



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DÉBORA BARUFI STECKER

**A responsabilidade civil do médico por danos causados em
cirurgias estéticas**

Brasília - 2013

DÉBORA BARUFI STECKER

**A responsabilidade civil do médico por danos causados em
cirurgias estéticas**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Malheiros da
Cunha Frota

Brasília - 2013

DÉBORA BARUFI STECKER

A responsabilidade civil do médico por danos causados em cirurgias estéticas

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota

Aprovado em ___/___/___.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota

Professor
Examinador

Professor
Examinador

STECKER, Débora Barufi

A responsabilidade civil do médico por danos causados em cirurgias estéticas / Débora Barufi Stecker – Brasília, 2013.

60 fls.

Monografia apresentada à Banca examinadora do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, como exigência parcial para obtenção de aprovação na disciplina Monografia III, Curso de Bacharelado em Direito. Professor Orientador - Pablo Malheiros da Cunha Frota.

1 Estudo Do Instituto: Responsabilidade Civil 1.1. Noções de responsabilidade civil e os seus pressupostos 1.2. Valoração subjetiva da responsabilidade civil 1.3. A culpa e suas classificações 2 Deveres Contratuais Gerais e a Responsabilidade do Médico 2.1 Responsabilidade contratual e extracontratual – natureza jurídica da obrigação na relação médico-paciente 2.2. Obrigações gerais e obrigações de meio e resultado 2.3 Deveres e obrigações do médico e do paciente 2.4 As excludentes de responsabilização civil médica 2.5 O dever de informação e o consentimento do paciente 3 A Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico 3.1 A importante diferença entre cirurgia plástica reparadora e a cirurgia plástica estética 3.2 A cirurgia plástica estética como obrigação de resultado – posição adotada pelo STJ 3.3 A cirurgia plástica estética como obrigação de meio – posição que se defende

Dedico o presente trabalho aos meus pais, irmão, namorado e cunhada Fran, que me acompanharam nessa caminhada e estiveram ao meu lado incondicionalmente.

Em especial ao namorado, futuro brilhante profissional da medicina.

Agradeço primeiramente ao orientador Pablo, pela atenção e pelas orientações. Agradeço ainda ao meu pai, meu irmão, minha cunhada Fran e minha prima Laís, pelos conhecimentos que me foram passados; à minha mãe pelo cuidado e carinho imensuráveis; ao meu namorado pelo companheirismo e pelo amor que demonstrou por todo esse tempo; aos amigos e familiares pela paciência e compreensão diante da minha ausência.

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade (...). Os tiranos e bárbaros antigos tinham por vezes mais compreensão real da justiça que os civilizados e democratas de hoje.

Rui Barbosa

RESUMO

Trabalho de conclusão de curso sobre a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico nas cirurgias plásticas puramente estéticas, no qual foi realizada revisão de literatura e pesquisa de jurisprudência sobre o tema, a fim de apurar os mais diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudencial. Trata da análise da diferença entre obrigação de meio e de resultado, no que tange à responsabilidade específica do médico na cirurgia de caráter estético. Aborda a discussão sobre se deve o médico cirurgião plástico ser responsabilizado civilmente pela não satisfação do seu paciente no resultado obtido, mesmo que não tenha havido imprudência, negligência ou imperícia, e por quais motivos a obrigação do cirurgião plástico é considerada pela literatura jurídica majoritária e pela jurisprudência como obrigação de resultado e não de meio, já que está sujeita aos mesmos fatores externos que as demais especialidades de cirurgia. Verificam-se, da leitura do trabalho, os mais diversos fundamentos utilizados por ambas as correntes; a majoritária, que defende a obrigação do cirurgião plástico como de resultado, por haver uma promessa de resultado e uma perspectiva por parte do paciente, e a que defende a obrigação de meio do cirurgião plástico, por este estar sujeito aos mesmos fatores imprevisíveis que qualquer outro cirurgião, estando somente sujeito àquelas obrigações imputadas a todos os profissionais desse ramo.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Relação contratual e extracontratual. Responsabilidade objetiva e subjetiva. Cirurgia plástica estética e reparadora. Obrigação de meio e de resultado.

ABSTRACT

Monograph about the civil liability of the plastic surgeon in esthetic plastic surgery, supported in literature review and in research of jurisprudential positions on the subject, in order to determine the most diverse doctrinal and jurisprudential positions.

It analyses the difference between obligation of means and of result, regarding the specific responsibility of the plastic surgeon in aesthetic surgery. It approaches the issue about the plastic surgeon's civil liability on their patient's satisfaction over the results obtained with the plastic surgery, even if there is no recklessness, negligence or malpractice. It deals with the reasons why the obligation of the plastic surgeon is considered by legal literature and by major jurisprudence as an obligation of result, if he is subject to the same external factors of the others surgical specialties. From the reading of this monograph, it is possible to verify the various arguments used by both positions. The majority argues that the obligation of the plastic surgeon is of result, because there is a promise of results and the patient creates an expectation. The minority defends the obligation of means, once the plastic surgeon is under the same unpredictable factors as the other surgeons, being only bound to the obligations charged to all professionals in the field.

Keywords: Civil liability. Contractual and extracontractual relationship. Objective and subjective responsibility. Aesthetic and reconstructive plastic surgery. Obligation of means and of result.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ESTUDO DO INSTITUTO: RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1 Noções de responsabilidade civil e seus pressupostos.....	13
1.2. Valoração subjetiva da responsabilidade civil.....	16
1.3 A culpa e suas classificações	20
2 DEVERES CONTRATUAIS GERAIS E A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO...24	
2.1 Responsabilidade contratual e extracontratual – natureza jurídica da obrigação na relação médico-paciente.....	24
2.2 Obrigações gerais e obrigações de meio e resultado.....	32
2.3 Deveres e obrigações do médico e do paciente	37
2.4 As excludentes de responsabilização civil médica	38
2.5 O dever de informação e o consentimento do paciente	40
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO	43
3.1 A importante diferença entre cirurgia plástica reparadora e a cirurgia plástica estética.....	43
3.2 A cirurgia plástica estética como obrigação de resultado – posição adotada pelo STJ	45
3.3 A cirurgia plástica estética como obrigação de meio – posição que se defende	49
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário enfrenta atualmente problemas com a alta demanda processual de causas de reparação por danos materiais e extramateriais advindos de cirurgias plásticas estéticas.

Em busca da aparência estética perfeita, homens e mulheres, cada vez mais, vão à procura de cirurgiões plásticos que lhes prometem resultados maravilhosos, estabelecendo-se a partir daí uma relação contratual entre médico e paciente, fazendo surgir uma obrigação, que tem gerado amplo debate na literatura jurídica e na jurisprudência brasileira e estrangeira.

Quando o resultado prometido pelo médico cirurgião plástico não é alcançado, pelos mais diversos motivos, como a insatisfação do paciente e a reação inesperada ou de desconforto que causa algum tipo de cicatriz, emergem demandas com o intuito de que a vítima tenha reparados pelo profissional da medicina os danos por ela sofridos.

Desse modo, o presente estudo propõe-se a compreender como é avaliada a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico, já que quem busca esse tipo de intervenção cirúrgica visa resultados satisfatórios, muitas vezes subjetivos e impossíveis de serem alcançados com exatidão, devido aos mais diversos fatores internos e externos à que está sujeito qualquer paciente cirúrgico.

Objetiva-se com este trabalho, primeiramente, analisar a fundo até que ponto deve ser responsabilizado civilmente o médico que realiza uma cirurgia plástica e não obtém do seu paciente a satisfação esperada, atribuindo-lhe a obrigação de resultado, cuja imputação advém da ideia de culpa presumida do profissional. Em um segundo momento, pretende-se analisar os sentidos atribuídos aos significantes relacionados à responsabilidade civil do médico cirurgião plástico e as diversas teorias que norteiam este instituto. Além disso, busca-se verificar como tais institutos estão sendo aplicados no direito consumerista brasileiro, assim como demonstrar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas ao assunto. Entre essas divergências, pode-se tratar como central aquela que afirma ser de meio e não de resultado.

Faz-se necessário, por exemplo, perquirir sobre as nuances que envolvem a responsabilidade civil valorada pelo critério objetivo e pelo critério subjetivo, sem falar nos fatores que ensejam a exclusão do dever de reparar do médico cirurgião plástico. Diante disso, o método de pesquisa escolhido é o jurídico-dogmático.

O presente trabalho foi então estruturado em 3 capítulos, sendo o primeiro uma breve introdução sobre o instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a uma melhor compreensão do tema. No segundo capítulo, o assunto abordado diz respeito ao tipo de relação jurídica firmada entre médico e paciente, às obrigações assumidas e aos casos em que o inadimplemento dessas pode ser escusado. Por fim, no último capítulo, levanta-se a questão da divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tipo de obrigação assumida pelo médico cirurgião plástico, se de meio ou de resultado, expondo-se os fundamentos trazidos pelo direito pátrio sobre o tema.

Espera-se demonstrar com este estudo a importância da correta análise quanto ao tipo de obrigação assumida pelo médico cirurgião plástico, uma vez que a doutrina e a jurisprudência tendem a tratá-lo de forma mais rigorosa, supondo tratar-se de procedimento desnecessário à manutenção da saúde humana, no que estão gravemente equivocadas, pois, além de propiciar a cura de mal psíquico ao paciente, a intervenção cirúrgica está sujeita às mesmas incógnitas que qualquer outro procedimento cirúrgico ou tratamento médico.

1 ESTUDO DO INSTITUTO: RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Noções de responsabilidade civil e seus pressupostos

É com o objetivo de manter uma ordem social que surge o Direito e suas sanções, pois a sociedade necessita de uma expectativa de segurança quanto ao comportamento dos demais, de forma a se esperar uns dos outros atitudes e resultados, de certa maneira, previsíveis, ou que não sejam danosos, apesar de ainda haver muitas falhas na legislação brasileira que possibilitam que os lesantes continuem causando danos, e muitas vezes sem sofrer sanções.

Podemos afirmar que o intuito das normas jurídicas, que engloba a legislação e a sua interpretação, é reprimir aqueles que não agem de acordo com a lei e proteger aqueles que agem em conformidade com esta. Para atingir esse fim, a ordem jurídica estabelece normas que instituem certos deveres, os quais podem ser positivos (comportamentos ativos) ou negativos (comportamentos passivos) (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 1).

O não cumprimento desses deveres estabelecidos pela norma jurídica configura um ilícito ou, muitas vezes, uma atitude lícita, mas geradora de danos reparáveis e de responsabilidades (ex.: Constituição Federal de 1988 (CF/88), art. 225, § 2º), que geralmente é causador de um dano a outrem, em consequência, uma nova obrigação àquele que descumpriu o dever originário é gerada, surgindo aí a responsabilidade civil pelo dano. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2)

A responsabilidade civil advém tanto de contratos como de atos unilaterais, sendo, portanto, fonte de obrigações. Segundo Sérgio Cavalieri (2008, p. 2), a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, que decorre da violação de uma obrigação – dever originário.. Essa distinção está presente no art. 389 do Código Civil, que assim dispõe: “não cumprida a obrigação (originária), responde o devedor por perdas e danos”.

Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 2) complementa: “O estudo da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, sendo a reparação dos danos algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito.”

A palavra “responsabilidade” advém do verbo *respondere* em latim, que provém de *spondeo*, cujo significado é *garantir, responder por alguém, prometer*. Quando

falamos em responsabilidade civil, nos referimos a uma situação jurídica atribuída àquele que descumpriu algum dever jurídico, seja ele contratual ou extracontratual, gerando dano material ou extramaterial a ser reparado. Paulo Nader, ao citar Demongue, esclarece que “a teoria da responsabilidade civil, conforme Demongue, se forma com o estudo das condições e dos efeitos do ato ilícito [...] e da inexecução dos contratos”. (NADER, 2010, p. 6-7)

As mais diversas obrigações assumidas pela sociedade, sejam elas contratuais ou extracontratuais, são inadimplidas a todo momento, causando, na maioria dos casos, dano a alguma das partes da relação obrigacional. O Poder Judiciário, então, tem se utilizado do instituto da responsabilidade civil para proporcionar a reparação àqueles que sofreram o dano e também como forma de reprimir aqueles que descumprem suas obrigações corriqueiramente.

Cumprir destacar que a responsabilidade civil não remete *stricto sensu* à reparação e sim ao dever de reparar, podendo ser aplicada em sentido objetivo e, ainda, para “significar ao conjunto de normas jurídicas reguladoras do direito de reparação de danos”. (NADER, 2010, p. 8-9)

A imputação de responsabilidade civil faz surgir, com fundamento no art. 927, *caput*, do Código Civil Brasileiro, mais uma obrigação além daquelas já conhecidas previstas no mesmo Código, que é a de reparar o dano porventura causado: a chamada obrigação de indenizar. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 3)

Sérgio Cavaliere Filho explica de forma sucinta a necessidade que resultou no surgimento da responsabilidade civil nas legislações por todo o mundo:

“O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no status quo ante. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à mesma situação anterior à lesão.” (2008, p. 13)

No nosso atual Código Civil (CC), o instituto da responsabilidade civil é tratado nos arts. 186, 187, 188, 927 e seguintes, sendo possível observar os dois tipos de valoração da responsabilidade, pois, no *caput* do art. 927, identificamos a valoração subjetiva e a objetiva, sendo que, no parágrafo único do mesmo artigo, aparece a valoração objetiva, fundada na teoria do risco.

Silvio de Salvo Venosa conclui: “A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação.” (VENOSA, 2004, p. 12).

Segundo Flávio Tartuce, “A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar, determinada pessoa, de observar um preceito normativo que regula a vida.” (2005)

Quanto à responsabilidade, esta pode ser contratual ou extracontratual. A contratual é aquela que advém de um negócio jurídico preexistente, sendo que o dever de reparar é consequência do inadimplemento deste contrato. Dessa forma, a responsabilidade contratual tem como pressupostos a existência de contrato válido, a inexecução do contrato, o dano e o nexo causal. Já a responsabilidade extracontratual não advém da vontade própria das partes e sim do descumprimento de um dever geral, em regra previsto em lei ou na ordem jurídica, tendo, portanto, como requisitos a conduta, o dano e o nexo causal. Vejamos a definição de Sérgio Cavalieri Filho:

“Na responsabilidade contratual, o dever jurídico violado pelo devedor tem por fonte a própria vontade dos indivíduos. São eles que criam, para si, voluntariamente certos deveres jurídicos. A responsabilidade extracontratual, por sua vez, importa violação de um dever estabelecido na lei, ou na ordem jurídica, como por exemplo, o dever geral de não causar dano a ninguém.” (2008, pag. 275)

Importante ressaltar que, em ambos os casos, há violação de um dever jurídico preexistente, residindo a distinção na origem desse dever, e ainda no fato de que, na responsabilidade contratual, exigem-se quatro pressupostos: existência de contrato válido; inexecução do contrato; dano e nexo causal. Silvio de Salvo Venosa resume: “a responsabilidade tradicionalmente denominada de contratual, modernamente mais aceita como negocial, cuida do inadimplemento de contratos e outros negócios jurídicos.” (2011, p. 6)

Pode ainda a responsabilidade ser direta ou indireta. A primeira surge quando a responsabilidade é imputada ao próprio causador do dano, já na segunda, é imputada a terceiro, o qual, por algum motivo previsto em lei, responde pelos atos do causador do dano. (VENOSA, 2011, p. 5), como se verifica no art. 932 do CC.

Como dito, o critério de valoração da responsabilidade pode ser subjetivo, no qual se perquire a culpa subjetiva (negligência, imprudência e imperícia), a culpa

normativa ou objetiva (*standard* de comportamento) ou o dolo (CC, arts. 186 e 927, *caput primeira parte*, e CDC, art. 14, § 4º) e objetivo, em que não se discute a culpa ou o dolo, mas geralmente o risco que a conduta ou a atividade desenvolvida abarca (CC, arts. 187, 927, *caput segunda parte e parágrafo único*, e todas as hipóteses do CDC, afora a do art. 14, § 4º) (FROTA, 2013, p. 40).

Como se sabe, a responsabilidade civil e consumerista atribuída ao médico é valorada pelo critério subjetivo, que será esmiuçado no tópico a seguir.

1.2. Valoração subjetiva da responsabilidade civil

De acordo com a doutrina majoritária, a responsabilidade subjetiva é tida como regra no Código Civil, segundo a qual a responsabilidade daquele agente que causou o dano só se materializa se este agiu culposa ou dolosamente, mediante prova da culpa, que é indispensável para fazer nascer o dever de indenizar. (SOUZA, 2000, p.1)

São três os pressupostos da responsabilidade subjetiva: conduta do agente (ato ilícito), nexo causal e dano. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 18)

Quanto à conduta, esta pode ser culposa ou dolosa, que, em suma, se diferenciam quanto à consciência do agente direcionada à obtenção de um certo resultado. A conduta dolosa é marcada pela intenção do agente em produzir certo resultado – no caso da responsabilidade civil, certo dano –, agindo maliciosamente ou de forma fraudulenta, consciente de que está agindo contra a lei. Por sua vez, o agente que age com culpa não prevê o resultado danoso, sendo a sua única intenção promover certa ação, que a princípio é uma conduta lícita, mas se desvia na medida em que surge o resultado danoso. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 31)

Temos como excludentes de ilicitude as situações previstas no art. 188 do Código Civil, que são situações em que, embora a conduta do agente tenha causado dano a outrem, nenhum dever jurídico foi violado e merece ser punido, quais sejam: atos praticados no exercício regular do direito, em legítima defesa ou em estado de necessidade. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 18).

Porém, cumpre salientar que, no estado de necessidade, se gerar dano a terceiro, o causador do dano tem que reparar; no caso da legítima defesa, o causador do dano deve reparar pelos excessos que cometer; e quanto ao exercício regular do direito, o agente não pode cometer abuso de direito. (VENOSA, 2011, p. 65)

O CDC, em seu art. 14, § 3º, prevê situações em que o causador do dano não será obrigado a repará-lo, quais sejam: caso inexista o dano alegado, ou caso tenha ocorrido por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Podemos mencionar ainda como excludentes de responsabilidade civil o caso fortuito e a força maior, que serão adiante melhor explicitados.

Quanto à conduta culposa do agente, esta se dá pela existência de imprudência, negligência ou imperícia. Sergio Cavalieri Filho nos explica cada um desses elementos de forma simples e sucinta:

“A imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. (...) Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. (...) A imperícia, por sua vez, decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente.” (2008, p. 36)

No que se refere à culpa no ato do agente, esta pode ser classificada como grave, leve e levíssima. A primeira ocorre quando o agente atua com falta de cautela claramente necessária, inadmissível ao homem médio; aqui se tem a ideia de que havia previsão de resultado, também chamada de culpa consciente. A culpa leve é caracterizada pela possibilidade de se evitar o dano com atenção ordinária de um homem médio, que é aquele homem que não tem conhecimentos técnicos a respeito do que está se passando. Já a culpa levíssima ocorre quando há falta de atenção extraordinária, ou seja, falta de atenção especial que se espera somente de um ‘expert’ naquele assunto. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 37)

Ocorre que os órgãos julgadores têm encontrado dificuldade em saber como se faz a prova de existência ou inexistência de culpa.

Segundo Marcos Catalan, a culpa será considerada inexistente caso seja comprovado o rompimento do nexo causal entre a violação de uma obrigação contratual e o dano suportado pelo credor dessa obrigação, e sendo assim, não haveria motivos para se manter o elemento subjetivo da culpa como requisito para atribuir o dever de reparar. (2011, p. 202)

Temos ainda a culpa presumida, que, segundo Sérgio Cavalieri Filho, diferencia-se da responsabilidade objetiva:

“(...) num aspecto meramente processual de distribuição do ônus da prova. Enquanto no sistema clássico (da culpa provada) cabe à vítima provar a culpa do causador do dano, no de inversão do ônus probatório atribui-se ao demandado o ônus de provar que não agiu com culpa.

Sem se abandonar, portanto, a teoria da culpa, consegue-se, por via de uma presunção, um efeito prático próximo ao da teoria objetiva. O causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado; mas, por se tratar de presunção relativa – juris tantum – pode elidir essa presunção provando que não teve culpa.

Autores e profissionais do direito referem-se constantemente à culpa presumida como se tratasse de responsabilidade objetiva. Convém, então, enfatizar este ponto: a culpa presumida não se afastou do sistema da responsabilidade subjetiva, pelo que admite discutir amplamente a culpa do causador do dano; cabe a este, elidir a presunção de culpa contra si existente para afastar o dever de indenizar” (2008, p. 39)

Em suma, culpa presumida nasce sob o prisma do dever genérico de não prejudicar.

Por ora, importante saber que, em regra, a culpa é presumida no que concerne à responsabilidade contratual e, sendo assim, o ônus da prova é invertido, passando a ser de incumbência do devedor o ônus de provar a ocorrência de algumas das excludentes do nexos causal ou que não agiu com culpa, tendo ocorrido caso fortuito, força maior ou fato exclusivo da vítima ou de terceiro e, no âmbito contratual, a cláusula de não indenizar. Porém, Sérgio Cavalieri Filho esclarece:

“Na realidade, entretanto, essa presunção de culpa não resulta do simples fato de estarmos em sede de responsabilidade contratual. O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato, se de meio ou de resultado. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado (obrigação de resultado) haverá culpa presumida, ou, em alguns casos, até a responsabilidade objetiva; se a obrigação assumida no contrato foi de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada. Na responsabilidade extracontratual subjetiva a regra é a culpa provada, ônus que cabe à vítima, admitindo-se apenas excepcionalmente a culpa presumida.” (2008, p. 276-277)

No tocante ao dano, este pode ser patrimonial ou extrapatrimonial, sendo o primeiro aquele que atinge o patrimônio da vítima, e o segundo, por exclusão, aquele que não tem cunho econômico, referindo-se tão somente à “dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma.” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 79)

Os danos patrimoniais, também chamados de danos materiais, são mais fáceis de serem identificados, uma vez que, em regra, se externalizam de forma clara aos olhos humanos. Já os danos extramateriais, ou como muitos chamam, danos morais ou extrapatrimoniais, são causados ao interior da pessoa, constroem o lesado, gerando desconforto na esfera moral, pois atingem a reputação, a honra, a dignidade e seu nome, ferindo seus sentimentos mais profundos. (NADER, 2010, p. 30)

Maria Helena Diniz certamente define o dano extrapatrimonial como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica provocada pelo fato lesivo”. (2011, p. 106) Podemos dizer, então, que o dano extrapatrimonial é aquele que não tem cunho pecuniário, e sim psicológico.

O STJ, por intermédio da enunciado número 227 da sua Súmula, consolidou o entendimento de que as pessoas jurídicas também podem sofrer danos morais, pois também têm um patrimônio moral a preservar. (NADER, 2010, p. 30)

Teríamos ainda o dano estético, que, de acordo com Tereza Ancona Lopez, é a modificação na aparência física da pessoa, que perdura por algum tempo, ou ainda permanente, tendo como consequência o “enfeamento”, causando-lhe desgosto e, portanto, dor moral. (2004, p. 46) Porém há controvérsia na doutrina sobre se o dano estético seria uma terceira modalidade de dano ou se estaria inserido no dano extramaterial. A conclusão aprovada por unanimidade no IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil é de que “o dano moral e dano estético não se cumulam, porque ou o dano estético importa em dano material ou está compreendido no dano moral”, ou seja, não seria, portanto, uma terceira modalidade de dano. Porém o STJ, por meio do Enunciado 387 da Súmula do STJ, consolidou o entendimento da possibilidade de cumulação desses dois danos, por entender que trata-se de modalidades diferentes de dano. As turmas concluem que:

“o dano estético corresponde a uma alteração morfológica de formação corporal que agride à visão, causando desagradado e repulsa; e o dano moral, corresponde ao sofrimento mental – dor da alma, aflição e angústia a que a vítima é submetida. **Um é de ordem puramente psíquica, pertencente ao foro íntimo; outro é visível, porque concretizado na deformidade.**” (REsp 65.393-RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; REsp 84.752-RJ, rel. Min Ari Pargendler apud CAVALIERI FILHO, 2008, p. 102) (grifo nosso)

Na opinião do ilustre Sérgio Cavalieri Filho, o dano estético está inserido no dano moral, tratando-se somente de questão de arbitramento, pois a quantia da condenação à reparação por dano moral deve ser elevada quando a vítima sofrer dano estético. (2008, p. 102)

Como já vimos, a responsabilidade envolve a ocorrência de negligência, imprudência e imperícia daquele que desenvolve certa atividade como ofício. Porém, há situações em que, mesmo não ocorrendo nenhum desses três elementos, há a responsabilidade de reparação do dano causado, a chamada responsabilidade objetiva, que analisaremos mais minuciosamente adiante.

1.3 A culpa e suas classificações

Conforme comentado brevemente acima, a configuração da responsabilidade civil subjetiva depende da apuração do elemento “culpa” do agente causador do dano, que pode ocorrer por negligência, imprudência ou imperícia.

A culpa é um elemento deveras difícil de conceituar, devido ao seu caráter totalmente subjetivo, sendo necessária sempre uma profunda análise da conduta daquele a que se pretende imputá-la. Instintivamente, quando pensamos em culpa, nos remetemos à vontade do agente em cometer tal ato, à sua participação inequívoca na obtenção de algum resultado.

Marcelo Junqueira Calixto define culpa como um “erro de conduta, imputável ao agente, consistente em não adotar o cuidado que teria sido adotado pelo ser humano prudente nas circunstâncias do caso concreto.” (CALIXTO, 2008, p. 31). Tal conceito acolhe a tese de que a culpa, considerada como erro de conduta, consiste em uma ação ou omissão que acarreta a violação do dever de cuidado, determinado socialmente, tomando-se como padrão a conduta que determinada sociedade espera de um ser humano prudente. (CALIXTO, 2008, p. 32)

Para muitos autores, a culpa é formada pelos requisitos subjetivo e objetivo, que o autor Caitlin Sampaio Mulholland relaciona diretamente à imputabilidade à contrariedade, respectivamente. (MULHOLLAND, 2009, p. 39)

O requisito subjetivo pode ser denominado também como imputabilidade, e exige do agente causador do dano a capacidade de discernimento ou a vontade quanto ao caráter antijurídico do ato danoso praticado. Para apuração desse requisito, deve-se verificar a maturidade

e a sanidade mental do agente, a fim de identificar-se a possibilidade de imputar-lhe a conduta desviante de determinado padrão. (CALIXTO, 2008, p. 24-25) Exige-se, para a sua configuração, o elemento subjetivo da vontade do agente, ou seja, a consciência da violação de um dever e a previsibilidade do resultado danoso. (MULHOLLAND, 2009, p. 39)

O requisito objetivo da culpa, expresso no art. 186 do CC, seria a violação objetiva de uma norma jurídica preexistente, ou seja, a ação ou omissão voluntária que viola o direito. (CALIXTO, 2008, p. 23) Existe uma tendência atual em considerar necessária somente a violação de um direito para configurar a responsabilização civil, dispensando-se a análise subjetiva da conduta do agente; trata-se do movimento de “desculpabilização da responsabilidade civil”. (MULHOLLAND, 2009, p. 41) Tem-se então a ideia da culpa objetiva, também chamada de normativa, em que há um afastamento do conceito jurídico de culpa da esfera da moral e a desnecessidade de analisar fatores psicológicos. (SCHEREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. apud MULHOLLAND, 2009, p. 42)

Percebe-se, então, que o conceito de culpa objetiva não ignora a necessidade de averiguação da culpa para configurar a responsabilidade civil, porém aproxima a responsabilidade subjetiva de um conceito objetivo, em que a culpa que gera a responsabilidade de reparar o dano causado está pautada na violação do dever geral de não lesar o outro, podendo ser definida como um “desvio de um padrão esperado de conduta de alguém que age diligentemente.” (MULHOLLAND, 2009, p. 43)

Sendo assim, sobre a ótica da culpa objetiva, deve-se questionar se houve ou não uma violação ao *standard* socialmente adequado de agir, fazendo uma análise objetiva do caso. Diante dessa análise, a culpa estaria configurada caso fosse identificada a infração à boa-fé ou à diligência padrão, estabelecida pelas circunstâncias adequadas ao caso específico, e de acordo com o que se espera de um homem médio, uma conduta socialmente aceita. (MULHOLLAND, 2009, p. 43)

Pode-se afirmar então que, para que seja caracterizada a responsabilidade civil, devem-se averiguar a falha no dever de conduta diligente (culpa *lato sensu*), a imputabilidade e a contrariedade ao direito. (MULHOLLAND, 2009, p. 40)

Além das modalidades de culpa já definidas nesse capítulo, quais sejam, negligência, imprudência e imperícia, a culpa pode ainda ser classificada quanto à sua gravidade. A generalidade dos autores classifica a culpa, quanto ao seu grau, em grave ou *lata*, leve e levíssima,

havendo ainda outras classificações adotadas por outros autores, as quais, porém, não serão tratadas aqui. (CALIXTO, 2008, p. 108)

A culpa grave, ou *lata*, é a que ocorre por erro grosseiro na conduta do agente, quando este é incapaz de perceber algo que a maioria dos seres humanos perceberia, sendo assemelhada ao dolo eventual do direito penal, (CALIXTO, 2008, p. 109), pois em ambos há previsão ou representação do resultado, diferenciando-se somente pelo fato de, no dolo eventual, o agente assumir o risco de produzir aquele resultado, enquanto, na culpa, ele acredita que o resultado não ocorrerá. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 62) Marcelo Junqueira Calixto complementa, ao esclarecer que, ao contrário do que ocorre no dolo eventual, na culpa grave, inexistente a intenção do agente em produzir o dano, muito menos este assume o risco e, dessa forma, a sua vontade é lícita, sendo necessária a consideração de elementos subjetivos ou psíquicos do agente para se ter um correto veredicto. (CALIXTO, 2008, p. 111)

A culpa leve, ou simplesmente culpa, é aquele erro de conduta que não seria cometido por um ser humano prudente, devendo-se analisar o caso concreto. (CALIXTO, 2008, p. 115)

A culpa levíssima é aquele desvio de conduta que não seria cometido por um diligentíssimo pai de família. (CALIXTO, 2008, p. 115) Marcelo Junqueira Calixto critica a adoção desse grau de culpa, pois entende que contribui para o processo de “vitimização social”, já que sempre será possível identificar uma culpa levíssima naquele que se quer acusar como causador do dano. Por esse motivo, o autor entende pelo abandono deste grau da culpa. (CALIXTO, 2008, p. 118-119)

Atualmente se discute a relevância dessa classificação do grau da culpa. Silvio Rodrigues defende que essa distinção é inútil, pois, se constatada a culpa do agente, não será possível afastar o seu dever de reparar o dano causado, independentemente do grau de sua culpa. (RODRIGUES, 2006, p. 148)

Por outro lado, Yussef Said Cahali e Fabiane Maria Costa defendem a utilização dessa classificação, pois entendem que é necessária para apurar o *quantum* indenizatório a ser arbitrado pelo juiz, de acordo com o que lhe permite o art. 944 do CC. (apud COELHO, 2011) Nesse mesmo sentido, Marcelo Junqueira Calixto defende que essa classificação pode ter relevância como fundamento da responsabilidade e na fixação do montante da reparação. (CALIXTO, 2008, p. 119)

Verificados alguns conceitos importantes para a compreensão do instituto da responsabilidade civil, principalmente no que tange à sua modalidade subjetiva, que ocorre mediante a apuração de culpa, prevista, dentre outros, no art. 14, § 4º do CDC, quanto aos profissionais liberais, em que se encaixa o médico cirurgião plástico – que é o caso do tema abordado no presente trabalho –, necessário se faz, para completar o estudo, identificar algumas das situações que resultam na responsabilização civil, que são em regra deveres e obrigações assumidos, porém inadimplidos, total ou parcialmente, ocasionando dano à outra parte. Passa-se, então, a discorrer sobre o tema no próximo capítulo.

2 DEVERES CONTRATUAIS GERAIS E A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

2.1 Responsabilidade contratual e extracontratual – natureza jurídica da obrigação na relação médico-paciente

Atualmente, as relações interpessoais e interempresariais são regidas por contratos, sejam eles escritos ou verbais, já que é através deles que a sociedade exprime suas necessidades reais e/ou ilusórias, tendo sido necessária, desde os primórdios das negociações e relações de consumo, a estruturação de normas que, de certa forma, organizassem essa realidade, de modo a resolver as demandas sociais que diziam respeito aos contratos já firmados, ou a serem firmados, bem como àqueles em execução. Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, os contratos podem ser considerados como meios de desenvolvimento social, pois refletem o dinamismo do direito patrimonial. (STOLZE, 2005, p. 1) Os autores apoiam ainda que o estudo das relações contratuais revela uma das dimensões sociológicas de uma sociedade, pois são fatores de inclusão ou exclusão. (STOLZE, 2005, p. 2) Hoje em dia, o contrato é caracterizado pelas externalizações do comportamento, conjugando-se os interesses individuais e os sociais. (LÔBO, 1986, p. 85-89)

A busca pelo equilíbrio nos contratos, quanto à segurança jurídica e à igualdade formal, movimentou o Estado no sentido de intervir tanto na esfera legislativa quanto na administrativa e, principalmente, na judiciária, surgindo então um dirigismo contratual. Tal dirigismo ocorre nos momentos em que se mostra necessária a proteção, a promoção e a efetivação das medidas econômicas que geram efeitos em toda uma sociedade, principalmente das relações obrigacionais, seja no sentido de proteger os vulneráveis, seja para impor forma aos contratos. (FROTA, 2011, p. 73)

O dirigismo contratual possui quatro ordens, conforme leciona Pablo Malheiros, ao citar Ricardo Luis Lorenzetti:

“O dirigismo contratual possui quatro ordens:

- a) garantia subjetiva processual contra os defeitos dos contratos no que toca ao consentimento pleno (CC/2002, arts. 138 ao 167), bem como pela ascensão dos deveres contratuais gerais da informação, da confiança e da boa-fé, uma vez que se modifica a vontade real pela garantia ao consentimento pleno;
- b) garantia processual do grupo (consumidores, locatários, trabalhadores, idosos, crianças e adolescentes), claramente vulneráveis em algum aspecto em relação à outra parte contratante, a demandar uma proteção para o equilíbrio contratual. Existe uma evidente deficiência estrutural no mercado e na relação de poder entre as partes. Impõem-se obrigações negativas e positivas aos contratantes, bem como se admitem contratos coletivos (CDC, art. 107);
- c) Garantia a uma ordem pública de coordenação presente na proteção do objeto contratual (CC/2002, art. 104), na regulação do patrimônio como atributo da pessoa (CC/2002, arts. 548 ao 549 e 1.846), no fomento ao livre comércio de bens, na interpretação dos contratos vinculados aos deveres contratuais gerais (CC/2002, arts. 113, 421, 422 e 2.035; CDC), na promoção do princípio da socialidade, pois contrato interessa às partes e à sociedade (CC/2002, arts. 113, 421, 422 e 2.035; CDC), nas hipóteses de revisão contratual por onerosidade excessiva, por imprevisão ou por abuso do direito, na regulação da atividade laboral, empresarial e consumerista, assim como quando se concede a recuperação empresarial;
- d) Garantia a uma ordem pública de direção da ordem econômica constitucionalmente estabelecida (CF/88, arts. 170 ao 192), mormente no que toca ao planejamento da economia.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos de direito privados, p. 545-556 apud FROTA, 2011, p. 74-75).

A intervenção do Estado nas relações contratuais teve seu início após a criação do Código Civil de 1916, quando, em caráter de emergência, foram criadas leis extracodificadas, mas que nunca iam contra o já previsto no CC/1916. Após, por volta da década de 1930, época em que ocorria a evolução social, surgiu a necessidade de criação de leis especiais que iriam reger as matérias não abordadas pelo CC/1916. Por fim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a realidade da intervenção do Estado nos contratos arrasta-se até a atualidade, em que a legislação infraconstitucional está submetida aos ditames da Constituição Federal de 1988 e é caracterizada pelo surgimento de leis especiais auxiliadoras das lacunas encontradas na lei geral. (LÔBO, 1986, p. 91)

O Código Civil de 2002 aponta claramente os princípios sociais contratuais, sendo eles a função social prevista no art. 421 e a boa-fé dos arts. 113 e 422, tendo ainda como princípios individuais a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade objetiva. (FROTA, 2011, p. 76)

A busca por um sentido de contrato nos remete à ideia de união entre interesses materiais e(ou) existenciais para atingir uma finalidade, sendo que a autonomia privada se adequa a função social, ambiental, boa-fé, equivalência material, solidariedade, confiança, informação, equidade/justiça e cooperação (deveres contratuais gerais), levando em consideração as consequências jurídicas do contrato firmado perante terceiros, direta ou indiretamente. (FROTA, 2011, p. 78-79)

Ao analisar um contrato, observa-se a sua estrutura e a sua causa (causa essa que está diretamente ligada às suas funções). Sendo assim, todo e qualquer contrato possui uma causa, que nada mais é que a união entre razão e função do contrato. (FROTA, 2011, p. 83)

Ao intervir no regramento dos contratos, o Estado mostra seu interesse na promoção deste fenômeno, bem como na precaução e na prevenção quanto aos seus efeitos (arts. 170, VI, 225, IV da CF/88).

Cumpre salientar as funções do contrato, que, segundo Pablo Malheiros, são: função econômica, função regulatória, função social e função ambiental.

Em todas essas funções, o contrato tem sua maior decorrência nas relações de consumo, tendo sido o motivo que gerou a preocupação do Estado em prover pela normatização das regras que regem essas relações, criando então o Código de Defesa do Consumidor, em consonância com o art. 5º, XXXII, da CF/88, que, em seu preâmbulo, “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”.

Com o surgimento do direito do consumidor, houve uma renovação das bases jurídicas do direito brasileiro no que diz respeito aos contratos, à responsabilidade civil, à acessibilidade ao Poder Judiciário, entre outros, e, principalmente, às sanções administrativas e penais e ao conhecimento dos consumidores daqueles direitos que têm.

O CDC é uma lei principiológica, já que é respaldado em princípios que visam à proteção do consumidor e à segurança jurídica do fornecedor. Dentre os princípios, temos: princípio da vulnerabilidade do consumidor, da intervenção do Estado, da harmonia de interesses, da solidariedade, da informação ou transparência, do equilíbrio contratual, todos fundamentados em dois objetivos fundamentais desta República – igualdade substancial e solidariedade social. (TEPEDINO, 2006, p. 125)

Quanto aos contratos de consumo de serviço, Pablo Malheiros ensina:

“O Código de Defesa do Consumidor objetivou e solidarizou a responsabilidade por fato ou bem do serviço (arts. 12-17) e pelos vícios ocultos e aparentes do bem ou do serviço (arts. 18-25). Os profissionais liberais são os únicos fornecedores cujo critério de valoração da responsabilidade é subjetivo se lesarem os seus clientes (art. 14, § 4º), hipótese da qual se discorda, uma vez que todos os deveres e os direitos desses profissionais, afora a especificidade de cada área de atuação, são iguais aos dos demais fornecedores, bem como pelo fato de a análise da culpa levar a injustiças nos casos analisados e deixar os lesados irreparados. Ademais, o código consumerista autorizou o recebimento em dobro do valor pago indevidamente, inclusive com as atualizações monetárias, bem como repeliu as cobranças vexatórias.”(2011, p. 99)

Ainda por Pablo Malheiros, tem-se como ponto positivo do CDC a superação da diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual, pois em ambos os casos a reparação é devida, já que se aplica a todos os participantes da cadeia de consumo. (2011, p. 99)

A análise do caso conforme a realidade vivida, adequando-se a norma a essa realidade, é a expressão do Direito, que se efetiva através da aplicação das nuances político-filosóficas que inspiraram os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, de forma que a realidade de uma sociedade se modifica, porém os princípios que a regem permanecem, havendo apenas uma relativização para a aplicação a cada caso, como explica o professor Pablo Malheiros:

“Os valores estão ligados aos princípios e deles se diferenciam. Os princípios servem à produção, à construção, à interpretação, à integração, à vinculação, à fundamentação da direção, à metodologia, à aferição de existência, de validade, de eficácia e de esteio de toda a atividade privada administrativa, legal e judicial, por exemplo, a boa-fé, a função social, etc. Em uma palavra: os princípios condicionam e subordinam, as regras são condicionadas e subordinadas pelos e aos primeiros. Os princípios prevalecem sobre as regras em razão da força normativa traçada pelas Constituições contemporâneas.” (2011, p. 134)

Quanto à matéria aqui tratada – contratos –, os principais princípios individuais e sociais são o da autonomia privada, do *pacta sunt servanda*, da relatividade contratual, da função social, da boa-fé, da função ambiental e da equivalência material. Há quem entenda que esses dois últimos estão inseridos no princípio da função social. (FROTA, 2011, p. 139). Há ainda outros autores que trabalham com outros princípios como originários do direito contratual.

O princípio da autonomia privada, implícita nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da livre iniciativa e da igualdade previstos na CF/88 (PRATA, Ana. *Autonomia privada e iniciativa econômica: a tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1992 apud FROTA, 2011, p. 142), é a liberdade usufruída pelos sujeitos de direito de autodeterminar as regras às quais serão submetidos os seus interesses materiais e (ou) existenciais,

traduzindo-se, nos contratos, como o exercício da liberdade contratual e da liberdade de contratar. (FROTA, 2011, p. 142)

Outro princípio que merece nossa atenção, pois de suma importância para os temas que serão tratados neste trabalho, é o princípio *pacta sunt servanda*, ou princípio da força obrigatória dos contratos, já que é aquele que faz a vinculação do cumprimento da obrigação acertada no contrato à maneira que foi firmada, fazendo, portanto, o que chamamos de “lei entre as partes”. Trata-se de uma projeção dos efeitos e consequências advindos do exercício da autonomia privada. (FROTA, 2011, p. 146).

Quanto ao *pacta sunt servanda*, atualmente, em vista do caráter protecionista aos vulneráveis trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, esse princípio pode ser mitigado por meio daquele que chamamos de cláusula *rebus sic stantibus*, havendo, portanto a possibilidade de afastar as cláusulas consideradas injustas, desde que tenham decorrido de fatos genéticos ou supervenientes à feitura dos contratos, já que se parte do princípio de que “o contrato nasce para ser cumprido, mas em condições justas e razoáveis, o que gerará uma segurança jurídica material.” (FROTA, 2011, p. 147.)

Ainda com relação aos princípios citados, temos o princípio da relatividade objetiva, que diz respeito aos efeitos do contrato, devendo atingir apenas aqueles que de fato contrataram, não podendo haver efeitos diretos a terceiros.

Quanto aos efeitos, a literatura jurídica os classifica em internos e externos, sendo os primeiros aqueles relativos ao próprio contrato, ou seja, que atingem somente as partes que contrataram, não abrangendo, portanto, terceiros, salvo estipulação em sentido contrário. Já os efeitos externos caracterizam-se justamente pelos efeitos da feitura e do cumprimento do contrato perante toda a sociedade, uma vez que a realização de um contrato inegavelmente gera consequências em todo o meio que o cerca. (LEONARDI, Felipe Raminelli. A proteção dos efeitos contratuais e o contrato com efeito protetivo de terceiro (*Vertrag mit Schutzwirkung fur Dritte*): esboço dogmático e tentativa inicial de aproximação com situações concretas no direito brasileiro, p. 129. apud FROTA, 2011, p. 149)

Em vista dos efeitos externos, o princípio da relatividade objetiva é mitigado por diversos outros princípios, como, por exemplo, o princípio da socialidade, visto que o contrato não interessa somente às partes como também a toda sociedade que lhe cerca.

Podemos observar no CDC alguns princípios contratuais, que claramente derivam dos princípios sociais. São eles: a vulnerabilidade do consumidor, a intervenção do Estado, a efetividade, a harmonia de interesses, a solidariedade, a informação ou transparência, a prevenção e precaução, e o equilíbrio da relação, todos atrelados ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Quanto aos princípios contratuais previstos na CF/88, tem-se, no artigo primeiro, o princípio da livre iniciativa como fundamento da República. Fabíola Santos Albuquerque entende que esse princípio é “a organização dos fatores produtivos da atividade econômica, a fim de que haja a circulação de bens e de serviços no mercado” e ainda, conforme Eros Grau e Miguel Reale, a livre iniciativa abrange o econômico, o trabalho, e não se aplica somente às relações empresarias, mas também a todas as relações entre pessoas (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988*. p. 202-209; REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*, p. 46 apud FROTA, 2011, p. 151)

Paralelamente ao princípio da autonomia privada, temos o princípio da solidariedade, ambos relacionados à ordem econômica. Este princípio nada mais é senão a intenção de que cada sujeito de direito exerça seus direitos e deveres de forma justa, devendo haver a reciprocidade entre eles na busca de seus objetivos, a fim de que o sujeito que está exercendo certa atividade que lhe é de direito não cause consequências ao terceiro que não gostaria que fossem causadas a si próprio. (FROTA, 2011, p. 152)

Na formulação de contratos, devem-se observar as normas constitucionais relativas à matéria, que podem ser encontradas nos arts. 1º, II, III e IV; 3º, I e III; 5º, *caput*, IV, VI, VIII, IX, X, XIV, XVI, XVII, XXII, XXIII, XXVIII, XXIX, XXX, XXXII; 37, *caput*; 170, *caput*, I ao IX; 174 e 225 da CF/88.

Quanto aos efeitos das relações jurídicas, das quais as relações contratuais fazem parte, estes podem ser de aquisição, de modificação e de extinção de direitos. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. p. 204 apud FROTA, 2011, p. 173). O exercício do direito de obtenção do cumprimento de um contrato pode ser chamado de direito subjetivo, que segundo Pablo Malheiros é:

“(...) a permissão conferida pelo direito aos sujeitos de uma relação jurídica, para, se quiserem, exigirem e receberem (ou não) de outrem determinada conduta e (ou) prestação, desde que o exercício do mencionado direito não seja abusivo e conjugue os interesses individuais da sociedade.” (FROTA, 2011, p. 176)

O direito subjetivo é assistido pelos mecanismos preventivos, repressivos, judiciais e extrajudiciais, que visam à proteção dos direitos das pessoas, sejam humanas ou coletivas.

Em lado oposto, existe também o dever jurídico, que consiste na “necessidade de se observar certo comportamento, positivo ou negativo, pelo sujeito passivo em favor do interesse do sujeito detentor de um direito subjetivo, cujo descumprimento acarreta sanções ao infrator do citado dever.” (FROTA, 2011, p. 178)

Em sua obra sobre obrigações, Orlando Gomes nos ensina a distinguir a diferença entre dever, obrigação, direito potestativo e ônus. O dever pode ser geral ou especial e está relacionado ao comportamento das pessoas. O direito formativo encontra-se na expectativa de um comportamento de um sujeito passivo e posterior direito de cobrança dessa expectativa. Quanto ao ônus, deve haver a ação comissiva da parte, desde que em seu próprio proveito. Já a obrigação é o dever jurídico em si, quanto aos seus aspectos materiais (deveres jurídicos especiais). (GOMES, 1997, p. 7).

O não cumprimento das obrigações contratuais ou extracontratuais remete-nos ao princípio da imputação civil, que indica o responsável pelo dano, o qual, conseqüentemente, terá de repará-lo.

Além dos deveres primários expressos da relação contratual, a literatura jurídica aponta ainda os deveres secundários, expressos ou não em lei ou em contrato, que decorrem da boa-fé do sujeito, excedendo a obrigação principal firmada. A doutrina classifica esses deveres como: de informação, de proteção, de cooperação, de sigilo, de probidade, de confiança, de respeito, de colaboração, de razoabilidade, de equidade e de boa razão. Se violados, estes deveres não podem ser mitigados autonomamente, apesar de gerarem conseqüências jurídicas. (FROTA, 2011, p. 78-79)

Feita esta brevíssima introdução ao sentido, às funções e à axiologia contratual, parte-se para a verticalização do contrato médico-paciente no âmbito da relação de consumo.

Pelo Código de Defesa do Consumidor, consumidor é aquele que adquire ou utiliza algum serviço ou produto como destinatário final, incluindo-se aqui, portanto, o paciente que se utiliza do serviço do médico cirurgião plástico. Por esse motivo, o contrato celebrado entre paciente e médico será regido pelo CDC, o qual determina, em seu art. 14, § 4º,: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

O contrato celebrado está ainda sujeito ao previsto no art. 6, VII, do CDC, que prevê a inversão do ônus da prova sempre que, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou se o consumidor for hipossuficiente, ou seja, esteja em desvantagem técnica, econômica ou informacional (TARTUCE, 2013, p. 34), o que em regra acontece.

Cavaliere define a relação entre médico e paciente como de contrato *sui generis*, posto que o médico não presta somente serviços técnicos, como também dá conselhos ao seu paciente. Há de se considerar que nenhum médico pode assegurar a cura do seu paciente, cabendo-lhe apenas assumir a obrigação de aplicar todo o seu conhecimento e técnica em busca do melhor resultado, tendo, portanto, obrigação de meio (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 370).

Segundo Silvio de Salvo Venosa, o “tratamento médico é, atualmente, alcançado pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor” (VENOSA, 2011, p. 147). Sendo assim, o paciente é considerado o consumidor, e o médico, o fornecedor de serviços. Porém, o médico continua a ter responsabilidade valorada pelo critério subjetivo, nos termos do art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Cumprido destacar que existem autores, como, por exemplo, Cleonice Rodrigues Casarin da Rocha, que não entendem a relação médico-paciente como consumerista, por não considerarem o paciente um consumidor. (NADER, 2010, p. 406)

Porém, no caso da cirurgia estética, por ser considerada por muitos autores como obrigação de resultado, conforme se verá a seguir, atribui-se ao médico a responsabilidade valorada pelo critério subjetivo, já que, segundo Sérgio Cavaliere:

“O objetivo do paciente é melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física – afinar o nariz, eliminar as rugas do rosto, etc. Nesses casos não há dúvida, o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido.” (2008, p. 380)

Silvio de Salvo Venosa complementa:

“Não resta dúvida de que a cirurgia estética ou meramente embelezadora trará em seu bojo uma relação contratual. Como nesse caso, na maioria das vezes, o paciente não sofre de moléstia nenhuma e a finalidade procurada é obter unicamente um resultado estético favorável, entendemos que se trata de obrigação de resultado.” (2011, p. 163)

Na mesma linha seguida por Venosa e Cavaliere, a jurisprudência brasileira é majoritária no sentido de considerar que, nos casos de cirurgia plástica embelezadora, a obrigação é de resultado e há presunção de culpa, a qual – se o médico cirurgião plástico não adimplir

integralmente à sua obrigação, ocorrendo uma eventual deformidade ou irregularidade – acarretará a responsabilidade objetiva e o dever de indenizar pelo seu não cumprimento. Nesses casos, é cabível a presunção de culpa ao médico responsável pela cirurgia plástica, e portanto passa a ser dele o ônus de fazer prova de que agiu com prudência, zelo e perícia, o que rechaçaria por definitivo a imprudência, negligência e imperícia.

Sendo a obrigação de resultado e, portanto, atribuída a responsabilidade objetiva, é suficiente que o lesado demonstre, além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido para caracterizar o inadimplemento, sendo ônus do prestador de serviço provar alguma das causas de excludente do dever de reparação.

O dever do médico cirurgião plástico de reparar (ou não) seu paciente por não obter o resultado esperado na cirurgia plástica embelezadora gira em torno da discussão sobre se a obrigação deste médico, em razão do tipo de serviço prestado, é obrigação de meio ou obrigação de resultado e, se tal responsabilidade é classificada como objetiva ou subjetiva, com base no Código de Defesa do Consumidor.

A corrente minoritária defende que a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico deve ser subjetiva, considerando que sua obrigação é de meio, por este estar vulnerável aos mesmos fatores externos e internos de uma cirurgia comum, alheios ao controle do médico cirurgião, como fator genético, doenças de base, infecções hospitalares entre outros.

2.2 Obrigações gerais e obrigações de meio e resultado

Todas as obrigações são efeitos de fatos jurídicos, os quais podem ser divididos em espécies principais: contratos, atos ilícitos e atos unilaterais. (LOBO, 2011, p. 41).

O contrato gera obrigação entre as partes, já que é uma das fontes das obrigações, conforme defendido por Paulo Nader, dentre os diversos posicionamentos da literatura jurídica, que consideram ainda como fonte das obrigações a vontade humana e a lei; contratos, declarações unilaterais de vontade, atos ilícitos e criminais e a lei; o ordenamento jurídico; fatos jurídicos e lei; entre outros, já que o Código Civil não deixa claro o que considera fonte das obrigações. Mas, o objeto de uma obrigação sempre é uma prestação, em regra humana, de dar, fazer ou não fazer, mostrando-se essencial “a atividade, o serviço, o esforço corporal ou mental do devedor.” (LOBO, 2011, p. 63)

O não cumprimento de uma obrigação, em regra, gera à parte credora um dano, e todo dano causado deve gerar uma reparação, podendo ser responsabilizado pela reparação o imputável, que é aquele que responde por dano causado por terceiro, como, por exemplo, pai que responde por dano causado pelo filho, ou empregador que responde por dano causado pelo empregado, etc.

Quanto às obrigações negociais, o art. 104 do Código Civil impõe alguns requisitos são eles: capacidade das partes ou agentes, licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto.

Quanto à possibilidade do objeto contratado, Paulo Lobo esclarece:

“A prestação deve ser possível. Quando for considerada impossível o devedor exime-se da responsabilidade, podendo a impossibilidade ser natural ou jurídica. A impossibilidade é natural quando o objeto não é alcançável ou realizável pelo devedor normal, nas circunstâncias atuais; é jurídica quando o objeto é impedido pelo direito. (...)”

A impossibilidade da prestação deverá ser objetiva, a saber, impossível para todos, não importando se o devedor determinado na obrigação específica não possa cumpri-la (desconsideração da impossibilidade subjetiva). O que interessa é que a prestação seja impossível, sem se perquirir se o devedor não pode executá-la e outrem sim.” (LOBO, 2011, p. 67)

Se a impossibilidade da prestação surgir antes da manifestação da vontade das partes, tem-se negócio jurídico nulo, o que não ocasiona o dever ou obrigação.

Já a impossibilidade que surge após a celebração do negócio jurídico ocasiona a extinção da relação contratual, uma vez que:

“Não se podem impor ao devedor as consequências pelo advento de um fato que não podia prever ou a que não deu causa, se não estiver em mora. A impossibilidade total pode ter sido provocada por caso fortuito ou força maior. O código Civil (art. 393) estabelece que o devedor não responda pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior salvo se ‘expressamente não se houver por eles responsabilizado’. Nas relações de consumo, essa cláusula é considerada abusiva e, nos contratos de adesão, nula, por importar renúncia antecipada de direito (art. 424, CC).” (LOBO, 2011, p. 71)

O Código Civil enumera as causas que impossibilitam o objeto de cada tipo de obrigação. São elas:

- Para a obrigação de dar coisa certa, os arts. 234 e 236 estabelecem que fica resolvida a relação obrigacional se a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, mas se este for culpado, o credor poderá exigir o equivalente da prestação mais perdas e danos;
- Se a obrigação for de dar coisa incerta, o art. 246 estabelece que, antes da escolha da coisa, o devedor não poderá alegar perda da coisa por caso fortuito ou força maior;

Além da obrigação principal, existem ainda deveres chamados de acessórios, denominados por Larenz de “deveres de conduta”, que são resultado do estipulado entre as partes, ou do princípio da boa-fé ou das circunstâncias. A violação de qualquer desses deveres acessórios gera motivo para obrigação de indenização ou, dependendo da circunstância, a resolução do negócio jurídico. Trata-se de “deveres de caráter secundário ou complementar” (apud LOBO, 2011, p. 73.) Já a literatura portuguesa classifica-os como deveres acessórios de conduta.

A doutrina alemã, conforme Paulo Lobo:

“(…) do dever de atuar segundo a boa-fé derivam três deveres específicos: a) os deveres de proteção, que determinam que as partes devem evitar qualquer atuação suscetível de causar danos à outra parte, sejam eles pessoais ou patrimoniais; b) os deveres de informação, em especial quanto às circunstâncias que possam ser relevantes para a formação do consenso da outra parte e com especial intensidade quando uma das partes se apresenta como mais fraca; c) deveres de lealdade, para evitar comportamentos que traduzam deslealdade para com a outra parte.” (LOBO, 2011, p. 77)

Para apurar a boa-fé, os atos dos contratantes devem ser observados antes, durante e após o contrato.

A boa-fé nos remete ao dever de informar, conforme leciona Paulo Lobo:

“O direito à informação e o correspondente dever de informar têm raiz histórica na boa-fé, mas adquiriram autonomia própria ante a tendência crescente do Estado social de proteção ou tutela jurídica dos figurantes vulneráveis das relações jurídicas obrigacionais. (...) O dever de informar é exigível antes, durante e após a relação jurídica obrigacional”. (LOBO, 2011, p. 90)

Ainda:

“Cumpre-se o dever de informar quando a informação recebida pelo consumidor típico preencha os requisitos de adequação, suficiência e veracidade. Os requisitos devem estar interligados. A ausência de qualquer deles importa descumprimento do dever de informar.” (LOBO, 2011, p. 91)

A revolução trouxe significantes consequências tanto nas relações consumeristas quanto nas sociais, ensejando uma alteração no campo da reparação de danos devido à necessidade de se adequar as necessidades dos consumidores que vinham surgindo. (LEMOS, 2012, p. 25)

Além da responsabilidade objetiva, a doutrina viu a necessidade de dividir as relações obrigacionais quanto ao seu conteúdo, sendo de resultado ou de meio, com vistas a compreender melhor as relações obrigacionais, já que a obrigação do devedor nem sempre é a mesa, tendo sido atribuída a Demongue a função de estabelecer os critérios para distinção entre esses dois tipos de obrigação. Demongue assim o fez, baseando-se no ônus probatório quanto às obrigações contratuais e delituais. (SALOMÃO, 2006)

A natureza de certa obrigação está intimamente ligada ao objetivo que se visa atingir com aquele contrato firmado. Sendo assim, existe a obrigação de meio quando o cumprimento da obrigação exige apenas que o devedor empregue determinado meio, sem compromisso com o resultado obtido. Por outro lado, existe obrigação de resultado quando o devedor se compromete a atingir um determinado resultado, sendo que a não obtenção daquele resultado resulta em inadimplemento do contrato. (STOCO, 2011, p. 547)

Na legislação brasileira, ainda não existe explicitamente a distinção entre obrigação de meio e de resultado. Segundo Paulo Lôbo:

“A de meio seria aquela que a própria atividade em si seria a causa final da obrigação, independente do resultado obtido, desde que tenha havido diligência, boa-fé e aplicação adequada das técnicas. Já na obrigação de resultado, a causa final é o resultado prometido, independente de como agiu o empregador dos meios necessários para obter tal resultado.”(LOBO, 2011, p. 37)

Essa distinção surgiu primeiramente no âmbito do direito francês, pela obra de Demongue.

Tem-se a obrigação de meio naqueles contratos cuja obrigação assumida não é certa, pois depende da aplicação das técnicas corretas e de cuidados do devedor. (LOBO, 2011, p. 37)

Em suma, nas obrigações de meio, o devedor assume seguir um plano prestacional de forma diligente, prudente e eficiente, que visa à obtenção do resultado, porém não o garante. Nesse caso, o devedor tem o compromisso de se empenhar em obter o resultado prometido, ultrapassando as barreiras que venham a surgir, estando sujeito apenas a demonstrar que utilizou de todos os meios possíveis que lhe cabiam para obter o resultado esperado, não sendo responsabilizado caso não o alcance. Sendo assim, caberia ao credor lesado o ônus de provar a culpa do devedor pelo dano que sofrera, demonstrando que o devedor não foi diligente o suficiente para alcançar o resultado, não tendo agido com diligência. (CATALAN, 2011, p. 199)

Seguindo este raciocínio se enquadram como responsabilidade de meio a responsabilidade dos profissionais autônomos – advogados, médicos em geral, etc. –, conforme previsto no art. 14, § 4º, do CDC. Porém, no Brasil, a obrigação do médico cirurgião plástico é considerada de resultado, diferentemente de qualquer outra especialidade médica.

Paulo Nader entende que o legislador agiu com sensatez ao estabelecer a obrigação do médico como de meio, pois, se fosse estabelecida como obrigação de resultado, desestimularia o tratamento de pacientes com doenças graves, já que o médico, muitas vezes, precisa de coragem diante de um quadro clínico grave, em que medidas urgentes devem ser tomadas. (NADER, 2010, p. 406).

Aqueles que pretendem demandar, quando a obrigação devida é de meio, além de provar os requisitos da responsabilidade civil, têm ainda que provar que o meio empregado não foi utilizado com a diligência e a prudência adequadas. Temos aqui a responsabilidade subjetiva do devedor. Já na obrigação de resultado, basta que a vítima demonstre os requisitos da responsabilidade civil (dano, fato causador, nexo de causalidade, imputabilidade).

Porém, de acordo com pesquisa feita por Marcos Catalan, muitos autores, tanto estrangeiros quanto brasileiros, como, por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira e Paulo Lôbo, criticam essa distribuição do ônus probatório nas obrigações de meio, pois consideram que é mais fácil ao devedor provar que seguiu o plano prestacional e utilizou dos meios para obter o resultado, do que ao credor provar que o devedor não foi diligente, sendo mais difícil ainda provar a ausência ou a existência de culpa. (2011, p. 201)

Já nas obrigações de resultado, Marcos Catalan, em apertada síntese, ensina: “nessas, a conduta do devedor há de coincidir com a prestação prometida – e esperada – por ocasião do ajuste negocial.” (CATALAN, 2011, p. 203) Quanto à obrigação de resultado, presume-se culpado o devedor que não obtém o resultado prometido, cabendo a este o ônus probatório quanto à inexistência do dever de reparação e, sendo assim, com o passar dos anos a doutrina começa a perceber a desnecessidade de imputar culpa ou não ao agente causador do dano (CATALAN, 2011, p. 204).

Diante o exposto, observa-se que a responsabilidade objetiva ou subjetiva é atribuída ao agente causador de acordo com o tipo de obrigação que este assumiu, sendo responsabilizado objetivamente caso tenha assumido obrigação de resultado, e subjetivamente caso tenha assumido obrigação de meio, sem prejuízo da inversão do ônus da prova, quando assim o juiz entender. (SALOMÃO, 2006)

2.3 Deveres e obrigações do médico e do paciente

O Código de Ética Médica, em seu Capítulo III, trata das responsabilidades profissionais do médico, sendo defeso ao médico, dentre outras condutas:

- “Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência;
- Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica”; “Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria; e
- Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave”, conforme arts. 1º, 2º, 7º e 8º” (CFM, Código de Ética Médica, 2009).

Em suma, os deveres do médico são de proteção e de cuidado, que, segundo Kfoury Neto, situam-se tanto antes quanto durante e após o tratamento. (KFOURI NETO, 2010, p. 34.)

Dessa forma, o médico deve obter todas as informações do paciente pertinentes à busca do seu diagnóstico e de sua cura antes de iniciar qualquer procedimento e, em contrapartida, o paciente deve cooperar sem omitir nenhum dado que seja do interesse do médico (KFOURI NETO, 2010, p. 34). Trata-se da obrigação do médico de usar de precaução

e atividade normais na prestação de alguns serviços para obter um efeito, sem, contudo, se vincular a atingi-lo, neste caso, a cura do paciente.

Miguel Kfoury Neto resume, ao dizer que é essencial ao médico que utilize de diligência e cuidado, de acordo com o estado contemporâneo de sua ciência. (2010, p. 35)

Ainda segundo o Código de Ética Médica, o médico tem o dever de informar e aconselhar, o de prudência e o de atualização, bem como o dever de assistir. (CFM, Código de Ética Médica, 2009).

Cumprido esclarecer que se entende como dever de atualização a obrigação que o médico tem de acompanhar a evolução da medicina, tanto em suas descobertas de diagnósticos quanto em tratamentos e procedimentos.

Em contrapartida aos inúmeros deveres do médico, o Código de Ética Médica garante ao médico também alguns direitos, que lhe certificam autonomia profissional, técnica e científica, o que significa sua liberdade para diagnosticar e tratar o paciente em conformidade com seus conhecimentos e certezas, desde que atualizados.

2.4 As excludentes de responsabilização civil médica

Conforme já mencionado neste trabalho, existem hipóteses que atenuam, ou chegam a extinguir o nexo causal entre a conduta e o dano causado, sendo, portanto, excludentes da responsabilidade civil, quais sejam, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e, atuando exclusivamente no campo contratual, temos também a cláusula de não indenizar. Silvio Rodrigues complementa: “Com efeito, se a culpa é exclusiva da vítima, inexistente, por definição, culpa do agente causador do dano. [...] Se o fato derivou da atividade de terceiro, não há relação de causalidade entre o ato gerador do prejuízo e este.” (RODRIGUES, 2002, p. 164)

Quanto à culpa da vítima, esta pode ser exclusiva ou concorrente, sendo que a primeira extingue por completo a relação de causa e efeito entre a conduta do agente supostamente causador do dano e o dano em si. Já a culpa concorrente da vítima atenua a responsabilidade do agente causador do dano, pelo fato de o evento danoso ter decorrido tanto da culpa do agente quanto da culpa da própria vítima e, nesses casos, segundo Silvio

Rodrigues, a indenização deve ser repartida entre os dois responsáveis pelo dano, na proporção em que for justo. (RODRIGUES, 2002, p. 165-166)

Podemos citar, como exemplo de dano causado por culpa exclusiva da vítima, aquele paciente que se levanta da cama logo após o procedimento cirúrgico, mesmo tendo sido orientado pelo seu médico a permanecer em repouso, e por conta disso vem a sofrer algum dano. Neste caso, não há de se falar em descumprimento de qualquer dever do médico, uma vez que este prestou as orientações necessárias ao seu paciente.

Quanto ao fato de terceiro, é fácil identificar que se trata de dano causado por terceiro estranho àquela relação, sendo este aquele por quem o “o indigitado responsável não responde”. (RODRIGUES, 2002, p. 169). Sendo assim, não são inclusos aqui como terceiros aqueles por quem o responsável responde, a exemplo de filhos, prepostos, pupilos, auxiliares, curatelados, etc. Como exemplo, pode-se citar o caso em que um terceiro responsável pelo paciente internado, mesmo alertado pelo médico da necessidade de internação do paciente, opta por transportá-lo e mantê-lo em sua casa e assina o termo de responsabilidade, vindo o paciente a sofrer danos pela opção feita pelo seu responsável.

A hipótese de caso fortuito ou força maior trata-se, em regra, de fato alheio à vontade das partes do contrato ou do agente que causou o dano, e que tampouco derivou da negligência, imprudência ou imperícia de qualquer um destes. (RODRIGUES, 2002, p. 174)

Tanto o caso fortuito quanto a força maior são marcados pela sua inevitabilidade ou imprevisibilidade. Na doutrina, há quem defenda que não há diferença entre um e o outro, porém existe uma corrente que defende que o caso fortuito é um fato da natureza, como, por exemplo, uma forte tempestade que faz desabar o teto do hospital, causando danos ao paciente de um médico, e a força maior decorre de ato humano, como um furto ou roubo que, diante da violência, causa danos a um paciente recém-operado. (NADER, 2010, p. 120-121)

A cláusula de não indenizar é aquela estipulada entre as partes contratantes na qual uma delas declara, sob a concordância da outra, que não poderá ser responsabilizada pelo dano eventualmente experimentado pela outra, seja pela inexecução, seja pela execução inadequada do contrato estabelecido. Importante esclarecer que esse eventual dano deveria ser reparado pela parte que o causou, caso não existisse a cláusula de não indenizar.

Sendo assim, nitidamente a cláusula de não indenizar somente pode ser utilizada no campo dos contratos e, no caso de ser estipulada, o risco passa a ser assumido pela vítima que pode eventualmente ser lesada. (RODRIGUES, 2002, p. 179)

Há, porém, grande controvérsia quanto à legitimidade (ou não) da cláusula de não indenizar, e que merece destaque, pois existem doutrinadores mais radicais que defendem a sua proibição, por entenderem que incentiva imprudência, negligência e imperícia, visto que, ciente de que não vai responder pelos danos que causar, o agente não se dedicaria ao cumprimento do contrato com zelo. (RODRIGUES, 2002, p. 180)

Já a corrente que apoia a utilização da cláusula, baseia-se no princípio da autonomia da vontade, defendendo que a cláusula é totalmente lícita e ainda “seria conveniente ao interesse social, pois, com ela, diminuem os riscos do empreendimento, representa um barateamento de custos e assim constitui um elemento de desenvolvimento dos negócios.” (RODRIGUES, 2002, p. 180)

A cláusula de não indenizar é muito utilizada nos contratos médicos. René Demongue defende a validade da cláusula em cirurgias que o médico julgue perigosas, desde que haja a manifestação formal do paciente. Trata-se de uma proteção ao médico que assente à vontade do paciente de operar contrariando as regras técnicas da sua profissão. (apud KFOURI NETO, 2010, p. 111)

Silvio Rodrigues entende que a cláusula por ser admitida, desde que observado o consentimento de ambas as partes contratantes e desde que não colida com preceitos de lei, com a ordem pública e com os bons costumes. (2002, p. 181)

Diante do exposto, temos que existem diversos fatores que interferem no nexo causal entre a conduta do médico e o dano sofrido pelo seu paciente e que tais fatores excluem a responsabilidade civil do médico, desde que devidamente comprovadas.

2.5 O dever de informação e o consentimento do paciente

É importante ressaltar o art. 22 do Código de Ética do Médico, que assim dispõe: “o médico não pode deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”. Daí

extrai-se a obrigação do médico em manter seu paciente sempre bem informado sobre os riscos e as possibilidades de cura do procedimento ao qual o paciente será submetido.

O dever de informação é um direito básico do consumidor, previsto no CDC, em seu art. 6º: informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem. Este dever, com as devidas adequações, se aplica ao médico, conforme já mencionado anteriormente, em atendimento ao art. 22 do Código de Ética do médico.

O direito à informação, previsto no art. 6, III, do CDC, existe a fim de dar ao consumidor, neste caso paciente, a possibilidade de consentir ou não com o procedimento a ser realizado. Tem-se, então, o consentimento informado. Sérgio Cavalieri complementa: “A informação deve ser completa, verdadeira e adequada, pois somente esta permite o consentimento informado.” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 377)

Partindo do princípio de que, quanto mais arriscada a intervenção do profissional, mais necessárias tornam-se a advertência e a informação ao paciente, a omissão de informação ao paciente pode gerar responsabilidade profissional.

Quanto à cirurgia estética, já que é classificado pela doutrina como obrigação de resultado, Sérgio Cavalieri esclarece:

“Se esse resultado não é possível, deve (o médico) desde logo alertá-lo (o paciente) e se negar a realizar a cirurgia. O ponto nodal, conforme já salientado, 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.” (2008, p. 380)

Toda atividade médica tem o que chamamos de risco inerente, pelo qual, em princípio, médicos e hospitais não respondem por ele, a não ser que haja a falta de informação ao paciente quanto aos riscos reais do tratamento.

A responsabilidade por comprovar que o dever de informar foi cumprido será sempre do médico, ou do hospital, conforme o caso. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 378).

Diante de todo o exposto neste capítulo, temos que o dano causado ao paciente deve ser reparado, na medida em que o médico não cumpriu com os seus deveres de profissional da saúde, ou cometeu erro médico (de tratamento ou procedimental), observando-se que se trata de relação contratual, levando-se em consideração o tipo de obrigação assumida pelo médico nas mais

diversas especialidades e analisando-se a existência de qualquer das excludentes de responsabilidade civil. Quanto ao dano causado em cirurgia plástica, a análise da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico tem parâmetros ainda muito discutidos no âmbito jurídico, tema que se passa a abordar no próximo capítulo.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

3.1 A importante diferença entre cirurgia plástica reparadora e a cirurgia plástica estética

A cirurgia plástica é atualmente mais frequente do que se pode imaginar. Homens e mulheres buscam esse recurso em busca da perfeição estética ou da correção de defeitos que os incomodam.

Segundo José de Aguiar Dias, a facilidade ao acesso a esse tipo de intervenção cirúrgica exige atenção especial do órgão examinador quando for necessário auferir responsabilidade por danos. Dias defende que o “ponto de vista no exame deve ser subjetivo”. (1980, apud VENOSA, 2010, p. 164)

Quanto à obrigação do médico cirurgião plástico, esta pode ser de meio ou de resultado, variando de acordo com o tipo de intervenção que será feita, se embelezadora ou reparadora, e ainda de acordo com a corrente doutrinária.

Para adentrarmos ao tema, primeiramente cumpre destacar a diferença entre cirurgia plástica reparadora e cirurgia plástica estética, ou meramente embelezadora como alguns chamam. (KFOURI NETO, 2010, p. 195)

Miguel Kfourí Neto define a diferença entre uma e outra em poucas palavras, ao dizer que a cirurgia plástica estética propriamente dita, como chama a cirurgia plástica embelezadora, tem como objetivo corrigir imperfeições físicas da natureza, enquanto a cirurgia plástica reparadora visa reparar enfermidades, congênicas ou adquiridas. (2010, p. 195)

Elisângela Fernandez Árias complementa, ao ensinar que a primeira tem por única finalidade a de embelezar, sendo realizada em regra sem que o paciente possua qualquer mal físico. Já a cirurgia plástica reparadora tem o intuito de corrigir defeito congênito ou adquirido, estando aqui inserida aquela cirurgia a fim de reparar defeito causado pela própria cirurgia estética. (ÁRIAS, 2012)

Miguel Kfourí Neto subdivide ainda a cirurgia plástica estética em duas modalidades: cirurgia de caráter estritamente estético e cirurgia estética *lato sensu*, sendo a primeira aquela cirurgia que busca a perfeição de alguma parte do corpo do paciente, como,

por exemplo, aquele que pretende tornar seu nariz ainda mais formoso, considerando um modelo ideal de beleza. Já a cirurgia estética *lato sensu* é aquela que visa reparar pequena imperfeição da natureza, que gera incômodo psíquico ao paciente, como, por exemplo, um paciente que tem nariz, de fato, em desarmonia com o seu rosto, com linhas irregulares. (2010, p. 195)

Quanto à cirurgia reparadora, a doutrina é pacífica no sentido de que o médico tem obrigação de meio, podendo-se dele exigir apenas que faça o máximo para obter o melhor resultado reparador, agindo conforme se espera de um profissional, com prudência, perícia e diligência. (ÁRIAS, 2012) Nesse caso, então é de responsabilidade da vítima provar que o cirurgião agiu com culpa e foi negligente, imprudente ou imperito, uma vez que, por se tratar de obrigação de meio, a responsabilidade será valorada pelo critério subjetivo.

Na mesma linha de Venosa e de Cavalieri, a jurisprudência brasileira é majoritária no sentido de considerar que, nos casos de cirurgia plástica embelezadora, a obrigação é de resultado, sendo assim há presunção de culpa, a qual, se o médico cirurgião plástico não adimplir integralmente à sua obrigação, ocorrendo uma eventual deformidade ou irregularidade, acarretará na responsabilidade pelo critério objetivo e no dever de indenizar pelo não seu cumprimento. Nesses casos, cabe ao médico responsável pela cirurgia plástica fazer prova de que agiu com prudência, zelo e perícia, o que afastaria definitivamente a imprudência, negligência e imperícia. (KFOURI NETO, 2010, p. 196)

O dever do médico cirurgião plástico de reparar (ou não) seu paciente por não obter o resultado esperado na cirurgia plástica embelezadora gira em torno da discussão sobre se a obrigação deste médico, devido ao tipo de serviço prestado, é de meio ou de resultado e se tal responsabilidade é objetiva ou subjetiva, com base no Código de Defesa do Consumidor.

No caso da cirurgia plástica estética, é majoritário o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que se trata de obrigação de resultado e, por isso, a responsabilidade neste caso é objetiva, podendo o médico cirurgião plástico se eximir da responsabilidade, mediante comprovação de que não houve negligência, imprudência nem imperícia no procedimento realizado, tendo ocorrido um caso fortuito ou força maior, a exemplo do REsp 985.888-SP (STJ, 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 16/01/2012) e do REsp 1.180.815/MG (STJ, 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 19/08/2010).

No entanto, essa tese é ainda discutida na doutrina, pois há quem defenda que, no caso de cirurgia plástica estética, a obrigação é de meio, por esta estar vulnerável aos mesmos fatores externos e internos de uma cirurgia comum, alheios ao controle do médico cirurgião, como fator genético, doenças de base, infecções hospitalares, entre outros.

Quando se trata de obrigação meio, não ocorre o descumprimento da obrigação caso o credor não obtenha o resultado esperado, não gera, portando, responsabilidade civil, enquanto, na obrigação de resultado, o credor tem direito à indenização caso o resultado esperado não seja alcançado, pois se presume que se o resultado não tivesse sido garantido, o credor, consumidor daquele serviço, não o haveria contratado e não haveria a formação jurídica contratual. Porém, em ambos os tipos de responsabilidade, a culpa deve ser provada, invertendo-se apenas o ônus da prova no caso de responsabilidade de resultado.

Em qualquer situação de cirurgia, o médico deve alertar o seu paciente quanto aos riscos cirúrgicos e, ainda, não deve realizar a cirurgia se verificar que o procedimento não terá sua finalidade atingida devido às condições gerais do paciente. É ainda imprescindível o título de especialista do médico cirurgião plástico na área de cirurgia plástica para que esteja apto a realizar o procedimento.

É importante também que o médico que realiza cirurgia plástica estética não cause ao seu paciente dano estético não relacionado com a intervenção cirúrgica, por exemplo, uma cirurgia plástica no nariz, porém acaba deixando a boca torta.

Passemos então à exposição das teses adotadas pela doutrina para defender seu posicionamento quanto ao tipo de obrigação assumida pelo cirurgião em cirurgia plástica estética.

3.2 A cirurgia plástica estética como obrigação de resultado – posição adotada pelo STJ

Para Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 144), no exercício da sua profissão, o médico deve conhecer sua ciência a fim de passar confiança e segurança ao seu paciente, sendo que a obrigação contraída pelo médico em relação ao seu paciente é de meio, e não de resultado.

Nesses casos, a obrigação é considerada de meio, “pois o objeto do contrato médico é a prestação de cuidados ao paciente e não necessariamente a sua cura”. (CACHAPUZ, 2011, p. 604)

O médico assume o compromisso de aplicar todo o seu conhecimento, técnica, diligência e perícia no tratamento de seu paciente, a fim de obter a cura ou o abrandamento dos seus males, mas, por se tratar de obrigação de meio, em regra, o médico não é responsabilizado caso a cura não seja obtida. Sua responsabilidade será, “em regra, aferida mediante o cauteloso exame dos meios por ele empregados em cada caso”. (VENOSA, 2011, p. 146)

A responsabilidade do médico não diz respeito somente ao profissional da medicina, como também aos hospitais, clínicas, pessoas jurídicas, etc. A responsabilidade do médico, enquanto profissional liberal individual, continua no campo subjetivo, sendo que a falha da pessoa jurídica na prestação de serviços médicos independe de culpa, sendo, portanto, objetiva. (VENOSA, 2011, p. 146)

A obrigação torna-se de resultado em algumas situações, como na cirurgia plástica estética e nos exames laboratoriais.

Segundo Silvio da Salvo Venosa, ao citar Miguel Kfoury Neto, o cirurgião plástico deve garantir, em princípio, o resultado pretendido, havendo uma tendência generalizada de se presumir a culpa do cirurgião no caso de não obtenção do resultado, diferenciando-se nesse ponto da cirurgia geral. Ainda na opinião do autor, caso o resultado almejado não fosse assegurado pelo cirurgião, o paciente certamente não se submeteria ao procedimento cirúrgico. (2010, p. 163)

Sérgio Cavaliéri compartilha da mesma opinião do ilustre professor Venosa, ao discorrer que não há qualquer dúvida de que a obrigação assumida pelo médico cirurgião plástico no caso de cirurgia estética é de resultado, uma vez que o médico se compromete a obter o resultado prometido ao paciente, devendo dar especial atenção à qual resultado de fato foi prometido ao paciente. E vai além, ao dizer que, caso não seja possível obter o resultado pretendido, o médico deve alertar o seu paciente e se recusar a fazer a cirurgia, ou ainda alertá-lo sobre os possíveis resultados negativos, a fim de evitar a violação ao dever de informação, suficiente para embasar a responsabilização médica. (CAVALIÉRI FILHO, 2005, p. 402)

Ainda em corroboração ao posicionamento de Venosa, Cavalieri ressalta que ninguém se submeteria aos riscos de uma cirurgia caso não lhe fosse assegurado certo resultado de melhora pretendido e que, caso o resultado não seja obtido, cabe ao cirurgião provar que o insucesso decorreu de fatores imponderáveis. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 403)

Cumprir destacar que, apesar de defender que a obrigação do médico no presente caso discutido é de resultado, Sérgio Cavalieri é da opinião que, nesses casos, o fato de se tratar de obrigação de resultado apenas tem como efeito a inversão do ônus da prova, pois a responsabilidade continua a ser subjetiva, porém com a culpa presumida, e não objetiva como muitos defendem. Cabe, portanto, ao médico cirurgião elidir a presunção de culpa, mediante a comprovação da ocorrência de “fator imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar”. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 403)

Em consonância com o entendimento de Sérgio Cavalieri, podemos citar o julgamento do REsp 81.101-PR, da 3ª Turma do STJ, julgado em 26/08/1996, no qual o relator Min. Waldemar Zveiter aplicou o princípio da inversão do ônus da prova, previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, atribuindo ao médico cirurgião plástico a obrigação de provar que procedeu com a melhor técnica.

O dano experimentado pelo paciente que não obteve o resultado almejado na cirurgia plástica estética à qual se submeteu não decorre simplesmente da sua insatisfação, mas sim da verificação de que o resultado se afastou do que era esperado, considerando-se a realidade do paciente antes do procedimento cirúrgico. (MATIELO, 2001, p. 63)

Rui Stocco lembra ainda dos casos em que o médico projeta a imagem do paciente por meio de programas de computador, assegurando que aquele será o resultado prometido, figurando, portanto, obrigação de resultado que deve ser honrada. (1994, p. 298)

Conforme exposto, é fundamentada nesses posicionamentos doutrinários que a jurisprudência tem se posicionado quanto à obrigação do médico cirurgião plástico. Podemos citar como exemplo o REsp 1.180.815, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, cujo teor da ementa deixa claro o posicionamento adotado pelo STJ:

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO.

EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.

1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.

2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.

3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional.

4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.

RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”

(REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010) (grifo nosso)

Importante observar no julgado acima que a jurisprudência tem admitido o posicionamento adotado por Sérgio Cavalieri Filho, exposto anteriormente, no sentido de que a responsabilidade permanece subjetiva apesar de tratar-se de obrigação de resultado, havendo a inversão do ônus da prova. Podemos citar ainda o julgado mais recente REsp 985.888/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

Porém, segundo Miguel Kfoury Neto, há ainda na jurisprudência quem reconheça a responsabilidade objetiva do cirurgião plástico em vista da sua obrigação de resultado, o que seria um evidente equívoco. (2010, p. 197)

Fabrizio Zamproga Matielo atenua, ao defender que é aceitável o resultado que não se distancia do razoável e do que se poderia esperar dos médicos em geral que atuam na cirurgia, sendo, portanto, a responsabilização civil do médico cirurgião plástico nas

cirurgias plásticas estéticas cabível no caso de “afeiamento notório, desarrazoado e divorciado” das excludentes de responsabilização já mencionadas. (1998, p. 60)

3.3 A cirurgia plástica estética como obrigação de meio – posição que se defende

Conforme já mencionado, apesar de a doutrina majoritária e a jurisprudência atribuírem ao médico que faz cirurgia plástica estética a obrigação de resultado, existem estudiosos que defendem tratar-se de obrigação de meio, pelos motivos que aqui serão expostos.

Como regra geral, os doutrinadores defendem essa posição com fundamento na semelhança entre o procedimento da cirurgia plástica estética e as demais cirurgias e tratamentos médicos, pois todos estão sujeitos a fatores externos e internos, que fogem ao controle do médico, seja qual for a sua especialidade.

O ex-ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. defende que o tipo de obrigação a que o cirurgião plástico está submetido não é diferente daquela à qual os demais cirurgiões estão sujeitos, pois ambos estão sujeitos aos mesmos riscos e dependem da mesma álea, e assegura seu entendimento levando em consideração que, em qualquer tipo de operação, há um risco ligado à reação do próprio organismo humano, e cita, como exemplos, tipo de pele extremamente sensível, infecção hospitalar, etc., e admite serem situações, na maioria das vezes, imprevisíveis e que não podem ser imputadas ao médico. O eminente ex-ministro sabiamente arremata: “A eventual falta de informação precisa sobre o risco, e a não obtenção de consentimento plenamente esclarecido, conduzirão a responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios (RT 718/40)”. (apud CAVALIERI FILHO, 2005, p. 402-403)

Reginaldo César Pinheiro corrobora assertivamente com a opinião exposta do ex-ministro, ao concluir que nenhum médico pode garantir a cura do seu paciente, bem como seria impossível garantir um resultado estético, pois depende de vários fatores que não só sua competência, como o sistema imunológico do paciente e sua reação no pós-operatório.

Ainda quanto ao entendimento do ilustre ex-ministro Ruy Rosado, a promessa de resultado não é o que define a obrigação do médico cirurgião plástico, pois não altera a sua categoria jurídica, já que esta continua a ser a de prestar um serviço que traz consigo certo risco (2000, p. 163). Nesse mesmo sentido, Kfouri Neto afirma:

“Todavia, esses dois pontos, o compromisso com determinado resultado e a ausência de patologia, não servem para desqualificar a unidade científica do ato cirúrgico que, como visto supra, tem a mesma natureza e depende da mesma álea, não importando a subespecialidade.

Qualquer que seja o ato cirúrgico, o que determina a responsabilidade é a constatação da existência do erro médico e não, diante da igual natureza científica do ato, o compromisso de alcançar certo resultado. E o erro médico, como ensina o professor acadêmico Júlio de Moraes, na medida em que o médico não é infalível, é aquele que um profissional de média capacidade, em idênticas situações, não cometeria.” (2002, p. 257)

Dentre os defensores da teoria de que a obrigação do médico cirurgião plástico é de resultado, há aqueles que justificam seu posicionamento fundados no fato de que a intervenção cirúrgica para meros fins estéticos de embelezamento, no caso da cirurgia plástica puramente estética, não é um tratamento essencial à saúde do paciente, tratando-se, portanto, de sujeição aos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico, por motivos fúteis.

Silvio de Salvo Venosa, por exemplo, afirma: “há uma tendência de se tratar com maior rigor o cirurgião plástico, não somente porque essa intervenção não tem o cunho de essencialidade para a saúde do paciente, como também porque é conceituada como obrigação de resultado.” (2010, p. 164)

Porém, contra esse fundamento utilizado pela doutrina defensora da obrigação de resultado para o cirurgião plástico, Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza ressaltam, com sabedoria, que não se pode ignorar o fato de que uma pessoa, por mais perfeita que aparente ser, mas que mesmo assim procura um cirurgião plástico para modificar esteticamente alguma parte do seu corpo, nitidamente sofre de um mal psicológico, que causa angústia, sofreguidão e depressão. Sendo assim, não deve prevalecer, nos tempos atuais, o pensamento de que a cirurgia estética é uma intervenção sem necessidade, de luxo, como muitos dizem; ao contrário, trata-se de uma especialidade médica como outra qualquer, sujeita às mesmas obrigações e responsabilidades (2002, p. 18)

Sobre o assunto, Miguel Kfouri é da opinião de que não há dúvidas de que a cirurgia plástica não pode mais ser considerada uma cirurgia de luxo, pois dificilmente um paciente procura uma intervenção cirúrgica desse tipo com absoluta futilidade e sem qualquer

necessidade. No caso desses pacientes que procuram esse tipo de cirurgia, o embelezamento ou a correção de alguma imperfeição em seu corpo significa uma cura do seu estado psíquico. (2001, p. 160).

Diante o exposto até o momento, há de se considerar que os fundamentos levantados pelos defensores da obrigação de meio ao cirurgião plástico em cirurgias puramente estéticas merecem maior atenção, pois estão de acordo com a realidade atual da sociedade, já que atualmente os seres humanos estão sendo constantemente pressionados a estarem enquadrados em certos padrões, como os de beleza, por exemplo, e muitos daqueles que não seguem tais padrões acabam afligidos pela doença do século, a depressão.

Dessa forma, a cirurgia plástica não deixa de ser um meio de essas pessoas buscarem uma solução para o que lhes incomoda, sendo, portanto, um tratamento muitas vezes necessário, e não fútil como muitos julgam.

Na opinião de Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza, com a qual se concorda, considerar a obrigação do médico cirurgião plástico como de resultado é um grande preconceito, além de ignorar o que já se sabe sobre o sistema biológico de cada ser humano, se é diferente em cada um, e por muitas vezes se mostra surpreendente e imprevisível. (2002, p. 20)

Ademais, deve-se analisar se o cirurgião plástico operou com destreza, perícia, prudência, conhecimento e observância das normas de sua profissão e que são esperadas dele, e ainda de acordo com as regras sanitárias. Caso assim tenha procedido, não seria correto imputar-lhe o dever de reparar o paciente, pelo dano que este tenha sofrido, em decorrência de fatores que fogem ao controle do médico. (DIAS, 1980, p. 16)

Enfrenta-se ainda a polêmica sobre a subjetividade no julgamento sobre se o resultado obtido com a cirurgia plástica está ou não dentro dos padrões de beleza esperado, ou ainda, do próprio resultado prometido. Kfoury Neto explica melhor, ao ensinar que existem várias circunstâncias peculiares que não devem ser associadas a um padrão imposto pela jurisprudência a respeito da configuração jurídica da cirurgia estética como obrigação de resultado, pois acarretam absurdos, como o conceito de aceitação do resultado diante de um determinado detalhe, como por exemplo, a angularidade específica de um nariz. (2002, p. 257)

Seguindo o raciocínio de Demongue, criador da distinção entre obrigações de resultado e de meio, uma obrigação de resultado não pode estar sujeita à álea, isto é, não pode estar sujeita a algum fator imprevisível. Sendo assim, uma cirurgia plástica não poderia ser configurada como obrigação de meio, já que tem como objeto o corpo humano (GIOSTRI, 2004, p. 138), que, como já foi exposto, apresenta as mais diversas reações ao mesmo procedimento e, portanto, é completamente imprevisível. Hildegard vai além:

“Partindo-se do princípio que a beleza é um elemento subjetivo; que a expectativa que cada um tem sobre um determinado resultado é algo de foro íntimo e que só a si pertence; que cada organismo reage de maneira diferente, frente a uma mesma técnica cirúrgica ou um mesmo tratamento; que a obrigação de resultado se destina a situações com ausência do *fator álea*; que em uma obrigação de resultado, o elemento *diligência* não tem o menor peso, então, parece ser lúcido discordar do uso de tal caracterização por inadequação e impropriedade, em relação à área na qual se desenvolve uma prestação obrigacional, vez que o corpo humano é a seara do imprevisível e do conjectural.” (2004, p. 149)

Luis O. Adorno tece comentários interessantes ao defender que a obrigação do médico cirurgião plástico é de meio, e não de resultado, e que merecem ser destacados, pois o autor afirma que o cirurgião plástico não está obrigado a obter um resultado satisfatório para o seu paciente, e sim a empregar todas as técnicas e meios adequados, observando o estado atual da ciência, para obter o melhor resultado possível, dentro daquilo que foi solicitado pelo paciente. (apud PINHEIRO, 2010)

No mesmo sentido da opinião de Adorno, Matielo complementa que, caso seja alcançado um resultado aceitável para o caso concreto, a obrigação do cirurgião plástico estaria cumprida, considerando que aceitável é o resultado que não destoa do razoável e do que se poderia esperar dos profissionais em geral que porventura atuassem naquele mesmo caso. (apud PINHEIRO, 2010)

Regina Beatriz Tavares da Silva, ao definir obrigações de meio e de resultado, nos leva a considerar que a obrigação do médico cirurgião plástico é de fato obrigação de meio, como a de qualquer outro médico, pois considera que a obrigação de meio é aquela em que a responsabilidade não depende somente do profissional, mas também do seu paciente, e que a obrigação de resultado independe de fatores externos, sendo, portanto, a obtenção do resultado prometido depende exclusivamente do profissional que se compromete a atingi-lo. (SILVA, 2007, p. 15) Diante dessa definição, não prospera a teoria de que a obrigação do cirurgião plástico é de resultado, pois não se pode ignorar o fato de que o

sucesso de toda intervenção cirúrgica depende não somente dos cuidados médicos como também dos cuidados do próprio paciente, tanto no pré quanto no pós-operatório.

O Conselho Federal de Medicina também sustenta o entendimento de que a obrigação do cirurgião plástico é de meio, adotando o mesmo entendimento de Tavares da Silva, ao manifestar no art. 4º da Resolução n.º 1.621-2001, no sentido de que “o objetivo do ato médico na cirurgia plástica como em toda a prática médica constitui obrigação de meio e não de fim ou de resultado”. (SILVA, 2007, p. 151).

O colendo STJ, apesar de ter adotado a corrente da obrigação de resultado para o cirurgião plástico nos últimos julgados, REsp 81.101/PR, 3ª Turma do STJ, julgado em 26/08/1996, de relatoria do Min. Waldemar Zveiter, admitiu que toda intervenção cirúrgica, qualquer que seja, pode apresentar resultados não esperados, mesmo que não haja erro médico. E podem ainda haver certas consequências independentemente da qualificação do profissional e da diligência, perícia e prudência com que este realize a intervenção cirúrgica.

Por fim, essencial se faz destacar a conclusão à que chegou o ex-ministro Ruy Rosado:

“O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se que constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente de fracasso.” (AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 40)

Ressalta-se que a natureza da obrigação assumida pelo médico cirurgião plástico, de acordo com o entendimento de Rui Stoco, não possui o poder de alterar o critério de valoração do tipo de responsabilidade do profissional, se subjetiva ou objetiva, sendo que, em qualquer tipo de obrigação assumida, deve-se apurar a existência de culpa (*lato sensu*) (STOCO, 2011, p. 548). Nesse mesmo sentido, corrobora Tavares de Souza, ao afirmar que qualquer que seja a natureza da obrigação do médico, de meio ou de resultado, a sua responsabilidade deve ser analisada pelo critério subjetivo (SILVA, 2007, p. 25). A autora

completa que a forma apropriada de se apurar a responsabilidade do médico é por meio da teoria da culpa, sob risco de incorrer em graves injustiças, por conduzir ao pensamento de que o médico deveria possuir a obrigação da cura, ideia sem propósito (SILVA, 2007, p. 24). Porém, nada impede que seja aplicada a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, cita-se novamente o precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça, o REsp 1.180.815, de relatoria da ilustre Min. Nancy Andrichi, que tem sido usado como parâmetro em vários julgamentos naquela Corte, onde a ilustre ministra esclarece no seu voto: “Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.”

Sendo assim, a jurisprudência dominante tem adotado um posicionamento polêmico quanto ao tipo de obrigação assumida pelo médico cirurgião plástico, uma vez que tem se posicionado no sentido de atribuir-lhe obrigação de resultado, e esse entendimento, conforme aqui exposto, não merece prosperar, pelos mais diversos fundamentos, que se analisados, condizem com a realidade do profissional que assume essa especialidade médica.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou o destrinchar o entendimento dos mais diversos doutrinadores e do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tipo de obrigação contraída pelo médico cirurgião na ocasião de cirurgias plásticas estéticas e quanto ao modo que deve ser apurada a responsabilidade civil deste profissional, diante do significativo aumento de demandas referentes a este tema, bem como em razão do alto índice de cirurgias estéticas que têm sido feitas na atualidade.

No primeiro capítulo foi apresentado um estudo sobre o instituto da responsabilidade civil de um modo geral, donde foi possível compreender que a responsabilização civil por danos decorre do inadimplemento de uma obrigação, seja contratual ou extracontratual, em que uma das partes da relação obrigacional restou lesada. Trata-se de um instituto criado para possibilitar a reparação do dano àquele que o sofreu e também aplicar sanções àqueles agentes que costumeiramente causam danos aos cidadãos.

Foi possível ainda analisar os requisitos necessários para configuração da responsabilidade civil, quais sejam, ato omissivo ou comissivo, nexos causal e dano, tendo sido dada especial atenção ao elemento nexos causal, em vista de alguns fatores que podem ocasionar o seu rompimento, como o caso fortuito ou força maior, fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima, que acabam por excluir a responsabilidade civil daquele que está sendo acusado de ter sido o causador do dano.

Percebeu-se também neste capítulo a diferença entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva, sendo a primeira aquela em que se dispensa a análise do elemento culpa para sua configuração, sendo necessária somente a constatação do nexos causal entre o dano e a conduta do agente para haver a obrigação de reparar; já a segunda exige a constatação da culpa ou dolo do agente causador do dano para ser decretada, sendo que a culpa é um elemento de difícil apuração e deve ser analisada nos seus diversos graus, quais sejam: grave, leve e levíssimo.

O segundo capítulo analisa a natureza judicial da relação existente entre médico e paciente, principalmente nas situações da cirurgia plástica estética em si. Neste capítulo, foi apresentada a diferenciação entre a responsabilidade contratual e extracontratual, sendo que no caso do médico cirurgião plástico conclui-se que se trata de responsabilidade contratual, já

que existe relação contratual entre o médico e o paciente, e de caráter consumeirista, portanto, protegida pelo CDC.

Uma vez que a relação entre médico e paciente é contratual, existem entre ambos deveres e obrigações, sendo que o principal dever do médico, e que aqui merece destaque, diz respeito à prestação de informações adequadas e fidedignas ao seu paciente, que se não forem devidamente prestadas podem ensejar dever de reparar o paciente por resultados não satisfatórios por exemplo, mas que eram esperados, porém o paciente não foi alertado.

Quanto às obrigações do médico, estas podem ser de meio ou de resultado; a primeira é caracterizada pela não necessidade de atingir um fim específico para seu adimplemento, sendo essencial somente a utilização dos meios adequados para buscar tal resultado, mediante diligência e atenção do devedor; já a obrigação de resultado é caracterizada pela obrigatoriedade de obtenção do resultado que é prometido e esperado pelo credor de tal obrigação, devendo este ser obtido para que a obrigação seja adimplida. Nas relações entre médico e paciente em geral, a obrigação assumida pelo médico é obrigação de meio, uma vez que o médico não pode garantir a cura do paciente. Porém, quando se trata de cirurgia plástica, boa parte da doutrina e da jurisprudência entende se tratar de obrigação de resultado – uma vez que o paciente submete-se àquela intervenção em busca de um efeito específico –, além de entenderem se tratar de uma intervenção “fútil”, que não é essencial para a manutenção da saúde da pessoa humana.

Ainda no segundo capítulo, foram expostas as diversas causas possíveis para exclusão da responsabilidade civil do médico, com destaque para as hipóteses de fato exclusivo da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior, que ocasionam o rompimento do nexos causal, tendo sido apresentado um exemplo simples para cada uma dessas situações.

No terceiro capítulo, abordou-se o tema objeto do presente trabalho, e de muita polêmica no mundo jurídico, quanto à obrigação assumida em específico pelo médico cirurgião plástico.

Na primeira parte do capítulo foi necessário fazer uma distinção entre a cirurgia plástica reparadora e a cirurgia plástica estética, pois a doutrina as difere no momento em que avalia a obrigação assumida pelo cirurgião em cada uma, sendo que a primeira visa à reparação de algum defeito congênito ou advindo de outro procedimento cirúrgico, como

seios que naturalmente se desenvolveram de tamanhos diferentes em uma mulher, e a segunda busca o melhoramento ou a reparação de algum defeito simplesmente estético que desagrade o paciente, por vaidade, como uma mulher que tem seios do mesmo tamanho, e em tamanho proporcional ao seu corpo, porém quer aumentá-los.

Após, passou-se a aduzir os fundamentos utilizados pela corrente que entende que a obrigação assumida pelo médico cirurgião plástico em cirurgias puramente estética é obrigação de resultado, tendo sido possível concluir que a tese destes doutrinadores é pautada principalmente no fato de que o paciente somente aceita se submeter a tal procedimento cirúrgico porque acredita que o resultado que pretende será alcançado, além do que trata-se de uma cirurgia desnecessária para a manutenção da saúde humana, motivo pelo qual concluem que, se o resultado prometido não for alcançado, a obrigação está inadimplida.

Porém, existem doutrinadores que defendem que a obrigação assumida pelo cirurgião plástico em cirurgias de cunho estético é obrigação de meio como em qualquer outra especialidade, sob o principal fundamento, com o qual concordo pessoalmente, de que a cirurgia plástica estética está sujeita aos mesmos fatores imprevisíveis que qualquer outra cirurgia ou tratamento médico, que podem ocasionar as mais diversas alterações no corpo humano e que fogem ao controle de qualquer profissional da saúde. Ademais, não se trata de cirurgia fútil e sem importância para a saúde do paciente, já que muitos pacientes procuram esse tipo de intervenção para curar uma doença psíquica, diante das reiteradas cobranças da sociedade quanto à busca de uma aparência perfeita.

Apesar do posicionamento majoritário em sentido contrário, não se pode ceder ao fundamento de que o paciente não se sujeitaria àquela intervenção cirúrgica se não lhe fosse garantido o resultado que pretende. Ora, toda cirurgia, por mais simples que seja, está sujeita a imprevistos, pois trata-se do corpo humano, que é capaz de fazer morrer um jovem saudável de ataque cardíaco, sem explicação. Sendo assim, já que as normas jurídicas de certa forma buscam a justiça, injusto seria atribuir ao médico cirurgião plástico o peso da obrigação de obter certo resultado em uma cirurgia, sem levar em consideração a imprevisibilidade do organismo humano. Ademais, a satisfação do resultado de uma cirurgia plástica é algo completamente subjetivo, pois o que é considerado belo pelo paciente pode não ser pelo médico, e vice-versa.

Entendo que aqueles cirurgiões plásticos que prometem resultados exuberantes, e chegam a projetar a imagem do paciente após a cirurgia em programas de computador, sem

adverti-los de que o resultado pode ser diferente daquele projetado, devido aos diversos riscos inerentes a toda e qualquer cirurgia, devem de fato ser punidos de forma mais rigorosa através da reparação do dano causado ao paciente sobre a ótica da obrigação de resultado, já que foram firmes em prometer tal resultado. Porém, a maior parte dos cirurgiões plásticos cumprem devidamente o seu dever de informação, e chegam a agir de forma receosa quando idealizam o resultado para o seu paciente, porém são surpreendidos por pacientes que, mesmo advertidos sobre as possíveis complicações e diversas reações da cirurgia, demandam ação indenizatória contra eles, e se veem ainda obrigados a comprovar que agiram com diligência, competência e de acordo com as técnicas atuais da medicina, mesmo assim estarão sujeitos a reparar o paciente por um dano causado pelo comportamento individual do seu organismo, que era imprevisível ou inesperado.

Portanto, creio que o entendimento jurisprudencial no Brasil tem que evoluir no sentido de, majoritariamente, considerar que a obrigação do médico cirurgião plástico em cirurgias estéticas é de meio, pelos fundamentos reiteradamente expostos neste trabalho, principalmente pelo fato de se tratar de intervenção cirúrgica como outra qualquer, sujeita aos mesmos riscos, devendo o paciente comprovar que o médico agiu de má-fé, prometendo-lhe um resultado, sem informar-lhe quanto às variáveis da cirurgia, e caso assim reste comprovado, então inverter o ônus da prova ao médico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **RT**, vol. 718, São Paulo: agosto/1995, p. 33-53.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Universitas/Jus**, Brasília, n.º 5, Jan/Jun – 2000, p. 14-192.

BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.180.815/MG**. Brasília-DF, 19 de agosto de 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000255310&pv=000000000000>> Acesso em: 15 jul. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 81.101/PR**. Brasília-DF, 31 de maio de 1999. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199500631709&pv=000000000000>> Acesso em: 15 jul. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 985.888/SP**. Brasília-DF, 16 de fevereiro de 2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199500631709&pv=000000000000>> Acesso em: 15 jul. 2013.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil**. São Paulo: Renovar, 2008.

CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: USP, 2011, 302 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CFM. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM 1931, de 17 de setembro de 2009. Brasília, 2009. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 10 abr. 2013.

COELHO, Aislan de Souza. **Responsabilidade civil do médico-cirurgião plástico**. Disponível em <http://www.erromedico.org/cirurgia_plastica.htm>. Acesso em: 21 set. 2013.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira e SOUZA, Alex Pereira. **A improcedência no suposto erro médico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos**. Curitiba: UFPR, 2013, 270 p. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, 2013.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011.

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

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LEMO, Fernanda d'Abreu. **A responsabilidade civil médica do cirurgião plástico na realização da cirurgia estética: obrigação de meio ou de resultado?**. Brasília: UniCEUB, 2012, 78 p., Monografia – Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UniCEUB, Brasília, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade civil do médico**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2001.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: **Responsabilidade civil**. Vol. 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

PINHEIRO, Reginaldo César. **A reparação civil por danos morais na cirurgia plástica puramente estética: obrigação de resultado?**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9127>. Acesso em: 10 ago. 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, responsabilidade Civil**. Vol. 4. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALOMÃO, Lúcia. **Obrigações de meio e resultado**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=109>. Acesso em: 4 ago. 2013.

SOUZA, Marcus Valério Guimarães de. **Responsabilidade civil: teorias objetiva e subjetiva**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 21 de nov. de 2000. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/674/RESPONSABILIDADE_CIVILTEORIAS_OBJETIVA_E_SUBJETIVA>. Acesso em: 3 abr. 2013.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação judicial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **A responsabilidade civil subjetiva como regra geral no novo código civil**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=330>. Acesso em: 3 abr. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.1-16.

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

SILVA, Regina Beatriz Tavares de. **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007.

STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. Vol. IV. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

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