médico.

Pontua Conti a respeito:

Aos cirurgiões-dentistas que trabalham com a estética sempre pareceu injusto e injustificado o conceito jurídico que atribui a Odontologia Estética a obrigação de um bom resultado, diferentemente de todas as outras especialidades odontológicas, das quais se exige apenas a utilização adequada dos meios necessários ao resultado desejado, ainda que ele não seja obtido. A primeira, isto é, a Odontologia Estética teria a obrigatoriedade de resultado e todas as outras especialidades, a obrigatoriedade de meio. (...) Por outro lado, convém ter presente que insucessos são possíveis. Se houver imperícia, imprudência ou negligência, qualquer dentista se torna merecedor de punição adequada. Mas se o procedimento foi correto, os cuidados pré e pós-operatórios eficientes e, mesmo assim, algo vir (sic) a interferir e o resultado não é o desejável, nem o dentista esteticista, nem o dentista ortodontista ou outro de qualquer especialidade irá se tornar ab initio, isto é, culpado desde o início. (CONTI, 2012, p. 102).

Voltando à questão terminológica presente na jurisprudência, levanta-se a hipótese de que, por inércia ou apegos culturais, os operadores do direito mantiveram a terminologia outrora utilizada nos arestos. É dizer, mudaram seu entendimento sobre o tema, passando a julgar improcedentes as ações quando resta comprovada a ausência de culpa do médico no resultado infeliz, mas continuaram com o antigo discurso de que as obrigações em estudo são de resultado. E, para isso, fez-se necessária a aplicação de uma modalidade de responsabilidade civil inexistente no ordenamento, apta a amparar a opção pelo caminho do meio.

Ocorre que a manutenção da antiga fundamentação – obrigação de resultado, sem a efetiva exigência do resultado satisfatório no dispositivo dos julgados, não se limita a representar um singelo erro conceitual. Esta incongruência acarreta dois inconvenientes de ordem prática: o primeiro é o pavor dos cirurgiões plásticos a respeito dos riscos inerentes ao próprio trabalho, pois, mesmo os profissionais mais atentos, tomam conhecimento do assunto de forma incompleta e mal explicada, chegando a pensar que, efetivamente, poderão ser condenados civilmente pelo resultado inestético, sem qualquer avaliação da sua culpa no evento.

O segundo é o erro de perspectiva dos operadores do direito, principalmente advogados, que acabam criando expectativas irreais nos seus clientes. É comum, no exercício da advocacia, perceber um excesso de expectativa do defensor e dos próprios autores das demandas por erro médico em cirurgia estética, os quais acabam se frustrando com o resultado do processo. A menos que o causídico se dedique a

entender o que efetivamente tem sido julgado há mais de uma década, poderá comprometer-se indevidamente com o cliente, pela falsa impressão de que bastar-lhe-á provar o mau resultado para obter êxito nas demandas.

Em pesquisa jurisprudencial dos últimos dez anos, observa-se que o paciente da cirurgia estética somente obterá êxito na demanda indenizatória em duas hipóteses: se o médico for revel, hipótese na qual a presunção de culpa em seu desfavor acarretará sua condenação, ou se o médico não tiver meios para provar que o dano ocorrido com o paciente fora decorrente de ato estranho à sua atuação profissional.

Exemplo do que ora se comenta pode ser encontrado no aresto abaixo, que representa o posicionamento atualmente consolidado:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CIRURGIA PLÁSTICA - ERRO MÉDICO - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL - DEVER DE INDENIZAR AUSENTE. - Ao dever de indenizar impõe-se ocorrência de ato ilícito, nexo causal e dano, nos termos em que estatuídos nos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, - **Nos casos de cirurgia plástica, a obrigação do médico é de resultado, haja vista a expectativa do paciente em modificar esteticamente parte de seu corpo que não lhe agrada. - Quando os métodos utilizados nos procedimentos cirúrgicos são os corretos, não se há de falar em indenização.** (MINAS GERAIS, 2017a, grifo nosso).

No próximo julgado, já é possível vislumbrar um terceiro momento no discurso contido na jurisprudência dos tribunais. A decisão, do ano de 2014, menciona a divergência sobre ser de meios ou de resultado a obrigação do cirurgião plástico, numa demonstração de que o tema ainda não se esgotou e tem dado sinais de nova mudança, no sentido do que ora se aponta nesta pesquisa:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CIRURGIA DE RECONSTRUÇÃO DE MAMA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AGRAVO RETIDO. PERÍCIA TÉCNICA É possível a inversão do ônus da prova em situações como a dos autos. Precedentes do STJ e deste Tribunal. A responsabilidade de médico contratado para cirurgia estética reparadora é indubitavelmente subjetiva, a teor do disposto no art. 951 do Código Civil e do art. 14, § 4º, do CDC. **Independentemente da divergência sobre ser de meios ou de resultado a cirurgia plástica puramente estética ou embelezadora - e ainda que amplamente predominante a segunda posição - fato é que é indubitável que as cirurgias estéticas reparadoras ou restauradoras engendram obrigações de meios.** No caso em tela, a perícia técnica comprovou que o réu utilizou técnica adequada para o caso, não tendo, em momento algum, cometido qualquer falha que pudesse ensejar a sua condenação. O resultado final só não foi melhor porque a própria autora recusou-se a colocar prótese, vindo a abandonar o tratamento após a cirurgia.

Ausentes os pressupostos da responsabilização civil, a improcedência do pedido é medida que se impõe. Sentença reformada. APELO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2014a).

Como visto na ementa acima, embora ter sido notória a alteração do entendimento jurisprudencial nos últimos dez anos, ainda há caminhos a percorrer nesta temática.

3.4 Previsões legais para além do Código de Defesa do Consumidor

Como mencionado alhures, a lei é taxativa quanto à necessidade de apuração de culpa dos profissionais liberais nas ações indenizatórias: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” - artigo 14, § 4º (BRASIL, 1990). Importa salientar, por outro lado, que no ordenamento jurídico brasileiro, não há qualquer ressalva ou exceção ao conteúdo do aludido dispositivo.

Essa taxatividade da Lei Consumerista é comentada por Barros Júnior:

A cogência e a clareza do legislador colocam como obrigação de meios todo e qualquer ato profissional praticado por profissional liberal, sem excepcionar categorias, searas profissionais, áreas de atuação ou especialidade, não havendo espaço para se elaborar interpretação extensiva, sob pena de flagrante abuso de direito e, portanto, ilegalidade. (BARROS JÚNIOR, 2011, p. 145).

No mesmo sentido, Dantas:

É antijurídico, por conseguinte, a pretexto de a cirurgia plástica estética ser classificada como obrigação de resultado, inverter-se o ônus da prova. Ao médico, em qualquer hipótese, aplica-se o regramento da responsabilidade subjetiva – incompatível com essa inversão. (DANTAS, 2009, p. 148).

Benjamin², citado por Melo, em seu “Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor”, leciona a respeito, com a autoridade que tem sobre o assunto, por ter sido um dos elaboradores do anteprojeto do Código Consumerista:

O código é claro ao asseverar que só para a ‘responsabilidade pessoal’ dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se

² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

o médico trabalhar em hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apurada objetivamente. (BENJAMIN apud MELO, 2013, p. 78-80).

Considerando-se que a promulgação do Código de Defesa do Consumidor se deu em 1990, e que seu artigo 14, §4º, faz parte de sua redação original, pode-se afirmar que o Judiciário demorou mais de uma década para absorvê-lo, passando a efetivamente a perquirir sobre a culpa do médico no evento danoso apenas no século XXI. E, mesmo assim, com a inversão do ônus probatório em desfavor do profissional, à revelia de lei.

Apesar desta mudança de posicionamento ocorrida quinze anos após a vigência do Código Consumerista, nota-se ainda a existência de autores que, em obras recentes, insistem na aplicação da responsabilidade civil objetiva aos cirurgiões plásticos, chegando até mesmo em citar a teoria do risco para justificá-la.

Veja, por exemplo, em Viana, em obra publicada 22 anos após a promulgação da Lei Consumerista, explicando a diferença de tratamento devido ao cirurgião plástico quando em cirurgia estética e quando em reparadoras:

Verifica-se que o cirurgião plástico, dependendo do serviço médico prestado, terá obrigação de resultado ou de meio, logo a responsabilidade ora é objetiva ou subjetiva; assim, **a teoria do risco se aplica à cirurgia estética** e, por sua vez, **a teoria da culpa rege a responsabilidade civil decorrente dos atos médicos voltados à cirurgia reparadora**. (VIANA, 2012, p. 35, grifo nosso).

De acordo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.261/2001, o conselho foi incisivo quanto à resposta biológica individual e à consequente obrigação de meios da cirurgia com fins estéticos:

CONSIDERANDO que a Cirurgia Plástica visa tratar doenças e deformidades anatômicas, congênitas, adquiridas, traumáticas, degenerativas e oncológicas, bem como de suas conseqüências, objetivando beneficiar os pacientes visando seu equilíbrio biopsicosocial e conseqüente melhoria sobre a sua qualidade de vida;

CONSIDERANDO que a diversidade de resposta biológica é inerente às características individuais e genéricas;

[...]

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.

Art. 4º - O objetivo do ato médico na Cirurgia Plástica como em toda a prática médica constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2001).

Pelo exposto, não se pode chegar a conclusão diversa: a diferença de tratamento dispensada pela jurisprudência predominante aos cirurgiões plásticos quando comparada ao tratamento dado àqueles que se dedicam a procedimentos terapêuticos é anti-isonômico, pois implica em tratar desigualmente os iguais.

Sobre o princípio da isonomia, aponta Carvalho:

Igualdade, desde Aristóteles, significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem. A questão, portanto, é saber quem são os iguais e quem são os desiguais. Para isso, importa conhecer os fatores de desigualação, já que, como se verificou, as coisas, os seres e as situações, se apresentam pontos comuns, revelam diferenças em alguns aspectos ou circunstâncias. (CARVALHO, 2007, p. 626).

Leciona Bandeira de Melo³, citado por Carvalho, a respeito dos fatores aptos a gerar tratamentos desiguais, sem afronta à isonomia:

Para que um *discrímen* legal seja conveniente com a isonomia, impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulta da diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público. (BANDEIRA DE MELO apud CARVALHO, 1992, p. 51).

Pelos fatores elencados pelo professor para aferir a efetiva isonomia, parece haver afronta ao princípio no impasse ora em análise. É que, do ponto de vista médico, não há características ou traços na cirurgia embelezadora que permitam a distinção de tratamento dispensado pela jurisprudência, em relação à cirurgia terapêutica. Como já demonstrado, em ambas, há riscos estatísticos de maus resultados, mesmo quando o cirurgião segue os protocolos médicos consagrados para as respectivas técnicas cirúrgicas. Não há, pois, correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes entre ambas, e a decorrente distinção de regime jurídico utilizado.

³ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Regime Constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: RT, 1992.

Pergunta-se: por que o paciente operado de uma gastrite deverá provar a culpa do médico por um resultado insatisfatório, ao passo que, se o mesmo paciente passar por uma lipoaspiração, terá o benefício de transferir para o médico o ônus da prova de seu zelo profissional? Qual a fonte que legitima esse critério diferenciador? E qual o conceito de cunho médico justifica o tratamento desigual?

Tendo em vista não haver fatores de natureza médica que o justifique, essa diferença de tratamento é inconstitucional por quebra de isonomia, na medida em que trata desigualmente os iguais.

Salienta-se, inclusive, que os magistrados têm conhecimento desta realidade. A decisão abaixo cuida de uma cirurgia plástica reparadora, que recebe o mesmo tratamento dos procedimentos médicos terapêuticos. O desembargador afirma que as cicatrizes queloidianas formadas após a cirurgia são inerentes à própria constituição do paciente, excluindo a responsabilidade do médico. Pergunta-se: por que se admite a constituição do paciente apenas nas cirurgias com fins terapêuticos?

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS - CIRURGIA REPARADORA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - ERRO MÉDICO - NÃO COMPROVAÇÃO - CICATRIZES QUELOIDIANAS - ORGANISMO DO PACIENTE - DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. **A cirurgia corretiva de redução de mama não possui natureza estética.** A atividade do médico nesse tipo de cirurgia é de meio e não de resultado. De um modo geral, a responsabilidade médica é subjetiva, cabendo, portanto, ao paciente provar a negligência, imprudência ou imperícia do médico. **As cicatrizes queloidianas formadas após a cirurgia são inerentes à própria constituição do paciente, excluindo a responsabilidade do médico.** (MINAS GERAIS, 2017c, grifo nosso).

Referindo-se expressamente à quebra de isonomia ora apontada e à resposta biológica individual de cada paciente, afirma Conti:

Afigura-se como inadiável a reformulação da jurisprudência relativa à Cirurgia Estética, sem dúvida uma atividade terapêutica, que ser equiparada às demais especialidades médicas ou odontológicas visto que, por princípio constitucional, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. **A situação atual é, indubitavelmente, discriminatória.** [...] Sua finalidade é trazer benefício à saúde do paciente, seja física, psicológica ou social; constitui, assim, obrigação de meio, pois há diversidades na resposta biológica, dependendo das características individuais e genéricas. (CONTI, 2012, p. 104, grifo nosso).

Ressalte-se que construções doutrinárias e jurisprudenciais como estas não devem ser desmerecidas por ter sido a lei silente. Pelo contrário, são válidas e úteis, pois, é através do amadurecimento teórico dos institutos, que o direito modula-se às

demandas sociais, sempre em mutação. No caso ora em estudo, não se pode, porém, abraçá-la, pois é decorrente da inércia da comunidade jurídica em enfrentar uma realidade que a lei já enfrentou: o direito não tem o condão de se sobrepor às leis da biologia. Em qualquer especialidade médica, afirmar que um cirurgião promete resultado não condiz com a realidade, pois médico algum pode garantir sucesso nos tratamentos executados. É dizer, não só a comunidade jurídica, mas os profissionais de saúde nem sempre podem atuar contra fatores essencialmente naturais.

3.5 A influência cultural no posicionamento dominante

Na ementa abaixo, o relator menciona sobre a existência de um exame excessivamente severo por parte do Judiciário, quando o objeto da demanda é a responsabilidade civil médica em procedimentos estéticos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA - ABDOMINOPLASTIA E MAMOPLASTIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DEMANDA AJUIZADA EM DESFAVOR DO PROFISSIONAL. ALEGADO INSUCESSO DO TRATAMENTO E DESCASO NO PÓS-OPERATÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. RECURSO DO RÉU. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO E DEISCÊNCIA DAS FERIDAS CIRÚRGICAS. CASUALIDADES INERENTES AO PROCEDIMENTO REALIZADO. AUSÊNCIA DE PROVAS QUE DEMONSTREM ERRO NA TÉCNICA CIRÚRGICA. INTERCORRÊNCIAS, VERIFICADAS NA PACIENTE, ADMITIDAS PELA PERÍCIA MÉDICA. TODAVIA, PROFISSIONAL MÉDICO QUE DEIXA DE FIRMAR TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO. AUSÊNCIA MÍNIMA DE INDICAÇÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE COMPLICAÇÕES CIRÚRGICAS E DA POSSIBILIDADE DE RESULTADO INSATISFATÓRIO NO PROCEDIMENTO, SOBRETUDO EM SE TRATANDO DE TRATAMENTO PURAMENTE ESTÉTICO - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. OFENSA AO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA (ARTS. 22 E 34). ÔNUS QUE COMPETIA AO PROFISSIONAL DA MEDICINA. ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. DEVER DE INDENIZAR. VALORAÇÃO DO DANO MORAL. MONTANTE QUE SE MOSTROU EXAGERADO. READEQUAÇÃO. ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E, EM PARTE, PROVIDO. - "A prática da cirurgia geral, bem como da cirurgia reconstrutiva ou reparadora, que atende a uma verdadeira necessidade médica, enquadra-se nesses deveres gerais referentes à obtenção do consentimento. Já na cirurgia estética - que atende sobretudo a critério de oportunidade, não de necessidade, deve-se observar rigorosa obrigação de prudência e de conselho. **O caráter puramente estético do ato, associado a um prejulgamento sempre desfavorável às cirurgias meramente embelezadoras - muitas vezes tachadas de mercantilistas -, conduz ao exame severo da má indicação cirúrgica ou das complicações posteriores.** O cirurgião deve esclarecer ao paciente que as conseqüências prejudiciais podem ser desproporcionais ao melhoramento estético buscado e, por isso, o médico tem obrigação de recusar-se a intervir" (Kfoury Neto, Miguel. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: Editora RT, 2002. ps. 309-

310 - Grifou-se). - "Se o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos (vícios inerentes), eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica" (Cavaliere Filho, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005). (SANTA CATARINA, 2017).

De fato, como demonstrado ao longo da presente pesquisa, não há razões de direito nem tampouco permissões de cunho médico-técnico, que justifiquem a diferença de tratamento apontada.

Vislumbra-se a hipótese de o fenômeno ter origem cultural: ainda que inconscientemente, a cirurgia plástica embelezadora é vista como um trabalho de somenos importância, fato que gera o sentimento de desprezo pelos profissionais que a ela se dedicam. Daí a imposição, somente a estes, do ônus da prova de seu zelo profissional, numa espécie de punição.

Abstraindo de conceitos puramente jurídicos, pode-se enxergar, na presunção de culpa do cirurgião plástico, a presunção, também, da sua incompetência e, indo um pouco mais longe, da sua má-fé. Por trás desta inversão predeterminada do ônus da prova, aplicada ao arrepio da lei apenas a esta especialidade médica, nota-se uma predisposição inconsciente à condenação.

O Código Consumerista – promulgado em 1990, faz expressa menção à responsabilidade civil subjetiva dos profissionais liberais e a jurisprudência não se curvou: manteve-se por anos condenando sem aferir a culpa do agente e, após mais de uma década, passa a admitir a relevância do elemento culpa na condenação civil, mas mantém a ‘obrigação de resultado’ nas fundamentações. E mais: impõe a aplicação de categoria intermediária de responsabilidade civil, sem qualquer previsão legal, para, de alguma forma, penalizar os cirurgiões plásticos, presumindo abstratamente a sua culpa. Diante desses fatos, resta notória a resistência do Judiciário em enfrentar a realidade que até mesmo a lei enfrentou.

E, para acirrar ainda mais o empenho punitivo contra os profissionais de saúde da estética, do outro lado das decisões estão os médicos que curam, sobre os quais paira carga cultural no sentido oposto, titulares de verdadeiro apreço da sociedade, pelas funções exercidas. Nesta dicotomia acreditamos residir a possível origem dos tratamentos jurídicos desiguais: os profissionais em questão são titulares de cargas culturais antagônicas.

Em França (2013), nota-se exemplo de discurso metajurídico, carregado de emoções. O autor, quando se refere aos procedimentos estéticos, adjetiva-os como “fora do âmbito da verdadeira medicina”, baseados em “interesses escusos de quem a procura e objetivos nem sempre confessáveis de quem a realiza”:

Cabe, portanto, repetir mais uma vez a diferença entre a cirurgia reparadora, lícita e necessária, de valor indiscutível e incluída ente os direitos profissionais do médico, e a cirurgia cosmetológica, fora do âmbito da verdadeira Medicina, e que tem por base interesses escusos de quem a procura, e objetivos nem sempre confessáveis de quem a realiza. Uma é de indiscutível valor humanitário; a outra está fora do âmbito da verdadeira Medicina. Não há razão para confundi-las, pois são dois conceitos distintos, duas maneiras diferentes de agir. (FRANÇA, 2013, p. 313).

Mais à frente, em França, é interessante notar que o autor concorda com o posicionamento da jurisprudência, mas acaba por confessar a intenção punitiva da alegada obrigação de resultado aplicável exclusivamente às cirurgias estéticas:

A obrigação do cirurgião plástico na ação reparadora ou reconstrutora é de meio porque o objeto do seu contrato é a própria assistência ao seu paciente, quando se compromete a empregar todos os recursos ao seu alcance, sem, no entanto, poder garantir sempre um sucesso. Só pode ser considerado culpado se ele procedeu sem os devidos cuidados, agindo com insensatez, descaso, impulsividade ou falta de observância às regras técnicas. Não poderá ser culpado se se chegar à conclusão de que todo empenho foi inútil em face da inexorabilidade do caso, quando ele agiu de acordo com a *lex artis*, ou seja, se os meios empregados eram de uso atual, isto é, sem contraindicações. **Punir-se em tais circunstâncias**, alegando obstinadamente uma obrigação de resultado, não seria apenas um absurdo: **seria uma injustiça**. (FRANÇA, 2013, p. 314-315, grifo nosso).

Barros Júnior, por sua vez, é taxativo no sentido de que a diferença de tratamento tem origem cultural:

Em síntese, todo jurista que se debruçar com profundidade sobre o tema, desde que previamente **se dispa de seus ‘pré-conceitos’** e do dominante senso comum, invariavelmente chegará às conclusões coincidentes com aquelas dos autores acima citados: toda área médica assistencialista enseja obrigações de meios e nunca de resultado. (BARROS JÚNIOR, 2011, p. 150, grifo nosso).

No mesmo sentido, Kfouri Neto:

A responsabilidade civil decorrente de cirurgia plástica estética – e sem imediata necessidade terapêutica – é, quase sempre, analisada de modo pouco favorável ao médico. Tanto assim que, em princípio, a jurisprudência francesa considerava culpável qualquer evento danoso advindo dessa modalidade de cirurgia,

sendo dispensável o reconhecimento de imperícia, imprudência ou negligência do cirurgião. Pretendia-se, desse modo, salvaguardar a vida e a saúde do paciente. **Simplesmente por realizar intervenção considerada desnecessária, o médico incorria no dever de reparação, quase a título de responsabilidade objetiva.** (KFOURI NETO, 2013, p. 200, grifo nosso).

E, mais à frente, Kfouri Neto esclarece:

A cirurgia estética nunca é urgente – e sua necessidade nem sempre é manifesta -, mas mesmo assim apresenta características comuns às demais cirurgias: as reações do organismo humano são imprevisíveis e consequências indesejadas podem sobrevir. O paciente não corre risco algum, no caso de livremente decidir a ela não se submeter, abstendo-se de expor a perigo sua vida, integridade física e saúde orgânica. Essa circunstância impõe um importante limite para o médico – sem se atingir o extremo do Tribunal de Sena (25.02.1929), onde se declarou que **o só fato de haver iniciado uma operação que comporta riscos de real gravidade sobre um órgão sadio, com o único propósito de corrigir a forma e sem finalidade curativa, constitui por si mesmo culpa apta a determinar a responsabilidade do cirurgião** – a quem não é dado descurar o dever de extrema cautela. (KFOURI NETO, 2013, p. 210, grifo nosso).

Venosa, em seu capítulo sobre Responsabilidade Médica e Odontológica, menciona sobre a responsabilidade do julgador, o qual deverá se adequar aos hábitos da sociedade. Segundo o autor, “Antigos ou novos temas, o que há de perene na ciência do Direito deverá ser sempre aplicado. Por isso se espera do juiz que seja homem de sua época, ciente do pulsar dos problemas sociais e dos avanços tecnológicos” (VENOSA, 2003, p. 310).

4 O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

4.1 Previsões legais, infralegais e panorama jurisprudencial

Convém, nesse momento, analisar outro aspecto da responsabilidade civil dos médicos: o paradoxo que se sobressai da exigência do Consentimento Informado - documento obrigatório, *versus* a obrigação de resultado.

O Consentimento Informado, ou, conforme denominação técnica e mais acertada - Consentimento Livre e Esclarecido, é o documento que viabiliza, ao paciente, o exercício de sua opção de escolha entre realizar ou não um procedimento cirúrgico, terapêutico ou estético, permitindo-lhe o exercício da sua autonomia.

Ninguém é obrigado a submeter-se a tratamentos médicos contra a sua vontade, nem mesmo diante do risco de morte. Neste sentido andaram o Código Civil e os Códigos de Ética Médica e Odontológica.

Segundo o artigo 15 do Código Civil, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (BRASIL, 2002). Embora a redação do dispositivo legal faça a ressalva “com risco de vida”, em maio de 2012, a V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal editou o enunciado n.º 403, para atribuir-lhe interpretação conforme a Constituição, nos seguintes termos:

O direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da CF, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão de tratamento ou da falta dele, desde que observado os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito à própria pessoa do declarante. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012).

A jurisprudência, então, passou a interpretar o artigo 15 da Lei Civil sem a ressalva contida em sua redação original: “nem mesmo” com risco de vida, alguém poderá ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Veja-se exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra

em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

O Código de Ética Médica, por sua vez, em seu artigo 31, assim dispõe a respeito: “É vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

Andou no mesmo sentido o Código de Ética Odontológica, em seu artigo 11, X: “constitui infração ética iniciar qualquer procedimento ou tratamento odontológico sem o consentimento prévio do ou do seu responsável legal, exceto em casos de urgência ou emergência” (CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA, 2012).

Entretanto, não se pode perder de vista o fato de que, somente quando é informado sobre os riscos do procedimento médico é que o paciente, efetivamente, terá condições para tomar a decisão sobre a ele submeter-se ou não. Sem informações, não há decisão a tomar. Neste sentido pontuam a respeito Sá e Naves: “no campo biológico, o poder de autodeterminação do paciente pode ser sintetizado na expressão ‘Consentimento Livre e Esclarecido’” (SÁ; NAVES, 2009, p. 82).

França (2012), ao lecionar sobre a importância do Consentimento Livre e Esclarecido, utiliza-se da expressão “soberania do paciente”:

Na esteira deste pensamento [o autor falava dos direitos sociais], o chamado “Consentimento Livre e Esclarecido” não deve ficar apenas entendido como mais uma regra na atividade profissional do médico, mas também no respeito à vontade do paciente onde o direito à saúde é um direito fundamental de cada ser humano. Esta é a maneira de garantir a cada indivíduo sua própria soberania. (FRANÇA, 2012, p. 414).

Policastro, por sua vez, com ênfase à autonomia privada:

O propósito da lei foi este: munido das informações, o enfermo poderá avaliar o resultado esperado com o tratamento e exercer livremente a vontade para dar ou recusar o consentimento. É o que se chama de Consentimento Informado ou consentimento esclarecido, consubstanciado no documento Termo de Consentimento Livre e Esclarecido assinado pelo paciente. (POLICASTRO, 2013, p. 78-79).

O Código de Ética Médica impõe aos médicos o dever de informar:

Art. 22. É vedado ao médico, deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

[...]

Art. 34. É vedado ao médico: deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, fazer comunicação a seu representante legal. (CONSELHO FEDEARL DE MEDICINA, 2009).

No mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem. (BRASIL, 1990).

Trata-se, enfim, de viabilizar, ao paciente, o exercício da sua autonomia privada. O profissional de saúde de qualquer especialidade tem por obrigação, legal e ética, colher o Consentimento Informado dos seus pacientes, antes da realização de qualquer tratamento ou ato cirúrgico, com a informação de todos os riscos passíveis de ocorrer, sejam eles estéticos ou não.

A jurisprudência predominante atribui considerável valor ao Consentimento Livre e Esclarecido nas demandas de responsabilidade civil médica, sendo comum encontrar decisões judiciais nas quais o fator determinante para o deslinde da causa foi a presença ou ausência do Consentimento Informado. Veja-se um exemplo:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. FALTA DE CONSENTIMENTO INFORMADO. SENTENÇA MANTIDA. I - De acordo com o disposto no art. 37, § 6º, da CF, o Estado responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem. II - Em que pese o fato de a autora ter desistido da produção da prova pericial, a prova testemunhal e os demais documentos carreados aos autos demonstram que houve a necessidade de realização de uma segunda cirurgia decorrente de complicações advindas da primeira realizada. III - O Estado não se desincumbiu do ônus de demonstrar que a perda da visão decorreu de particularidades da paciente e que ela foi previamente cientificada acerca dos riscos inerentes ao procedimento. Falta

de Consentimento Informado. Nexo causal demonstrado. IV - Recurso da UFMG e remessa oficial tida por interposta a que se nega provimento. Sentença mantida. (BRASIL, 15462 MG 2002.38.00.015462-1, 2013).

O tema tem sido de tal maneira relevante aos olhos do Judiciário, que podem ser encontradas decisões nas quais o médico foi condenado ao pagamento de danos morais, mesmo com perícia técnica conclusiva a seu favor, pelo fato de não ter sido colhido o Consentimento Informado do paciente. Afirmam alguns magistrados que esta omissão, por si só, teria inviabilizado, ao paciente, a oportunidade de obter informações sobre a cirurgia realizada e, conseqüentemente, deliberado sobre a conveniência de submeter-se ou não ao procedimento indicado. Veja exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. VASECTOMIA. AUSÊNCIA DE CULPA. TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO. RISCOS DE RECANALIZAÇÃO ESPONTÂNEA. NECESSIDADE DE EXAMES. AUSÊNCIA DE PROVA. DEVER DO MÉDICO. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR RAZOÁVEL. 1. **Ainda que reconhecida a ausência de culpa do médico no ato da cirurgia de vasectomia, responde pelo dano moral em decorrência da falta de informações claras e precisas sobre os riscos de recanalização espontânea e dos exames de acompanhamento.** [...]. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (PARANÁ, 2011, grifo nosso).

Abaixo, observe-se que toda a ementa do acórdão versou sobre o Consentimento Informado, numa demonstração de que, como dito, aludido documento foi o fator determinante para a condenação da obstetra:

CIRURGIA DE LAQUEADURA TUBÁRIA. INSUCESSO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO. NÃO OBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DEVIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO À UNANIMIDADE. 1. De fato, o Consentimento Informado, conhecido como direito à informação na relação médico-paciente, está regulamentado na Resolução nº 1081/82, do Conselho Federal de Medicina, a qual consagra que cabe ao médico o dever de comunicar ao paciente o risco específico de todo e qualquer procedimento médico-cirúrgico. 2. Ora, quando a paciente/agravada disse à médica recorrente, antes do procedimento da laqueadura, que o formulário de consentimento já estava assinado, mas havia esquecido em casa; porém que não se preocupasse, porque traria posteriormente (fl. 07), não poderia a médica recorrente ter realizada a cirurgia sem a apresentação do referido formulário, tendo, por dever ético-jurídico, ter se negado a realizar o ato cirúrgico sem apresentação desse documento. É extremamente relevante, no ponto, destacar que não se tratava de procedimento emergencial, em que se dispensa esse consentimento, ou seja, inexistia iminente perigo de vida. 3. É cediço que o dever de informar à paciente a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes decorre de lei (art. 10 § 1º, da Lei nº 9.263/1996).

Apesar disso, a recorrente responsável pelo procedimento sustentou que a recorrida teve acesso a tais informações, todavia sequer trouxe aos autos cópia dos prontuários médicos dela ou do termo de Consentimento Informado que aduz haver sido por ela firmado. 4. Recurso conhecido e improvido à unanimidade. (PARÁ, 2013).

Trazendo esta realidade ao objeto do presente trabalho, observa-se que, atualmente, salvo em casos de grave e notório resultado inestético ou à saúde do autor, a presença do Consentimento Informado nos autos também é decisiva nas cirurgias com fins estéticos:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. CIRURGIA PLÁSTICA. INTERVENÇÃO ESTÉTICA (LIPOESCULTURA E ABDOMINOPLASTIA). OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. ACENTUAÇÃO DE IMPERFEIÇÃO FÍSICA. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO INFORMADO. CULPA PRESUMIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. CARACTERIZAÇÃO DO DANO ESTÉTICO. DANO MATERIAL PARCIALMENTE ACOLHIDO. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 20, § 3º E ARTIGO 21, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O objetivo da cirurgia plástica estética é a correção da beleza plástica. Dessa feita, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias, o entendimento prevalente é o de que a obrigação do profissional médico que realiza cirurgia plástica é de resultado, e não apenas de meio. 2. Nesse contexto, em se tratando de cirurgia plástica estética, o resultado do procedimento cirúrgico pode ser frustrante tanto para o médico quanto para o paciente, caso este mostre descontentamento com o resultado da cirurgia. O paciente, quando procura realizar uma cirurgia plástica, traz consigo uma expectativa, pelo que cabe então ao médico-cirurgião utilizar-se da melhor técnica terapêutica, empregando-a com segurança e, além de obter o Consentimento Informado do paciente, informá-lo sobre todos os riscos possíveis decorrentes do ato, tanto no pré quanto no pós-operatório (CDC, art. 6º, inc. III; e CC, art. 15), pelo que, não sendo possível atingir a expectativa do paciente, não deve submetê-lo então ao ato cirúrgico, sob pena de vir a ser responsabilizado pelo dano que possa advir de tal ato. 3. No caso dos autos, em face da transgressão do dever de informação, cuja principal finalidade é subsidiar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar ou não seu consentimento, não vejo como possa afastar a responsabilidade do médico no caso em tela, pelo resultado inesperado, cuja culpa é presumida, que não restou afastada pela ocorrência de qualquer excludente de responsabilidade (caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da paciente). Sendo assim, fazendo-se presentes os pressupostos caracterizados da necessidade de reparação, o estabelecimento hospitalar responde solidariamente por danos eventualmente causados por profissional pertencente ao seu corpo clínico, sendo a culpa, no caso, objetiva, conforme artigo 14 do CDC e pelas disposições dos art. 186, 187, 927 e 932, III, e 951, todos do CC. 4. Configurada a culpa do médico responsável pelo procedimento cirúrgico em relação ao resultado inesperado, não há como afastar-se a obrigação da parte ré em arcar com as despesas para a realização de novo procedimento cirúrgico com vistas a corrigir as imperfeições experimentadas pela parte autora, inclusive os custos de internação, anestesia e outros procedimentos necessários à realização do ato cirúrgico, bem como ao pagamento de indenização por dano moral e estético. 5. Com relação ao quantum indenizatório, ante a ausência de parâmetro legal

e devido a repulsa à tarificação dos prejuízos morais e estéticos, este se sujeita à avaliação judicial, que deve ser fixado segundo o prudente arbítrio do magistrado, pautado pela proporcionalidade e razoabilidade, considerando-se ainda, além da necessidade de reparação dos danos sofridos, as circunstâncias do caso concreto, a gravidade do prejuízo, as condições econômicas da partes, o grau de responsabilidade do ofensor, e o efeito pedagógico da medida, de forma a prevenir comportamento futuros análogos. Além do mais, o valor a ser fixando não pode representar fonte de vantagem indevida, porém não pode ser ínfimo, a ponto de incentivar comportamentos ilícitos. 6. Considerando que a parte apelante obteve sucesso na maioria dos seus pedidos e ante a sua sucumbência mínima, a teor do art. 21, parágrafo único, do CPC, condeno a parte ré ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios no importe de 10%, em consonância com os parâmetros do art. 19, § 3º do CPC. 7. Recurso conhecido e parcialmente provido. (DISTRITO FEDERAL, 2014).

De fato, uma vez colhido o Consentimento Informado do paciente, não se pode conceber que o médico prometera resultado satisfatório, como tem sido afirmado em algumas decisões. Pelo contrário, avisou expressamente que eventos previsíveis, mas nem sempre evitáveis, poderiam acontecer. No máximo, o profissional externou uma boa probabilidade de sucesso, amparado em estatísticas constante da literatura médica ou na sua experiência profissional. Neste sentido, Dantas:

Não se pode ignorar que o paciente tem consciência dos riscos envolvidos em qualquer procedimento. Eximi-lo desta responsabilidade em favor de uma falsa responsabilidade objetiva do médico (não prevista na legislação, diga-se) é absolutamente contraproducente. O consentimento, a conduta e o comportamento do paciente são – mais que atenuantes, excludentes de responsabilidade. (DANTAS, 2009, p. 150).

Roberto (2012) vai ainda mais longe: entende ser inconveniente a caracterização das obrigações dos médicos em ‘de meio’ e ‘de resultado’, devendo ser tuteladas pela estrita manifestação da vontade das partes, através do Consentimento Informado, em nome do princípio da autonomia privada:

Em função desta situação [a autora referia-se ao famoso exemplo de uma empresa transportadora com verdadeira obrigação de resultado] e da própria caracterização da autonomia privada, é que se defende, neste trabalho, um não enquadramento de situações em obrigações de meio e resultado, mas sim a concretude da manifestação da vontade das partes. (ROBERTO, 2012, p. 207).

Borges comenta sobre o resultado esperável de uma cirurgia plástica e autodeterminação do paciente através do Consentimento Livre e Esclarecido:

Na cirurgia plástica, a informação deve ser divulgada de forma completa,

forneendo ao paciente-leigo os esclarecimentos necessários para se autodeterminar sobre o ato cirúrgico proposto. Como dito, as informações que devem ser prestadas pelos cirurgiões plásticos consistem nos riscos e benefícios da (s) cirurgia (s), os resultados que “podem” ser obtidos, mas sempre, e impreterivelmente, **com o aviso sobre a possibilidade destes não serem conseguidos ao final**. O pondo nodal será o que foi informado ao paciente quanto ao resultado por ele esperável. Se o paciente foi somente informado de resultados positivos, sem ser advertido de qualquer efeito ou risco negativo, estar-se-á diante de uma violação do dever de informar que, se causarem danos, respaldará uma responsabilização civil médica em razão da negligência. (BORGES, 2014, p. 186-187, grifo nosso).

Não se pode olvidar, contudo, que, em havendo culpa do médico no evento danoso, ou em não havendo prova de que informou os riscos ao paciente, deverá o profissional arcar com a indenização, pois paciente algum opta por responsabilizar-se pela falta de zelo do médico.

Ao que parece, o que salva de maiores enganos as decisões sobre o tema, é o fato já mencionado de que, na última década, a expressão ‘obrigação de resultado’ é utilizada apenas nas suas fundamentações, como forma de justificar a predeterminada inversão do ônus probatório exclusivamente contra os cirurgiões plásticos. Em detida análise do resultado dos julgados, conclui-se que as obrigações desses profissionais são de meios. Se assim não fosse, não se poderia vislumbrar a possibilidade de afastar a responsabilidade civil em decorrência da presença do Consentimento Informado nos autos, ou da prova de ausência de culpa do médico no evento danoso. Difícil é entender uma obrigação de resultado que não obriga ao resultado.

Entretanto, ainda há caminhos a percorrer sobre o tema tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois, além do aludido paradoxo existente entre o conteúdo das fundamentações e o que efetivamente se decide, há ilegalidade e inconstitucionalidade na inversão predeterminada do ônus da prova, principalmente quando o critério é aplicável exclusivamente a uma especialidade médica, sem justificativa das ciências naturais que o ampare.

4.2 O discernimento do paciente para consentir

Por fim, questão relevante a ser aventada é o discernimento do paciente para a interpretação do Consentimento Informado e a consequente tomada de decisão sobre submeter-se ou não à cirurgia indicada.

O discernimento e a capacidade têm sido assuntos aventados com frequência na literatura jurídica e, notadamente na bioética. Ao que parece, o avanço da medicina psiquiátrica das últimas décadas e a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o qual trouxe relevantes alterações sobre o regime das incapacidades, fez com que os paradigmas precisassem ser revistos. Neste contexto, Sá e Moureira levantam questionamentos, após discorrer sobre a terminologia constante dos artigos 3º e 4º do Código Civil:

Ora, o que é não ter o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil? Qual a circunstância de uma transitoriedade que impede a expressão plena da vontade? Há algum pressuposto imaculado, neste caso? Há limite para redução de discernimento? Até que ponto isso pode ser verificável? Há como mensurar a completude ou incompletude de um desenvolvimento mental? (SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 102).

Roberto, em obra destinada exclusivamente ao tema, tece considerações a respeito da capacidade para consentir um tratamento médico:

Considerando que os bens jurídicos tutelados no tratamento de saúde estão diretamente relacionados aos direitos da personalidade, a autodeterminação do paciente é diferente da simples capacidade negocial, principalmente quando for o caso de suprimimento de capacidade (assistência e representação).

A capacidade para consentir ora tratada tem um âmbito muito mais amplo do que a capacidade negocial, pois compreende não apenas a capacidade do agente pertinente aos bens patrimoniais (celebrar negócios jurídicos), mas também uma capacidade intelectual, que envolve emoção e valores pessoais. (ROBERTO, 2012, p. 104).

Lado outro, por definição, o Consentimento Informado é uma manifestação de vontade, fato que exige, para sua validade, não só a capacidade do agente, mas a ausência de vícios de consentimento, de forma de garantir que não haja fatores que interfiram na tomada de decisão do agente.

A esse respeito, o artigo 152 do Código Civil menciona a saúde do agente como fator apto a configurar vício da coação: “no apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela” (BRASIL, 2002).

Importante observar que, no aludido dispositivo, a Lei Civil não se referiu à saúde exclusivamente mental, pois inexistente esta delimitação na sua redação. Nessa toada, resta saber com qual grau de discernimento ou, mais precisamente, em quais condições de saúde, cada paciente estará apto a consentir com o tratamento médico

indicado. Afastadas as hipóteses de urgência médica, estando um paciente doente com cirurgia eletiva a ser realizada, como aferir seu grau de discernimento para consentir?

É saber: o paciente com indicação médica para a realização de uma cirurgia de hérnia de disco - patologia conhecida pelas dores que acarreta, está sob os efeitos da coação, a ponto de poder ser questionada a validade do seu Consentimento Informado?

Lado outro, as pressões exercidas por uma patologia não estarão presentes quando um paciente decide por uma mamoplastia ou lipoaspiração. Afinal, não estando doente, não há falar em vício do consentimento decorrente da saúde debilitada. Sendo assim, nestas condições, acredita-se serem maiores as chances de este documento ser efetivamente lido, levado em consideração e apto a gerar as ponderações a que se presta.

5 CONCLUSÃO

Dantas (2009) cita passagem do voto do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Carlos Alberto Menezes Direito, proferido no ano de 1999 nos autos do Recurso Especial n.º 81101/PR, no qual deliberava-se sobre iatrogenia e responsabilidade civil em cirurgia plástica estética (BRASIL, 1999). Embora voto vencido, vale a pena observar o posicionamento do magistrado, consoante com o que foi dito ao longo desta pesquisa:

Finalmente, nesse patamar, é bom não esquecer que não se pode presumir, como parece vem sendo admitido pela jurisprudência, que o cirurgião plástico tenha prometido maravilhas ou não tenha prestado as informações devidas ao paciente, configurando o contrato de resultado certo e determinado. A só afirmação do paciente em uma inicial de ação indenizatória não é suficiente para acarretar a presunção de culpa do médico, invertendo-se o ônus da prova, como no presente caso. O paciente deve provar que tal ocorreu, que não recebeu informações competentes e amplas sobre a cirurgia.

Não bastasse tal fundamentação para afastar a cirurgia estética do campo das obrigações de resultado, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) estipulou expressamente, no art. 14, §4º, *verbis*: 'A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa.'

Ora, tal regra não separa o ato cirúrgico em obrigação de meio ou de resultado, não destaca a cirurgia estética, nem tampouco, explicita que destina-se a incidir sobre a responsabilidade aquiliana, não sobre a responsabilidade contratual. Com todo respeito, a interpretação que situa a questão neste ângulo não tem lastro na lei, repetindo, apenas, a jurisprudência anterior ao Código que enxergava a dicotomia. E não poderia fazê-lo, sob pena de grave disparidade na própria lei que impõe ser a responsabilidade pessoal do profissional liberal apurada mediante a verificação de culpa.

A jurisprudência, todavia, insiste em dispensar à cirurgia estética tratamento draconiano: ou se atinge o resultado 'embelezamento' ou responde o médico pela frustração – mesmo que o cliente não melhore nem piore sua aparência inicial. (DANTAS, 2009, p. 146-147).

Conclui-se a presente dissertação de mestrado pela inconstitucionalidade e ilegalidade do posicionamento jurisprudencial prevalente sobre a responsabilidade civil profissional dos cirurgiões plásticos, quando em procedimentos estéticos.

A inconstitucionalidade se faz presente na quebra de isonomia, uma vez serem dispensados diferentes regimes jurídicos de responsabilização civil a profissionais sujeitos aos mesmos riscos no exercício do seu labor.

Como demonstrado, é pacífico na comunidade médica a possibilidade de resultados infelizes em qualquer tipo de cirurgia, mesmo tendo o profissional agido em conformidade com os protocolos consagrados na medicina na execução da técnica

cirúrgica. Diante disso, não se vislumbra razoabilidade de, em processos judiciais, presumir-se a culpa do cirurgião plástico estético e, ao mesmo tempo, presumir a não culpa dos cirurgiões empenhados em procedimentos terapêuticos. Se a própria medicina inadmite a distinção, quando o Judiciário inverte o ônus probatório apenas e tão somente contra cirurgiões plásticos, mantendo a regra ordinária de distribuição do ônus da prova em procedimentos terapêuticos, conclui-se pela afronta ao princípio da isonomia.

Salienta-se que a inconstitucionalidade ora apontada não reside no tratamento dispensado ao cirurgião plástico estético, mas na diferença de regime jurídico dispensado a médicos e dentistas sujeitos aos mesmos riscos profissionais. É dizer, ou aplica-se a teoria da culpa presumida a todos os profissionais de saúde - hipótese na qual estar-se-ia diante apenas de ilegalidade, ou a nenhum.

A ilegalidade, por sua vez, reside na taxatividade com que a Lei Consumerista tutela a responsabilidade civil dos profissionais liberais - pessoal e subjetiva, sem que haja ressalva ou exceção a respeito, em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Assim sendo, não se sustenta a regra de instrução que inverte a distribuição do ônus probatório, presumindo abstratamente a culpa do profissional liberal por eventual evento danoso.

Observe-se, contudo, que não se aponta ilegalidade na inversão do ônus da prova propriamente dita, uma vez haver expressa previsão legal para a possibilidade de ser determinada em concreto pelo magistrado, ou seja, na casuística. O que se apresenta carente de amparo legal é a inversão do ônus da prova em abstrato, de forma predeterminada.

Ao que parece, a origem da diferença de tratamento apontada ao longo do trabalho se deve a elementos metajurídicos de natureza cultural e sentimentais, aptos a acarretar uma inércia nos operadores do direito, os quais acabam por repetir um discurso pronto há décadas, mas defasado, sem discutir sua validade jurídica.

A esse respeito, Martins-Costa, citado por Bernardes, destaca:

Uma jurisprudência sentimental, divorciada da dogmática, e uma doutrina que substitui a produção dogmática por palavras de ordem, ainda que embaladas por bons propósitos, desservem ao Direito, pois dissolvem o sistema. (MARTINS-COSTA apud BERNARDES, 2015).

Não por outra razão, na França, país onde se iniciou a adoção da Teoria da

Culpa Presumida contra cirurgiões plásticos, já cedeu à realidade: aplica-se a qualquer profissional de saúde, seja ele empenhado na finalidade estética ou terapêutica, a obrigação de meios, sem distinção (BORGES, 2014).

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico**: abordagem constitucional da responsabilidade médica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BERNARDES, Amanda. Cirurgia Plástica e estética e a obrigação de meio: necessidade de revisão de posicionamento. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36636/cirurgia-plastica-e-estetica-e-a-obrigacao-de-meio-necessidade-de-revisao-de-posicionamento>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

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

BRASIL ocupa 2ª posição em número de cirurgias plásticas estéticas no mundo.

Revista Veja, São Paulo, 24 jan. 2013. Disponível em:

<<https://veja.abril.com.br/saude/brasil-ocupa-2a-posicao-em-numero-de-cirurgias-plasticas-esteticas-no-mundo/>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Diário Oficial da União, Brasília, 17 Jan. 1973. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.

Diário Oficial da União, Brasília, 17 Mar. 2015a. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º 5.081, de 24 de agosto de 1966. Regula o exercício da odontologia.

Diário Oficial da União, Brasília, 26 Ago. 1966. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5081.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo 1269116/RJ.

Relator: Castro Meira – Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 Abr. 2010a. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9108803/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1269116-rj-2010-0009507-4?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1468756/DF. Relator: Moura Ribeiro - Terceira Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 Maio 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178710339/recurso-especial-resp-1468756-df-2014-0173852-5?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 377201/RJ. Relator: João Otávio de Noronha – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 Abr. 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25046828/agravo-regimental-no-agravo>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 613850/SP. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 Jun. 2015b. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/235903901/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-613850-sp-2014-0288343-3>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1180815/MG. Relatora: Nancy Andrighi - Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 Ago. 2010b. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15932146/recurso-especial-resp-1180815-mg-2010-0025531-0/inteiro-teor-16827834>>. Acesso em: 6 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 81101/PR. Relator: Waldemar Zveiter - Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 Abr. 1999. 140LEXSTJ vol. 123 p. 155RSTJ vol. 119 p. 290. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8395623/recurso-especial-resp-81101-pr-1995-0063170-9/relatorio-e-voto-102644935?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 10536/RJ. Relator: Dias Trindade – Terceira Turma. **Diário da Justiça**, Brasília, 21 Jun. 1991. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/593239/recurso-especial-resp-10536>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1228224/RS. Relator: Herman Benjamin – Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 3 Maio 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19090455/recurso-especial-resp-1228224-rs-2011-0002004-0>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1395254/SC. Relatora: Nancy Andrighi – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 Out. 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24712655/recurso-especial-resp-1395254-sc-2013-0132242-9-stj>>. Acesso em: 5 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 985888/SP. Relator: Luis Felipe Salomão - Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 Fev. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399757/recurso>>.

especial-resp-985888-sp-2007-0088776-1-stj?ref=juris-tabs>. Acesso em: 5 maio 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COLTRI, Marcos Vinícius. **Cirurgia Plástica: Responsabilidade Subjetiva**. 2013. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/2013/08/06/cirurgia-plastica-responsabilidade-subjetiva/>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

COLTRI, Marcos Vinícius; DANTAS, Eduardo. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil**. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/207>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.621/2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 Jun. 2001. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 11 nov. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção I, p. 90, 24 Set. 2009. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. Código de Ética Odontológica. Resolução CFO-118/2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, n. 114, Seção I, p. 118, 14 Jun. 2012. Disponível em: <<http://cromg.org.br/arquivos/novocodigo.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Direito Odontológico**. Niterói: Comunitá, 2012.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de Direito Médico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Processo – APC 20090111699110. Relator: Angelo Canducci Passareli – Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 Ago. 2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/227759898/apelacao-civel-apc-20090111699110>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Processo – APC 20110110027039. Relator: Silva Lemos – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 3

Dez. 2014. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158271429/apelacao-civel-apc-20110110027039-df-0001102-0520118070001?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FIÚZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica**: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2004.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **A Responsabilidade Médico-Hospitalar e o Código do Consumidor**. Repensando o Direito do Consumidor. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005.

GOMES, Paulo. Erro médico provoca sequelas e disparada de processos na Justiça. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 Ago. 2016. Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/08/1802579-erro-medico-provoca-sequelas-e-disparada-de-processos-na-justica.shtml>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LÔBO, Paulo. Responsabilidade civil do advogado. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/663>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. **O dano estético**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENEZES, Jorge Antônio. **Litígio Judicial entre Paciente e Cirurgião Plástico**. 2017. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de São Paulo, Programa de Pós Graduação em Ciência, Tecnologia e Gestão Aplicadas à Regeneração Tecidual, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://dcir.sites.unifesp.br/mp/images/imagens/teses/2017_04_MP_JORGE_ANTONIO_MENEZES.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo AC 1.0024.03.152958-9/001. Relatora: Evangelina Castilho Duarte - Décima Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 25 Abr. 2006a. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/4540>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo AC 10024100638816001. Relatora: Juliana Campos Horta - Décima Segunda Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 30 Jan. 2017a. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423826209/apelacao-civel-ac-10024100638816001-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo AC 1.0521.04.035023-8/001. Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira - Décima Sétima Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 22 Ago. 2017b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/490305044/andamento-do-processo-n-0350238-6320048130521-21-08-2017-do-tjmg?ref=topic_feed>. Acesso em: 5 nov. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo 1.0027.05.064845-3/001(1). Relator: Guilherme Luciano Baeta Nunes – Décima Quinta Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 1 Ago. 2006b. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5886932/100270506484530011-mg-1002705064845-3-001-1>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo AC 1.0702.11.040912-6/001. Relator: Ramom Tácio – Décima Sexta Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 22 Nov. 2017c. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10702110409126001>. Acesso em: 5 dez. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo AC 200000033358170001. Relator: Wander Marotta – Terceira Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 20 Jun. 2001. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5759342/200000033358170001-mg-2000000333581-7-000-1>>. Acesso em: 29 maio 2017.

MOTA, Aline Veras Leite. **Análise do discurso da jurisprudência do STJ nas ações de indenização por erro médico**: impacto no sistema de saúde. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, Programa de Mestrado Profissional em Gestão das Organizações de Saúde, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/17/17157/tde-14102015-230345/pt-br.php>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

PAIVA, Rita Azevedo de et al. Tromboemlismo venoso em Cirurgia Plástica: protocolo de prevenção na Clínica Ivo Pitanguy. **Revista Brasileira Cirurgia Plástica**, Rio de Janeiro, p. 583-588, 2010. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/wp-content/uploads/2017/12/seguranca_Tromboembolismo.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2017.

PARÁ. Tribunal de Justiça. Processo AI 201230166030. Relator: Claudio Augusto Montalvao das Neves – Segunda Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belém, 26 Mar. 2013. Disponível em: <<https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164727247/agravo-de-instrumento-ai-201230166030-pa?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Processo AC 7489096 PR 0748909-6. Relator: Nilson Mizuta – Décima Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Curitiba, 16 Jun. 2011. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19971968/apelacao-civel-ac-7489096-pr-0748909-6>>. Acesso em: 29 maio 2017.

POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

PONTELLI, et al. Profilaxia tromboembólica farmacológica e por compressão pneumática intermitente em 563 casos consecutivos de abdominoplastia. **Revista Brasileira Cirurgia Plástica**, Rio de Janeiro, p. 77-86, 2012. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/wp-content/uploads/2017/12/seguranca_profilaxia.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2017.

RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meios e de resultado**: análise crítica. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo APL 00022658319948190000. Relator: Lindberg Monteiro - Segunda Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Rio de Janeiro, 12 Set. 1994. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/429187255/apelacao-apl-22658319948190000-rio-de-janeiro-capital-31-vara-civel?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo AC 70058158718. Relator: Eugênio Facchini Neto – Nona Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Porto Alegre, 28 Mar. 2014a. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114693927/apelacao-civel-ac-70058158718-rs/inteiro-teor-114693937?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo AC 70060013646. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana – Décima Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Porto Alegre, 05 Set. 2014b. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137882577/apelacao-civel-ac-70060013646-rs>>. Acesso em: 16 maio 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo AC 70045455490. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana – Décima Câmara Civil. **Diário de Justiça Eletrônico**, Porto Alegre, 17 Dez. 2012. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112437056/apelacao-civel-ac-70045455490-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 maio 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo AC 70054988266. Relator: Irineu Mariani – Primeira Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Porto Alegre, 27 Nov. 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo AC 591055017. Relator: Tupinambá Miguel Castro do Nascimento – Primeira Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Porto Alegre, 05 Maio 1992. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=591055017&num_processo=591055017&codEmenta=263433&templntTeor=false>. Acesso em: 20 jun. 2017.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde e Consentimento Informado**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SA, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna, **A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Processo AC 227124 SC 2002.022712-4. Relator: Dionizio Jenczak – Primeira Câmara de Direito Civil. **Diário de Justiça Eletrônico**, Florianópolis, 17 Ago. 2004. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5268186/apelacao-civel-ac-227124-sc-2002022712-4>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Processo AC 95683 SC 2003.009568-3. Relator: Joel Dias Figueira Junior - Primeira Câmara de Direito Civil. **Diário de Justiça Eletrônico**, Florianópolis, 14 Nov. 2016. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5638563/apelacao-civel-ac-95683-sc-2003009568-3>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Processo: AC 0000708-06.2011.8.24.0007. Relator: Rubens Schulz – Segunda Câmara de Direito Civil. **Diário de Justiça Eletrônico**, Florianópolis, 27 Jul. 2017. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485233126/apelacao-civel-ac-7080620118240007-biguacu-0000708-0620118240007?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo CR 3903954700. Relator: Edmundo Lellis Filho - Sétima Câmara de Direito Privado. **Diário de Justiça Eletrônico**, São

Paulo, 15 Jan. 2009. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2690065/apelacao-com-revisao-cr-3903954700-sp/inteiro-teor-101051268?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIANA, Thiago Henrique Fedri. **Erro médico**. Campinas: Millennium, 2012.