

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A CIRURGIA PLÁSTICA

RENATA MOTA VIEIRA GUERREIRO

RIO DE JANEIRO  
2008

RENATA MOTA VIEIRA GUERREIRO

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A CIRURGIA PLÁSTICA

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio de Janeiro,  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Lorenzo Martins Pompílio da Hora

RIO DE JANEIRO

2008

Guerreiro, Renata Mota Vieira  
A responsabilidade civil médica e a cirurgia plástica / Renata Mota Vieira  
Guerreiro. – 2008.  
67 f.

Orientador: Lorenzo Martins Pompílio da Hora  
Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro,  
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.  
Bibliografia: f. 67

1. Responsabilidade civil médica – Monografias. 2. Cirurgia Plástica –  
Monografias. I. Hora, Lorenzo Pompílio da. II. Universidade Federal do Rio de  
Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.151

RENATA MOTA VIEIRA GUERREIRO

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A CIRURGIA PLÁSTICA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2008.

Banca Examinadora:

---

Lorenzo Martins Pompílio da Hora – Presidente da Banca Examinadora  
Prof. Mestre da Universidade Federal do Rio de Janeiro - Orientador

---

Nome completo do 2º Examinador  
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

---

Nome completo do 3º Examinador  
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

A meu pai, José Alberto Guerreiro, por ter sido meu grande modelo como pessoa, acadêmico e profissional, à minha mãe, Ilizenda Guerreiro, pelos eternos carinhos e cuidados, à minha irmã, Marina Guerreiro, pela compreensão e pelas noites mal dormidas no intuito de me ajudar a concluir este trabalho, a meu namorado, Felipe Corrêa, por ter permanecido ao meu lado a todo momento durante estes cinco anos de estudo e aprendizado e a todos meus amigos e familiares por fazerem de mim uma pessoa feliz.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Prof. Lorenzo Martins Pompílio da Hora, pelos apontamentos e compreensão dispensados.

A meu querido chefe, Dr. Paulo Roberto Figueira Antonini, por ter despertado em mim a curiosidade pela responsabilidade civil médica e muito ter me ensinado ao longo de quase dois anos de estágio no Escritório do Professor Caio Mário da Silva Pereira.

A meu pai, por se ter feito tão presente em minha vida acadêmica desde minha infância e a quem credito minha chegada a este tão importante marco em minha vida.

Agradeço ainda aos professores desta casa, que possibilitaram minha caminhada a este grande momento, aos quais serei eternamente grata.

## RESUMO

GUERREIRO, R. M. V. *A responsabilidade civil médica e a cirurgia plástica*. 2008. 67 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se questões relevantes envolvendo a responsabilidade civil médica e, em especial, a responsabilidade do cirurgião plástico. Para melhor compreensão do tema a primeira parte do trabalho volta-se para a análise da evolução da atividade médica ao longo da história até chegar ao panorama atual da medicina. Na segunda parte são abordados aspectos gerais da responsabilidade civil médica, dentre os quais: a natureza da responsabilidade e da obrigação assumidas pelo médico, obrigações implícitas no contrato médico, a diferenciação entre erro médico e erro profissional e a questão da iatrogenia. A terceira parte dedica-se a análise específica da responsabilidade civil do cirurgião plástico em suas duas subespecialidades, a cirurgia reparadora e a cirurgia estética, desde seu surgimento dentro da ciência médica, passando pela discussão doutrinária acerca da classificação das cirurgias cosmetológicas como obrigação de meio ou de resultado, até as consequências da inversão do ônus probatório na responsabilização do cirurgião plástico.

Palavras-Chave: responsabilidade civil, médico, cirurgia plástica, obrigação de meio, obrigação de resultado, ônus da prova.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	07
<b>2 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA</b>	10
<b>2.1 Histórico</b>	10
2.1.1 <u>Principais civilizações da história</u>	10
2.1.2 <u>Panorama atual</u>	15
<b>2.2 Requisitos para o exercício da medicina</b>	18
<b>3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – ASPECTOS GERAIS</b>	20
<b>3.1 Natureza da responsabilidade civil médica</b>	20
<b>3.2 Natureza da obrigação assumida pelo médico</b>	24
<b>3.3 Obrigações implícitas no contrato médico</b>	28
3.3.1 <u>Dever de informação ou conselho</u>	29
3.3.2 <u>Dever de cuidado</u>	31
3.3.3 <u>Dever de obtenção de consentimento esclarecido</u>	32
3.3.4 <u>Dever de abstenção de abuso ou desvio de poder</u>	34
3.3.5 <u>Dever de sigilo</u>	36
<b>3.4 Erro médico x Erro profissional</b>	36
<b>3.5 Iatrogenia</b>	40
<b>4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO</b>	42
<b>4.1 Surgimento e evolução da cirurgia plástica</b>	42
<b>4.2 Cirurgia plástica estética e cirurgia plástica reparadora</b>	47
<b>4.3 Obrigações de meio e de resultado e suas conseqüências em relação ao <i>onus probandi</i></b>	51
<b>5 CONCLUSÃO</b>	64
REFERÊNCIAS	67

## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil adquiriu ao longo do tempo, diante dos avanços da civilização e da ciência, indiscutível importância no Direito brasileiro e alienígena, “sem se falar no enriquecimento que lhe trouxe a edição do Código de proteção e defesa do Consumidor, que regula todas as relações de consumo em seus aspectos múltiplos”<sup>1</sup>.

O professor Sérgio Cavalieri Filho, ao tratar sobre o tema da evolução e ampliação da responsabilidade civil, expõe com brilhantismo o seguinte ensinamento:

Outrora circunscrita ao campo dos interesses privados, hoje sua seara é das mais férteis, expandindo-se pelo Direito Público e Privado, contratual e extracontratual, aéreo e terrestre, individual e coletivo, social e ambiental, nacional e internacional. Pode-se dizer que seus domínios são ampliados na mesma proporção em que se multiplicam os inventos, as descobertas e outras conquistas da atividade humana.<sup>2</sup>

Inserida neste cenário, a atividade médica – nascida entre as primeiras sociedades organizadas e, há muito, elevada ao *status* de ciência – é tema de extraordinária relevância na atualidade, haja vista o desaparecimento da figura do médico de família, não questionado sobre sua atividade e erros dela provenientes, e sua substituição por um verdadeiro prestador de serviços que nenhuma relação mais íntima guarda com seus pacientes.

Observa-se hoje espantosa elevação do número de ações relacionadas à responsabilidade civil médica em suas diversas áreas de atuação. Este aumento de demandas ocorre, principalmente, em virtude desta mudança de paradigma no que tange à representação da figura do médico, associada, ainda, à gradual tomada de consciência dos cidadãos quanto aos seus direitos e garantias.

Foi escolhida como tema deste estudo a responsabilidade civil do cirurgião plástico em razão dos crescentes avanços desta especialidade, que, nas últimas décadas, adentrou em campo de atuação diverso do qual se originou.

---

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21.

<sup>2</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21.

O surgimento da cirurgia estética – que durante muito tempo foi alvo de críticas, especialmente, no que concerne à sua liceidade – ganhou enorme relevância face à constante busca dos indivíduos por um padrão inatingível de beleza e perfeição, tornando-se uma das especialidades cirúrgicas de maior atuação no Brasil, que é hoje um dos principais exportadores de novas técnicas e profissionais desta área médica para todo o mundo.

A cirurgia plástica nasceu como especialidade em 1914 com vista à readaptação funcional dos traumatizados de guerra. Hodiernamente, quase um século após seu surgimento, diante de todos os avanços técnicos e tecnológicos desta ciência, consubstanciados no emprego de métodos cada vez menos invasivos e mais precisos, constata-se ter a cirurgia plástica se dividido em dois ramos: a cirurgia plástica reparadora e a cirurgia plástica cosmetológica ou estética.

Diante da intensificação do culto ao corpo e dos grandes avanços técnicos no campo da cirurgia plástica, observa-se um exponencial aumento da procura por este tipo de intervenção cirúrgica, notadamente no que tange às cirurgias de caráter meramente estético, tais como, implantes de próteses de silicone, rinoplastias, lipoaspirações, “*face lifts*”, dentre outras.

Apesar do desaparecimento das discussões acerca da liceidade da intervenção cirúrgica de objetivos meramente embelezadores, a responsabilidade pelos danos dela decorrentes, ainda hoje, é vista com enorme rigor.

Destarte, relevante se demonstra o estudo da responsabilidade civil do cirurgião plástico dentro de suas possíveis áreas de atuação (cirurgia plástica reparadora e cirurgia plástica estética), assim como, os motivos pelos quais têm a doutrina majoritária entendido haver diferença entre o tipo de obrigação assumida pelo cirurgião plástico cosmetológico e os profissionais das demais especialidades médicas.

A cirurgia plástica estética não tem como objeto intervenções necessárias ou imprescindíveis à vida ou à saúde. Através dela busca-se a cura de anomalias psíquicas ou emocionais, nascidas quase sempre na atual e crescente exigência social de culto ao corpo.

Diante de seu caráter essencialmente eletivo, a jurisprudência e doutrina majoritárias têm entendido por bem classificar a obrigação do cirurgião plástico estético como obrigação de resultado, modalidade na qual, ao contrário das demais especialidades médicas, há presunção de culpa.

No intuito de apresentar logicamente o tema que aqui se pretende discutir, far-se-á uma breve exposição a respeito dos aspectos mais relevantes da responsabilidade civil médica, chegando, finalmente, a responsabilidade civil do cirurgião plástico e suas implicações nas cirurgias reparadoras e estéticas.

Indispensável para tanto a análise dos diplomas legais que regem o tema – Código Civil (Lei nº 10.406/02) e Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) – e, em especial, da polêmica discussão a respeito da inversão do ônus da prova na apuração da responsabilidade civil do cirurgião plástico estético.

Neste sentido, o presente trabalho acadêmico tem por objetivo traçar um paralelo entre a responsabilidade civil do médico (*lato sensu*) e a responsabilidade civil do cirurgião plástico, especialmente no que concerne às chamadas cirurgias cosmetológicas, haja vista o caráter peculiar de que se reveste esta espécie de intervenção cirúrgica.

O estudo da responsabilidade civil do cirurgião plástico se dará essencialmente através da diferenciação entre o tipo de obrigação assumida pelo profissional (de meio ou de resultado) e as implicações dela decorrentes à luz do Código Civil (Lei nº 10.406/02) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), com especial atenção a polêmica discussão a respeito da inversão do *onus probandi*.

## 2 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

### 2.1 Histórico

Este breve histórico da evolução da medicina e da responsabilidade civil dos médicos parte dos mais relevantes progressos alcançados por algumas das principais civilizações da história, para chegar ao panorama que se estabeleceu na atualidade entre médico e paciente, diante desta secular e indispensável prática científica.

#### 2.1.1 Principais civilizações da história

As dores e doenças nasceram simultaneamente ao homem, que, desde seu primeiro momento de racionalidade, tratou de dispor dos meios necessários para combatê-las.<sup>3</sup> As tentativas de cura remontam ao início da civilização e o exercício da atividade médica aos primeiros registros de sociedades organizadas, onde tanto as doenças quanto suas curas eram diretamente ligadas ao misticismo, aos Deuses e aos pecados.

Assevera Miguel Kfoury Neto que “há registros do surgimento de médicos, ao lado dos ‘mágicos’, curandeiros ou feiticeiros, nos primórdios da humanidade, com indícios que remontam ao ano de 4000 antes de Cristo, entre os Sumérios, na Mesopotâmia.”<sup>4</sup>

No entanto, a conversão da prática da cura empírica, baseada em técnicas rudimentares de erro e acerto, em ciência médica ocorreu tempos mais tarde, remontando seu primeiro registro ao Código de Hamurabi, confeccionado pelo Rei Khamu-Rabi entre os séculos XVIII e XVII a.C. no Império Babilônico, onde foram estabelecidas as primeiras recompensas e punições relacionadas ao erro médico:

---

<sup>3</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 47.

<sup>4</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 527.

*“Art. 215. Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o cura ou se ele abre a alguém uma incisão com a lanceta de bronze e o olho é salvo, deverá receber dez siclos.*

*Art. 218. Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata, ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, dever-se-lhe-á cortar as mãos.*

*Art. 210. Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo.”<sup>5</sup>*

Exposto hoje no Museu do Louvre, consiste o Código de Hamurabi em um monumento monolítico onde se encontra talhado um dos mais antigos conjuntos de leis já encontrados. O Código de Hamurabi, conhecido por ter dado origem a expressão inglesa *“written in stone”*, foi o primeiro corpo de leis fundamentado na Lei de talião – “olho por olho, dente por dente” –, consistente na aplicação ao ofensor de pena em igual proporção ao dano por ele causado.

Os notáveis avanços da ciência e da medicina entre os babilônicos são expostos por Taylor Caldwell com enorme admiração, mas, da mesma forma, com imenso pesar diante do conhecimento do qual foi privada a humanidade:

O poderoso e esplêndido Império Babilônico (ou Caldéia) não é familiar para muitos leitores, bem como não o são os estudos de medicina, os tratamentos médicos ali feitos pelos sacerdotes-médicos e sua ciência – que egípcios e gregos herdaram totalmente. Os cientistas babilônicos conheciam as forças magnéticas e se utilizavam delas. Tudo isso constava dos milhares de volumes da maravilhosa Universidade de Alexandria, incendiada pelo Imperador Justiniano, vários séculos mais tarde, num acesso de errôneo zelo. A medicina e a ciência modernas estão começando a redescobrir essas coisas. A época atual ficou mais pobre, em consequência do fervor de Justiniano. Se a ciência e a medicina da Babilônia nos tivessem chegado intactas, nosso conhecimento do mundo seria muitíssimo mais avançado do que atualmente.<sup>6</sup>

Em Roma vigorava inicialmente a vingança privada, realidade sociológica primitiva, materializada através de reação natural e instintiva, desprovida de qualquer proporcionalidade e praticada pelo ofendido, ou seus parentes, em face de seu ofensor como forma de retaliação ao mal sofrido.

Posteriormente, com o advento da Lei das XII Tábuas, passou o poder

<sup>5</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 527.

<sup>6</sup> CALDWELL, Teresa. **Médico de homens e de almas**. 29. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 7, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 527.

público, com fulcro na Lei de talião – Tábua VII, artigo 2º–, a intervir na vingança privada regulando-a e servindo como verdadeiro moderador da pena ao estabelecer a proporcionalidade entre a ofensa e a retaliação.

Em estágio ulterior, em substituição a duplicidade do dano, surge a composição voluntária, onde, a critério da vítima, passa o ofensor a prestar uma pena em dinheiro ou coisa de valor, chamada de resgate. A composição voluntária é, então, substituída pela composição tarifada, diferindo a última da primeira exclusivamente em razão da prévia fixação pelo poder público dos resgates devidos para cada caso concreto.

Finalmente sobrevêm a Lei Aquiliana, com a generalização da responsabilidade civil<sup>7</sup> e o nascimento do conceito de culpa. “Na Lex Aquilia encontram-se os primeiros rudimentos de responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou deportação do médico culpado de falta profissional.”<sup>8</sup>

A medicina praticada em Roma, inicialmente exercida por curandeiros e sacerdotes, alçou-se, com o tempo, ao *status* de profissão, através da organização de cursos, de especializações médicas e da criação de um sistema de proteção à saúde pública e à higiene social.<sup>9</sup>

No Egito, a atuação dos médicos era regulada pelo Livro Sagrado, o qual continha todas as regras do exercício da profissão médica e isentava os esculápios de qualquer responsabilização, desde que observadas as normas nele contidas. Nas palavras de Miguel Kfoury Neto “considerar o médico imune à responsabilidade, por haver obedecido ao ‘Livro Sagrado’, corresponderia, hoje, a nunca se responsabilizar o médico pelo simples fato de ser ele detentor de grau acadêmico.”<sup>10</sup>

Na Grécia antiga, no século V a.C., diante de uma sociedade que pregava o equilíbrio entre o corpo e a alma, a medicina liberta-se dos resquícios de empirismo e misticismo aos quais ainda era ligada para se transformar em verdadeira ciência.

Essencial para a formação deste cenário foi a figura de Hipócrates, que deu à medicina caráter racional e científico ao afastá-la das práticas experimentais então aplicadas. A dedicação deste ícone histórico à ciência médica, bem como suas

<sup>7</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 48.

<sup>8</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 49.

<sup>9</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 50.

<sup>10</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 50.

noções de ética, foram eternizadas pelo juramento de Hipócrates, até hoje de manifesta atualidade e imprescindivelmente invocado em formaturas de turmas de medicina.

*“Eu juro por [Apolo](#) médico, por [Esculápio](#), [Hígia](#) e [Panacéia](#), e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza à perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda a casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo longe dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça.”<sup>11</sup>*

Diante do progresso da ciência e do desenvolvimento filosófico grego, não se limitaram os médicos unicamente a aprofundar seus conhecimentos no campo da anatomia e das patologias, mas expandiram também seu saber no campo das letras e da filosofia, de modo a embasar de forma mais adequada e racional as atividades de diagnóstico e cura, perdendo, assim, a medicina, gradualmente, seu caráter empírico, para transformar-se em ciência pura, tornando possível a realização de avaliações mais lógicas e coerentes relativamente ao erro e à culpa médica.<sup>12</sup>

Na França, no começo do século XIX, a Academia de Medicina de Paris, no intuito de estabelecer especial imunidade aos médicos, proclamou a exclusiva responsabilidade moral destes, que somente poderiam ser responsabilizados em virtude de culpa médica grave, advinda de erro grosseiro, cabendo sempre ao

<sup>11</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 528.

<sup>12</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 51-52.

paciente o ônus da prova. Destarte, médicos somente poderiam ser responsabilizados por torpeza ou negligência que qualquer pessoa pudesse cometer, mas nunca pelas que pudessem ser imputadas exclusivamente a profissionais da área médica.<sup>13</sup>

Miguel Kfoury Neto, em sua obra *Responsabilidade Civil do Médico*, citando Newton Pacheco, narra o que considera desencadeador de verdadeira revolução na jurisprudência francesa no ano de 1832:

O caso, em resumo, foi o seguinte: o Dr. Helie de Domfront foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault. Somente lá se apresentou às nove horas. Constatou, ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como conseqüência, a criança nasceu e sobreviveu ao tocotraumatismo. Diante de tal situação a família Foucault ingressa em juízo contra o médico. Nasceu daí um dos mais famosos processos submetidos à justiça francesa.

A sociedade dividiu-se. A Academia Nacional de Medicina da França pronunciou-se a favor do médico e, solicitada pelo Tribunal, nomeou quatro médicos, dos maiores obstetras da época. O resultado do laudo foi o seguinte: 1. Nada provado que o braço fetal estivesse macerado; 2. Nada provado que fosse impossível alterar a versão manual do feto; 3. Não havia razões recomendáveis para a amputação do braço direito e, muito menos, do esquerdo; 4. A operação realizada pelo Dr. Helie deverá ser considerada como uma falta grave contra as regras da arte.

Apesar da imparcialidade do laudo, a Academia impugnou-o e outro é emitido por outros médicos, que chegam a conclusão contrária à primeira manifestação dos Delegados da Academia.

O Tribunal de Domfront condenou o Dr. Helie ao pagamento de uma pensão anual de 200 francos.

Doutrinou, então, o Procurador Dupin – e a ensinança ainda hoje revela-se atual: ‘do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em relação à responsabilidade puramente civil, procurar se houve de sua parte intenção culposa’.<sup>14</sup>

Este insigne julgado marcou profundamente a história e jurisprudência francesa, modificando sua orientação anterior e abrindo portas à responsabilização

<sup>13</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 52.

<sup>14</sup> PACHECO, Newton. **O erro médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991. p. 23-25, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 53.

civil dos médicos pelos danos por eles provocados no exercício da profissão.

### 2.1.2 Panorama atual

Na passagem do século XIX para o século XX ainda pairava sobre os médicos uma aura de mistério e extremo respeito materializada na figura do médico de família, o amigo e conselheiro sobre o qual não se admitiam dúvidas ou a imputação de qualquer mau resultado proveniente de sua atuação. Os danos advindos da atividade médica nessa época eram tidos como inevitáveis e, raros eram os casos nos quais os pacientes buscavam qualquer tipo de reparação.<sup>15</sup>

Em tempos menos remotos, no entanto, diante de todo avanço da técnica médica, da sofisticada tecnologia por ela empregada e dos cada vez mais modernos medicamentos lançados no mercado, bem como, em face da exponencial especialização dos ramos da medicina, inevitável afigurou-se a massificação das relações entre médico e paciente, o que aos poucos os transformou em sujeitos de uma relação de consumo, privada de qualquer grau de pessoalidade.

O automatismo no atendimento aos pacientes e a imposição do sistema público de saúde ou das grandes e modernas clínicas e hospitais particulares, conveniados ou credenciados por planos de saúde, nos quais a dinâmica de atendimento, com horários fixos de plantão e rígida repartição de tempo nos atendimentos, impuseram partilhamento na atenção aos pacientes e conduziram ao absurdo de o médico já não mais saber quem está atendendo.<sup>16</sup>

Rui Stoco em sua obra cita o dramaturgo britânico Bernard Shaw que em tom de crítica dizia: “o especialista sabe cada vez mais sobre menos, até saber tudo sobre nada, enquanto o generalista sabe cada vez menos sobre mais, até saber nada sobre tudo.”<sup>17</sup>

Mister frisar, no entanto, que apesar da dessacralização da figura do médico, antes intocável, esta profissão ainda mantém para si, por trabalhar com a vida

<sup>15</sup> GOMEZ, Luis Martinez-Calcerrada y. **La responsabilidad civil médico-sanitaria**. Madrid: Tecnos, 1992. p. 15, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

<sup>16</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 529-530.

<sup>17</sup> SHAW, Bernard. *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 529.

humana e a cura, um excepcional toque de romantismo.

Não obstante a acentuada evolução da ciência médica (que também é arte), máxime no campo do diagnóstico e da medicina curativa, com o desenvolvimento de aparelhos de alta tecnologia, ainda existe uma aura de romantismo em torno dessa profissão – e o médico continua a ser visto como um sacerdote, ungido com o dom da cura.<sup>18</sup>

Atualmente, mesmo aqueles pacientes provenientes de camadas sociais menos abastadas, principiam ter uma idéia clara de seus direitos. Não há, propriamente, mudança no comportamento das pessoas em relação aos médicos, que continuam a ser reverenciados, porém, vem se consolidando, a clara percepção do erro inescusável, da imperícia inadmissível e da negligência criminosa, que impelem as pessoas à busca pela reparação.<sup>19</sup>

As ações de indenização decorrentes de responsabilidade médica e hospitalares, que antes eram raras em nossa justiça, estão se tornando cada vez mais freqüentes. Talvez em razão da má qualidade do ensino de um modo geral e dos péssimos serviços prestados, principalmente, pelos hospitais públicos; talvez pelo aumento da procura desses serviços por parte da população em geral, cada vez mais pobre e doente; talvez, ainda, por ter hoje o cidadão uma maior consciência dos seus direitos e encontrar mais facilidade no acesso à Justiça. Em uma década o número de processos por negligência ou imperícia encaminhados anualmente ao Conselho Federal de Medicina (CRM) aumentou sete vezes.<sup>20</sup>

O homem moderno, ciente de seus direitos e muito menos tolerante com danos de quaisquer espécies, sente-se cada vez mais estimulado a lançar-se em demandas indenizatórias que, hoje, se proliferam em todo o mundo e em alguns países atingem montantes descomunais.

O pagamento de vultosas indenizações em países como os Estados Unidos só é possível porque seus médicos e hospitais mantêm seguros de responsabilidade por dano a terceiros – “*medical malpractice*” –, o que não acontece no Brasil, ao menos por enquanto, porque não é viável repassar aos pacientes os custos destes seguros.

O estado calamitoso no qual se encontram os hospitais públicos brasileiros e

<sup>18</sup> ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Deontologia e diceologia**. São Paulo: Andrei, 1979. p. 15, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

<sup>19</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 35.

<sup>20</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 391.

a falta de acesso as mínimas condições para o exercício da medicina dificultam, quando não impossibilitam, o trabalho dos médicos, o que sempre deve ser sopesado pelos aplicadores do direito, que não devem se afastar da análise dos casos concretos e de todas as variáveis que os circundam.

Dentre os 'Brasis' que por aí existem – o Brasil do Norte e o Brasil do Sul, o Brasil dos carros importados e o das favelas, da telefonia celular e da fome – também há o Brasil da medicina de primeiro mundo e o Brasil sem medicina. [...] As condições de trabalho, enfim, são extremamente adversas. Aos aplicadores da lei, em especial, incumbe considerar os justos queixumes médicos, quando tais fatores intervêm – e condicionam – a conduta médica.<sup>21</sup>

Imprescindível, por fim, mencionar, diante das novas situações ligadas aos avanços da atividade médica, o papel fundamental exercido pela ética diante de problemas relacionados às novas situações jurídicas, nunca antes cogitadas, mas que hoje ocupam a mente de médicos, pacientes e profissionais de diversas outras áreas, o que acabou por culminar no surgimento da bioética.

A bioética, discorre Joaquim Clotet, ocupa-se dos problemas éticos referentes ao início e ao fim da vida humana, dos novos métodos de fecundação, da seleção de sexo, da engenharia genética, da maternidade substitutiva, das pesquisas em seres humanos, dos transplantes de órgãos, dos pacientes terminais, das formas de eutanásia – entre tantos outros temas atuais. Seria, em síntese, o estudo de todas as implicações relevantes da ética aos problemas gerados pelo progresso da ciência – ou o novo semblante da ética científica.<sup>22</sup>

Miguel Kfourri Neto destaca a significativa importância dos profissionais do ramo jurídico diante deste novo contexto e dos problemas dele provenientes ao asseverar que assume extraordinária importância o diálogo interdisciplinar entre os aplicadores do direito, os médicos e outros protagonistas, como especialistas em ética e bioética, políticos, sociólogos e religiosos.<sup>23</sup>

## 2.2 Requisitos para o exercício da medicina

<sup>21</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 35-36.

<sup>22</sup> CLOTET, Joaquim. **Por que bioética?** Revista Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v.1, n. 1, 1993, p. 13-19, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

<sup>23</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 35.

O exercício da atividade médica é livre, nos termos do artigo 5º, inciso XIII e do artigo 22, inciso XVI, da Constituição Federal, desde que atendidas as qualificações estabelecidas em lei pela União, ente federativo que contém competência privativa para legislar sobre a matéria.

Algumas profissões, pelos riscos que representam para a sociedade, estão sujeitas a disciplina especial. O erro profissional, em certos casos, pode ser fatal, razão pela qual é preciso preencher requisitos legais para o exercício de determinadas atividades laborativas, que vão desde a diplomação em curso universitário, destinado a dar ao profissional habilitação técnica específica, até a inscrição em órgão especial. Estão nesse elenco os médicos, dentistas, farmacêuticos, engenheiros etc.

O preenchimento desses requisitos, todavia, não exime o profissional de responder pelos danos que eventualmente causar a outrem por violação de dever a que estava profissionalmente adstrito.<sup>24</sup>

Aquele que, atualmente, quiser se tornar médico terá que cursar regularmente todo ensino fundamental e ensino médio e, em seguida, após aprovação no vestibular, cursar durante seis anos faculdade de medicina credenciada pelo MEC – Ministério da Educação –, após o que poderá obter seu registro junto ao Conselho Regional de Medicina.

Atendidos estes requisitos, apesar de já poder exercer a medicina, usualmente presta-se prova para residência médica, onde após dois poderá o profissional obter seu título de especialista.

Cumprido ressaltar que diante das subespecializações criadas dentro desta carreira e do cada vez mais competitivo mercado profissional, é comum que médicos realizem segundas residências no intuito de melhor se inserirem no mercado de trabalho. Assim, surgem profissionais tais como o endocrinologista pediátrico (pediatria + endocrinologia), o cirurgião torácico (cirurgia geral + cirurgia torácica), o neurocirurgião (cirurgia geral + neurocirurgia), o hematologista (clínica médica + hematologia) etc.

O Conselho Federal de Medicina – órgão de cúpula –, por competência delegada e mediante Resoluções, regula a atividade médica, que tem como principal fonte normativa o Código de Ética Médica – Resolução nº 1.246/88 –, que estabelece direitos e deveres dos médicos, normas sobre o relacionamento médico-

---

<sup>24</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 390.

paciente, segredo médico, pesquisas, dentre outras.

Nos dizeres de Rui Stoco “o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, dever esse consubstanciado em um código que dita seu comportamento moral e ético, ao qual deve respeito e obrigação.”<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 530.

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – ASPECTOS GERAIS

#### 3.1 Natureza da responsabilidade civil médica

Não obstante elencada pelo Código Civil no capítulo dos atos ilícitos – art. 951 –, resta pacificado ser a responsabilidade civil dos médicos de natureza contratual, posicionamento do qual partilham doutrina – José de Aguiar Dias<sup>26</sup>, Miguel Kfoury Neto<sup>27</sup>, Rui Stoco<sup>28</sup>, Sérgio Cavalieri Filho<sup>29</sup>, Teresa Ancona Lopez<sup>30</sup> – e jurisprudência majoritárias.

Inspirado por Josserand assevera Rui Stoco que “um dos processos de que tem se valido a jurisprudência para ir em socorro da vítima consiste na substituição da responsabilidade delitual pela responsabilidade contratual.”<sup>31</sup>

Importante esclarecer que esta classificação da responsabilidade civil médica, como de natureza contratual, não exclui de forma alguma o surgimento de responsabilidade não advinda de contrato firmado entre médico e paciente. A responsabilidade aquiliana ou extracontratual, apesar de menos usual, pode ser verificada, por exemplo, quando da ocorrência de acidentes graves que demandem atendimento de emergência, onde não tem o paciente como externar sua vontade em virtude do alto grau de debilidade em que se encontra. Teresa Ancona Lopez trata muito bem do assunto ao expor:

O Código Civil brasileiro coloca essa responsabilidade entre os atos ilícitos, o que não lha tira o caráter de contratual.

[...]

De outro lado, é claro que pode existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato, como por exemplo, a responsabilidade daquele médico que atende alguém na rua, daquele que dá socorro ao suicida, que por sinal o recebe contra

<sup>26</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 328.

<sup>27</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 71.

<sup>28</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 544.

<sup>29</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 392.

<sup>30</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Responsabilidade civil dos médicos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva. 1988, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 539.

<sup>31</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 544.

vontade, daqueles que fornecem atestados falsos ou mesmo o caso do médico que, por culpa sua, deixa o seu cliente contagiar outra pessoa.

[...]

Com efeito, a obrigação de reparar o dano sempre existe, seja ele produzido dentro do contrato ou fora dele. O modo de atuação dessa responsabilidade é que pode ser diferente na prática. Apesar de nosso Código Civil ter separado os dois tipos de responsabilidade, a moderna doutrina segue a tendência de considerar o conceito de culpa uno, não vendo senão diferenças secundárias entre responsabilidade contratual e a extracontratual.<sup>32</sup>

Ruy Rosado de Aguiar Jr. também faz perfeita colocação a respeito do tema ao explanar algumas hipóteses de surgimento de responsabilidade civil médica extracontratual:

Devemos admitir que a responsabilidade médica não obedece a um sistema unitário. Ela pode ser contratual, derivada de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional, a maioria das vezes de forma tácita, e compreende as relações restritas ao âmbito da medicina privada, isto é, do profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente. Será extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor do incapaz por idade ou doença mental.<sup>33</sup>

Enquanto a responsabilidade contratual encontra previsão no art. 389 do Código Civil, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana é tratada pelo mesmo diploma legal em seus artigos 186 e 927, que assim estabelecem:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.<sup>34</sup>

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.<sup>35</sup>

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Responsabilidade civil dos médicos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva. 1988, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 538-539.

<sup>33</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 544.

<sup>34</sup> Art. 389 do Código Civil.

<sup>35</sup> Art. 186 do Código Civil.

<sup>36</sup> Art. 927 do Código Civil.

Muito se discute ainda sobre a natureza desse contrato firmado entre médico e paciente, sendo para alguns contrato de locação de serviços e para outros um contrato *sui generis*. Este debate, contudo, não tem maiores repercussões na responsabilização do médico, que somente se diferencia através do tipo de obrigação assumida no contrato, seja ela de meio ou de resultado, o que será tratado com maior riqueza de detalhes no capítulo subsequente.

Segundo a doutrina majoritária, dentre eles José de Aguiar Dias e Sergio Cavalieri Filho, mais acertada parece a classificação desta espécie de contrato como *sui generis*, haja vista a feição especial de que se revestem estes contratos, que não podem simplesmente ser equiparados a meros contratos de locação de serviços, pois o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, dele se demanda uma consciência profissional que não se limita a singela correção do locador de serviços, se exigem especiais cuidados como os de conselho, guarda e proteção do enfermo e seus familiares. Enfim, o esculápio possui uma excepcional soma de poderes proporcionalmente correspondente às limitações de faculdade do paciente, incapaz de proteger sua vida sem a intervenção deste singular profissional.

De qualquer forma, essa divergência acerca da natureza jurídica do contrato em nada altera a responsabilidade do médico, posto que, tratando-se de responsabilidade contratual, o que importa saber é se a obrigação gerada pela avença é de resultado ou de meio. E assim é porque, como já vimos, apenas no primeiro caso – obrigação de resultado – a culpa é presumida, devendo ser provada no segundo caso, tal como na responsabilidade delitual.<sup>37</sup>

Atualmente, discussões acerca da natureza da responsabilidade civil dos médicos, seja ela contratual ou extracontratual, perderam quase que completamente sua relevância, haja vista o surgimento do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 –, que apesar de ter fixado como regra geral a responsabilidade objetiva dos prestadores e fornecedores de serviços e produtos, ressalvou em seu artigo 14, § 4º, a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais ao estabelecer que ela sempre será apurada mediante verificação de culpa.

Doutrina no mesmo sentido Sérgio Cavalieri Filho ao afirmar:

A responsabilidade médica foi muito discutida no passado quanto à sua natureza jurídica: se era contratual ou extracontratual; se gerava obrigação de *meio ou de resultado*. Entendo que após o

<sup>37</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 392.

Código do Consumidor essas discussões perderam relevância. Hoje a responsabilidade médica/hospitalar deve ser examinada por dois ângulos distintos. Em primeiro lugar a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal. Em segundo lugar a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos etc.<sup>38</sup>

Percebe-se, desta forma, que embora seja a responsabilidade civil médica majoritariamente considerada como contratual, essa distinção no que tange a sua natureza mostra-se, hoje, despicienda, haja vista ter o Código de Defesa do Consumidor – posto a lume por força do mandamento contido no art. 5º, XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) – rompido com a legislação anteriormente em vigor.<sup>39</sup>

Como a responsabilidade pessoal do médico pela prestação de serviços deve ser apurada mediante culpa, por força da regra de exceção do art. 14, § 4º, do CDC, a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, para esse efeito, como antes enfatizado, perde o significado e a razão de ser, posto que ampliou-se, para o médico, o espectro probatório, cabendo ao reclamante provar-lhe a culpa, ainda que o serviços prestado tenha supedâneo em contrato entre eles firmado.<sup>40</sup>

Em síntese, tem a responsabilidade civil médica, em regra, natureza contratual de caráter “*sui generis*”, podendo, entretanto, em determinadas circunstâncias surgir com natureza extracontratual. Todavia, a chegada do Código de Defesa do Consumidor retira desta diferenciação sua relevância ao abraçar em seu art. 14, § 4º, a teoria da culpa, segundo a qual a responsabilidade dos profissionais sempre será apurada mediante a verificação de culpa.

### 3.2 Natureza da obrigação assumida pelo médico

---

<sup>38</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 392.

<sup>39</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 545.

<sup>40</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 545.

Ressalte-se que o fato de se considerar como contratual a responsabilidade civil médica, ao contrário do que poderia parecer, não tem o condão de presumir a culpa do médico. A comprovação ou presunção da culpa se dará com base no tipo de obrigação assumida pelo médico, que é, em regra, de meio, mas também pode ser de resultado.

Incumbe ao paciente, como regra geral, na forma dos artigos 951 do Código Civil e 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, demonstrar que o suposto dano por ele sofrido tenha decorrido de imperícia, imprudência ou negligência do médico no exercício de sua atividade profissional, ou seja, é necessária a verificação de culpa.

Rezam os supramencionados artigos:

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.<sup>41</sup> (grifo nosso)

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

[...]

§ 4º **A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.**<sup>42</sup> (grifo nosso)

Sergio Cavalieri Filho, com efeito, estabelece que esta exceção feita pelo Código de Defesa do Consumidor aos profissionais liberais restringe-se exclusivamente a eles – pessoas físicas – não se estendendo a pessoa jurídica na qual trabalhem como empregados ou da qual sejam sócios.<sup>43</sup>

Tendo em vista caracterizar-se como de meio a obrigação assumida pelo médico – que não pode se comprometer a curar ou salvar a vida do paciente, mas unicamente a proceder de acordo com as regras e métodos da profissão – sua responsabilização será subjetiva e com culpa comprovada, incumbindo,

<sup>41</sup> Art. 951 do Código Civil.

<sup>42</sup> Art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>43</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 393.

conseqüentemente, ao paciente o *onus probandi*. Em suma “se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual.”<sup>44</sup>

Essa prestação de cuidados, contudo, deve ser cautelosamente examinada pelo julgador, nunca perdendo-se de vista os casos concretos e as efetivas condições nas quais se encontrava o médico para o exercício de sua profissão, especialmente no que concerne aos serviços prestados por meio da rede pública de saúde, pois diante de sua insuficiência em diversos aspectos, tais como estrutura física, pessoal, equipamentos e material, “o ideal perde espaço e os deveres do médico devem ser, assim, apreciados segundo o que qualquer outro médico, em sua situação, seria capaz de fazer.”<sup>45</sup>

Deste modo, torna-se possível limitar o objeto do contrato médico a prestação de cuidados conscienciosos, atentos e condizentes com a “*lex artis*”, excluindo de tal modo o comprometimento com a cura, obrigação de resultado sobre a qual, infelizmente, os homens ainda não tem qualquer controle.

Nenhum médico por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.<sup>46</sup>

A responsabilidade contratual, no entanto, poderá ou não ser presumida conforme tenha o devedor se comprometido com um resultado determinado ou simplesmente com uma obrigação de meio, traduzida na atuação do profissional mediante a observância de regras gerais de prudência e diligência. No mesmo sentido Savatier assevera que “a prova, na responsabilidade contratual, recai sobre o devedor ou sobre o credor, conforme se trate de obrigação de meio ou de resultado.”<sup>47</sup>

<sup>44</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 392.

<sup>45</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 332-333.

<sup>46</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 392.

<sup>47</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:

Teresa Ancona Lopez, inspirada em Savatier, discorre com muita propriedade sobre essa diferenciação entre obrigações de meio e resultado no contrato médico e suas conseqüências no que tange ao ônus probatório:

A questão da presunção de culpa e conseqüente inversão do *ônus probandi* não se liga à divisão entre culpa contratual e aquiliana, mas sim, ao fato de a doutrina e a jurisprudência, mais recentemente, interpretarem as obrigações contratuais como obrigações de meio e de resultado, e aí está, segundo o mesmo autor, 'a chave da mudança sobrevinda quanto ao ônus da prova'. Em resumo, o que importa na responsabilidade dos médicos é a relação entre a culpa e o dano para que possa haver direito à reparação; mas para maior apoio ao ofendido é preciso saber-se se o dano foi causado no inadimplemento de uma obrigação de meios ou, ao contrário, de resultado, pois neste último caso (e somente neste, cabe acrescentar) haverá inversão do ônus da prova e a vítima da lesão ficará em posição mais cômoda.<sup>48</sup>

Em resumo, a responsabilidade civil do médico terá como base de sua diferenciação no que tange a carga do ônus probatório, a distinção entre obrigações de meio e obrigação de resultado.

Assumidas obrigações de meio, regra geral dentro da prática médica, compromete-se o esculápio, exclusivamente, a desempenhar sua atividade da melhor forma possível, sempre pautado pelos parâmetros de diligência minimamente esperados deste tipo de profissional.

Não tem o médico por objetivo principal de sua atuação o resultado da intervenção, mas a própria intervenção em si mesma. Assim, não obstante não conseguir salvar a vida de um paciente, não poderá ser responsabilizado pelos resultados danosos advindos de sua performance se tiver empregado para tanto todos os meios necessários, esperados e disponíveis a persecução de sua atividade, qual seja a busca pela cura do enfermo.

Numa visão radical da questão, exigir do médico obrigação de resultado seria o mesmo que exigir dele onipotência de vida, em que ele atuasse como senhor supremo da vida e da morte. Como, infelizmente, os seres humanos continuam a morrer, e isso ocorre também com os médicos, é evidente que a cura nem sempre é possível. Logo, tal resultado não poderia ser exigido de nenhum ser humano, nem mesmo do médico.<sup>49</sup>

---

Renovar, 2006. p. 331.

<sup>48</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Responsabilidade civil dos médicos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 532-533.

<sup>49</sup> FOSTER, Nestor José. **Cirurgia plástica: obrigação de resultado ou obrigação de meio?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 736. p. 83, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 533.

Nesta hipótese, conforme acima mencionado, a responsabilidade do médico caracteriza-se como subjetiva e com culpa provada, cabendo ao paciente a prova dos fatos constitutivos de seu direito, ou seja, pertence a ele o *onus probandi*.

Situação diferente ocorre, quando assumidas obrigações de resultado, onde o que se tem por objetivo não é a própria atividade do profissional, mas resultados determinados dela advindos, como por exemplo, na radiologia, na anatomopatologia e, principalmente, conforme doutrina majoritária, nas cirurgias plásticas estéticas, onde não padecendo de qualquer enfermidade, busca o paciente, levado pela vaidade, a específica melhora de sua aparência.

Neste caso, não atingido o fim pactuado, não terá o médico cumprido sua obrigação e por este motivo deverá arcar com suas conseqüências, presumindo-se assim sua responsabilidade, o que não importa dizer que sua responsabilidade deixe de ser subjetiva. O ônus da prova, todavia, que nas obrigações de meio incumbe ao paciente, se transfere para o médico, que deverá comprovar que não agiu com culpa ou demonstrar a ocorrência de alguma excludente do nexo de causalidade, cabendo ao paciente, ou seus familiares, somente a demonstração de que o resultado não foi alcançado.

Há, no entanto, em corrente minoritária, quem discorde desta divisão entre obrigações de meio e de resultado dentro da responsabilidade civil médica. De acordo com os adeptos desta teoria a responsabilidade do médico seria sempre subjetiva e sempre com culpa comprovada, não admitindo-se a classificação de qualquer atividade médica como obrigação de resultado. Discorre sobre o tema, através desta diferente perspectiva, Reynaldo Andrade da Silveira, citado por Rui Stoco em sua obra:

“A responsabilidade contratual pode ou não ser presumida, e no caso do médico não o é”, esclarecendo que assim se tem entendido porque via de regra, o médico no desempenho de suas funções não tem comprometido um determinado resultado, mas apenas exige-se-lhe que se conduza de certa forma e que no caso do médico “não há o compromisso de curar, mas tão somente o de proceder de acordo com as regras e métodos da profissão”. Por fim, alinha que “desta forma, a obrigação médica é de meio, e não de resultado, o que difere basicamente, sua responsabilidade das demais contratuais, mesmo que pertença no modelo jurídico a esta espécie.”<sup>50</sup>

<sup>50</sup> SILVEIRA, Reynaldo Andrade. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 674. p. 57, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 533.

Não é este, todavia, o posicionamento da doutrina e jurisprudência majoritárias como pode-se inferir pelos arestos abaixo transcritos, retirados da obra do professor Rui Stoco:

“A responsabilidade civil do médico não é idêntica à dos outros profissionais, já que sua obrigação é de meio e não de resultado, exceção feita à cirurgia plástica. A vida e saúde humanas são ditadas por conceitos não exatos.” (TJSP – 7ª C. – Ap. – Rel. Sousa Lima – j. 11.11.1992 – JTJ-LEX 142/117)<sup>51</sup>

“A responsabilidade contratual não pode ser presumida e no caso do médico não o é, porque, via de regra a obrigação deste é de meio e não de resultado, incumbindo, dessarte, ao autor provar se houve com culpa o médico ou hospital, para fazer jus ao recebimento da indenização pleiteada.” (TAPR – Ap. 128982700 – Rel. Mario Rau – j. 22.12.1998 – Informativo Incijur, Joinville-SC, 13, ago. 2000, p.11)<sup>52</sup>

“No procedimento cirúrgico estético, em que o médico lida com paciente saudável que apenas deseja melhorar sua aparência física e, conseqüentemente, sentir-se psicologicamente melhor, estabelece-se uma obrigação de resultado que impõe ao profissional da medicina, em casos de insucesso na cirurgia plástica, presunção de culpa, competindo-lhe ilidi-la com a inversão do ônus da prova, de molde a livrá-lo da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente em razão do ato cirúrgico.” (STJ – 3ª T. – Resp 81.101 – Rel. Waldemar Zveiter – j. 13.04.1999 – RT 767/111 e RSTJ 119/290)<sup>53</sup>

### 3.3 Obrigações implícitas no contrato médico

Da relação estabelecida entre médico e paciente, nascem para o profissional inúmeras obrigações, traduzidas em verdadeiras regras de conduta, que devem ser impreterivelmente respeitadas sob pena de sua responsabilização. Tratar-se-á abaixo das mais relevantes obrigações surgidas para o esculápio, tais como, o dever de informação e conselho, o dever de cuidado, o dever de obtenção de consentimento esclarecido, o dever de abstenção de abuso ou desvio de poder e o

<sup>51</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 534.

<sup>52</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 534.

<sup>53</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 534-535.

dever de sigilo.

Importante ressaltar que estes deveres devem pautar a atuação do médico a todo momento, não se restringindo a situações específicas ou pré-determinadas. Nas palavras de Miguel Kfoury Neto: “os deveres do médico, nascidos dessa relação contratual que se estabelece entre ele e o paciente, situam-se em três momentos: antes do início do tratamento, durante e depois do tratamento.”<sup>54</sup>

### 3.3.1 Dever de informação ou conselho

Essencialmente perigosa, a atividade médica é naturalmente dotada do chamado risco inerente, definido como aquele risco intrinsecamente atado à natureza e a forma de prestação da atividade e, pelo qual, em princípio não respondem os médicos. Exemplo deste tipo de risco, indispensável a realização de determinados procedimentos, é o que ocorre, por exemplo, em cirurgias desempenhadas em pacientes idosos e em estado de saúde fragilizado.<sup>55</sup>

Neste cenário nasce o dever de informação, podendo sua ausência acarretar a responsabilização do médico por riscos inerentes a sua atividade e pelos quais normalmente não responderia.

Sobre o tema assevera Sergio Cavaliere Filho:

A informação tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento. É o chamado consentimento informado, considerado, hoje, pedra angular no relacionamento do médico com seu paciente.<sup>56</sup>

Quanto mais perigosa a intervenção, maior a necessidade de advertência e conselho do médico ao seu paciente, pois responderá na medida em que calar ou atenuar os riscos do procedimento operatório, tratamento ou a respeito das precauções essenciais requeridas diante de sua condição de saúde.<sup>57</sup> Nas palavras

<sup>54</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 31.

<sup>55</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 399.

<sup>56</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 400.

<sup>57</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 337.

de Miguel Kfourri Neto:

O médico deve informar ao paciente diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento. Haverá, também, de aconselhá-lo, informando-o dos riscos e prescrevendo o comportamento que o enfermo deverá adotar. Deve valer-se da melhor diligência e cuidado, de acordo com o estado contemporâneo de sua ciência.<sup>58</sup>

A tendência atualmente, segundo a escola americana<sup>59</sup>, é que o médico nada esconda do paciente quanto aos riscos do tratamento ou intervenção, por outro lado, a ciência médica aconselha levar em conta o estado psíquico do cliente e a prática informa que, recorrentemente, em face da ignorância técnica do doente, não é possível ministrar-lhe tais instruções.<sup>60</sup> Por certo “quando os prognósticos são graves, é preciso conciliar esse dever de informar com a necessidade de manter a esperança do paciente, para não levá-lo a angústia ou ao desespero.”<sup>61</sup>

René Savatier, citado pelo saudoso Aguiar Dias em sua obra, indica boa solução:

O médico não deve jamais tratar o doente senão como um ser humano com um princípio de razão e de liberdade. A ausência de pormenores técnicos não impede mostre sumariamente os riscos do tratamento aconselhado; a necessidade de salvaguardar o moral não deve ser superestimada em relação ao direito de saber para onde o conduzem. Em todo o caso, se considerações de ordem moral impedem de o instruir cabalmente, o médico deve a verdade completa aos membros da família com a autoridade sobre o doente.<sup>62</sup>

São exemplos de violação ao dever de informação ou aconselhamento a não advertência em relação aos riscos provenientes de intervenções e tratamentos, deixar de aconselhar a hospitalização de enfermo que não poderia receber em casa os tratamentos requeridos por sua condição de saúde etc.

<sup>58</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

<sup>59</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade médica**. Coad 2/7, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 530.

<sup>60</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 337.

<sup>61</sup> CHAMARD, Georges Boyer; MONZEIN, Paul. **La responsabilité médicale**. Presses Universitaires: 1974. p. 132, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 530.

<sup>62</sup> SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile em droit français**. Paris, 1939. p. 398, *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 337-338.

### 3.3.2 Dever de cuidado

O dever de cuidado é basicamente caracterizado pelo abandono ou negligência do paciente que precise de cuidados médicos, podendo ser claramente verificado em hipóteses tais como: o não atendimento a chamados ou visitas claramente necessárias, o médico que em virtude de incompatibilidade de horário deixar de atender cliente seu, fazendo-se substituir por profissional incapacitado, bem como, a hipótese do doente que em razão da falta de vigilância acaba por ferir a si mesmo etc.

No que tange a recusa na prestação de serviços, haverá responsabilidade quando determinadamente maliciosa e violadora de deveres de humanidade, como nos casos de estabelecimento de valores excessivamente altos, indiferença ou recusa ao atendimento em face de perigo iminente. No mais, ficará a conduta adstrita ao campo da ética profissional sem maiores conseqüências na esfera jurídica.<sup>63</sup> Exemplifica Aguiar Dias:

Um médico, por exemplo, que na via pública, e em face de um caso grave (apoplexia, angina, hemorragias etc.), se detivesse em considerações de ordem material, como requisito para prestação de socorro, responderia, evidentemente, pelas conseqüências dessa atitude de cupidez e inconsciência, felizmente raríssima.<sup>64</sup>

Já no caso do médico que se faz substituir por outro incapacitado, responde o primeiro pela má escolha. O médico substituto não se presume preposto do assistente, pois a condição do profissional liberal repele esta presunção, que somente poderá ser elidida por prova produzida pelo prejudicado. Todavia, importante ressaltar que o médico que se faz substituir somente poderá ser responsabilizado caso o chamado parta de cliente habitual, pois partindo de primeiro chamado ou chamado avulso, responderá, exclusivamente, em decorrência de erro grosseiro na indicação do colega.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 339.

<sup>64</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 339-340.

<sup>65</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 338-339.

### 3.3.3 Dever de obtenção de consentimento esclarecido

Intimamente relacionado ao dever de informação ou aconselhamento, segundo o qual a informação deve ser completa, verdadeira e adequada, o consentimento esclarecido, desde que devidamente respeitado, isenta o médico dos riscos inerentes à sua atividade.

João Vaz Rodrigues define de forma sucinta, mas muito esclarecedora, no que consiste o consentimento por este breve estudo tratado:

Consentimento é o comportamento segundo o qual se autoriza a alguém determinada atuação. No caso do consentimento para o ato médico, uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro.<sup>66</sup>

Reza o Código de Ética Médica em seu artigo 46 ser vedado ao médico: *“Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida.”*

Neste sentido doutrina Aguiar Dias:

Para proceder a um tratamento arriscado ou a uma operação (seja qual for: a regra é que toda operação oferece perigo), deve o médico obter o consentimento informado do cliente, e não só o consentimento, mas aquiescência livre e clara, após exposição daqueles riscos ou perigos.<sup>67</sup>

Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Jr. “cabe unicamente ao paciente decidir sobre sua saúde, avaliar o risco a que estará submetido com o tratamento ou a cirurgia e aceitar, ou não, a solução preconizada pelo médico.”<sup>68</sup>

Exceções feitas a esta regra são, por exemplo, a realização de procedimentos emergenciais e a obtenção de consentimento para tratamentos que notoriamente não ofereçam contra-indicações.

Assim sendo, não poderia o médico deixar de prestar socorro à vítima de

<sup>66</sup> RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente)**. Coimbra: Coimbra, 2001, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 38.

<sup>67</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 340.

<sup>68</sup> AGUIAR JR. Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil dos médicos**. RT 718/3839. p. 36, *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 401.

grave acidente automobilístico em razão de, momentaneamente, diante de seu estado de inconsciência, não poder expressar sua vontade. A inatividade do médico em um momento como este caracterizaria verdadeira omissão de socorro.

A intervenção deve sempre ser precedida do consentimento do paciente ou seu responsável, salvo, evidentemente, os casos de atendimento de emergência, quando haja risco de vida ou de dano físico irreversível ou quando, durante a intervenção cirúrgica, surge um fato novo, a exigir imediata providência, sem tempo para interrompê-la e consultar os familiares.<sup>69</sup>

Aguiar Dias em sua obra corrobora este entendimento e suscita hipóteses nas quais se admite seja realizada a intervenção médica, não obstante a falta de aquiescência do enfermo:

O consentimento do enfermo, entretanto, em alguns casos, não pode ser dado. Seria absurdo exigí-lo, porque importaria, dada a impossibilidade de manifestação da vontade livre, em abandono do paciente. Isso ocorre por exemplo: a) quando se trata de alienado ou de menor: o consentimento não pode, evidentemente, ser obtido deles, mas sim das pessoas sob cuja guarda estejam; b) quando a operação ou tratamento se imponha como decisão de emergência, em face do estado de necessidade ou de situação de perigo; se é possível obter o consentimento dos parentes da pessoa em iminente perigo de vida, é claro que o médico não agirá sem o haver obtido; c) quando em face do propósito suicida do paciente: o médico não poderia, decerto, ater-se à consideração da vontade de quem manifesta claramente não a possuir, tentando um gesto que se considera como revelador de perturbação mental.<sup>70</sup>

Ainda dentro das exceções feitas a regra de necessidade de consentimento temos a seguinte situação: caso venha um medicamento, normalmente incapaz de produzir qualquer efeito colateral, por exemplo, a causar um mau resultado, necessária será a apuração da culpa do profissional por motivo diverso dos usualmente obtidos através do emprego do tratamento, pois se ao próprio médico a consequência surpreende, não poderia ter advertido ao paciente sobre qualquer tipo de resultado danoso.<sup>71</sup>

Observe-se, porém, que nos casos em que os riscos ou desvantagens do tratamento ou intervenção forem superiores as suas vantagens, em especial nos casos relacionados à cirurgia plástica estética, não poderá o médico invocar o

<sup>69</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 530.

<sup>70</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 341-342.

<sup>71</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 340.

consentimento informado para se eximir de responsabilidade, haja vista a incolumidade do corpo humano ser matéria de ordem pública e dele ninguém poder dispor.

Aguiar Dias ao comentar a atual utilização do termo consentimento esclarecido cita o Dr. Genival Veloso da França, catedrático da Universidade da Paraíba que assim o conceitua:

Deve-se entender por consentimento esclarecido aquele obtido de um indivíduo capaz civilmente e apto para entender e considerar razoavelmente uma proposta ou uma conduta, isenta de coação, influência ou indução. Não pode ser obtido através de uma simples assinatura ou de uma leitura apressada de textos minúsculos de formulários a caminho das salas de operação. Mas por meio de linguagem acessível ao seu nível de convencimento e compreensão (princípio da formação adequada). Mesmo que o consentimento esclarecido seja um instrumento de defesa numa alegação de erro, ele tem como sentido maior a dignificação da pessoa. O consentimento não é um ato irretratável e permanente (princípios da revogabilidade e da temporalidade). Por outro lado, deve ficar bem claro que o fato de se ter um consentimento esclarecido, isto, por si só, não isenta o médico quando da existência de outras falhas no cumprimento dos deveres de conduta.<sup>72</sup>

Tendo em vista a excepcionalidade da existência de contratos médicos escritos, a prova do consentimento do paciente é, ordinariamente, feita por presunção. Ainda assim, de regra, caberá sempre ao médico a produção desta prova específica.<sup>73</sup>

#### 3.3.4 Dever de abstenção de abuso ou desvio de poder

Não pode o médico, no exercício de suas funções, arriscar o corpo e a vida do paciente através de tratamentos experimentais, ainda que diante de seu consentimento. Deste fato decorre responsabilidade da qual não pode o médico se isentar, exceção feita aos casos nos quais a intervenção se justifique diante das vantagens dela advindas para a saúde do enfermo.

Aventuras experimentais não podem ser toleradas, sob pena de se

---

<sup>72</sup> FRANÇA, Genival Veloso da. *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 342.

<sup>73</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 340.

transformar o paciente em verdadeira cobaia. Esta proibição, no entanto, não tem por objetivo a retirada da liberdade criativa do médico, impedindo-lhe de evoluir, mas o direcionamento seu trabalho, que deve sempre se pautar de acordo com o estágio da ciência ao seu tempo e com as regras consagradas pela prática médica.

O médico não pode igualmente exorbitar dos limites do contrato firmado com o paciente ou por seu responsável. Assim responde, por exemplo, por não requisitar especialista para avaliação mais minuciosa das condições de saúde do enfermo, quando este ou sua família julgavam necessário. O mesmo acontece quando não acata orientações dadas por especialista, salvo se fundado em motivos relevantes, hipótese na qual somente poderá se negar a seguir as indicações, se assim autorizado pelo paciente ou por seus familiares, pois do contrário deverá se retirar do caso. Não haverá, porém, responsabilidade do médico assistente diante do simples fato de não consultar especialista se não tiver sido neste sentido solicitado, salvo se as condições de saúde do paciente claramente requisitavam esta necessidade.<sup>74</sup>

Por fim, incorre também em abuso ou desvio de poder o médico que viola a lei em situações tais como: “do que chama para auxiliares pessoas não habilitadas; do que pratica aborto fora dos casos permitidos em lei; do que receita substâncias tóxicas ou entorpecentes, satisfazendo a pacientes viciados etc.”<sup>75</sup> Nas palavras de Aguiar Dias “o exercício ilegal da profissão estabelece, a nosso ver, a presunção da culpa do agente pelas lesões infligidas ao cliente em virtude ou por ocasião do tratamento.”<sup>76</sup>

### 3.3.5 Dever de sigilo

A violação do dever de sigilo nascido na relação paciente-médico e nas informações através dela obtidas, pode, embora sejam raros os casos na

---

<sup>74</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 343-344.

<sup>75</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 344.

<sup>76</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 344.

jurisprudência, ensejar a propositura de ações de responsabilidade civil em busca de indenizações por danos morais e até mesmo materiais.<sup>77</sup>

As informações recebidas do paciente e as apuradas no exercício da atividade médica são protegidas pelo manto do sigilo médico, direito do paciente e dever imposto aos médicos e instituições hospitalares.

Exceções se fazem a regra, entretanto, sempre restritas ao limite do indispensável e necessário, como, por exemplo, nos seguintes casos: a) a divulgação de informações genéricas em situações extraordinárias, como grandes acidentes e a internação de pessoas públicas, b) quando tiver por objetivo salvar a vida do paciente ou pessoa a ele ligada, c) a notificação de doenças infecto-contagiosas, d) requisições da justiça etc.

### 3.4 Erro médico x erro profissional

Muito confusa ainda na doutrina é a diferenciação entre erro médico e erro profissional (ou erro de técnica). O erro médico, diretamente relacionado às modalidades de culpa – imperícia, imprudência ou negligência – ou ao dolo, acarreta conseqüências no mundo do Direito, resultando na responsabilização do médico. Já o erro de técnica, isto é, “o que resulte de incerteza ou da perfeição da arte e não da negligência ou incapacidade de quem a exercita, salvo se se tratar de erro grosseiro”<sup>78</sup> é visto com especial prudência pelos aplicadores do direito, não conduzindo, em regra, ao dever de indenizar.

Sergio Cavalieri Filho em belas palavras descreve a relevância do tema para o direito:

Os médicos erram porque são pessoas. É o preço que os seres humanos pagam pela habilidade de pensar e agir. O erro ocorre em todas as profissões. O problema é que o médico lida com a vida humana e em situações muitas vezes imprevisíveis, o que torna seu erro mais dramático.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 399.

<sup>78</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 539.

<sup>79</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 395.

O insigne Rui Stoco, ao diferenciar o erro profissional da imperícia – modalidade de culpa –, discorre com maestria sobre o tão controvertido tema:

Ocorre o ‘erro profissional’ quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta. Significa que o médico aplica corretamente uma técnica ruim para aquele caso.

Há ‘imperícia’ quando a técnica é correta e adequada, mas a conduta ou atuação do médico é incorreta ou desastrosa. Quer dizer o médico aplica mal uma técnica boa.

A primeira hipótese (‘erro profissional’) contém o chamado ‘*erro escusável*’, ou seja, justificável quando se cuida de técnica conhecida, usual e aceita.

A segunda hipótese (‘imperícia’) contém o ‘*erro inescusável*’ ou não justificável, portanto erro punível no plano civil e que impõe o dever de reparar.

[...]

O erro profissional não pode ser objeto de valoração pelo Juiz, nem pode ser considerado como hipótese de imperícia, imprudência ou negligência.<sup>80</sup>

Não é da competência do juiz, por desconhecer aspectos intrínsecos da atividade médica, pronunciar-se sobre qual seria a técnica mais adequada ao tratamento de determinada enfermidade. Não cabe a ele optar entre as técnicas de uma ou outra escola, desde que sejam plenamente aceitáveis no mundo da ciência médica. “É que a imperfeição da ciência é uma realidade. Daí a escusa que tolera a falibilidade do profissional”<sup>81</sup>, não devendo, portanto, segundo melhor doutrina, ser considerado como culpa o erro profissional, exceção feita ao erro grosseiro.

O erro de técnica é apreciado com prudente reserva pelos tribunais. Com efeito, o julgador não deve nem pode entrar em apreciações de ordem técnica quanto aos métodos científicos que, por sua natureza, sejam passíveis de dúvidas e discussões.<sup>82</sup>

A diferenciação entre o erro médico e o erro profissional é realmente matéria árdua e de difícil compreensão, no entanto, trazemos a título de exemplo uma situação na qual vislumbramos a ocorrência do erro profissional. Suponhamos encontrar-se o médico diante de um paciente corretamente diagnosticado com úlcera gástrica. Diante desta constatação tem o profissional dois caminhos possíveis a seguir, quais sejam: o tratamento medicamentoso ou o cirúrgico, sendo ambos plenamente aceitos pela prática médica diante das condições em que se encontra o

<sup>80</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 532.

<sup>81</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 539.

<sup>82</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 353.

paciente. Assim, tendo-se optado pelo tratamento medicamentoso, e no decorrer deste ocorra uma perfuração da úlcera gástrica, com conseqüente peritonite – inflamação do peritônio –, ou optando-se pelo tratamento cirúrgico, observe-se a ocorrência de refluxo gastro-esofágico, não poderá se atribuir culpa ao médico por qualquer dos resultados, pois os eventos supramencionados fazem parte de possíveis evoluções naturais da patologia, caracterizando-se o ocorrido como verdadeiro erro profissional.

Todavia, importante ressaltar que mostrando-se o médico imperito, por inadmissível desconhecimento da ciência médica, alcançando, desta maneira, sua conduta ao *status* de erro grosseiro, ou seja, inescusável, seu procedimento se transmuda em óbvio proceder culposos, obrigando-o a indenizar a vítima.

Mister advertir que apesar da doutrina majoritária sustentar a impossibilidade dos Tribunais se lançarem em apreciações de ordem técnica, tais como, oportunidade da intervenção cirúrgica, melhor método a empregar ou melhor tratamento a seguir, há quem sustente que, hoje, apoiado em laudos periciais e em obras médicas de referência, nada impede análise o julgador erros desta natureza.<sup>83</sup>

Rui Stoco assevera em sua obra que além da responsabilização pelos erros médicos propriamente ditos, podem ainda ensejar indenização o afastamento do esculápio de outros deveres aos quais está adstrito, diretamente relacionados a preceitos éticos e morais e que são na verdade antecedentes ou anteriores a sua atuação propriamente dita junto ao paciente.<sup>84</sup>

Causas diversas de erro médico, que poderão levar à obrigação de indenizar:

- I – a violação da lei ou do regulamento e o abuso de poder;
- II – a prática de experiências médicas com técnicas não aceitas;
- III – deixar de informar e aconselhar adequadamente o paciente;
- IV – o erro grosseiro no diagnóstico como causa do insucesso no procedimento médico;
- V – a quebra do sigilo médico;
- VI – exorbitar dos limites estabelecidos no contrato;
- VII – a violação do consentimento do paciente;
- VIII – omitir ou negar socorro em caso de iminente perigo de vida ou urgência.<sup>85</sup> (grifo nosso)

<sup>83</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

<sup>84</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 532.

<sup>85</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 531.

O erro de diagnóstico consiste no desacerto do médico na determinação da doença do paciente, seus caracteres e suas causas, “caracteriza-se pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso.”<sup>86</sup> Poderá esta espécie de erro consistir em erro médico ou erro profissional conforme fosse possível ou não, ao tempo do diagnóstico, obter o médico, à luz da ciência e dos avanços técnicos da medicina, a certeza do resultado.<sup>87</sup>

Se a resposta for afirmativa, estará caracterizada a sua culpa, sob a modalidade de negligência, considerando que deveria ter submetido o seu cliente a esses exames e não fez, concluindo por um diagnóstico sem que tivesse base científica para isso.

Se a resposta for negativa, não se poderá falar em culpa, pois o equívoco, transmutado em mero erro profissional, não foi querido, desejado, nem nas circunstâncias se poderia exigir maior atenção, cuidado ou precisão do médico. É o erro justificável ou escusável.

[...]

Cabe fazer aquela distinção entre o erro injustificável e, portanto, culposos, e o erro profissional justificável, por não se poder, nas circunstâncias, exigir outro comportamento médico à luz do estado da ciência.<sup>88</sup>

Nas palavras de Aguiar Dias são exemplos de erro de diagnóstico:

a) o tratamento, como fratura, de ferida causada pela introdução de um estilhaço de madeira na perna do paciente; b) tomar uma mulher grávida como portadora de fibroma e operá-la, causando-lhe a morte; c) aplicar ao doente o tratamento de uma doença que não tinha, sem se esforçar por descobrir de que moléstia realmente se tratava; d) o contra-senso cometido pelo médico em face de radiografia terminantemente clara; e) ou o diagnóstico leviano ou inexato, em presença de sintomas positivamente contrários aos apresentados pela moléstia, e malgrado o protesto energético do doente.<sup>89</sup>

Enfim, para se caracterizar como erro de diagnóstico, deverá a atuação do médico ser grave e inescusável, a exemplo da prescrição de tratamentos inadequados e da realização de intervenções cirúrgicas desnecessárias, ou seja, erros grosseiros.

### 3.5 Iatrogenia

<sup>86</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 87.

<sup>87</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 541.

<sup>88</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 541.

<sup>89</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 343-354.

A iatrogenia caracteriza-se como seqüela ou lesão previsível e decorrente de tratamento médico necessário, portanto, terminantemente dissociada do conceito de culpa e incapaz de conduzir a responsabilização do médico. Nas palavras de Aguiar Dias: “ou ocorre a lesão iatrogênica e, nesse caso, não se pode apontar culpa do médico em nenhuma de suas modalidades, ou a lesão iatrogênica não fica caracterizada, por ter decorrido a lesão de imperícia, imprudência ou negligência.”<sup>90</sup>

Exemplo muito explicativos do que trata este tipo de lesão são: a) a cicatriz inevitavelmente deixada por indispensável cirurgia cardiotorácica, na qual seria absolutamente impossível a realização de determinada intervenção no coração do paciente no intuito de salvá-lo sem a abertura de sua caixa torácica; b) a amputação da perna de um paciente diabético em razão da ocorrência de gangrena; c) a mastectomia realizada em virtude de câncer em estágio avançado etc.

O acórdão abaixo transcrito aborda com propriedade o tema:

“Se por um lado, a lesão previsível – iatrogenia – é resultado do atuar médico, **por outro**, a imprudência, a negligência e a imperícia são causas que, uma vez comprovadas, geram reparação civil. Definida como lesão previsível ou seqüela do tratamento decorrente da invasão do corpo, a iatrogenia, ou dano iatrogênico, é também identificado como dano necessário e esperado do atuar médico. A medicina moderna, ao conceituar a iatrogenia como todo dano causado ao paciente pela ação médica ou males provocados pelo tratamento prescrito, estanca de forma direta o ingresso no campo da responsabilidade civil, já que os profissionais médicos, que cuidam da saúde alheia, assumem uma obrigação de meio com a finalidade de aplicar a arte, perícia e zelo que detêm e que seus pacientes presumem, cuja aferição de eventual desvio não vai além da reparação terapêutica. **Afastado, pois, o erro médico, conclui-se que o dano suportado pelo autor é iatrogênico**, previsível e necessário no tratamento a que foi submetido o autor, decorrente, pois, do atuar médico, isento de responsabilidade.” (TJ-RS – Ac. Unân. da 9ª Câ. Cív., reg. Em 23-6-2005 – AP 11.913/2004 – Relator desembargador Maldonado Carvalho)<sup>91</sup> (grifo do autor)

Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira de Souza, na obra Responsabilidade civil médica e hospitalar, fazem uma diferente classificação da iatrogenia, dividindo-a em iatrogenia *lato sensu* e iatrogenia *stricto sensu*.

Segundo os mencionados autores a iatrogenia *lato sensu* se caracterizaria

<sup>90</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 343-355.

<sup>91</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 343-355-356.

como qualquer dano causado ao paciente pelo médico, seja ele proveniente ou não de falha no atuar médico. A iatrogenia *stricto sensu*, entretanto, seria a seqüela causada como medida imprescindível a salvar a vida de um paciente.<sup>92</sup> Nas palavras dos autores: “Há muitos procedimentos que causam seqüelas ao paciente, mas que precisam ser realizados em razão de não existir outro tratamento para aquele mal, isso num dado momento, é claro.”<sup>93</sup>

Por fim, asseveram os autores que a ocorrência de lesão iatrogênica *stricto sensu* implica na automática quebra do nexo de causalidade entre o dano e a conduta médica, haja vista sua inevitabilidade. Ressaltam, no entanto, que é imprescindível para a quebra do nexo causal que o médico tenha cumprido seu dever de informação e comunicado ao paciente sobre a possibilidade da lesão iatrogênica *stricto sensu*, pois do contrário, ainda que assim classificada, poderá o profissional por ela ser responsabilizado.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p. 47-49.

<sup>93</sup> COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 49.

<sup>94</sup> COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 50-51.

## 4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

### 4.1 Surgimento e evolução da cirurgia plástica

No final do século XIX, diante do surgimento das primeiras próteses nasais, que deram origem ao que hoje conhecemos como rinoplastia, surge com dimensões ainda extremamente incipientes a cirurgia plástica. No entanto, ela somente passa a ser reconhecida como especialidade médica em 1914 com vista à readaptação funcional dos traumatizados de guerra<sup>95</sup>, despontando neste momento a cirurgia plástica reparadora.

Diante da evolução da sociedade e da ciência médica, impulsionada pela natural insatisfação do ser humano com aspectos de sua aparência, surge a cirurgia plástica estética ou cosmetológica, inicialmente definida por alguns como prática imoral e indigna da medicina e, também, classificada como atividade ilícita por trazer riscos ao corpo perfeitamente saudável e livre de qualquer moléstia.

Merece aqui transcrição fidedigna causa célebre julgada na França acerca do caso de uma modista que por achar suas pernas um tanto quanto grossas acaba por se submeter a uma cirurgia plástica estética – naqueles tempos ainda dotada de ares experimentais e desprovida da credibilidade que hoje lhe é outorgada – culminando na amputação de sua perna:

Tratava-se de jovem senhora, modista de profissão, bonita e gozando de saúde. Lamentavelmente, *'elle avait les jambes un peu fortes'*, como disse o famoso advogado que lhe levou a causa aos tribunais. Informada de que a medicina estética, graças aos grandes progressos dessa época, era capaz de realizar o milagre de lhe adelgaçar as pernas, seja este ou não um sinal de sua prudência, o certo é que ela não se dirigiu a nenhum instituto de beleza, nem a médicos mais ou menos levianos que anunciam nos jornais. Procurou uma fonte de informações absolutamente séria: as indicações afixadas à porta do Hospital Beaujon. Aí, leu que eram especialidades do Dr. Léopold Levy as doenças da circulação e obesidade. Este médico era autoridade conhecida no que respeita a doenças glandulares, a que são atribuídos muitos distúrbios do corpo humano, entre os quais o gigantismo, e tinha realizado experiências satisfatórias mediante tratamento das glândulas responsáveis por anormalidade desse gênero.

Foi procurado pela modista, a quem examinou com todo o

---

<sup>95</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 545.

cuidado, verificando que ela gozava de perfeita saúde. Daí desenganá-la a respeito de qualquer possibilidade de obter o que desejava.

Decepcionada sobre as vantagens de um tratamento clínico, a jovem indagou do Dr. Levy se não lhe seria possível chegar ao mesmo resultado através da cirurgia estética. Respondeu-lhe o médico, cuja prudência ressalta de cada ato seu, constituindo um exemplo a seguir pelo profissional consciencioso, que a cirurgia estética não era de seu domínio. Contudo, aconselhava-a a refletir bem na escolha do profissional, advertindo, mais, que as operações são sempre graves, pelo que redobrado devia ser o cuidado na escolha do cirurgião. A pedido da cliente, indicou-lhe o Doutor Dujarrier, médico de lisonjeira fama, capaz de oferecer as garantias necessárias à ansiosa senhora. Não podia ela encontrar mais confortadora resposta. Disse-lhe o Dr. Dujarrier que se tratava de um excesso de gordura nas pernas que podia ser removido mediante operação rápida e sem perigo, depois da qual nada mais restaria além de uma pequena cicatriz. Providenciou para que, logo no dia seguinte, fosse a consulente internada em sua clínica, dando-lhe com mais essa providência outro sinal de que nada tinha a temer.

No dia imediato, procedeu-lhe à operação. Havia o médico afirmado que ela não duraria mais de 20 minutos, mas levou uma hora e meia na intervenção, restrita, mesmo assim, a uma das pernas. O processo operatório consistiu, não como se poderia imaginar, em mera ablação da massa gordurosa, mas em retirada de volumosa massa muscular, ao fim da qual tentou o Dr. Dujarrier unir os bordos da incisão, o que não conseguiu, pois os pontos de sutura saltavam pela pressão dos músculos. Diante disso, a perna operada teve de ser envolvida de maneira a ser mantido fechado o corte operatório.

Passado o efeito da anestesia prévia, a cliente começou a sentir dores atrozes, que só puderam ser acalmadas com injeções de morfina. Nessa tarde e no dia seguinte, o médico, tendo vindo vê-la, pediu-lhe que tentasse mover o pé, o que ela não conseguiu e foi motivo de inquietação para ele. Nessa noite, redobrados foram os padecimentos da pobre senhora, a ponto de impressionar o pessoal do hospital, que, logo de manhã, à chegada do assistente do operador, lhe comunicou o acontecido. Tendo verificado, num rápido exame, a presença de gangrena na perna operada, o assistente se apressou em procurar o Dr. Dujarrier, que, confirmando, por sua vez, o acerto da opinião do colega, entrou a lutar contra o mal, procurando salvar o membro doente. Ao cabo de três semanas, não houve remédio senão amputá-lo. A cicatrização foi longa e, em consequência da situação criada, a operada teve de vender a sua casa de comércio.

Proposta ação contra o Dr. Dujarrier, alegou a autora como fatos caracterizadores da responsabilidade: a) erro operatório, que consistiu em cortar a massa muscular da perna, acarretando lesão ao funcionamento do pé e artelhos e interrupção ou, pelo menos, grave perturbação à circulação do sangue no membro inferior, condições em que devia inevitavelmente produzir-se a gangrena; a circulação estava, ainda, sensivelmente comprometida pela atadura empregada para manter ligados os bordos da incisão; b) abandono da cliente: o médico não cuidou de vigiar a circulação após a intervenção e só três dias depois quando da parte operada

começava a desprender-se o odor característico da gangrena, é que fez cortar as ataduras; c) o próprio fato da operação: o corpo humano é coisa sagrada, verdade filosófica, social e religiosa e também verdade jurídica; o próprio indivíduo não tem direito de mutilar o seu corpo; o cirurgião não pode intervir no corpo humano senão para curar, isto é, para defendê-lo da morte ou dos sofrimentos; d) falta de advertência sobre o risco operatório, de forma a obter consentimento válido da cliente; o fato de não haver o médico operado por impulso de lucro não mudava a questão; o cirurgião não estivera em presença de um doente aflito, a braços com uma crise mortal ou sofrimentos terríveis, mas diante de uma pessoa de saúde perfeita, a quem operou inútil e criminosamente.

A cirurgia estética foi vivamente combatida pelo advogado da autora. Disse que compreendia perfeitamente que se procurasse remediar os defeitos físicos causados ao ferimento de guerra, porque nesse caso a intervenção do médico é reparadora. Mas que não podia admitir a cirurgia estética em presença de mera imperfeição física, principalmente sobre o corpo feminino, a pretexto de rejuvenescê-lo ou de colocá-lo de acordo com a moda.

Defendeu-se o cirurgião responsabilizado, alegando, principalmente, que: a) os tribunais distinguem o homem do profissional: o cirurgião que opera em estado de embriaguez, o médico que se engana no medicamento, que abandona o doente, responde como homem; responde como profissional o que age com ignorância da arte médica; de modo que, no caso não havia senão examinar se o Dr. Dujarrier cometera imprudência ou atuara de forma contrária ao bom senso; b) a operação fora feita em vista do enervamento da cliente, que considerava verdadeira moléstia a excessiva gordura de suas pernas; o cirurgião, além de não haver cometido crime algum, estava na persuasão de prestar um serviço à cliente; deve considerar-se que, para muitas mulheres, a beleza é uma necessidade do ofício, perfeitamente digna: o modelo profissional ou o 'manequim' da casa de modas não podem continuar a ganhar a vida desse modo se apresentam um corpo desgracioso; d) a cirurgia estética é, pois necessária; os defeitos físicos conduzem a estados psíquicos que podem ir da simples tristeza à loucura e ao suicídio; portanto, não é só para ajudar os caprichos que agem os médicos que a praticam; trata-se, então, de uma arte da qual se deve falar com o respeito devido às mais nobres manifestações da ciência; e) a cliente não foi abandonada: com efeito, não se pode exigir que o médico permaneça incessantemente ao pé do leito do doente; f) a operação consistia em um processo operatório semelhante ao empregado no tratamento das varizes; lamentavelmente, porém, a cliente do Dr. Dujarrier tinha a pele extremamente rígida: assim, não obstante haver o Dr. Dujarrier praticado a operação de conformidade com todas as regras da arte, terem sido os curativos feitos regularmente, sobreveio a infecção; tratava-se de uma anomalia fisiológica, que o cirurgião não podia prever. Todos os dias a natureza contradiz princípios firmemente estabelecidos.

As conclusões do procurador-geral foram favoráveis à autora, sustentando que o cirurgião não tem, em nome da beleza e da estética o direito de operar uma pessoa perfeitamente sã. Deve o cirurgião evitar todo e qualquer ultraje à natureza, se quer conservar o caráter augusto, sagrado, de que foi investido e que não lhe permite ceder às palavras nervosas de uma jovem impressionada

com o fato de não estar a linha de suas pernas em harmonia com a moda do dia.

A sentença condenou o cirurgião, considerando: a) que a operação do gênero da que ele realizara é delicadíssima; b) que o simples fato de efetuá-la no único propósito de corrigir o defeito da perna, sem qualquer utilidade para a saúde da operada, empenha a responsabilidade; c) que, se, como disse o cirurgião em sua defesa, tinha operado para atender a uma necessidade moral, o fato da excitação da cliente o aconselharia a adiar a operação, pois aquele estado de exaltação da cliente lhe retirava o livre-arbítrio; d) que estabelecida a circunstância de apresentar a cliente uma pele excessivamente rígida, não escusaria o médico, que teria agido com imprudência, não se certificando previamente desse pormenor.<sup>96</sup>

A princípio a jurisprudência francesa, no intuito de proteger a vida e a saúde dos pacientes de intervenções contempladas como desnecessárias, dispensava a verificação de imperícia, imprudência ou negligência do cirurgião plástico, considerando culposo qualquer evento danoso advindo da atuação deste profissional, responsabilizando-o quase que objetivamente.<sup>97</sup>

Se o caso em questão fosse hoje julgado, também seria o médico condenado. No entanto, não em razão da reprovação da cirurgia estética em si – atividade plenamente aceita na atualidade –, mas em virtude da negligência do cirurgião, que não atentou para a particular característica da pele da autora, que segundo a doutrina médica é perfeitamente possível de ser verificada.

A negligência do cirurgião no tocante a observação do tipo de pele da autora, associada a outros fatores como: a inadequada tentativa de forçar a sutura, a falta de vigilância constante do processo de cicatrização e a falta de atenção aos sintomas manifestados, acabaram por resultar no surgimento da gangrena e na conseqüente amputação de sua perna. Logo, diante destes fatores, seria o Dr. Dujarrier, sem sombra de dúvidas, responsabilizado pelos danos causados à autora.<sup>98</sup>

São pontos marcantes da evolução da cirurgia plástica no mundo: o surgimento da Sociedade Científica Francesa de Cirurgia Reparadora, Plástica e Estética em 1930, o nascimento da expressão cosmetologia no Congresso Internacional de Dermatologia, em Bucareste, capital da Romênia, em 1935 e o

<sup>96</sup> SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. vol. 21, p. 268 e segs. *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 373-376.

<sup>97</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 171.

<sup>98</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 373-378.

aparecimento da Sociedade Francesa de Cosmetologia em 1950<sup>99</sup>, tendo esta organização da classe médica gradativamente alçado a outro patamar a questão da cirurgia plástica, especialmente na sua modalidade estética.

Hodiernamente, encontra-se superada a longa discussão gerada em torno da liceidade da cirurgia plástica. Autores de grande prestígio como José de Aguiar Dias, Caio Mário da Silva Pereira e João Manuel de Carvalho Santos narram em suas obras as diversas fases engendradas por essa discussão até se pacificar no ordenamento jurídico pátrio e alienígena o entendimento de tratar-se a cirurgia estética de especialidade médica lícita, posto ter o ser humano, além do direito de cuidar de sua saúde, o direito de cuidar de sua aparência.<sup>100</sup>

Assim, constata-se na atualidade clara subdivisão dentro desta especialidade médica: de um lado a cirurgia reparadora, ligada a reconstrução de tecidos danificados oriundos, normalmente, de problemas congênitos e acidentes, e de outro a cirurgia estética ou cosmetológica, relacionada a insatisfação dos indivíduos com seus corpos e aos usuais problemas psíquicos relacionados a este desagrado, trazendo, assim, barreiras ao convívio social em razão do sentimento de inadequação a padrões pré-estabelecidos de beleza.

Diante da intensificação do culto ao corpo e dos grandes avanços técnicos no campo da cirurgia plástica, com técnicas cada vez mais modernas e menos invasivas, observa-se um exponencial aumento da procura por este tipo de intervenção cirúrgica, notadamente no que tange às cirurgias de caráter meramente estético, tais como, implantes de próteses de silicone, rinoplastias, lipoaspirações, “*face lifts*”, dentre outras.

Necessário, portanto, conceituar com maiores minudências estas duas subespecialidades da cirurgia plástica e suas conseqüências no mundo do Direito, bem como, comparar suas mais relevantes características com a prática médica em geral, o que se buscará fazer ao longo deste capítulo.

## 4.2 Cirurgia plástica estética e cirurgia plástica reparadora

<sup>99</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 545-546.

<sup>100</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 401-402.

A cirurgia plástica estética caracteriza-se como vertente eminentemente moderna da ciência médica, no entanto, sua aplicação não tem sido encarada com muita benevolência pelos Tribunais, ainda indignados diante da feição menos nobre da cirurgia cosmetológica posta a serviço de vaidades e futilidades, traduzidas em inexequíveis processos de rejuvenescimento, mas deslembrados, todavia, das admiráveis possibilidades que esta especialidade médica pode abrir à humanidade dentro das altas finalidades da arte médica.<sup>101</sup>

Contudo, este rigor com que vem sendo tratada a cirurgia plástica circunscreve-se apenas a sua vertente cosmetológica, pois resta pacificado na doutrina e jurisprudência a classificação da cirurgia plástica reparadora como tão necessária e imprescindível quanto qualquer outra especialidade cirúrgica ou clínica, haja vista fundamentada em objetivos estritamente terapêuticos.

Claramente filiado a uma corrente ainda muito conservadora, o professor de medicina legal Genival Veloso da França após enaltecer a cirurgia reparadora, que corrige lesões sofridas em acidentes, lábios leporinos e queimaduras, tacha a cirurgia cosmetológica de prática imoral por pretender resgatar a juventude de indivíduos sexagenários, contrariando o natural e irreversível processo de envelhecimento do ser humano.<sup>102</sup>

Em sentido absolutamente oposto, leciona o cirurgião plástico Paulo Roberto de Souza Janete ao diferenciar estes dois ramos distintos da cirurgia plástica assim considerados: enquanto a cirurgia reparadora tem por objetivo a reconstrução de tecidos danificados, seja em razão de doenças congênitas ou adquiridas ou em virtude da ocorrência de acidentes, a cirurgia estética, apesar de rotulada por muitos como meramente cosmética e desnecessária, tem por objetivo cuidar de doenças da alma, pois muitas das vezes um indivíduo convive mais facilmente com uma patologia, propriamente dita, do que com um problema estético que afete sua aparência. Todavia, alerta para o fato de que, apesar de ser princípio básico da cirurgia plástica o respeito e a preservação das dobras e linhas naturais do corpo humano, deve o paciente ter em mente que não existe cirurgia sem cicatriz, ainda

<sup>101</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 373.

<sup>102</sup> FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**. 8. Ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK-Prociencx, 2003. p. 142, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 177.

que escondida ou imperceptível.<sup>103</sup>

Afirma, ainda, o mencionado cirurgião:

Os pacientes da cirurgia plástica estética são, em sua maioria, mulheres na faixa de 30 a 50 anos de idade, carentes de afetividade, geralmente superando ou recuperando perdas (final de um casamento, traumas, vida atribulada, crise existencial), acreditando que a cirurgia e a modificação de sua aparência física irá resolver seus problemas. Um outro tipo de paciente é aquele que tem um problema e busca resolvê-lo, como, por exemplo, a mulher que engordou mais de quinze quilos na gravidez e após o parto ficou com o abdome flácido ou com os seios caídos.<sup>104</sup>

Frise-se, entretanto, que diante da sociedade moderna, onde se exige cada vez mais da aparência do indivíduo, observa-se um gradual abandono de preconceitos machistas que impediam os homens de exteriorizarem sua vaidade, tornando-os verdadeiros consumidores de tratamentos estéticos dos mais variados tipos, recorrendo inclusive a cirurgias plásticas.

Esta crescente inserção do público masculino entre os pacientes da cirurgia plástica estética é relatada por Miguel Kfourri:

A cirurgia plástica, antes destinada quase que exclusivamente às mulheres, atualmente também é utilizada pelo sexo masculino. Em 1994, os homens representavam 5% do total de pacientes nessa especialidade cirúrgica – percentual que saltou para os 30%, em 1999. Pelas estatísticas os médicos prevêem para breve a igualdade. Retirada de bolsas de gordura sob os olhos (blefaroplastia) e lipoaspiração em torno da cintura são as cirurgias mais procuradas pela ala masculina.<sup>105</sup>

Aguiar Dias considera desarrazoado qualquer posicionamento contrário à cirurgia plástica estética, qual seja, a que tem por objetivo o simples aperfeiçoamento da aparência física do indivíduo. Até mesmo porque a intervenção estética nem sempre está ligada a futilidades ou a vaidade, mas a fatores relacionados a depressões psíquicas, constituindo a cirurgia nestes casos verdadeira exigência da saúde do indivíduo,<sup>106</sup> que busca através dela seu

<sup>103</sup> JANETE, Paulo Roberto de Souza. Iatrogenia em cirurgia plástica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 548.

<sup>104</sup> JANETE, Paulo Roberto de Souza. Iatrogenia em cirurgia plástica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 548.

<sup>105</sup> **Gazeta do Povo**. Curitiba. 13.03.2001, pag. 2, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova: presunções, perda de uma chance, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 242-243.

<sup>106</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:

reequilíbrio emocional, a alegria de viver, a facilitação no relacionamento com seus semelhantes etc.

De acordo com os ensinamentos de Miguel Kfouri Neto:

Nesse contexto, indubitosa é a feição curativa de que pode se revestir a cirurgia estética. Enfermidade não é apenas o processo patológico de degeneração orgânica ou física. Existe uma variada gama de moléstias mentais e de perturbações psíquicas. A cirurgia estética pode atenuar ou eliminar totalmente um mal-estar, não físico, mas psíquico ou moral.<sup>107</sup>

Assim sendo, saúde deve ser entendida não só como o bem estar físico, mas também o psíquico, moral e social, pois livre de imperfeições que o incomodavam torna-se o indivíduo uma pessoa mais segura e, por isso, melhor inserida dentro da sociedade.

Ao discorrer sobre as finalidades da cirurgia estética e sua liceidade, assegura o saudoso Professor Caio Mário da Silva Pereira:

No meio-dia da vida, homens e mulheres, sentindo os primeiros sintomas externos da degeneração dos tecidos, procuram, por vaidade ou por necessidade de melhorar a aparência, a cirurgia estética como meio de obtê-lo. Anunciam-se na imprensa 'centros estéticos', multiplicam-se os profissionais nessa especialidade, e alguns se tornam socialmente prestigiosos, e até mundialmente famosos. Dentro de tais conceitos é de se admitir a realização da cirurgia plástica como atividade normal e acontecimento quotidiano. Desta forma, afasta-se totalmente a idéia da iliceidade, e de que constitui ela, em si mesma, fundamento da responsabilidade civil. É uma atividade lícita e uma especialidade médica como outra qualquer. As pessoas têm o direito de cuidar de sua aparência, do mesmo modo que de sua saúde, e o médico que a isso se dedica recebe o mesmo tratamento que outro qualquer facultativo.<sup>108</sup>

Hodiernamente não restam dúvidas de que a cirurgia plástica encontra-se totalmente integrada ao universo do tratamento médico, devendo-se abandonar qualquer resquício dos tempos em que se considerava a cirurgia estética como mero capricho de quem a ela se submetia, pois dificilmente um indivíduo busca a cirurgia plástica imbuído de leviandade e sem qualquer real necessidade, ao menos de ordem psíquica.<sup>109</sup>

---

Renovar, 2006. p. 373-378.

<sup>107</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 180.

<sup>108</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 168-169, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 175-176.

<sup>109</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 171.

Na mesma esteira estão os ensinamentos de Rui Stoco que considera nitidamente lícitas as intervenções cirúrgicas de finalidade puramente estética ou embelezadora desde que seja este o desejo do paciente, bem como, seja a intervenção necessária ou o defeito a ser removido ou atenuado motivador de desequilíbrio psicológico do indivíduo.<sup>110</sup>

Corroborando o posicionamento dos autores acima mencionados dispõe o Código de Ética Médica em seu art. 6º:

**O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente.** Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade. (grifo nosso)

Destarte, deve-se entender este atuar “em benefício do paciente”, como a utilização por parte do médico de todos os meios ao seu alcance com o objetivo único de zelar pela saúde do paciente, seja ela física ou psíquica, incluindo-se, assim, como instrumento de melhora da qualidade de vida a cirurgia plástica estética.

Não quer esta liceidade, todavia, transmudar esta ciência em um comércio. O médico competente, comprometido e zeloso, sempre sopesa os riscos da intervenção com os possíveis benefícios dela advindos, nunca expondo o paciente a riscos desnecessários ou demasiadamente altos.

Neste sentido Joaquim Ataz López:

Quando a vida do paciente corre perigo, o médico tem uma grande margem de atuação; ao contrário, quando o paciente não corre risco algum, essa liberdade de atuação resta seriamente diminuída. Deve haver uma proporção razoável entre riscos assumidos e benefícios esperados – e isso deve ser levado em consideração, concretamente, nesses casos em que os possíveis benefícios não permitem arriscar o paciente mediante um tratamento duvidoso ou pouco provado.<sup>111</sup>

Dentre os diversos tipos de intervenções existentes dentro cirurgia plástica estética, a lipoaspiração tem sido responsável pelo maior número de reclamações dirigidas aos Conselhos Regionais de Medicina e a Sociedade Brasileira de cirurgia

<sup>110</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 547.

<sup>111</sup> LÓPEZ, Joaquim Ataz. **Los médicos y la responsabilidad civil**. Madrid: Montecorvo, 1985.p. 113-115, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 180.

plástica.<sup>112</sup>

O procedimento, consistente na retirada de excessos de gordura por meio de agulha ou cânula, aos olhos do leigo pode parecer simples e corriqueiro, todavia, envolve os mesmo riscos que qualquer outra cirurgia que vão “desde simples hematoma, necrose, infecção, perfuração da cavidade abdominal, embolia pulmonar ou cerebral – até a morte.”<sup>113</sup>

Curial, por conseguinte, enfatizar que apesar de sua característica eletiva a cirurgia plástica estética, mesmo que levada a efeito por profissionais qualificados, observadas as regras de cuidado necessárias e utilizadas técnicas conhecidas e de sucesso, não é desprovida de riscos. Qualquer intervenção cirúrgica no corpo humano abre possibilidades a ocorrência de reações imprevisíveis e por este motivo o cirurgião consciencioso se recusará a realizar qualquer intervenção manifestamente passível de produzir conseqüências funestas a seus pacientes.

### **4.3 Obrigações de meio e de resultado e suas conseqüências em relação ao *onus probandi***

Este tópico tem por objetivo apresentar as principais diferenciações realizadas pela doutrina e jurisprudência em relação à classificação das subespecialidades da cirurgia plástica e suas conseqüências no que tange ao ônus probatório. Neste sentido visa-se, precipuamente, estabelecer a quem incumbirá o *onus probandi* pelo dano advindo da cirurgia plástica, seja ela reparadora ou cosmetológica.

São aplicáveis a cirurgia plástica os princípios gerais que regem a responsabilidade médica. No entanto, no que concerne especificamente à cirurgia estética, há um recrudescimento de alguns deveres como os de informação e consentimento esclarecido, haja vista seu caráter eletivo, posicionamento este compartilhado por toda doutrina, apesar de sua bipartição relativamente ao tipo de obrigação assumida pelos médicos nesta espécie de intervenção cirúrgica.

Conforme anteriormente mencionado a doutrina é uníssona quando se trata

<sup>112</sup> JAVORSKI, Jorge. Lipo lidera queixas contra maus cirurgiões. Paraná: Gazeta do Povo, 08.11.2001. p. 10, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 184.

<sup>113</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 184.

das cirurgias reparadoras, que em virtude de seu caráter essencialmente terapêutico e de notória necessidade é classificada como obrigação de resultado, a ela se aplicando exatamente os mesmos princípios aplicáveis às demais especialidades médicas como um todo, quais sejam, responsabilidade subjetiva e com culpa comprovada nos moldes do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, restando, por conseguinte, ao paciente o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos de seu direito, na forma do art. 333 do Código de Processo Civil.

O cerne da questão reside, no entanto, na classificação do tipo de obrigação assumida pelos esculápios nas cirurgias de caráter cosmetológico, posicionando-se a doutrina majoritária<sup>114</sup> pela classificação deste tipo de intervenção como obrigação de resultado, onde apesar de manter-se subjetiva, respeitando a exceção feita pelo Código do Consumidor aos profissionais liberais, a culpa do médico é presumida, invertendo-se desta forma o *onus probandi*, que se transfere do paciente para o médico que, para elidir esta presunção, deve comprovar que o evento danoso decorreu de causa diversa de sua culpa, ou a existência de alguma causa excludente do nexo de causalidade. Ressalte-se que este é o posicionamento da jurisprudência nacional majoritária, o que acaba por acarretar um olhar pouco favorável dos magistrados e Tribunais aos médicos demandados em ações relacionadas a este tema.

A doutrina e jurisprudência minoritárias<sup>115</sup>, por outro lado, sustentam que a responsabilidade do cirurgião nas cirurgias estéticas, não obstante o recrudescimento dos deveres de informação e obtenção de consentimento esclarecido, não difere da dos demais profissionais, sendo indispensável, portanto, a verificação de sua culpa, pois a medicina não é uma ciência exata e o cirurgião plástico nas intervenções estéticas encontra-se sujeito as mesmas variáveis enfrentadas por todas as demais especialidades médicas.

Procurar-se-á primeiramente expor os argumentos da doutrina majoritária, que classifica a cirurgia estética como obrigação de resultado, para após explanar os principais argumentos da doutrina minoritária, bem como as críticas realizadas pela primeira à segunda.

Nas obrigações de meio deve o paciente provar que o médico não agiu com o grau de diligência dele exigível, ao passo que nas obrigações de resultado, o ônus

---

<sup>114</sup> José de Aguiar Dias, Sérgio Cavalieri Filho, Rui Stoco, Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira, Tereza Ancona Lopez, Savatier etc.

<sup>115</sup> Ruy Rosado de Aguiar Jr., Carlos Alberto Menezes Direito, Luis Andorno, Nestor José Foster etc.

probatório incumbe ao médico, visto recair sobre ele uma presunção de culpa, que poderá ser suprimida por meio da demonstração da ocorrência de causa diversa.<sup>116</sup>

A caracterização da responsabilidade, em cirurgias estéticas, também exige a análise do fator subjetivo de atribuição – a culpa. Ocorre, entretanto – como afirmado linhas atrás – que o ônus da prova se inverte: incumbirá ao médico, para se eximir da responsabilidade, demonstrar claramente culpa exclusiva da vítima (se concorrente, proporcionalizar-se-á a indenização), caso fortuito ou qualquer outra causa que aniquile o nexo causal.<sup>117</sup>

Nas cirurgias reparadoras, por mais competente que seja o médico, não pode ele pretender ou garantir eliminar completamente o defeito, diante do que caracteriza-se sua obrigação como de meio, pois apesar de não poder comprometer-se com o resultado, fará todo possível para melhorar a aparência física do paciente e atenuar sua imperfeição, utilizando-se inclusive da realização de cirurgias sucessivas caso seja necessário.<sup>118</sup>

José de Aguiar Dias assim diferencia a cirurgia cosmetológica da cirurgia reparadora:

No tocante à cirurgia estética, continuam-se a confundir cirurgia reparatória e cirurgia embelezadora. Se aquela pode e deve ser considerada obrigação de meios, a segunda há que ser enquadrada como obrigação de resultado, até pelos termos em que os profissionais, alguns dos quais criminosamente distanciados da ética, se comprometem, sendo generalizada no segundo grupo, ao contrário do que ocorre no primeiro, a promessa do resultado procurado pelo cliente.<sup>119</sup>

Assim, a responsabilidade pelo dano deverá ser apurada com muito maior rigor nas cirurgias cosmetológicas, pois “ninguém se submete a uma operação plástica se não for para obter um resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristezas.”<sup>120</sup>

Sobre o tema observa Sergio Cavaliere Filho:

Não se pode negar o óbvio, que decorre das regras da experiência comum; ninguém se submete aos riscos de uma cirurgia,

<sup>116</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 178.

<sup>117</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 185.

<sup>118</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 402.

<sup>119</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 381.

<sup>120</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980. p. 62, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 547.

nem se dispõe a fazer elevados gastos, para ficar com a mesma aparência, ou ainda pior. O resultado que se quer é claro e preciso, de sorte que, se não for possível alcançá-lo, caberá ao médico provar que o insucesso – total ou parcial da cirurgia – deveu-se a fatores imponderáveis.<sup>121</sup>

Na obrigação de resultado o devedor obriga-se a atingir um determinado resultado, sem o qual não terá cumprido sua obrigação, ou seja, “na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade.”<sup>122</sup>

De acordo com as lições do incomparável professor Caio Mário da Silva Pereira a cirurgia estética gera obrigação de resultado e não de meio, porque o cliente não busca o médico procurando tratamento para uma doença, mas sim a correção de imperfeições e a melhorara de sua aparência. De fato é exatamente neste sentido que o médico se empenha – proporcionar ao cliente o resultado pretendido –, e não na sua cura de uma “doença” que sequer existe. Por conseguinte, caso o médico perceba não ser possível atingir o resultado pretendido pelo paciente, deve ele se abster de realizar a intervenção, pois não deve o cirurgião, em virtude dos deveres de informação e vigilância, expor seu cliente a riscos desproporcionais às vantagens do procedimento.<sup>123</sup>

Nesses casos, não há dúvida, o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido. Se esse resultado não é possível, deve desde logo alertá-lo e se negar a realizar a cirurgia. O ponto nodal, conforme já salientado (item 113.8), será o que foi informado ao paciente, quanto ao resultado esperável. Se o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos (riscos inerentes), eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica.<sup>124</sup>

O que nos interessa para a fixação da natureza da obrigação assumida pelo médico nas cirurgias estéticas é sua atividade fim, qual seja, a promessa de um resultado determinado, o que não acontece nas demais especialidades médicas.

<sup>121</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 403.

<sup>122</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Responsabilidade civil dos médicos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva. 1988. p. 320, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 547.

<sup>123</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 168-169, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 176.

<sup>124</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 402.

Para tanto, os profissionais desta área utilizam-se das mais sofisticadas tecnologias que permitem, por exemplo, através de programas de computador, a projeção do resultado das intervenções cirúrgicas. É possível, portanto, a exata demonstração ao cliente do tipo de resultado que pode ele esperar da atuação do profissional, assim, estabelece-se sem sombra de dúvidas, entre médico e paciente, uma relação contratual de resultado na qual compromete-se o cirurgião com o resultado avençado, devendo por ele responder caso não o alcance.

No caso de insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar.<sup>125</sup>

Miguel Kfoury Neto em sua obra faz uma subdivisão menos usual da cirurgia estética, mas que aqui merece menção, entre cirurgia de caráter estritamente estético e cirurgia estética *lato sensu*. Na primeira estariam incluídas as cirurgias realizadas em pessoas sem qualquer falta de harmonia em suas feições, todavia, disposta a se submeter a uma intervenção cirúrgica no intuito de atingir um modelo ideal de beleza. Já a segunda, a cirurgia estética *lato sensu*, teria por objetivo corrigir pequenas imperfeições da natureza, tais como, um nariz avantajado e de linhas irregulares, resultando em desarmonia estética. Segundo o autor, no primeiro caso a responsabilidade seria presumida com a conseqüente inversão do ônus da prova, no segundo, no entanto, não estaria o médico adstrito a uma obrigação de resultado.<sup>126</sup>

O cirurgião estético deve indispensavelmente pautar sua atuação, e conseqüente realização ou não de intervenções, baseando-se sempre na relação entre os riscos advindos da cirurgia e seus benefícios. Assim, uma vez constatado serem os riscos superiores as vantagens possivelmente geradas pela intervenção, deve o médico recusar-se a realizá-la, porque é a ele que compete a comprovação do estado de necessidade do paciente frente a realização da cirurgia, bem como que esta não oferecia riscos desproporcionais ao fim colimado. Por conseguinte, “toda vez que a saúde, a integridade física ou a vida do paciente estejam em perigo, o médico deverá renunciar ao aperfeiçoamento de caráter estético,

<sup>125</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 403.

<sup>126</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 182-183.

independentemente da vontade do próprio paciente.”<sup>127</sup>

O dever de informação deve ter como parâmetro a razão inversa do risco comportado pelo procedimento a ser realizado, assim como o caráter eletivo da intervenção.

Miguel Kfouri Neto afirma ser inquestionável a responsabilidade do cirurgião que, conhecendo o desequilíbrio entre o muito que se arrisca e o pouco que se espera obter, realiza intervenções estéticas de alto risco, não obstante conte com o consentimento esclarecido do paciente.<sup>128</sup>

Mister frisar ser desprovida de qualquer validade, neste particular, como no caso acima mencionado, a prova do cumprimento do dever de informação e da obtenção do consentimento esclarecido do paciente, pois, na matéria, predomina o princípio da integridade do corpo humano, norma de ordem pública segundo a qual ninguém pode dispor do próprio corpo.

Pode-se, assim, estabelecer critérios, que desde que observados pelo cirurgião, podem, em princípio, isentá-lo da responsabilidade pelo insucesso da intervenção, sejam eles: a razoável necessidade da cirurgia, a superioridade de benefícios em face dos riscos da intervenção e a prática da cirurgia pautada pelas normas da profissão.<sup>129</sup>

Sobre o tema em tela atesta Miguel Kfouri Neto:

As obrigações do cirurgião, nessa especialidade, são agravadas. Deve ele, em primeiro lugar, apreciar a verdade das informações prestadas pelo paciente; depois, sopesar os riscos a enfrentar e resultados esperados; a seguir verificar a oportunidade da cirurgia. Convencido da necessidade da intervenção, incumbe-lhe expor ao paciente as vantagens e desvantagens, a fim de obter seu consentimento. Na cirurgia plástica estética a obrigação de informar é extremamente rigorosa. Mesmo os acidentes mais raros, as seqüelas mais infrequentes, devem ser relatados, pois não há urgência, nem necessidade de intervir.<sup>130</sup>

Ao discorrer sobre os deveres do médico Sergio Cavalieri Filho assegura que os profissionais liberais, como prestadores de serviço que são, estão sujeitos à

<sup>127</sup> CHAMMARD, Georges Boyer; MONZEN, Paul. **La responsabilité médicale**. Paris: PUF, 1974. p. 114 e ss, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 172.

<sup>128</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 180.

<sup>129</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 379.

<sup>130</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 181.

disciplina do Código do Consumidor, pois se foi preciso a eles estabelecer a exceção do art. 14, § 4º, é porque estão subordinados a todos os demais princípios do CDC, tais como o dever de informação, o dever de transparência, a possibilidade de inversão do ônus da prova etc.<sup>131</sup>

Afirma ainda o supramencionado autor:

O Código do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de sua responsabilidade continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo continuam a ser-lhes aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assumem *obrigação de meio*; e as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem *obrigação de resultado*.<sup>132</sup> (grifo do autor)

Diante deste posicionamento, imperiosa se torna a abertura de um parêntese. José de Aguiar Dias ao comentar a possibilidade da inversão do ônus da prova no âmbito da responsabilidade civil médica, originada em obrigação de meio, com base no Código de Defesa do Consumidor – art. 6º, § 8º – cita Sergio Cavalieri Filho:

Não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código de Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor. A hipossuficiência de que ali fala o Código não é apenas econômica, mas também técnica, de sorte que, se o consumidor não tiver condições econômicas ou técnicas para produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor.<sup>133</sup>

Afirma o insigne doutrinador que em edições anteriores de sua obra seu posicionamento era contrário ao de Sergio Cavalieri Filho e outros notáveis autores, haja vista lhe parecer encerrar verdadeira contradição a possibilidade de inversão do ônus da prova nas hipóteses de responsabilidade civil dos profissionais liberais, que de acordo com o art. 14, § 4º, do CDC é subjetiva e com culpa provada, caracterizando verdadeira exceção à garantia genérica estabelecida pelo Código do Consumidor. Segundo o autor, o mencionado artigo (art. 14, § 4º, CDC), diante da possibilidade de inversão do ônus da prova, perderia completamente seu caráter de exceção, transformando a responsabilidade do profissional liberal num caso de culpa

<sup>131</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 404.

<sup>132</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 403.

<sup>133</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 335.

presumida, onde o legislador não a tinha expressamente previsto. Ademais, a hipossuficiência do consumidor, fosse ela econômica ou técnica, bem poderia ser suprida pela garantia da produção de prova pericial sem nenhum ônus para o ofendido, caracterizando-se como desnecessária e injusta a inversão do *onus probandi*.<sup>134</sup>

Aguiar Dias finaliza este assunto em sua obra consignando que este entendimento, contra o qual importantes autores já se manifestaram, inclusive ele, é hoje o que prevalece e para tanto transcreve texto do Desembargador Ênio Zuliani, precursor de sua aplicação prática nos Tribunais e quem o fez mudar de posição em relação ao tema.<sup>135</sup>

A inversão visa contornar as dificuldades da vítima, com o dever de provar a culpa do médico, uma tarefa, na maior parte das vezes, difícil ou impossível de ser cumprida. Essa dificuldade decorre ou de fatores econômicos [falta de patrimônio para financiar a perícia médica] ou da complexidade do fato a ser investigado. Como não existem peritos especializados que se dediquem a cooperar com o Judiciário, o exame médico termina relegado a órgãos públicos que, contando em seus quadros com peritos médicos, desinteressados, apresentam laudos que respondem aos quesitos de forma monossilábica. A efetividade de um processo civil, aberto para realizar justiça, termina frustrada, por esses obstáculos, e a inversão do ônus da prova representa uma saída para essa crise de justiça concreta que compromete a função básica da prestação de serviços judiciários.

A técnica da inversão da carga probatória transfere ao médico o ônus de confirmar que o resultado [realmente danoso, um fato que se tem como notório – artigo 334, I, do CPC, para o processo civil], ocorreu devido às circunstâncias previstas ou imprevistas do tratamento médico aplicado ao caso clínico da paciente e não por culpa verificada no desempenho do serviço. [...]

A inversão do ônus da prova, em casos de ruptura completa ou total destruição da base do negócio [contrato de prestação de serviços], justifica-se pela influência do resultado oposto do acordo de vontades. No caso de uma paciente apresentar-se tetraplégica, como na hipótese examinada pela Terceira Câmara de Direito Privado [Agin. 099.305.4/6, Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, in Boletim AASP 2106, p. 980-j e RF 348/317], ou em outras situações próximas da indigência completa, pelo fim do contrato de meios, passa a ser juridicamente possível esquecer-se de que existiu um contrato de meios [já destruído ou sem chances de sobrevivência] e encarar a questão do proveito da ação de responsabilidade civil pelo sentido democrático da jurisdição. As partes, ex-contratantes, não estão mais na mesma posição para um embate justo ou leal no Judiciário. O fim do contrato trouxe uma desproporção que

<sup>134</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 335.

<sup>135</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 335.

desequilibra o sentido da relação processual e isso faz com que o médico, invulnerável até então, continue desfrutando de um poder contratual que não mais se justifica.<sup>136</sup>

Na doutrina brasileira, bem como, na estrangeira, há quem conteste ser de resultado a obrigação assumida nas cirurgias plásticas estéticas. No ordenamento pátrio quem defende esta corrente, ao menos aqui minoritária, é o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., que, na esteira da doutrina e jurisprudência francesas, sustenta não ser a obrigação assumida pelo cirurgião plástico, seja ela reparadora ou estética, uma obrigação de resultado, mas sim uma obrigação de meio, haja vista estar sujeita aos mesmos riscos e variáveis presentes em qualquer outra espécie de cirurgia tais como: reação do próprio organismo, infecção hospitalar, tipo de pele extremamente sensível etc. Destarte, só poderia o cirurgião plástico ser responsabilizado pelo descumprimento culposo de sua obrigação de meio quando faltasse com seus deveres de informação e obtenção de consentimento esclarecido.<sup>137</sup>

Miguel Kfoury Neto, em sua obra *Culpa Médica e Ônus da Prova*, inspirado por Jean Penneau discorre: “afirmamos que **a obrigação, em cirurgia estética, não é fundamentalmente diferente da obrigação das demais modalidades de cirurgia, em razão da álea, do imponderável, inerente a todo ato cirúrgico.**”<sup>138</sup> (grifo nosso)

Compartilha também desde pensamento o jurista platino Luís Adorno que de acordo com Rui Stoco, assim se expressou em curso ministrado em Porto Alegre:

Se bem tenhamos participado durante algum tempo deste critério de situar a cirurgia plástica no campo das obrigações de resultado, um exame meditado e profundo da questão nos levou à conclusão de que resulta mais adequado não fazer distinções a respeito, colocando também o campo da cirurgia estética no âmbito das obrigações de meio, isto é, no campo das obrigações gerais de prudência e diligência. É assim, porquanto, como bem assinala o brilhante jurista e catedrático francês e estimado amigo, Prof. François Chabas, de acordo com as conclusões da ciência médica dos últimos tempos, o comportamento da pele humana, de

<sup>136</sup> ZULIANI, Ênio Santarelli. **Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico.** Seleções Jurídicas. COAD, 2003, *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 336.

<sup>137</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 402.

<sup>138</sup> PENNEAU, Jean. **La responsabilité médicale.** Paris: Sirey, 1977, p. 35, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova: presunções, perda de uma chance, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

fundamental importância na cirurgia plástica, é imprevisível em numerosos casos. Ademais, agrega dito jurista, toda intervenção sobre o corpo humano é sempre aleatória.<sup>139</sup>

O grande diferencial, para esta corrente doutrinária, entre a cirurgia plástica estética e todas as demais, aí incluída a cirurgia plástica reparadora, seria o recrudescimento dos deveres de informação e obtenção de consentimento esclarecido, baseados em um padrão de exigência muito superior ao das demais cirurgias, haja vista o caráter eletivo das cirurgias cosmetológicas.

Nestor José Foster partidário da mesma corrente expõe seus argumentos:

É certo que o médico não pode controlar todos os fatores a influírem na cirurgia estética. Basta dar o exemplo do 'quelóide', aquela calosidade cicatricial que pode ocorrer no local da cirurgia. A ciência médica simplesmente desconhece, hoje, porque o quelóide ocorre em algumas pessoas, ao passo que não se apresenta em outras. Portanto, ao realizar cirurgia estética, o cirurgião não tem condições de assegurar ao paciente que não resultará a cicatrização sob forma de quelóide. Se a realidade é esta, e aqui cita-se apenas um exemplo, não há como exigir do médico o resultado. Ainda aqui, pois, seria de meios e não de resultados o contrato com o cirurgião plástico.<sup>140</sup>

Rechaçando os argumentos trazidos pela corrente doutrinária que defende tratar-se de obrigação de meio a assumida pelo médico nas cirurgias estéticas, Sergio Cavaliere Filho afirma que, não obstante características peculiares do corpo do paciente, indetectáveis antes da cirurgia, sejam capazes de levar a resultados inesperados, tais circunstâncias não afastam o caráter de resultado da obrigação assumida pelo médico nas cirurgias plásticas estéticas.<sup>141</sup>

No mesmo sentido contesta Rui Stoco:

A eventual ocorrência de fatores e reações estranhas a cirurgia não infirma a tese da obrigação de resultado do médico, eis que se postam como causas eficientes autônomas e se configuram como excludentes por romperem o nexa etiológico.<sup>142</sup>

Miguel Kfoury Neto trata com muita propriedade sobre essa divergência

<sup>139</sup> ANDORNO, Luis. **La responsabilidad civil médica**. Revista *Ajuris*, 1993. n.59. p. 54, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 546.

<sup>140</sup> FOSTER, Nestor José. **Cirurgia plástica: obrigação de resultado ou de meio?** Revista dos Tribunais. v. 738. p. 83, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 546.

<sup>141</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 402-403.

<sup>142</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 547.

doutrinária ao afirmar:

Embora os estudiosos se inclinem a enquadrar a cirurgia plástica com finalidade preponderantemente estética no figurino das obrigações de meios, os Tribunais ainda se mostram refratários à evolução doutrinária. Afirma-se, por exemplo, que para outros médicos o resultado pode ser uma incógnita; para os cirurgiões plásticos, nas intervenções embelezadoras, deverá ser uma certeza. Chega-se mesmo a reconhecer a existência de responsabilidade sem culpa – ou objetiva – do cirurgião plástico, o que é evidente equívoco.<sup>143</sup>

Assim, a despeito dos argumentos trazidos pela corrente doutrinária que defende a natureza de meio da obrigação assumida nas cirurgias estéticas, ainda prevalece no nosso ordenamento a classificação da obrigação assumida por esta especialidade médica como de resultado e, portanto, com culpa presumida e inversão do *onus probandi*.

Cabe fazer distinção, dentro das cirurgias plásticas cosmetológicas, entre as que simplesmente não obtêm o resultado contratado e as que além de não atingirem o resultado esperado, causam lesão estética à vítima, sejam elas definitivas ou não.

Em uma primeira hipótese, não obtido o resultado esperado, mas também não causado nenhum outro dano ao paciente, caberá ao cirurgião restituir integralmente o valor despendido pelo cliente. Na segunda hipótese, não alcançado o resultado e causado dano estético ao paciente, todavia, reversível, deverá o profissional restituir o valor pago pelo cliente e proceder, às suas expensas, a nova cirurgia para corrigir o defeito causado. É claro, que se o cliente se negar a realizar a nova cirurgia com o mesmo médico, por ter sido a confiança nele depositada abalada, deverá o profissional causador do dano custear todas as despesas da cirurgia reparadora a ser realizada por outro médico escolhido pelo cliente. Numa terceira hipótese, não alcançado o resultado avençado e causado dano estético ao paciente, mas desta vez definitivo e irreparável, deverá o cirurgião restituir, como nas outras hipóteses, o valor pago pelo cliente e, ainda, indenizar-lhe pelos danos estéticos e morais a ele infligidos.<sup>144</sup>

Orlando Gomes assevera que predomina na doutrina e na jurisprudência “em relação à atividade do cirurgião plástico, em cirurgias estéticas, que a execução defeituosa da obrigação (frustração do resultado) equivale, juridicamente, à

<sup>143</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 185.

<sup>144</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 548.

inexecução total.”<sup>145</sup>

Mister frisar que há casos, no entanto, nos quais, mesmo aplicando o cirurgião técnicas consagradas e utilizadas em diversos outros pacientes com absoluto sucesso, não se alcança o resultado esperado. Nestas eventualidades, diante do insucesso da intervenção – seja ele parcial ou total – em razão de característica particular do paciente, impossível de ser detectada antes da cirurgia, restará caracterizada verdadeira causa excludente da responsabilidade médica.<sup>146</sup>

Se constituem como exemplos mais freqüentes do tipo de problema acima relatado o surgimento de cicatrizes hipertróficas ou queloidianas, seja em razão de condição específica da pele do paciente ou de infecção posterior ao ato cirúrgico.

Estas espécies de cicatrizes caracterizam-se pelo desequilíbrio entre a síntese de colágeno e sua degradação durante o processo de cicatrização, com o excessivo aumento da produção desta proteína do tecido conjuntivo e conseqüente formação de cicatrizes exuberantes com bordas elevadas e consistência aumentada, geralmente com hiperpigmentação.

Rui Stoco enumera em sua obra os principais fatores identificados como ensejadores do aparecimento de cicatrizes queloidianas ou hipertróficas:

- a) Raça de origem: O tipo de pele dos indivíduos de raça negra e amarela é mais suscetível de manifestar cicatrizes hipertróficas do que os caucasianos;
- b) Hereditariedade: Embora estudos sejam ainda inconclusivos, existem alguns grupos de indivíduos com acometimento severo e história familiar positiva;
- c) Idade: Em um mesmo indivíduo a tendência ao quelóide pode estar presente em uma certa idade e, posteriormente, ficar atenuada ou desaparecer;
- d) Fatores locais: As regiões mais propensas a hipertrofia cicatricial são as peitorais, deltóides e face (rosto), sendo comum o surgimento de quelóides nas perfurações de orelha. Mostra-se também comum a coexistência, numa mesma região, de quelóides e cicatrizes finas. Aliás, a mesma cicatriz pode apresentar segmentos normais e hipertróficos intercalados;
- e) Tensão entre os bordos da ferida;
- f) Ocorrência de infecção local;
- g) Suturas muito apertadas: hipótese em que surgirão áreas de necrose;
- h) Descumprimento aos cuidados exigidos no pós-operatório.<sup>147</sup>

<sup>145</sup> GOMES, Orlando. **Questões de direito civil**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 449, *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 179.

<sup>146</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 548.

<sup>147</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista

O surgimento de quelóides, complicação não imputável à atuação dos médicos por caracterizar-se como reação natural do organismo de determinadas pessoas, não está adstrito somente as cirurgias estéticas, mas a toda e qualquer espécie de cirurgia, afigurando-se como verdadeira excludente do nexo de causalidade. Não sendo, por conseguinte, técnico ou razoável modificar a natureza da obrigação assumida pelo cirurgião em intervenções estéticas com base neste tipo de argumento.<sup>148</sup>

---

dos Tribunais, 2004. p. 549.

<sup>148</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 547-548.

## 5 CONCLUSÃO

Como se percebe pelo até presente exposto é de extrema complexidade a questão da responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos, em especial no que tange às cirurgias estéticas ou cosmetológicas, havendo verdadeira partição da doutrina e jurisprudência relativamente a sua classificação como obrigação de meio ou de resultado.

Dependendo da corrente a qual se filie o julgador são acarretadas sérias conseqüências ao médico no que concerne a sua responsabilização, haja vista a possibilidade de presunção de sua culpa, com a conseqüente inversão do ônus probatório, que se transfere do paciente ao médico, frise-se, de maneira diametralmente oposta a responsabilização dos demais profissionais da área médica, onde a responsabilidade é apurada mediante a verificação de culpa.

Resta pacificada a natureza subjetiva da responsabilidade civil médica, posto ter sido feita pelo Código de Defesa do Consumidor, que tem como regra a responsabilidade objetiva, verdadeira exceção aos profissionais liberais em seu art. 14, § 4º.

No mencionado dispositivo encontra-se inserida a responsabilidade dos médicos nas cirurgias reparadoras, consideradas tão nobres e indispensáveis quanto as demais especialidade médicas, pois sua intervenção ocorre no intuito de minorar conseqüências danosas de acidentes deformantes ou patologias congênitas.

Diante da subclassificação da responsabilidade contratual em obrigações de meio e de resultado, inclinou-se parte da doutrina no sentido de considerar como obrigação de resultado a assumida pelo cirurgião plástico em intervenções estéticas. Argumentam os defensores desta corrente ser motivo determinante desta classificação o comprometimento do médico com a obtenção de resultado certo e determinado sobre o corpo humano plenamente sadio e livre de patologias.

Mister ressaltar ter sido abandonada a visão extremamente preconceituosa e conservadora que se tinha a respeito da cirurgia plástica, há não muito tempo atrás ainda considerada como intervenção fútil e desnecessária. Hodiernamente é plenamente aceita a idéia da cirurgia estética como “remédio” aos mais diferentes distúrbios psicológicos, pois ,na verdade, o que se procura através dela é a

verdadeira “cura da alma”, no intuito de proporcionar ao indivíduo conviver melhor consigo mesmo e entre seus pares.

Assim, deve a saúde ser entendida não só como o bem estar físico do paciente – livre de “doenças” –, mas também como seu bem estar psíquico, moral e social, o que afasta completamente qualquer caráter de reprovabilidade sobre a cirurgia cosmetológica, bem como, discussões acerca de sua liceidade.

Corrente doutrinária menos conservadora, influenciada pela doutrina e jurisprudência francesas, defende tratar-se de obrigação de meio, e não de resultado, a assumida pelos médicos nas cirurgias estéticas, porque assim como nas demais especialidades médicas, também encontra-se a cirurgia cosmetológica sujeita a álea do imponderável e imprevisível, haja vista não configurar-se a medicina como uma ciência exata.

O cirurgião trabalha com o corpo humano, e por isso mesmo, ainda que siga todos os deveres de cuidado e diligência preconizados, e aplique de forma adequada técnicas conhecidas e de sucesso, não estará o paciente imune a ocorrência de reações adversas justamente em razão de fatores imprevisíveis do corpo humano, incontroláveis pelo médico.

Por conseguinte, não seria o comprometimento do cirurgião estético com um resultado certo e determinado argumento razoável a retirar-lhe sua natureza de meio. De acordo com esta corrente, em razão do caráter eletivo desta espécie de intervenção, suficiente seria para diferenciá-la das demais especialidades médicas o mero recrudescimento dos deveres de informação e obtenção de consentimento esclarecido.

Aliás, neste ponto concordam as duas correntes doutrinárias. Segundo elas o dever de informação e o consentimento esclarecido nas cirurgias cosmetológicas devem ser exigidos do profissional com muito maior rigor que nas demais subespecialidades da medicina. Este tipo de intervenção demanda o fornecimento ao paciente de informação sobre todos os riscos que envolvem a cirurgia, mesmo os mais raros, sob pena de responder o profissional por sua omissão.

Em que pese ter se orientado a doutrina e jurisprudência majoritárias no sentido da classificação da obrigação assumida pelos médicos nas cirurgias estéticas como de resultado, entendemos ser mais razoável o posicionamento da doutrina minoritária, da qual são partidários os Ministros Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Carlos Alberto Menezes Direito, segundo a qual, em razão de estar o cirurgião

plástico estético sujeito as mesmas variáveis das demais especialidades médicas, caracteriza-se sua obrigação como meio, sendo, portanto, indispensável a verificação de sua culpa.

## REFERÊNCIAS

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova: presunções, perda de uma chance, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1 ao 74: aspectos materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, De Pládico e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.