



Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito – FD

Ana Claudia dos Santos Péret Sant’Ana

**RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE CIRURGIAS ESTÉTICAS:
ESTUDO DE DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO**

Brasília

2019

ANA CLAUDIA DOS SANTOS PÉRET SANT'ANA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE CIRURGIAS ESTÉTICAS:
ESTUDO DE DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: João Pedro Leite Barros

Brasília

2019

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sua Divina Providência.

A Universidade de Brasília, pelas oportunidades oferecidas.

A toda a minha família, sobretudo, a meu pai, Cid Fausto de Sant'Ana, que este trabalho leu várias vezes e me auxiliou com algumas notas, a minha mãe, Leonor Batista dos Santos Sant'Ana, que me acompanhou em todo o meu percurso universitário e a meu irmão, Cid Alexandre dos Santos Péret Sant'Ana, que me buscava na UnB ao invés de jogar vídeo game.

A meu orientador, prof. João Pedro Leite Barros, por sua disposição, suporte e indicações de leitura.

A Pedro Augusto Fernandes Palmeira, por ter estado presente na minha vida durante boa parte dos meus anos na UnB e por estar sempre comigo quando preciso.

A Julia Grazinoli, que traduziu o meu abstract e compartilha minha paixão por felinos.

A meus amigos Márcio Gabriel Aguiar de Sousa, meu grande companheiro de R.U., e Isabela Ayres Alves, minha índia de pele morena.

RESUMO

A procura crescente da população mundial por procedimentos estéticos fez com que o Direito também se debruçasse sobre o tema, especialmente no que concerne à responsabilidade civil do médico, quando os resultados provenientes dos procedimentos não condizem com o resultado esperado. O aumento da realização de cirurgias plásticas visando não apenas à reconstrução da saúde física, mas ao alcance dos padrões de beleza vigentes, fez com que perspectivas divergentes surgissem, inclusive quanto a sua licitude. Diante disso, o presente trabalho busca comparar os critérios de responsabilização adotados no Brasil e em Portugal a fim identificar possíveis avanços e retrocessos no que tange à proteção da integridade do paciente e da livre atuação do médico. Dessa forma buscou-se analisar como tais casos são julgados em seus respectivos tribunais e como a doutrina de cada país se posiciona a respeito do tema.

Palavras-chave: Responsabilidade civil médica; cirurgia plástica; obrigação de meio; obrigação de resultado; obrigação de quase resultado; consentimento informado.

ABSTRACT

Global population's growing search for cosmetic procedures led the Law to explore this theme, especially when it comes to the doctor's civil responsibility whenever results from these procedures do not correspond to previous expectations. Increase on aesthetical procedures' performances aiming not only physical recovery, but also reaching beauty standards, resulted in divergent points of view, including doubts about the legality of this increase. Confronted with this, the current paper compares liability criteria in Brazil and in Portugal in order to identify possible advances and setbacks in patients' integrity protection and doctors' free practice. Therefore, this paper attempts to analyze how the exposed cases are tried in this countries' respective courts and how the doctrine from each country deal with the subject.

Keywords: Doctor's civil responsibility; cosmetic procedures; obligation of means; obligation of result; obligation of almost result; informed consent.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. NOÇÕES PRELIMINARES	9
2.1. Relação entre médico e paciente	9
2.2. Deveres da relação entre médico e paciente	10
2.3. Breve histórico da cirurgia plástica	12
2.4. Cirurgia plástica reparadora e cirurgia plástica estética	14
3. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	15
2.1. Responsabilidade contratual e extracontratual.....	15
2.2. Responsabilidade subjetiva e objetiva	20
2.3. Obrigação de meio, de resultado e de quase resultado	23
2.4. Princípio do consentimento informado	31
3. OUTRAS PERSPECTIVAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIAS ESTÉTICAS	39
3.1. Ponderações acerca das dicotomias tradicionais	39
3.2. O problema da distinção entre reparação e estética	41
3.3. Aplicação de outros institutos	44
3.4. Avanços e retrocessos no Direito luso-brasileiro comparado	48
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países que mais realizam cirurgias estéticas no mundo. Em 2017 o país figurou em segundo lugar dentre os países que realizaram cirurgias estéticas no mundo, atrás apenas dos Estados Unidos da América, segundo estudos realizados pela Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética¹ (ISAPS). Em 2009², Portugal figurou no ranking dos países que mais realizaram cirurgias plásticas em 23º lugar.

Com o anseio do homem por alcançar os padrões de beleza determinados pela sociedade moderna, houve um crescimento da procura de cirurgias plásticas estéticas ao redor do mundo, aumentando, conseqüentemente, o número de ações judiciais envolvendo o tema. Torna-se notória a importância do estudo dos efeitos jurídicos decorrentes dessa prática social.

Este trabalho visa a fazer um cotejo dos critérios adotados para a responsabilização do profissional médico nos casos envolvendo cirurgias plásticas estéticas entre Brasil e Portugal. Deste modo, o método utilizado no presente trabalho foi o dedutivo, e a técnica de pesquisa adotada foi a revisão bibliográfica, cujo referencial teórico de base efetivou-se por meio de doutrina, legislação e jurisprudência.

Nesse sentido, em um primeiro momento, serão discutidas as peculiaridades da relação entre médico e paciente de maneira a apresentar seus respectivos deveres e direitos. Também será abordada a mudança de visão que marca a história das cirurgias plásticas numa visão global e introduzida a ideia da ramificação das cirurgias plásticas em estéticas e reparadoras.

Em sequência, serão tratados os conceitos da teoria da responsabilidade civil que permeiam o tema, aprofundando-se nas diferenças que marcam a legislação luso-

¹ ISAPS. *Mais recente estudo internacional demonstra crescimento mundial em cirurgia estética*. 2018. Disponível em: <<https://www.isaps.org/wp-content/uploads/2018/11/2017-Global-Survey-Press-Release-br.pdf>> Acesso em: 29/05/2019.

²CAETANO, R. As cirurgias estéticas mais procuradas. **Sapo Lifestyle**. Disponível em: <<https://lifestyle.sapo.pt/moda-e-beleza/beleza-e-estetica/artigos/as-cirurgias-esteticas-mais-procuradas>> Acesso em: 29/05/2019.

brasileira, sobretudo no que tange à obrigação do médico, se de meio ou de resultado, e no grau de relevância dado ao consentimento do paciente.

Por fim, tentar-se-á mensurar as teorias vistas antes com teorias menos usuais dentro da temática a fim de avaliar possíveis avanços e retrocessos na normatividade dos países cotejados.

1. NOÇÕES PRELIMINARES

1.1. Relação entre médico e paciente

Atualmente é pacífica a natureza contratual da relação entre médico e paciente. Como de todo e qualquer contrato, surge um vínculo obrigacional que liga ambas as partes e que se traduz, do lado passivo, em dever de prestação, e, do lado ativo, nos correspondentes direitos de crédito, no poder de exigir a prestação ao devedor. Assim, o médico se presta a fornecer serviços médicos devendo “agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza”³, enquanto o paciente tem o dever imediato de pagar os honorários devidos.

No entanto, a relação entre médico e paciente ultrapassa a mera relação contratual. Muitos doutrinadores apontam o contrato como *sui generis*, por ser penetrado por valores éticos e metajurídicos, norteado tanto por normas legais quanto por normas deontológicas. Gustavo Borges⁴ destaca essa peculiaridade, pois o médico é a pessoa apta a prestar todos os cuidados que seu paciente necessita, surgindo uma relação de dependência. Ele diz:

(...) o médico é aquele que tem a responsabilidade de ofertar o maior grau de bem-estar biopsicossocial à pessoa; e o paciente é quem está sofrendo de mal na saúde mental ou física, com ou sem risco de morte, ou quem busca o bem-estar biopsicossocial. Nessa relação, sobressaem-se dois principais aspectos: o liame se origina a partir de uma necessidade preestabelecida e são determinadas funções distintas para cada um de seus figurantes. Já se pode perceber, inicialmente, a assimetria relacional hierarquizada, uma vez que os mesmos ocupam posições diversas. É posto um vínculo inicial de dependência, que situa o paciente em condição de desvantagem emocional.

Desta forma fica clara a situação de vulnerabilidade do paciente em relação ao médico corroborando a necessidade de uma maior proteção daquela parte. Contudo trata-se de uma relação complexa em que não se pode ignorar as limitações inerentes a todos os profissionais diante “da reconhecida imprevisibilidade e imponderabilidade

³ BRASIL. Lei nº12.842, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 11/07/2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03- /_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm)>. Acesso em: 29/05/2019.

⁴ BORGES, G. *Erro médico nas cirurgias plásticas*. São Paulo: Atlas, 2014. p.80

das reações dos organismos vivos”⁵, a álea intrínseca ao agir médico. Por meio dessa perspectiva deve-se tentar delimitar os limites da responsabilidade do médico.

1.2. Deveres da relação entre médico e paciente

O médico tem o dever expresso no Código de Ética de Medicina (CEM) de “agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”. Além desse dever precípua de agir com diligência, utilizando-se da melhor técnica e do melhor de sua capacidade e de seus conhecimentos, Genival Veloso de França⁶ também expõe os deveres de conduta do médico que se subdividem em deveres de cuidado, de abstenção de abuso e de informação, previstos no Código de Ética de Medicina brasileiro.

O dever de cuidado encontra-se presente nos arts. 2º, 57 e 61 do Código de Ética Médica. Ele veda o abandono e a negligência, de forma que cabe ao médico tomar as precauções necessárias para a recuperação do debilitado. Exemplo que vai de encontro a esse dever é o abandono do paciente, como quando o paciente recebe alta e ainda necessita de assistência ou quando se deixa de solicitar algum exame necessário. Uma vez iniciada, a obrigação de continuidade do tratamento é absoluta.

O dever de abstenção de abuso, arts. 49, 53, 67, 68 e 70 do Código de Ética Médica, impõe ao médico sempre que possível perguntar e dar ciência ao paciente da oportunidade interventiva e nunca abusar desse direito, valendo-se de sua posição técnica. Abarca também a vedação o excesso de métodos mais arriscados ou não ortodoxos, sobretudo quando demonstrada a sua desnecessidade. Todo ato inovador ou mais arriscado deve passar pelo consentimento esclarecido paciente ou ser justificado como imperioso sob iminente perigo de vida. Outra forma citada de abuso de poder são as cirurgias plásticas feitas em menores de idade sem a anuência do responsável e que resultam em erro médico, pois não se trata de intervenção sob risco de morte necessitando o médico de autorização do responsável.

⁵ PITTELLI, S. D. *Responsabilidade civil do cirurgião plástico: condições em que se dá a aplicação dos fundamentos da responsabilidade objetiva*. 2006. Tese (Doutorado em Fisiopatologia Experimental) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. doi:10.11606/T.5.2006.tde-18072006-103839. Acesso em: 10/06/2019

⁶ FRANÇA, G. V. de. *Direito Médico*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [Minha Biblioteca]. Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978853-0985707/>> Acesso em: 10/06/2019.

Pelo dever de informação, art. 59 do Código de Ética Médica, o médico deve dar informações suficientes ao seu paciente sobre o seu estado de saúde, tratamentos e intervenções possíveis, seus riscos e consequências, tudo de forma a possibilitar ao paciente tomar a melhor decisão. O dever de informar é requisito prévio imprescindível para o consentimento, que deve ser sempre esclarecido. Além disso, ele deve manter o prontuário sempre atualizado e completo bem como manter informados os outros profissionais tendo em vista que o médico não trabalha sozinho.

Os dois últimos deveres acima mencionados constituem pilares do princípio do consentimento informado, princípio muito valorizado sobretudo pela legislação lusitana, conforme é percebido ao decorrer deste trabalho.

A contraprestação devida do paciente para o médico - pois os contratos celebrados são mormente sinalagmáticos - é o dever de pagamento dos honorários pelos serviços prestados. Além desse dever imediato, há também o dever de cooperação e de comunicação do paciente que surge pela busca mútua da melhora do estado de saúde. O paciente, neste processo de colaboração, deve procurar cumprir as indicações médicas em sua integralidade, tanto no pré, quanto no pós-operatório, para a correta evolução cirúrgica. Como exemplifica Paulo Jorge Ferreira Rosa⁷, se o paciente não comparecer a uma consulta marcada ou não prestar as informações necessárias para a escolha do tratamento mais adequado, solicitadas pelo médico, o paciente estará descumprindo o contrato firmado.

Tal pode ser constatado em julgado do TJDFT no qual foi afastada a responsabilidade do médico pela não observância dos cuidados prescritos ao paciente. No caso, a paciente havia se submetido à cirurgia estética de redução dos seios e ficou insatisfeita com o aspecto das cicatrizes provenientes do procedimento cirúrgico. Ocorreu, no entanto, que a paciente havia retirado os pontos da cirurgia com a ajuda de seu filho em casa, em desacordo com os cuidados do pós operatório indicados.⁸

⁷ ROSA, P.J.F. *A natureza jurídica da relação médico-paciente: o contrato de prestação de serviços médicos*. (Trabalho apresentado no âmbito da unidade curricular Direito Civil II, do Mestrado científico em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. p.24 Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/23850>> Acesso em: 10/06/2019.

⁸ BRASIL. TJDFT. Acórdão n.1139777, 20121110001068APC, Relator: SANDRA REVES 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 21/11/2018, Publicado no DJE: 30/11/2018. Pág.: 155/162

Embora seja expressiva a vulnerabilidade do paciente na relação médica, a responsabilidade atribuída por erro dependerá também do bom ou mau cumprimento dos deveres de ambas as partes de forma que o médico não responderá indiscriminadamente.

1.3. Breve histórico da cirurgia plástica

A cirurgia plástica é o mais antigo procedimento cirúrgico da humanidade, tendo-se notícia de seu uso há 6.000 anos, demonstrando a ânsia do ser humano na busca pela beleza desde os primórdios. Contudo, foi só durante a I Guerra Mundial que a cirurgia plástica insurgiu como uma especialidade médica independente, em razão da necessidade de reparações corporais aos mutilados de guerra⁹. Caio Mário da Silva Pereira¹⁰ dividiu a evolução histórica das cirurgias plásticas como especialidade independente em três etapas.

A primeira etapa ele denomina a da rejeição, marcada pela dúvida quanto à reprovabilidade desse tipo de operação. Nessa fase, as intervenções com propósito estético eram tidas como imorais e até ilícitas, pois o corpo humano era visto como sagrado constituindo como que um sacrilégio arriscá-lo em uma cirurgia sem propósito à saúde. A cirurgia estética era considerada um fato ilícito por si mesma recaindo sobre o médico o dever de reparação por simplesmente realizar a cirurgia estética considerada desnecessária, independentemente de reconhecimento de negligência, imperícia ou imprudência, ou seja, “quase a título de responsabilidade objetiva”¹¹.

Essa fase foi exemplificada por um insígne caso ocorrido na França, em que uma moça jovem e sadia se submetera a uma cirurgia com fins de reduzir-lhe o volume de gordura das pernas, e dessa forma, seu diâmetro. O esculápio havia informado à moça que essa não era sua especialidade e advertiu-lhe ainda dos riscos inerentes à operação. Ainda assim ela assentiu em prosseguir com a cirurgia. Ocorre que, retirado o tecido adiposo, o pós-operatório não seguiu bem terminando pela gangrena de uma

⁹ BORGES, G. *Erro médico nas cirurgias plásticas*. São Paulo: Atlas, 2014. p.115.

¹⁰ PEREIRA, C. M. S; TEPEDINO, G. *Responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.205 [Minha Biblioteca]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-8530971946/> Acesso em 13/06/2019 .

¹¹ KFOURI NETO, M. *Responsabilidade civil do médico*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.183.

das pernas e conseqüente amputação do membro operado. Judicializado o caso, foi proferida sentença condenatória em que constava dentre os argumentos o de que o simples fato de realizar uma operação sem qualquer utilidade para a saúde incide a responsabilidade médica, pois o cirurgião só pode intervir no corpo humano, de caráter sagrado, exclusivamente quando tiver como fim curar ou diminuir sofrimento.

Na segunda etapa, denominada a da aceitação com reservas, com uma disposição mais receptiva, passou-se a questionar se os danos decorrentes de procedimentos médicos sempre incorriam em culpa deste ou se dependiam das circunstâncias fáticas apresentadas. O caso paradigmático que ilustra essa fase também ocorreu na França, em 1929. Nessa fase, fora afastada a concepção de que a cirurgia com finalidade estética era ilícita por si mesma, afinal, não era proibida por lei alguma. Ademais, distanciando-se aos poucos da ideia de ser uma feição menos nobre da medicina, a cirurgia estética começou a ter sua importância reconhecida por ter o condão de melhorar a qualidade de vida da pessoa, sobretudo psicologicamente. Por outra via, as cirurgias estéticas voltadas ao mero embelezamento ou ao retardamento dos efeitos naturais do envelhecimento.

A terceira etapa, a da aceitação, na qual vivemos hoje, é marcada pela proliferação de centros estéticos e uma busca frequente pela boa aparência física e conseguinte aumento na realização de cirurgias plásticas. Dentro desse panorama, é rechaçada completamente a ideia de ilicitude da cirurgia estética por si só, sendo considerada uma atividade lícita semelhante a qualquer outra especialidade da medicina.

Embora a questão da licitude tenha sido superada, desse histórico resultou nos dias atuais a aplicação do direito de forma mais severa ao avaliar os procedimentos estéticos, reconhecida por muitos doutrinadores, dentre eles Kfoury Neto ao dizer que “a responsabilidade civil decorrente de cirurgia plástica estética - e sem imediata necessidade terapêutica - é, quase sempre, analisada de modo pouco favorável ao médico”.

1.4. Cirurgia plástica reparadora e cirurgia plástica estética

Segundo Gustavo Borges¹², a expressão cirurgia plástica é utilizada para designar as intervenções que buscam reconstituir ou aperfeiçoar as formas corporais e suas funções conexas. É, pois, um tipo de cirurgia marcada por ser morfológica e funcional ao mesmo tempo.

Para o presente trabalho, faz-se mister ressaltar a distinção entre as espécies de cirurgia plástica: a cirurgia plástica reparadora e a cirurgia plástica estética, porquanto apresentam responsabilidades distintas decorrentes de cada uma.

Os procedimentos estéticos reparadores ou reconstrutores têm função terapêutica, pois visam a reparar deformidades físicas congênicas ou traumáticas capazes de causar alteração ou perturbação na psique ou mesmo dificultar a funcionalidade do corpo. Tais são os casos das cirurgias para reparar queimaduras, ou outras lesões advindas de acidentes de carro ou mesmo de câncer. Fabrício Zamproga Matielo caracteriza essa primeira espécie dizendo:

Quando utilizada para a recuperação de queimados de todos os graus, na restauração de membros lacerados por acidentes de automóveis, na reconstituição de partes do corpo suprimidas por cirurgias de controle de doenças como o câncer, como mecanismo de reparação de males congênicos e em tantos casos assemelhados, a cirurgia plástica recebe a denominação de terapêutica, ou reparadora, exatamente porque se destina a corrigir uma falha orgânica ou funcional provocada por fatores exógenos, ainda que com origem endógena.¹³

A função das cirurgias reconstrutoras extrapola o intuito da vaidade visto que buscam também melhorar a saúde, reparando defeitos que comprometam a função, a forma e a integridade do organismo.

Quanto às cirurgias plásticas estéticas, estas têm como objetivo o embelezamento, a melhora da forma com fins de elevar a autoestima do paciente. Quem se submete a elas não tem como propósito a melhoria da saúde, mas tão somente aperfeiçoar seu aspecto físico. Borges explica que “na cirurgia plástica

¹²BORGES, G. *Erro médico nas cirurgias plásticas*. São Paulo: Atlas, 2014. p.130.

¹³ MATIELO. F.Z. *Responsabilidade Civil do Médico*, 2ª ed., Porto Alegre, Editora Sagra Luzzato, 2001, p. 66.

estética, o cirurgião corrige a desproporção do órgão existente, responsável pela desarmonia e desequilíbrio com os demais segmentos do corpo.(...) Logo, a cirurgia plástica estética visa à correção de defeitos que não comprometem a função ou a integridade do organismo.” Caio Mário da Silva Pereira afirma que “com cirurgia estética, o cliente tem em vista corrigir uma imperfeição ou melhorar a aparência. Ele não é um doente que procura tratamento e o médico não se engaja na sua cura.”¹⁴ Exemplos desta modalidade de cirurgia plástica são a colocação de próteses mamárias, a rinoplastia quando feita apenas para tornar o rosto mais harmonioso ou mesmo a eliminação de gorduras localizadas.

O presente trabalho pretende focar na responsabilidade civil médica advinda das cirurgias plásticas estéticas. A seguir, serão analisadas peculiaridades dessa responsabilidade, comparando a visão lusitana e a visão brasileira.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

2.1. Responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade civil do médico decorre dos atos médicos “praticado com violação a um dever médico, imposto pela lei, pelo costume ou pelo contrato, imputável a título de culpa, causador de um dano injusto, patrimonial ou extrapatrimonial.”¹⁵ Quer dizer que a responsabilidade médica decorre de culpa, seja de dolo, seja de culpa em sentido estrito.

Dentro da responsabilidade civil, há a distinção da responsabilidade civil contratual da extracontratual prevista não apenas pelos doutrinadores, mas também pelos Códigos Civis luso-brasileiros.

A responsabilidade contratual é marcada pela existência prévia de um contrato entre as partes e o descumprimento de uma cláusula por uma ou ambas as partes, configurando o inadimplemento. Disso, segundo o artigo 389 do Código Civil brasileiro, “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais

¹⁴ PEREIRA, C. M. S.; TEPEDINO, G. *Responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.207 [Minha Biblioteca]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-8530971946/> Acesso em 13/06/2019.

¹⁵ AGUIAR JÚNIOR, R. R. de. *Responsabilidade civil do médico*. In: *Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180.

juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

A principal fonte dessa responsabilidade está prevista no Título IV do Código Civil Brasileiro e no Capítulo VII do Código Civil Português. A responsabilidade extracontratual, também denominada aquiliana, decorre do dever geral de não causar danos a outrem. Quando a responsabilidade não tem origem em um contrato, diz-se que ela é extracontratual. Carlos Roberto Gonçalves, sobre essas modalidades de responsabilidade, diz:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.¹⁶

A importância do estudo dessas modalidades de responsabilidade, como aponta Andreia Scapin¹⁷ encontra-se tanto na diversidade de regimes jurídicos que regem cada uma, quanto no grau de facilidade de se obter a reparação pelos danos sofridos, sobretudo pelas regras de distribuição de ônus da prova. No regime obrigacional, cabe ao lesado provar tão somente o inadimplemento do pactuado e demonstrar o dano sofrido, de forma que o lesionador só se eximirá da reparação caso comprove alguma excludente de responsabilidade, seja caso fortuito, seja força maior, seja culpa exclusiva da vítima.

No regime aquiliano, deve-se provar também a culpa - negligência, imprudência ou imperícia - daquele que lesionou, por se tratar de fato constitutivo do direito do lesado, tarefa que se mostra muito árdua ao paciente em vista de sua vulnerabilidade técnico-científica e de não dispor dos meios para tanto.

Em relação à responsabilidade oriunda do exercício da atividade médica, esta é considerada contratual, salvo hipóteses específicas, como em atendimento de

¹⁶ GONÇALVES, C.R. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.45.

¹⁷ SCAPIN, A. C. *A aplicação do código de defesa do consumidor às ações judiciais por alegado erro médico*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 132-133.

emergência em casos de acidentes ou desastres, por exemplo. É possível vislumbrar a responsabilidade extracontratual mesmo na existência de contrato firmado entre as partes, conforme expõe Bruno Miragem, seja quando:

(...)os danos sofridos se descolam da violação de deveres necessariamente expressos no contrato, seja porque a ampliação da incidência da boa-fé objetiva sobre as obrigações em geral vem conduzindo a que a violação dos deveres dela decorrentes seja considerada causa de responsabilidade extracontratual.¹⁸

Conquanto existam esses conceitos em ambos os diplomas normativos mencionados, cada Estado trata essas espécies de forma um pouco distinta. Em Portugal, a responsabilidade obrigacional aparece em muitos aspectos mais vantajosa ao credor-paciente, como bem pontua Paulo Jorge Ferreira Rosa.¹⁹ Há a presunção de culpa prevista no art. 799 Código Civil Português, que não vale para o regime extracontratual. Ou seja, o ônus da prova recairá sobre o médico devendo ele provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.

No sistema jurídico brasileiro, comumente não há essa presunção de culpa do credor. A regra é de que quem alega tem que provar o fato constitutivo de seu direito (art. 373 do CPC), tanto para as obrigações contratuais quanto para as extracontratuais. Contudo, tal situação pode mudar excepcionalmente, sobretudo quando comprovada a hipossuficiência técnica da parte.

Além da presunção de culpa, a responsabilidade civil contratual é mais vantajosa dentro do ordenamento jurídico português também pelo prazo de prescrição, em que nas ações de responsabilidade civil contratual é de vinte anos, ou seja, elas prescrevem dentro do prazo ordinário previsto no artigo 309º do Código Civil Português. Nas ações de responsabilidade civil extracontratual, o prazo é de apenas três anos, conforme artigo artigo 498º do mesmo diploma. No Brasil, havia interpretação de que o prazo prescricional de três anos, previsto no artigo 206,

¹⁸ MIRAGEM, B. N. B. *Direito civil: responsabilidade civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.571.

¹⁹ ROSA, P. J. F. *A natureza jurídica da relação médico-paciente: o contrato de prestação de serviços médicos*. (Trabalho apresentado no âmbito da unidade curricular Direito Civil II, do Mestrado científico em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. p. 6-8. Disponível em: <<http://hdl.handle.net-/10316/23850>> Acesso em: 10/06/2019.

parágrafo terceiro, inciso V do Código Civil Brasileiro, seria aplicável unicamente às hipóteses de responsabilidade extracontratual, enquanto os casos de responsabilidade contratual cairiam no prazo ordinário de dez anos do artigo 205 da mesma lei.

Ocorre que, a fim de cessar controvérsias a respeito, na *V Jornada de Direito Civil*, realizada em 2011 pelo STJ do Brasil e pelo Conselho da Justiça Federal, foi editado o Enunciado 419, segundo o qual "o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual". De outra parte, o exercício da medicina configura modalidade de prestação de serviços nos moldes do Código de Defesa do Consumidor e este - norma especial, de ordem pública e status supralegal - prevê prazo de prescrição diferenciado de cinco anos em seu artigo 27, sendo este prazo acatado nos tribunais brasileiros diante das ações de reparação de danos provenientes de erro médico²⁰.

No país europeu, a responsabilidade contratual independentemente da comissão (subordinação ou dependência entre médico-devedor e preposto), segundo o artigo 800º do Código Civil Português, de forma que o médico-devedor da prestação médica responde pelo exercício de seus enfermeiros ou de médico que o substitua. Na responsabilidade civil extracontratual, é necessário que exista uma relação de comissão entre aquele médico-devedor e o seu preposto, conforme artigo 500º do Código Civil Português, para que o médico responda por atos de terceiros.

No Código de Defesa do Consumidor brasileiro, artigo 20, foi determinada a responsabilidade solidária entre os fornecedores, de forma que qualquer dos membros da cadeia de fornecimento, tais como o profissional médico, o responsável pelo serviço de transporte médico, membros da equipe médica poderão ser responsabilizados, não podendo ser alegada culpa exclusiva de terceiro para se eximir.

²⁰ BRASIL. TJDF. [Acórdão n.1039477](#), 00089736420138070018, Relator: LEILA ARLANCH 7ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/08/2017, Publicado no DJE: 30/08/2017.

QUADRO 1	
Brasil	Portugal
Não há presunção de culpa, quem alega tem que provar (Art. 373 do CPC)	Presunção de culpa no regime contratual (Art. 799º do CCP)
Prazo de prescrição para relações consumeristas, via de regra, de 5 anos. (Art. 27 do CDC)	Prazo de prescrição de 20 anos no regime contratual (Art. 309º do CCP) Prazo de prescrição de 3 anos no regime extracontratual (Art. 498º do CCP)
Responsabilidade solidária entre fornecedores independentemente de se tratar de responsabilidade contratual ou extracontratual. (Art. 20 do CDC)	Na responsabilidade contratual independe de comissão. (Art. 500º do CCP) Na responsabilidade extracontratual necessita de comissão. (Art. 800º do CCP)

Tanto as decisões proferidas nos tribunais brasileiros quanto as proferidas nos lusitanos consideram essas modalidades de responsabilidade em suas argumentações. Na jurisprudência portuguesa, adotava-se a responsabilidade contratual em detrimento da extracontratual, devido às vantagens já apontadas contidas naquela. Julgado de 2009²¹ argumentava a incidência exclusiva do regime obrigacional nas demandas envolvendo erro médico por estarem em jogo direitos absolutos como o da integridade física. A decisão ainda salientava que “a compensação por danos não patrimoniais não é exclusiva da responsabilidade extracontratual, e tem sido aceite também na responsabilidade contratual, com base na violação dos deveres de proteção da esfera pessoal da outra parte”.

Mas em julgado mais recente é possível observar uma maior flexibilização entre os regimes ao possibilitar ao autor da lide escolher entre os regimes conforme ele julgar mais favorável. Isso porque para os magistrados lusitanos a responsabilidade civil médica admite tanto a responsabilidade contratual, oriunda do contrato existente entre as partes, quanto a extracontratual baseada no dever geral de não causar dano a outrem, sobretudo de não causar dano aos direitos de personalidade a que as cirurgias plásticas estéticas estão intrincadas. Em julgado de 2017 assim dispuseram:

²¹PORTUGAL. STJ. Acórdão proferido no âmbito do processo n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, Relator: Maria Clara Sottomayor, 1ª Secção, julgado em 02/06/2015. Disponível em: <www.dgsi.pt.> Acesso em: 14/06/2019.

Na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, podem ser causa de responsabilidade contratual, mas também causa de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual. Não é pacífica a questão de saber qual das responsabilidades prevalece, nem a de saber se é admitido o recurso a qualquer uma delas por parte do lesado. Ainda que com limitações (considere-se as resultantes de eventuais acordos das partes, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, da autonomia privada), tem-se entendido que o lesado poderá optar pela tutela contratual ou extracontratual, consoante a que julgue mais favorável em concreto.²²

Mesmo admitindo a opção entre as duas modalidades de responsabilidade, constata-se uma predileção pela responsabilidade contratual em detrimento da extracontratual, devido às vantagens já apontadas contidas naquela.

2.2. Responsabilidade subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil surge do descumprimento obrigacional, seja de cláusula estabelecida em contrato, seja por deixar de observar um preceito normativo que regula a vida. A responsabilidade civil médica decorre, pois, do dano porventura causado a outrem no exercício de sua profissão. Para Gustavo Borges:

A responsabilidade civil médica pode ser considerada como a violação de um dever jurídico originário, que configura o ilícito e que acarreta danos a outra pessoa. Trata-se de ação humana que tem como pressupostos a existência de uma conduta, um dano injusto sofrido pela vítima, que pode ser de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, tendo relação de causalidade entre a ação e o dano. Assim, atribui-se a responsabilidade pelo dano ao agente de forma subjetiva.²³

A responsabilidade subjetiva consiste na responsabilidade que se funda na culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. A culpa, por sua vez, é gênero de duas espécies: o dolo e a culpa em sentido estrito. Para o presente trabalho interessa-nos exclusivamente a segunda espécie. A culpa em sentido estrito consiste em ação ou omissão voluntária que

²²PORTUGAL. TRL. Acórdão proferido no âmbito do processo n.º 2296/11.3TVLSB-7, Relator: Carla Câmara, julgado em 07/03/2017. Disponível em: <www.dgsi.pt.> Acesso em: 14/06/2019.

²³ BORGES, G. *Erro médico nas cirurgias plásticas*. São Paulo: Atlas, 2014. p.211.

desrespeita um dever preexistente, mesmo não havendo uma intenção voltada para o resultado danoso.²⁴ Em outras palavras, a vontade do agente recai apenas sobre a conduta e não sobre o resultado. É importante frisar que para incidir a responsabilidade subjetiva é necessário que o evento seja previsível pelo grau de atenção exigível do *homo medius*, conforme elucida Carlos Roberto Gonçalves. Essa imprevidência causadora de dano pode acontecer de três formas: pela imprudência, pela negligência ou pela imperícia. Gonçalves conceitua as três subespécies:

A conduta imprudente consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias, com açodamento e arrojo, e implica sempre pequena consideração pelos interesses alheios. A negligência é a falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, uma espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto. A imperícia consiste sobretudo na inaptidão técnica, na ausência de conhecimentos para a prática de um ato, ou omissão de providência que se fazia necessária; é, em suma, a culpa profissional.²⁵

A responsabilidade subjetiva foi a modalidade adotada pelo Código Civil Brasileiro, no artigo 186, como o fundamento genérico, embora tenha admitido em ocasiões específicas a teoria da responsabilidade objetiva.

A responsabilidade objetiva prescinde da culpa, bastando o dano e o nexo de causalidade. No Código Civil Brasileiro ela aparece no artigo 927, parágrafo único e dispõe que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Nesta forma de responsabilidade, não existe o ônus de provar a culpa, pois ela torna-se irrelevante. Pela Teoria do Risco, na qual se funda esse tipo de responsabilidade, toda atividade tem um risco de dano para terceiros que deve ser reparado ainda que da conduta não haja culpa.

Dispositivo normativo brasileiro que adota como regra a responsabilidade objetiva é o Código de Defesa do Consumidor baseado exatamente nessa ideia de que o fornecedor, ao exercer sua atividade, escolhe assumir o risco inerente a ela,

²⁴ GONÇALVES, C.R. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.35.

²⁵ GONÇALVES, C.R. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.35.

tirando inclusive vantagem dela. Assim, dado esse risco e a vulnerabilidade do consumidor, o fornecedor deve reparar os danos advindos de sua laboração.

A atividade médica é vista hodiernamente como uma prática consumerista, sendo abrangida pelo CDC, na qualidade de fornecedor de serviços. Entretanto, a responsabilidade que incidirá dependerá da forma de prestação dos serviços médicos. As sociedades empresárias que atuam no ramo da saúde, tais como hospitais e clínicas médicas, se submetem à responsabilidade objetiva, pois têm finalidade lucrativa, têm maior poder econômico e domínio dos meios de produção de forma que o paciente torna-se mero utente dos serviços prestados.

Já o médico que atua como profissional liberal está sujeito à responsabilidade subjetiva, não porque deixa de ser considerado fornecedor de serviços, mas porque o próprio CDC previu um regime jurídico próprio para os profissionais liberais em seu artigo 14, §4º. Os profissionais liberais não detêm o poder econômico de uma grande empresa e assumem os riscos da atividade sozinhos, não havendo o desequilíbrio na relação consumerista no mesmo escopo que há na relação envolvendo grande empresa para justificar o mesmo tratamento adotado como regra no CPC. Mesmo diante de norma tão clara e expressa, é possível encontrar no ordenamento brasileiro decisão²⁶ estabelecendo que a responsabilidade decorrente de erro médico em cirurgia plástica seja objetiva em razão da incidência de obrigação de resultados - a jurisprudência adotou como regra nas cirurgias estéticas a ocorrência de obrigação de resultados, conforme depreende-se do tópico seguinte - visão essa com a qual não coadunamos, pois confunde responsabilidade objetiva com obrigação de resultados, institutos independentes entre si.

Outro aspecto relevante é que nessa classificação, os casos de culpa presumida também são considerados hipóteses de responsabilidade subjetiva, pois se fundam na culpa, mesmo que presumida.²⁷ A diferença prática entre a culpa presumida e a responsabilidade objetiva é que, conquanto ambas tenham o condão de inverter o ônus da prova de forma que o autor da ação não necessite provar a culpa do réu, na primeira, se o réu provar que não teve culpa, não responderá enquanto que

²⁶ BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1468756/DF, Relator: Min. MOURA RIBEIRO, 3ª TURMA, julgado em 19/05/2016, Publicado no DJe 24/05/2016.

²⁷ GONÇALVES, C. R. *Direito civil 3 esquematizado, responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.57

na segunda, o dever de reparar só será afastado se comprovado uma das excludentes denexo causal: culpa ou fato exclusivo da vítima, culpa ou fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior.²⁸

2.3. Obrigação de meio, de resultado e de quase resultado

A dicotomia entre obrigação de meios e obrigação de resultados na responsabilidade médica aparece em constante debate tanto na doutrina quanto na jurisprudência luso-brasileira. Consoante ensinamentos de Sergio Domingos Pittelli²⁹, esses conceitos foram formulados por Demogue e seu principal critério de diferenciação é a ocorrência ou não da álea. A álea, ele esclarece, não deve ser confundida com o caso fortuito nem a força maior; a álea refere-se à um grau de imprevisibilidade intrínseco à atividade, mas considerada normal de forma que não seja necessário extrapolar para fatos extras ou excepcionais. A álea, essa imponderabilidade, é parte inerente do processo e verifica-se durante todo o seu devir. Nessa perspectiva, quando houvesse álea, a obrigação seria somente de meio, enquanto não houvesse álea, seria de resultado.

Nas obrigações de meio, o devedor só se compromete em empregar todos os meios, conhecimentos e técnicas para obter um resultado esperado, mas sem ter a obrigação de atingi-lo, pois não assume a certeza de que o resultado virá. O adimplemento vem do comportamento do devedor, da normal diligência e prudência com o emprego de técnica adequada no exercício da atividade voltada a obter certo resultado, com ou sem a ocorrência do resultado naturalístico pretendido. Se o devedor “age com cautela, prudência, competência e diligência, e faz o que está ao seu alcance para propiciar o bem da vida desejado pelo credor, há adimplemento da obrigação contratual mesmo que o resultado esperado pelo credor não venha a ocorrer ao final”³⁰.

²⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*, 13ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978174/p.372>

²⁹ PITTELLI, S. A prestação obrigacional do cirurgião plástico como obrigação de resultado: sistematização e análise crítica dos fundamentos. *Saúde, Ética & Justiça*, v. 16, n. 2, p. 93-102, 2011.

³⁰ GUERRA, A. D. de M. *O fenecer da distinção entre a obrigação de meio e resultado na responsabilidade civil contratual médica*. Cadernos da Lex Medicinæ - n.º 4 - Vol. I. Coimbra, 2019. p.40. Disponível em: <http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Caderno_4_1_-_Lex_Medicinæ_2018.pdf_0.pdf> Acesso em: 15/06/2019.

Na obrigação de resultados o que importa não é mais a atividade do devedor, mas o resultado naturalístico, porque a incumbência envolve o resultado almejado, previamente determinado, de forma que se não alcançado, caracterizar-se-á o inadimplemento tendo o devedor que arcar com os prejuízos daí decorrentes. O adimplemento depende da exata realização do resultado prometido consequente da atividade desenvolvida.

A principal consequência dessa distinção entre essas modalidades de obrigações é a distribuição do ônus probatório. Aos que adotam essa bipartição, em especial a jurisprudência, a obrigação de resultados importa culpa presumida, a qual resulta numa inversão do ônus da prova, melhorando sensivelmente a situação da vítima, uma vez que o agente é quem deve provar que não agiu com culpa. Kfouri Neto deslinda que “na obrigação de meio o credor (o paciente) deve provar que o devedor (o médico) não teve o grau de diligência dele exigível; ao contrário, na obrigação de resultado, essa prova incumbe ao médico, visto recair sobre ele uma presunção de culpa, que poderá ser elidida, mediante demonstração da existência de causa diversa”³¹.

Nos contratos de prestação de serviços médicos a obrigação decorrente em regra é a de meios, de maneira que o médico compromete-se a empregar todos os procedimentos, técnicas e conhecimentos, mas sem prometer a cura. Isso por não depender somente da conduta médica, mas também da aceitação do organismo aos tratamentos empregados, do cumprimento adequado da medicação prescrita, em outras palavras, há notoriamente existência de álea.

A jurisprudência brasileira aduz que “A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, em regra, obrigação de meio e não de resultado, relativamente à terapia do enfermo.”³² e a portuguesa segue a mesma direção, pois “não recai sobre o médico o dever de promover a cura do doente com quem contrata ou a obrigação de lhe restituir a saúde, mas somente a obrigação de empreender todos os meios ajustados a conseguir tal resultado, considerando-se que a obrigação do médico é

³¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.191.

³² BRASIL. TJDFT. Acórdão n.1146945, 00453660520148070001, Relator: FÁBIO EDUARDO MARQUES 7ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/01/2019, Publicado no DJE: 18/02/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.

uma obrigação de meios, e não de resultado”³³, ambas corroborando a ideia de que a obrigação cabível ao galeno, em geral, é tão somente de meios.

Ao tratar das cirurgias plásticas, o tratamento a ser seguido diverge. Nas cirurgias plásticas reparadoras a obrigação estipulada pela maior parcela da jurisprudência, bem como pela doutrina majoritária é a de meios. Os que defendem tal posição argumentam que as cirurgias reparadoras visam a restaurar a forma e a função, quer dizer que o paciente busca o médico para corrigir determinadas lesões, recuperar ou reconstruir um órgão ou uma estrutura.

Nas cirurgias plásticas estéticas, a corrente majoritária brasileira defende a ocorrência da obrigação de resultados. Essa corrente argumenta que no escopo dos procedimentos estéticos, o paciente não é doente, tem suas funções do corpo e sua saúde em bom estado, procurando apenas corrigir uma imperfeição ou melhorar sua aparência. Genival Veloso de França, adepto dessa corrente dispõe:

(...) na cirurgia plástica estética, apenas para melhorar o aspecto, mesmo sujeita a casos fortuitos ou força maior como infecções, inflamações, reações alérgicas e cicatrizações atípicas, a coisa pode soar diferente em algumas ocasiões. (...) A verdade é que tal entendimento se planta no fato de que ‘quando alguém, que está bem de saúde, procura um médico somente para melhorar algum aspecto seu, que considera desagradável, quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico, caso contrário, não adiantaria arriscar-se e gastar dinheiro por nada. Em outras palavras, ninguém se submete a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristeza’.³⁴

Rui Stoco³⁵ sustenta que a obrigação do cirurgião plástico é de resultados. Ele afirma que a promessa de resultados é inerente a essas intervenções, muitas vezes utilizando-se até de programas de computador capazes de projetar a simulação do resultado pretendido, com detalhes, fato que instiga sobremaneira expectativa

³³ PORTUGAL. STJ. Acórdão proferido no âmbito do processo n.º 3784/15.8T8CSC.L1.S1, Relator: Oliveira Abreu, 7ª Secção, julgado em 21/02/2019. Disponível em: <www.dgsi.pt> Acesso em: 14/06/2019.

³⁴ FRANÇA, G. V. de. *Direito Médico*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [Minha Biblioteca]. p. 340 Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978853-0985707/>> Acesso em: 10/06/2019.

³⁵ STOCO, R. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

elevada no cliente. Isso juntamente à publicidade ostensiva atualmente veiculada corroboram, em sua visão, a obrigação de resultados oriunda da promessa por parte do profissional.

Cavaliere Filho também adota tal posição. Em sua perspectiva, como o objetivo do paciente é melhorar sua aparência, o médico se compromete a proporcionar determinado resultado, percutindo obrigação de resultado. Ele já aponta como ponto medular para a responsabilização o nível de informação dado ao paciente: se foram informados os riscos e possíveis resultados negativos ou somente os resultados positivos, por exemplo.

Por sua vez, Bruno Miragem tende à obrigação de resultados nas cirurgias estéticas, enquanto as reparadoras permaneceriam na de meios. Apesar disso, ele começa a mitigar a existência de uma separação rígida entre essas modalidades de obrigação. Para ele, por se tratar mais de estabelecer o ônus da prova e a presunção de culpa, outros fatores deveriam ser considerados. Ele deslinda:

O amplo reconhecimento e a aplicação do princípio da boa-fé no direito das obrigações passam a exigir que a avaliação do cumprimento ou não da obrigação pelo devedor seja examinada em vista também dos interesses legítimos da outra parte, o que torna mais intensos os deveres das partes na relação obrigacional, mesmo os deveres de diligência e cuidado, assim como o dever de informação e esclarecimento.³⁶

A jurisprudência brasileira majoritária também adotou a incidência da obrigação de resultados nas cirurgias estéticas e conseqüente culpa presumida com a inversão do ônus da prova:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIPOASPIRAÇÃO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. ÓBITO DA PACIENTE EM DECORRÊNCIA DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. PRESUNÇÃO DE CULPA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AGRAVO NÃO PROVIDO. AGRAVO INTERNO. PREJUDICADO. 1. **As cirurgias plásticas, com cunho eminentemente estético, constituem obrigação de resultado, sendo que eventuais falhas decorrentes são de responsabilidade presumida do cirurgião, a quem incumbe comprovar alguma causa excludente para afastar a sua responsabilização.** 2. Ademais, tendo em vista que as cirurgias de caráter estético configuram uma obrigação de resultado para o profissional médico,

³⁶ MIRAGEM, B. N. B. *Direito civil: responsabilidade civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.579.

a responsabilidade deste é subjetiva, na qual **há presunção de dolo ou culpa na conduta do agente, o que importa a inversão do ônus da prova**, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados à paciente em razão do ato cirúrgico. 3. No presente caso, restou demonstrado que o objetivo pretendido não foi alcançado, haja vista que a paciente veio a falecer em decorrência do procedimento cirúrgico realizado. Dessa forma, tem-se a inversão do ônus da prova de forma automática, cabendo ao médico demonstrar a existência de causa excludente da sua responsabilidade. 4. Agravo de instrumento não provido. Agravo interno prejudicado.

([Acórdão n.1153200](#), 07102392620188070000, Relator: ARNOLDO CAMANHO 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/02/2019, Publicado no DJE: 07/03/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.). Grifou-se.

Tal corrente, no entanto, ignora que a saúde não se restringe apenas ao bem-estar físico, mas engloba também o bem-estar psíquico e social. Sergio Pittelli³⁷ aponta a existência de um olhar carregado de preconceito em relação às cirurgias estéticas, oriunda dos fatores históricos da cirurgia plástica estética, expostos anteriormente. Resquícios dessa perspectiva desfavorável ainda podem ser detectados tanto na jurisprudência quanto em alguns doutrinadores, a exemplo de Genival Veloso de França³⁸, em cuja obra isso talvez seja mais perceptível hodiernamente. Em sua obra ele diz que a cirurgia estética ou cosmética, como ele chama, “não visa a nenhuma ação curativa, revelando-se, quase sempre, prática duvidosa, estando, pois, fora do âmbito da Medicina, podendo ser considerada ilícita à luz da ética e da lei. Sendo assim, constitui-se num delito de exercício ilegal da medicina, pois não está amparada por uma necessidade terapêutica.” Ele não apenas aponta as cirurgias “cosméticas” como imorais, por constituírem um exagero, um abuso do exercício da medicina, como as apresenta sendo ilícitas. Para ele, tais procedimentos extrapolariam a responsabilidade civil se enquadrando na responsabilidade penal pelo artigo 132 do Código Penal Brasileiro, o crime de periclitção da vida e da saúde.

A corrente minoritária acredita que posicionar as cirurgias estéticas irrestritamente no domínio das obrigações de resultado é fruto dessa visão pejorativa.

³⁷ PITTELLI, S. D. *Responsabilidade civil do cirurgião plástico: condições em que se dá a aplicação dos fundamentos da responsabilidade objetiva*. 2006. Tese (Doutorado em Fisiopatologia Experimental) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. doi:10.11606/T.5.2006.tde-18072006-103839. p.114 Acesso em: 10/06/2019.

³⁸FRANÇA, G. V. de. *Direito Médico*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [Minha Biblioteca]. p. 336 Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978853-0985707/>> Acesso em: 10/06/2019.

Eles defendem que essa dicotomia é obsoleta e desnecessária. Cavalieri Filho cita como seguidor desta linha de pensamento o ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Para ele, o cirurgião plástico está sujeito ao mesmo tipo de obrigação dos demais médicos porquanto eles correm os mesmos riscos, existe a mesma álea ligada à “reação do próprio organismo humano, tipo de pele extremamente sensível, infecção hospitalar etc., situações muitas vezes imprevisíveis e que não podem ser imputadas ao médico.”³⁹ A responsabilidade advirá da falta de informação clara sobre os riscos dos procedimentos e da não obtenção de consentimento esclarecido.

Sob o mesmo ângulo, Carlos Alberto Menezes Direito⁴⁰ defende que as cirurgias plásticas, estéticas ou reparadoras, são como qualquer outra cirurgia: constituem contrato para a obtenção do melhor resultado possível, apresentam seus riscos intrínsecos, necessitam de profissional habilitado agindo com perícia, prudência e diligência em todas as etapas de sua atuação e impescindem de informação completa sobre seus efeitos e resultados. Ele ressalta que essa dicotomia meios/resultados não tem qualquer previsão legal e que em qualquer procedimento cirúrgico, plástico ou não, existe a expectativa de um resultado: o melhor resultado; e todas estão sujeitas a resultados não esperados, mesmo na ausência de erro médico.

Na jurisprudência brasileira, poucas são as vozes dissonantes que defendem a ocorrência da obrigação de meios ao se tratar de cirurgias estéticas. Dentre elas, pode-se identificar os Desembargadores Sérgio Luiz Patitucci e Rosana Fachin. Em decisão proferida por aquele, ele acolhe a dicotomia meio/resultado nos moldes da doutrina e jurisprudência majoritárias, mas em seguida abraça o posicionamento de Aguiar Jr. concluindo pela incidência da obrigação de meios diante de cirurgia de mamoplastia redutora com fins estéticos. Ele conclui que “por ficar evidenciada a natureza de uma obrigação de meios, caberia à parte autora o ônus da prova da negligência ou imperícia do profissional que realizou a intervenção cirúrgica”⁴¹.

Diante de procedimento de aplicação de substância botulínica para fins puramente estéticos, Rosana Fachin admite a obrigação de meios, devendo a

³⁹ CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.86.

⁴⁰ DIREITO, C. A. M. *A responsabilidade civil em cirurgia plástica*. Revista de Direito Renovar, n. 7, p. 11-19, Rio de Janeiro, 1997.

⁴¹ BRASIL. TJPR. Acórdão n. 26462, Processo PR 680381-6, Relator: Sérgio Luiz Patitucci, 9ª C. Cível, Data de julgamento: 31/03/2011, Publicado em: 12/04/2011.

responsabilidade do médico ser pautada sobre a culpa por meio da evidenciação de negligência, imprudência ou imperícia. Ela expõe:

Mesmo diante de intervenção estética, sem embargo de reconhecida controvérsia, impende referir que o resultado é uma potencial possibilidade a ser atingida, mediante a intervenção do cirurgião plástico, sendo impossível, do ponto de vista humano e técnico, a garantia absoluta do fim que se almeja, face às possíveis intercorrências subjetivas e próprias de cada paciente. É dever, sem dúvida, de o médico aplicar-se com o melhor estado de sua arte e técnica existentes no momento do fato, respondendo em caso de negligência, imperícia ou imprudência. Trata-se, ainda assim, de obrigação de meio e não de resultado.⁴²

A Desembargadora não apenas reconheceu a incidência de obrigação de meios, como também afastou a possibilidade de inversão do ônus probatório, por não ter constatado hipossuficiência da parte, que era médica e, por isso, tinha os mesmos conhecimentos e meios de prova que o réu. Ou seja, não admitiu presunção de culpa, principal consequência da aceção da obrigação de resultado.

Em Portugal, a doutrina tende a aproximar-se mais do segundo grupo, o que defende a decorrência de obrigação de meios também nos procedimentos estéticos. Álvaro Dias⁴³, exatamente pela existência de possíveis intercorrências, a álea inerente a qualquer procedimento cirúrgico, independentemente do tipo, defende que só será exigível uma obrigação geral de prudência ou diligência a cargo do profissional de saúde, ainda tratando-se de procedimento embelezador.

A jurisprudência lusitana, acolhendo a existência da álea, reconheceu que ao esculápio não cabe obrigação de resultado tendo em vista não poder ele assumir compromisso em absoluto com a melhoria estética pretendida. Desta forma aproximou-se mais da segunda corrente. Concomitantemente, admitiu a presença de maior compromisso com o resultado nas cirurgias estéticas, em que a obrigação só valeria a pena com o resultado. Com efeito, a jurisprudência criou a obrigação que chamou obrigação de “quase resultado”, na qual a ausência de resultado ou um

⁴² BRASIL. TJPR. Acórdão n. 26711, Processo 703438-0, Relator: Rosana Amara Girardi Fachin, 9ª C.Cível, Data de julgamento: 07/04/2011, Publicado em: 25/04/2011.

⁴³ CORREIA, J. F. M. F. de A. No trilho da responsabilidade civil do médico: da obrigação de meios ao nexo de causalidade. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012. p. 18/19.

resultado inteiramente distinto do esperado configuraria inadimplemento ou adimplemento escasso, conforme explicitado:

[Nas cirurgias plásticas], se é certo que a obrigação do médico não é uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se em absoluto” com a melhoria estética desejada, prometida e acordada, tem vindo a ser entendido que se trata de uma obrigação de quase resultado porque é uma obrigação em que “só o resultado vale a pena”, e em que a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico devedor.⁴⁴

Para melhor elucidar essas classificações, foi feito um quadro comparativo:

QUADRO 2		
Obrigação de meios	Obrigação de resultados	Obrigação de quase-resultados
Pouco adotada pela doutrina e jurisprudência.	Posição adotada majoritariamente no Brasil.	Criação jurisprudencial lusitana.
Funda-se na ideia de que cirurgião estético está sujeito às mesmas intempéries que os demais profissionais da medicina.	Funda-se na ideia de que há promessa de um resultado ao qual o médico se vincula.	Funda-se na ideia de que há um maior compromisso com o resultado, mas não absoluto, devido a existência da álea.
Seu principal efeito é manter o ônus da prova à parte que alega, o paciente. Dá maior ênfase às obrigações acessórias, sobretudo a de informar.	Seu principal efeito é a presunção de culpa e a consequente inversão do ônus da prova.	

Em Portugal, embora tanto doutrina quanto jurisprudência abordem essas espécies de obrigações, ela se mostra de menor relevância diante da previsão de culpa presumida que preconiza o artigo 799 do Código Civil de Portugal, pois o corolário da assunção da obrigação de meio é justamente a presunção da culpa e

⁴⁴ PORTUGAL. STJ. Acórdão do STJ de 02/06/2015, proferido no âmbito do processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt. Acesso em: 14/06/2019.

consequente inversão do ônus da prova. Se assumir a obrigação de meios, a culpa médica pode até ser demonstrada em juízo pela vítima, mas continua a existir a presunção de culpa oriunda por si só do inadimplemento da obrigação.

Outro aspecto relevante a favor da superação de tal dicotomia é de que ao tentar provar o inadimplemento por parte do médico, já entrar-se-á na prova da culpa, pois, na prática, ao “provar-se que o médico não envidou todos os esforços que podia para satisfazer o interesse do paciente (isto é, ao provar o incumprimento), já se está a provar a própria culpa médica (está-se no plano das provas em si, e não no plano das presunções de responsabilidade)”⁴⁵. Arremata-se então que não é possível presumir a culpa do médico, necessitando sempre sua demonstração.

2.4. Princípio do consentimento informado

O consentimento informado decorre dos deveres do médico impostos pela bioética, sobretudo do dever de informação e do dever de abstenção. Das teorias vistas neste trabalho - responsabilidade contratual/extracontratual, obrigação de meio/de resultado - o consentimento informado se insere como fator determinante em todas elas, em maior ou menor grau, a depender do posicionamento adotado, mas é incontroversa a importância desse instituto para a responsabilização do galeno.

Trata-se da autorização prévia do ato médico por parte do paciente para escolher o médico, ou recusar um tratamento médico indesejado. O esculápio, além de observar as *leges artis*, o sigilo profissional, os deveres de tratar, também deve respeitar o paciente informando-o, confirmando seu esclarecimento e obtendo seu consentimento.

O consentimento informado não é apenas uma mera faculdade de escolha do paciente para aceitar ou recusar um tratamento ou um médico, nem mero requisito para afastar a responsabilidade médica. Representa a proteção da esfera físico-psíquica que encontra-se sob a égide do direito de personalidade de maneira que “a obtenção do consentimento representará o corolário do ‘processo dialógico e de

⁴⁵ GUERRA, A. D. de M. *O fenecer da distinção entre a obrigação de meio e resultado na responsabilidade civil contratual médica*. Cadernos da Lex Medicinæ - n.º 4 - Vol. I. Coimbra, 2019. p.40. Disponível em: <http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Caderno_4_1_-_Lex_Medicinæ_2018.pdf> Acesso em: 15/06/2019.

recíprocas informações' entre médico e paciente, a fim de que o tratamento possa ter início".⁴⁶

É, *ultima ratio*, a própria expressão da liberdade por meio da autonomia, sendo a autonomia como exercício da liberdade pessoal concernente aos atos jurídicos de caráter existencial. Nessa concepção se insere a ideia de autodeterminação individual, dimensão essencial que toca a dignidade humana e os direitos de personalidade por se tratar do direito à disposição do próprio corpo. Tão grande a importância do consentimento esclarecido que deve ser abarcado como princípio norteador devido sua íntima ligação com fundamentos e princípios de tão alta estirpe.

O princípio do consentimento esclarecido está intimamente ligado à dignidade humana e a autodeterminação individual sendo protegido em norma vinculativa internacional como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), que diz em seu artigo 7º que "Ninguém será submetido a tortura nem a pena ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, é proibido submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento". Além desse acordo internacional, outros também trataram do assunto, como a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (2005) e, no âmbito da União Europeia, a Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina (1997).

No Brasil, além dos tratados ratificados, o Código de Ética de Medicina também traz em seu artigo 22 o dever de obter o consentimento do paciente, exceto nos casos de risco iminente de morte. No Código Civil, esse dever pode ser extraído tanto dos artigos 13, 14 e 15, que tratam especificamente do direito de disposição do próprio corpo relacionados à atividade médica, quanto ao princípio da boa-fé que rege todas as relações.

Mas de forma ainda mais forte, traz o Código de Defesa do Consumidor o direito básico do consumidor de acesso à informação adequada e clara sobre o serviço, sobretudo os riscos que apresentem e informações insuficientes ou inadequadas. Ainda no campo das informações prestadas pelo profissional da área médica, o mesmo diploma legal brasileiro também prevê o direito do consumidor em relação à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, em seu artigo 6º, inciso IV.

⁴⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.41.

Rui Stoco levanta a problemática da excessiva publicidade veiculada hodiernamente, afirmando os excelentes resultados, muitas vezes inclusive com imagens de “antes e depois”, por vezes prometendo resultados impossíveis ou promovendo uma ideia desproporcional de garantia de resultados. Tal publicidade não só vai de encontro com o disposto no CDC, mas também ao Código de Ética Médica, em seus arts. 111,112,113 e 116 da Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009.

Em Portugal, seu Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁴⁷ também faz referência à obrigação de obter-se o consentimento do paciente autorizando a atuação médica. A norma deontológica portuguesa, de forma mais analítica que a brasileira, aborda requisitos para a validade do consentimento prestado, sobretudo em seu artigo 20º, no qual dispõe sobre capacidade, tempo de esclarecimento e possibilidade de consulta a outras opiniões. É no artigo 157º Código Penal lusitano em que encontra-se fundamentalmente o direito ao esclarecimento de forma que “o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou tratamento (...)”.

A obtenção da anuência do paciente é obrigatória, qualquer que seja a magnitude da intervenção e seus procedimentos e riscos. Nas relações médicas, a liberdade de escolha conferida ao paciente considerando também os interesses dele contribui para que ele seja visto como pessoa e não mero objeto da atividade médica, ou seja, contribui para que seja respeitado o princípio da dignidade humana.

O paciente mormente não possui conhecimento técnico da medicina, constituindo parte vulnerável na relação. Sendo o consentimento expressão volitiva daquele, é requisito indispensável que o cliente tenha plena consciência da natureza dos procedimentos propostos e dos riscos que lhes são inerentes, quando poderá, se assim quiser, emitir a autorização para a prática do ato médico. Cabe ao médico prestar todas as informações necessárias a fim de propiciar que o paciente decida de forma consciente se deseja ou não se submeter a determinado expediente, devendo

⁴⁷ PORTUGAL. Regulamento n.º 707/2016: Resolução de Deontologia Médica. Diário da República, 2.ª série. n.º 139, de 21 de julho de 2016.

essas informações serem prestadas em linguagem acessível, não havendo necessidade “que essas informações sejam tecnicamente detalhadas e minuciosas”⁴⁸.

A esse respeito, João Pedro Leite Barros⁴⁹ aborda o direito à informação sob um ângulo diferente: do excesso de informação como uma espécie de “abuso de dever”. Isso ocorre porque o excesso de informação muitas vezes traduz-se em desinformação, pois ainda que verdadeiras, quando muito extensas e em linguagem excessivamente técnica, terminam por confundir o cliente. Assim, trazem prejuízos à parte vulnerável, acarretando infração à função social da norma, qual seja, a de proteger o consumidor.

Não basta uma mera assinatura, o consentimento esclarecido deve ocorrer no processo de diálogo entre médico e paciente, quer dizer, ele deve ser obtido ao longo de toda a relação e não somente em um momento pontual. Quando um paciente aceita ser internado em um hospital, por exemplo, esse consentimento não engloba automaticamente a adoção de qualquer técnica ou tratamento de forma indiscriminada. Deve-se obter a aquiescência do paciente sempre que envolver a realização de procedimentos invasivos ou quando se pretender alterar conduta combinada.

Não há no ordenamento jurídico brasileiro norma determinando a forma de obtenção do consentimento, podendo ser obtido de qualquer modo, inclusive a oral. Já no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, em Portugal, seu artigo 23º trata do assunto facultando a forma de sua obtenção, podendo ela ser formal ou escrita. Há, porém, de se destacar a fragilidade das declarações na forma oral, conforme enfatizam Oliveira, Pimentel e Vieira⁵⁰, considerando-se que o médico, normalmente, não tem como comprovar que devidamente explicou e que o paciente consentiu. Por

⁴⁸ FRANÇA, G. V. de. *Direito Médico*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [Minha Biblioteca]. p.289. Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978853-0985707/>> Acesso em: 10/06/2019.

⁴⁹ BARROS, J.P.L. *O excesso de informação como abuso do direito: dever*. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, Curitiba, v. 7 n. 25, p. 11-60, 2017. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/109405>> Último acesso em:13/06/2019.

⁵⁰ OLIVEIRA, V. L.; PIMENTEL, D.; VIEIRA, M. J. O uso do termo de consentimento livre e esclarecido na prática médica. *Revista Bioética*. Vol. 18 n. 3 Brasília, 2010 p. 705-724. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/595/601> Acesso em: 15/06/2019.

isso, normalmente, a autorização do paciente se dá por meio da assinatura de um Termo de Consentimento Informado em ambos os países.

Esse termo, importante frisar, não deve ser um documento padrão à semelhança de um contrato de adesão; ele deve ser individual, trazendo as peculiaridades de cada caso, como as condições do paciente e a demonstração de que o tratamento escolhido é efetivamente o que melhor cabe àquele paciente. Ademais, estes autores reconheceram que o termo de consentimento deve respeitar alguns requisitos mínimos para sua validade, tais como a capacidade do paciente. Quando o paciente for incapaz civilmente, exigir-se-á que ele seja representado ou assistido por outro a fim de validar seus atos. Além da capacidade civil, é necessário que o paciente seja capaz no sentido de ter discernimento para compreender as dimensões do ato médico. É pertinente reparar que no âmbito ético, ainda que o paciente seja civilmente incapaz, suas decisões devem ser respeitadas.

Outro requisito é que seu objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. Isso veda que o Termo de Consentimento Informado prometa resultados impossíveis ou vagos e que verse sobre algo imoral, ilegal ou contra os bons costumes. Por fim, o cliente deve assiná-lo livremente, isento de vícios de vontade, seja erro, seja dolo, seja coação.

Além dos requisitos coincidentes com os da validade de um negócio jurídico, Godinho, Lanziotti e Morais⁵¹ também relatam três. O primeiro trata da capacidade, o qual ele contempla sob a concepção ética, em que mesmo um incapaz pode exprimir sua vontade, desde que tenha discernimento para tanto. Em seguida traz como segundo requisito como a recepção de informação suficiente e sua devida compreensão para que se possa falar em consentimento *esclarecido*. Finalmente, aponta como terceiro requisito a oportunidade do paciente expressar sua vontade, isenta de qualquer vício.

No campo da medicina estética, a informação prestada pelo médico ganha uma dimensão ainda mais aprofundada, com a qual coadunamos no presente trabalho. A

⁵¹GODINHO, A. M.; LANZIOTTI, L. H.; MORAIS, B. S. de. Termo de consentimento informado: a visão dos advogados e tribunais. *Rev. Bras. Anesthesiol.*, Campinas, v. 60, n. 2, p. 207-211, 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-70942010000200014&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 15/06/2019.

maior parte da doutrina junto com os tribunais defendem de forma praticamente uníssona que das cirurgias estéticas procede dever ainda mais intenso de prestar todas as informações ao utente de seus serviços. Para tal, baseiam-se no argumento de que nos procedimentos estéticos o paciente goza de perfeita saúde física e assim não há urgência na intervenção.

Deve o esculápio avaliar os riscos e resultados esperados, apreciar a veracidade das informações fornecidas pelo paciente e sopesar todos os fatores a fim de verificar a possibilidade de se prosseguir com a cirurgia. Caso os riscos sejam maiores que os benefícios, deve o médico abster-se da operação. Caso convencido da necessidade da intervenção, deve expor pormenorizadamente os benefícios e malefícios que podem advir ao paciente com a finalidade de obter seu consentimento. Nos dizeres de Kfourri Neto, “mesmo os acidentes mais raros, as sequelas mais infrequentes, devem ser relatados, pois não há urgência, nem necessidade de se intervir”⁵².

Na doutrina lusitana⁵³ adotou-se a teoria dos riscos significativos. Segundo essa teoria, o galeno tem a obrigação de comunicar os riscos significativos, isto é, “aqueles que o médico sabe ou devia saber que são importantes e pertinentes, para uma pessoa normal colocada nas mesmas circunstâncias do paciente, chamado a consentir com conhecimento de causa no tratamento proposto”. Trata-se pois de uma tese que impõe um dever de informação ainda mais amplo.

Consoante esse raciocínio, quanto mais necessária for a intervenção, mais flexível pode ser a informação a propósito dos riscos. Por outro lado, quanto menos necessário for o tratamento, mais rigorosa e completa deve ser a informação, devendo ser extrema nas intervenções estéticas e, em geral, nas denominadas cirurgias voluntárias - em que se inserem as intervenções estéticas - em contraposição com as cirurgias terapêuticas, de caráter curativo, em que a informação pode ser menos rigorosa.

⁵² KFOURI NETO, M. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7ªed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010. p.194

⁵³ PEREIRA, A. G. D. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. 2012. Dissertação (Doutorado em Ciências Jurídico-civilistas) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012. p.369/371.

As informações prestadas têm o condão de incidir ou eximir a responsabilização do médico. Em dois casos brasileiros envolvendo a colocação de prótese mamária, no primeiro⁵⁴, após a cirurgia de colocação das próteses, ocorreu ptose mamária, excesso de pele na região, cujo risco de ocorrência havia sido devidamente informado à autora. Foi retirado o excesso de pele em segunda intervenção. A cliente, no entanto, ficou insatisfeita com os resultados obtidos, pois ficou com pequena assimetria mamária. Diante do laudo pericial demonstrativo da inexistência de erro médico, somado à suficiente informação prestada à paciente pelo médico, foi afastada o nexo causal e, por conseguinte, a responsabilização do médico.

No segundo caso⁵⁵, durante o pós-operatório, houve a ocorrência de seroma deixando as cicatrizes de aspecto muito aparente, dentre outras complicações. Embora tivesse sido assinado o Termo de Consentimento Informado, o qual previa riscos, o Juízo considerou insuficientes as informações prestadas pelo médico, eis que a autora não foi satisfatoriamente informada sobre os riscos existentes, em razão da negligência do réu em investigar a possibilidade de pré-disposição genética a complicações. Dessa forma, houve responsabilização do cirurgião.

Outra modalidade de consentimento informado é o consentimento presumido. Ele é aceito em situações de emergência em que cada segundo é determinante para a vida do enfermo, e, além disso, este encontra-se impossibilitado de prestar sua anuência. Nessas ocasiões, supõe-se que o paciente, se estivesse em condições de expressar sua autonomia normalmente, seria favorável à intervenção a fim de tentar melhorar sua condição ou salvar sua vida.

O país continental aderiu também o consentimento hipotético⁵⁶. Previsto no artigo 340º, n.º 3 do Código Civil português, essa modalidade consiste na mera hipótese de que se o médico tivesse fornecido a informação necessária, o paciente teria consentido no procedimento médico.

⁵⁴ BRASIL. TJDFT. Acórdão n.907766, 20110310144197APC, Relator: ANGELO PASSARELI, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/11/2015, Publicado no DJE: 02/12/2015. Pág.: 211

⁵⁵ BRASIL. TJDFT. Acórdão n.1077282, 20140510094609APC, Relator: SANDRA REVES 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 07/02/2018, Publicado no DJE: 14/03/2018. Pág.: 261/276

⁵⁶ ROQUE, B.S.B.S. *Os atos médicos na perspectiva jurídico-penal: o consentimento do paciente e o dever de esclarecimento médico*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Forense) Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2016.

Em decisão proferida nos tribunais lusitanos⁵⁷, a fim de legitimar sua intervenção, o médico réu valeu-se do consentimento presumido. No caso, a paciente pretendia subir cicatrizes localizadas na zona inguinal para que não mais ficassem aparentes ao usar roupas de banho. Eles acordaram na realização de dois procedimentos a serem realizados em momentos distintos: primeiro uma lipoaspiração na região interna das coxas e depois a elevação das cicatrizes. Ignorando o acordado entre as partes, o médico resolveu unilateralmente fazer procedimento distinto sem a autorização da autora. Decorreu do procedimento infecção que resultou em aspecto pior que o anterior, além de dores intensas e incapacidade para manter relações sexuais, andar e trabalhar por certo período.

A Corte portuguesa decidiu que a autora, se soubesse dos riscos da mesma, teria recusado o consentimento, não se aplicando o instituto do consentimento hipotético. Condenou-se o réu a pagar uma indenização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causados. Ao fundamentar sua decisão, asseverou-se que o consentimento presumido, previsto no Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁵⁸ no artigo 22º, foi pensado para os casos intervenções cirúrgicas indispensáveis e inadiáveis, o que não ocorreu no caso.

A decisão ainda aborda o consentimento hipotético aludindo os requisitos para a incidência desse instituto: fornecimento de um mínimo de informação; presunção razoável de que o paciente concreto não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; intervenção indicada por médico com objetivo de afastar perigo grave. Avançou-se no sentido de afastar o consentimento hipotético pelo não preenchimento dos requisitos.

⁵⁷ PORTUGAL. STJ. Acórdão do STJ de 02/06/2015, proferido no âmbito do processo n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, disponível em: <www.dgsi.pt> Acesso em: 14/06/2019.

⁵⁸ PORTUGAL. Regulamento n.º 707/2016: Resolução de Deontologia Médica. Diário da República, 2.ª série. n.º 139, de 21 de julho de 2016.

3. OUTRAS PERSPECTIVAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIAS ESTÉTICAS

3.1. Ponderações acerca das dicotomias tradicionais

Uma das principais problemáticas enfrentadas na responsabilização do ato médico está na produção de provas. Afinal, como deve o paciente provar que houve negligência, imprudência ou imperícia por parte do médico? Ou como demonstrar que foi fornecida informação suficiente à autodeterminação do paciente? E mais: de que maneira asseverar que o resultado deveu-se não a culpa do médico, mas a fatores externos que o ser humano não detém controle?

Os vários conceitos teóricos vistos no capítulo anterior trabalham a ideia da distribuição do ônus da prova mormente este recaindo sobre o galeno. Ao adotar-se a aplicação da responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais no ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se imprescindível a ocorrência de culpa para surgir o dever de reparar.

Regra em ambos os países, a parte que alega determinado direito deve fazer prova de seus fatos constitutivos, cabendo a outra provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito (Art.342º do CC português e art.373 do CPC brasileiro). Caberia então ao paciente autor da ação reparatória o ônus de provar a culpa do médico. Mas voltando ao primeiro questionamento: como deve o paciente provar que houve negligência, imprudência ou imperícia?

O utente dos serviços médicos geralmente não possui conhecimento técnico ou científico, o que caracteriza sua vulnerabilidade técnico-científica. Além disso, encontram-se com sua saúde - termo que engloba tanto o bem estar físico quanto o mental - debilitada, surgindo uma relação de dependência para com o médico. Podemos então afirmar que o paciente é parte hipervulnerável.

Como parte hipervulnerável, torna-se excessivamente difícil ao paciente provar a culpa do médico, sobretudo por não ter os meios nem os conhecimentos para tanto. Converte-se em verdadeira prova diabólica.

Os tribunais lusitanos, mesmo facultando a escolha entre o regime contratual e o delitual, aquele prevaleceu devido suas notórias vantagens sobre este. A principal vantagem apontada, a da presunção de culpa por parte daquele que provocou o dano,

já tira a carga do ônus probatório do paciente, passando ao médico, que deve demonstrar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dessa culpa.

No Brasil, uma leitura sistemática do CDC, que propõe extensiva proteção do consumidor, prevendo por diversas vezes a responsabilidade do fornecedor de forma objetiva e prevendo a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, permitiria a conclusão não pela responsabilidade sem culpa, pois nisso ele foi expresso ao determinar a exceção, mas pela culpa presumida, cabendo o ônus probatório ao médico. Para se eximir da responsabilidade, o fornecedor deverá provar ou a inexistência de defeito, ou a culpa exclusiva de terceiros ou do consumidor.

Bruno Miragem nos ensina que “o defeito na prestação pessoal de serviço pelo médico profissional liberal confunde-se na prática com a existência de culpa no descumprimento dos deveres que lhe são impostos”⁵⁹, quer dizer, no descumprimento dos deveres anexos de informação, diligência e abstenção de abuso que sobretudo os códigos deontológicos lhes impõe.

Colige-se que o encargo probatório passou ao galeno levando-nos às duas seguintes perguntas formuladas: como demonstrar que o resultado deveu-se não a culpa do médico, mas a fatores externos que o ser humano não detém controle e como demonstrar que foi fornecida informação suficiente à autodeterminação do paciente?

A corroboração da ocorrência de caso fortuito usualmente é apurada por meio de perícia. No entanto alguns autores indicam como óbice a esse meio o que chamam “o espírito corporativo que impera no âmbito das entidades profissionais de classe”⁶⁰, como se uns acobertassem ou abrandassem a responsabilidade dos outros. Além desse fator que julgamos secundário, há a dificuldade em distinguir a ocorrência de iatrogenia da ocorrência da culpa médica.

Cavaliere Filho distingue erro médico de culpa médica. O erro médico consiste na “falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana”, podendo ser escusável quando inevitável segundo padrões da cultura médica, a depender do caso concreto. Já a culpa trata de falta de diligência ou prudência em relação ao esperado de um bom profissional. Mas provar que um resultado que foge

⁵⁹ MIRAGEM, B. N. B. *Direito civil: responsabilidade civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 600.

⁶⁰ RODRIGUES, A. C. M. *Responsabilidade civil médica: distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica*. Revista de Informação Legislativa v. 51, n. 203. Brasília, 2014. p.251.

ao esperado é fruto de fator externo ao poder do profissional, que este apresentou a conduta correta, não é simples.

Para tanto, teorias como as da perda de uma chance e da criação culposa do risco constituem alternativas interessantes para a resolução de casos mais nebulosos.

Quanto ao fornecimento de informação bastante e adequada ao paciente, os profissionais têm adotado a assinatura do Termo de Consentimento Informado, muitas vezes dentro da ótica da medicina defensiva, que, não obstante, nem sempre é o suficiente. O consentimento informado não basta ser obtido por meio de assinatura do documento, o que torna demasiadamente dificultoso provar que a informação foi devidamente prestada. A questão vem sendo resolvida de acordo com a casuística, em uma síntese entre prova pericial e testemunhal, averiguando se há incongruências.

3.2. O problema da distinção entre reparação e estética

Conforme visto antes, convencionou-se a separar as cirurgias plásticas em estéticas e reparadoras, possuindo notória distinção no tratamento a ser adotado na responsabilidade oriunda de cada espécie. Sucede-se que essa distinção tem função mais didática, pois, na prática, essa distinção não se dá de forma tão simples à vista da existência de uma imensa zona gris entre uma modalidade e outra.

Não obstante assuma a relevância dessa separação para os estudos na área - afinal, é a partir dessa separação que a maior parte do arcabouço teórico se pauta para determinar o tipo de obrigação contraída pelo médico, a intensidade do dever de informação e o grau de obrigatoriedade da obtenção do consentimento do paciente -, Pittelli⁶¹ afirma a inexistência de diferenças substanciais de procedimento e de natureza entre uma modalidade e outra que justificassem tal dicotomia.

Borges corrobora o fato de não haver precisão terminológica na área, existindo termos como “cirurgia plástica reparadora, ou reconstrutiva, ou reconstrutora, cirurgia plástica estética, medicina estética, cosmiatria, cirurgia cosmética e cirurgia

⁶¹PITTELLI, S. D. *Responsabilidade civil do cirurgião plástico: condições em que se dá a aplicação dos fundamentos da responsabilidade objetiva*. 2006. Tese (Doutorado em Fisiopatologia Experimental) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. doi:10.11606/T.5.2006.tde-18072006-103839. p.89/102. Acesso em: 10/06/2019

embelezadora”⁶², por vezes usados como sinônimos, outras vezes como termos autônomos.

Por exemplo, ele assenta que a medicina estética, também chamada estética médica, trata de uma especialidade destinada à correção de alterações do relevo da pele por meio da introdução de produtos químicos e aplicação de medicamentos, podendo ser realizados somente por médicos. A cirurgia cosmética englobaria os procedimentos mais voláteis, gerando modificações temporárias. Cirurgia embelezadora seria o mesmo que as cirurgias estéticas, mas o termo traria uma ideia errônea, podendo ensejar obrigação de resultado ao ambicionar um modelo de beleza inatingível. Como é perceptível, existem muitas terminologias cujos plurissignificados dificultam a separação entre cirurgias reparadoras e estéticas.

Em sua obra, Pittelli demonstra haver uma grande imprecisão quanto aos conceitos relativos à classificação das cirurgias plásticas. Para tanto, ele cria seu próprio critério de divisão entre os procedimentos estéticos *lato sensu* e os procedimentos estéticos *stricto sensu* a partir da categorização utilizada pelos autores Ferreira e Avelar. A partir do modelo de classificação criado, ele passa a “encaixar” os conceitos de outros autores que trataram do assunto.

Modo geral, há consenso entre em dividir as cirurgias plásticas nos dois grandes grupos: as cirurgias estéticas e as cirurgias reparadoras. Entretanto não encontra-se a mesma uniformidade ao definir o que cada vértice dessa separação abrangeria .

Kfoury Neto⁶³ divide em cirurgias de caráter estritamente estético e cirurgias estéticas *lato sensu*. Aquelas ele exemplifica com os casos nos quais o paciente deseja tornar seu nariz “que de algum modo destoa da harmonia de suas feições, ainda mais formoso, considerando (...) um modelo ideal de beleza estética”. Estas ele conceitua como as que não medem risco relevante e destinam-se “a corrigir pequena imperfeição da natureza, que ocasiona mal-estar psíquico à pessoa” dando como exemplo o caso de nariz aquilino e com linhas irregulares e “em absoluta desarmonia estética”.

⁶² BORGES, G. *Erro médico nas cirurgias plásticas*. São Paulo: Atlas, 2014. p.130.

⁶³ KFOURI NETO. M. *Responsabilidade civil do médico*. 7ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. p.195.

Gonçalves⁶⁴ sequer divide as cirurgias plásticas em estéticas ou reparadoras, mas insere “o atendimento a vítimas deformadas ou queimadas em acidentes, ou no tratamento de varizes e de lesões congênitas ou adquiridas, em que ressalta a natureza corretiva do trabalho” nas obrigações de meio, enquanto as demais nas obrigações de resultado.

França⁶⁵ divide as cirurgias plásticas em “reconstrutora, reparadora ou corretiva” e “puramente estéticas” ou “cosméticas”. As primeiras destinam-se a “corrigir condições deformadoras congênitas ou adquiridas e mutilações resultantes de traumas”, sendo exemplos as cirurgias para corrigir lábios leporinos, sequelas de câncer de mama ou lesões oriundas de trauma de face. As segundas têm como fim apenas a melhora da aparência, quando o paciente encontra-se saudável. Ele cita como exemplo os procedimentos dos “olhos siameses e dos lábios carnudos”.

Caio Mário da Silva Pereira⁶⁶ aduz que as cirurgias reparadoras tencionam corrigir deformações, sejam elas congênitas, cirúrgicas ou traumáticas, enquanto nas estéticas o cliente tem em vista corrigir uma imperfeição ou melhorar sua aparência, sem fins curativos.

Para Cavalieri Filho⁶⁷, a cirurgia reparadora teria por finalidade corrigir deformidade física congênita ou traumática, como quando o paciente tem seu rosto cortado devido a acidente automobilístico sofrido, ou quando nasceu com deformidade da face ou outros defeitos físicos. a cirurgia estética teria como objetivo melhorar a aparência, corrigir uma imperfeição física, tal como afinar o nariz ou eliminar as rugas do rosto.

Conforme é possível apreender, de maneira geral os doutrinadores usam expressões e vocábulos imprecisos para descrever cada modalidade. Afinal, o que de fato seriam “deformidades físicas congênitas”? As chamadas orelhas de abano constituem deformidade física congênita, logo, elas se ligariam às cirurgias

⁶⁴ GONÇALVES, C.R. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 282.

⁶⁵ FRANÇA, G. V. de. *Direito Médico*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [Minha Biblioteca]. p.335 a 341. Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978853-0985707/>> Acesso em: 10/06/2019.

⁶⁶ PEREIRA, C. M. S; TEPEDINO, G. *Responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 207. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978853097-1946/> Acesso em 13/06/2019.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 498.

reparadoras e a conseqüente obrigação de meios? Os tribunais brasileiros⁶⁸ determinaram que esse tipo de procedimento seria denominado estético, de encontro ao colocado nas rotulações acima listadas. Lipoaspiração para retirada de excesso de gordura, cirurgia de correção de nariz adunco dentre tantos outros procedimentos são de difícil alocação dentro da catalogação adotada, dificultando dizer se incidiria obrigação de meio ou de resultado.

3.3. Aplicação de outros institutos

Utilizada nos demais planos da medicina, a **teoria da perda de uma chance** é deixada um pouco de lado ao se tratar das cirurgias estéticas. A perda de uma chance caracteriza-se por, quando pela conduta omissiva ou comissiva de um agente, tira-se da vítima a probabilidade real de um evento que possibilitaria um benefício a ela. Exemplo clássico utilizado na doutrina é o de sorteios, em que o número do bilhete de determinada pessoa não foi colocado na caixa com os demais, anulando-lhe a possibilidade de ser escolhido.

Sérgio Cavaliéri Filho evidencia que é necessário que a chance perdida seja real e não mera conjectura. Ela deve caracterizar um prejuízo material ou imaterial oriundo de fato consumado, não hipotético, ou seja, “a vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os oportunistas, e não reparando as oportunidades perdidas.”⁶⁹ É essencial que haja ponderação conforme o princípio da razoabilidade ao se aferir caso a caso.

A perda de uma chance não pode ser atribuída à perda de um resultado certo tampouco à certeza do dano. Existe apenas a certeza da probabilidade, cabendo ao juiz valorar as concretas possibilidades que a pessoa tinha de obter o resultado avaliando sua relevância para o ordenamento jurídico.

Quanto à indenização, esta será sempre proporcional à probabilidade do ganho, ou seja, o valor da perda da chance do benefício será sempre menor que o do

⁶⁸ BRASIL. TJDF. Acórdão n.959443, 07052912520158070007, Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 10/08/2016, Publicado no DJE: 18/08/2016.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.108.

benefício. Se em um sorteio valendo R\$1.000,00 entre cinco pessoas, cada qual com seu carnê, esquecem de inserir na urna o carnê de uma dessas pessoas, este indivíduo poderá reclamar tão somente R\$200,00. Eis que a probabilidade matemática de ser seu número sorteado era somente de um quinto. A indenização não é integral, pois não recai sobre o fato de não ter ganhado a disputa, mas do fato de não ter podido concorrer à disputa.

Na seara da medicina, essa teoria também é aplicada, mas com a presença de algumas problemáticas. Comumente ela é aplicada no caso de conduta omissiva por parte do médico, em que o paciente já encontra-se com alguma enfermidade, quer dizer que já encontra-se em curso o processo causal que desencadeou o resultado. Há dificuldade, portanto, de se estabelecer o nexos causal entre a conduta médica e o resultado.

Entretanto, Kfoury Neto⁷⁰. e André Fonseca Guerra⁷¹ apontam como a principal vantagem e peculiaridade dessa teoria o fato dela dispensar a demonstração de que o ato causou o prejuízo. Quando há dificuldade de se afirmar que determinado prejuízo provém da atuação ou omissão do médico, restaria desaparecida a complicação de estabelecer a relação de causalidade. Sob a perspectiva do primeiro autor, “não se trata tanto de demonstrar que tal culpa causou tal prejuízo, mas sim de afirmar que sem a culpa o dano não teria ocorrido”.

Embora Kfoury Neto declare essa teoria como objetivista, quer dizer, que ela ignora o elemento culpa da responsabilidade civil, nós temos que não se trata de desprezar a culpa. A culpa continua sendo avaliada para a responsabilização, pois a culpa do profissional da medicina é que comprometeu as chances de vida e integridade do paciente. Sua aplicação é, pois, perfeitamente harmônica à teoria subjetivista à qual se submetem os profissionais liberais. Apenas o nexos causal é flexibilizado sendo olhado por uma nova perspectiva, mas não desprezado.

Especificamente no campo dos procedimentos estéticos, Guerra aborda em seu trabalho como a teoria poderia ser utilizada. A teoria poderia ser empregada quando o prejuízo consistisse na perda da possibilidade de alcançar um resultado

⁷⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.68.

⁷¹ GUERRA, A.F. *Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico Estético: Análise das obrigações de meios e resultado e suas alternativas no Direito comparado*. Universidade de Coimbra, 2003. p.134/136.

positivo, pela perda da chance da melhora estética. Bastaria comprovar que sem um ato culposo o dano não seria produzido, de forma a se presumir a relação de causalidade. Com tal presunção, ao paciente caberia provar apenas a negligência, imperícia ou imprudência do médico, junto à possibilidade, em abstrato, de ter alcançado o bom resultado se a atuação médica fosse irreprochável. Caberia ao profissional comprovar que seus cuidados foram corretos e que o dano não poderia ter sido evitado. Kfoury Neto propõe sua utilidade para a redução da indenização com fundamento na equidade, segundo os graus de culpa.

Para arrematar, a reparação deveria ser igualmente proporcional à probabilidade da ocorrência do mau resultado. Guerra exemplifica: se comprovado que as chances de um resultado ruim pela atuação do esculápio seriam de 70%, a condenação do profissional deveria ser 70% do valor total do dano sofrido pela vítima.

As principais críticas à essa teoria consistem na dificuldade de avaliar o dano pela perda de uma chance por não haver regra clara e nem sempre ser simples formular uma probabilidade ou estatística⁷².

Contudo, a visão de Bruno Miragem⁷³, com a qual discordamos, vai de encontro com essa teoria. Ao contrário do que ocorre no âmbito do Código Civil Brasileiro, em que há possibilidade de uma proporcional redução da indenização em vista do grau de culpa do ofensor, ele afirma que a verificação da culpa, na visão do Código de Defesa do Consumidor para os profissionais liberais, constituiria apenas mais uma condição de atribuição da responsabilidade, mas não fundamento para redução da indenização, pois seria incompatível com a efetiva reparação que vigora no dispositivo. Ele declara que:

Nesse sentido, considerando as espécies de danos e a realidade de fato em que são causados no direito do consumidor (no âmbito do mercado de consumo), não é conveniente, nem mesmo possível, sob o aspecto prático, uma avaliação sobre o grau de culpa do causador do dano para efeito de reduzir a indenização. E isso mesmo na circunstância em que a imputação de responsabilidade exige a verificação de culpa, como no caso da imputada ao profissional médico.

⁷² STOCO, R. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.667/668.

⁷³ MIRAGEM, B. N. B. *Direito civil: responsabilidade civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.602/603

Teoria semelhante a da perda de uma chance é a da **criação culposa do risco**. Ela também baseia-se na aferição de uma probabilidade estatística da causalidade entre o ato médico e o dano. O que diferencia esta teoria daquela é que bastaria a probabilidade ser maior que 50% para incidir o dever de reparação integral pelo dano, enquanto naquela o dever seria sempre proporcional. Guerra elucida que a criação culposa do risco respalda-se na ideia de que só pelo médico ter exposto o paciente a riscos anormais, já seria suficiente para justificar a total reparação da vítima.

Outra ferramenta pertinente é a **distribuição dinâmica do ônus das provas**. Conforme já salientado, a regra de distribuição do ônus probatório segue a regra de que quem alega deve demonstrar os fatos constitutivos de seu direito de forma que se não fizé-lo, julga-se improcedente o pedido. Por outro lado, se o autor provar os fatos constitutivos, enquanto o demandado não conseguir provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, julga-se integralmente procedente o pedido.

Não obstante, vimos que essa distribuição pode ser diabólica ao não se considerar a dificuldade ou a impossibilidade da parte ou do fato serem demonstrados em juízo. Para romper com essa lógica perversa, o Código de Defesa do Consumidor permitiu a inversão do ônus da prova quando dentro do caso concreto atender-se aos critérios legais da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor.

Ainda assim, esses critérios mostram-se insuficientes para sanar o problema das provas diabólicas, pois ainda que o consumidor seja hipossuficiente e que haja verossimilhança na alegação, nem sempre é o fornecedor que detém os melhores meios para produzir determinada prova. A distribuição dinâmica do ônus da prova, inovação trazida no Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 373, §1º, tem como vantagem exatamente a prescindibilidade de requisitos para inverter o ônus, consoante propõe Eduardo Cambi. Ele explica:

(...) pela teoria das cargas probatórias dinâmicas, o ônus da prova de determinado fato recai sobre a parte que encontra melhores condições fáticas, econômicas, técnicas, jurídicas etc. de demonstrá-lo no caso concreto. Logo, não importa o lugar que o litigante ocupa no processo (demandante ou demandado), nem qual é a natureza dos fatos (constitutivos,

extintivos, impeditivos ou modificativos), nem tampouco quais dos litigantes alega os fatos como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção.⁷⁴

A distribuição da carga da prova é dinâmica, por não estar vinculada a pressupostos prévios e abstratos, regras estáticas, para considerar a dinâmica, sobretudo fática, presente no caso concreto, a ser explorada pelos operadores jurídicos. Dessa forma quem deve provar é quem tem melhores condições de demonstrar o fato controvertido e por isso mostra-se para nós como a melhor solução referente a forma de distribuição da produção de provas.

3.4. Avanços e retrocessos no Direito luso-brasileiro comparado

Conforme se depreende da própria história das cirurgias plásticas, houve uma evolução na reputação dessa especialidade médica, de uma perspectiva de ilicitude e imoralidade para sua aceitação e propalação.

A nosso ver, o Brasil ainda encontra-se preso a uma visão pejorativa em relação às cirurgias plásticas estéticas, visão que prevaleceu no mundo durante muito tempo durante a história dessa especialidade médica. Essa perspectiva se exterioriza pelo posicionamento adotado ao tratar dessa modalidade de procedimentos com tanto rigor. A cisão entre obrigação de meios e obrigação de resultados mostra-se cada vez mais obsoleta e insuficiente para determinar a responsabilidade do médico na atualidade, em que vigoram casos cada vez mais complexos. Mesmo a classificação das cirurgias plásticas apresenta alto grau de falibilidade sendo pouco factível de alocar todos os casos nessa compartimentalização vaga.

Entretanto, vislumbra-se um avanço tanto na doutrina quanto na jurisprudência⁷⁹ brasileiras no sentido a dar maior ênfase ao grau de informação prestada qualitativa e quantitativamente. O princípio do consentimento informado é onde encontra-se o âmago da questão por abarcar dentro de si o sopesamento entre

⁷⁴ CAMBI, E. Teoria das cargas probatórias dinâmicas: distribuição dinâmica do ônus da prova: exegese do art. 373, §§ 1.º e 2.º do NCPC. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, n. 246, p. 88, 2015.

⁷⁹ BRASIL. TJPR. Acórdão n. 26462, Processo PR 680381-6, Relator: Sérgio Luiz Patitucci, 9ª C. Cível, Data de julgamento: 31/03/2011, Publicado em: 12/04/2011 e BRASIL. TJPR. Acórdão n. 26711, Processo 703438-0, Relator: Rosana Amara Girardi Fachin, 9ª C. Cível, Data de julgamento: 07/04/2011, Publicado em: 25/04/2011.

o direito à saúde e à integridade física e o direito à dignidade humana. Resta ao Brasil se desamarrar das dicotomias estabelecidas para mensurar dentro dos critérios de razoabilidade cada caso.

O abandono da distinção de obrigações e consequente recrudescimento dos deveres acessórios de informação vai ao encontro do estabelecido no Código de Defesa do Consumidor e ainda dá maior destaque ao direito primordial de autodeterminação do paciente, sem, por sua vez, acarretar uma missão impossível ao cirurgião plástico de ter que garantir e alcançar determinado resultado.

Portugal embora se afaste da imputação da obrigação de meios ao cirurgião estético, criando inclusive a figura da obrigação de quase-resultado, ao que se percebe é que tal separação não apresenta tanta relevância quanto no país brasileiro. Isso ocorre pela previsão da culpa presumida em todo o campo da responsabilidade contratual. Ademais, o país lusitano, ao nosso ver, encontra-se bem a frente do país brasileiro ao dar maior ênfase não à tal dicotomia, mas ao nível de prestação informacional ao paciente permitindo-lhe escolher nos moldes do consentimento informado.

CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente trabalho, a princípio, verificou-se que as relações estabelecidas entre médico e paciente são de grande complexidade, em que as obrigações acessórias revelam-se cruciais para a avaliação da responsabilidade do médico mediante culpa. A história das cirurgias plásticas é maculada por discriminação e intolerância que paulatinamente foram se amenizando, mas que é possível ainda hoje identificar traços dessas marcas no julgamento desses casos, sobretudo no Brasil.

Constatou-se que em ambos os países estudados a relação entre médico e paciente é, em regra, contratual. A separação entre regime contratual e delitual exerce maior relevância no Estado lusitano que no brasileiro, o que se justifica pela inserção, no Brasil, dos contratos médicos nas relações consumidoras regidas pelo Código de Defesa do Consumidor e consequente regime diferenciado. Em Portugal, tais relações são regidas por seu Código Civil.

Em seguida, foi analisada a discussão a respeito da obrigação do médico em cirurgias plásticas, no que tange à dicotomia meio/resultado. Apesar de a obrigação de resultado aproximar-se da responsabilidade objetiva, no caso do médico ela continua sendo subjetiva por se pautar na culpa, ainda que presumida. Entretanto, concluiu-se que a presunção de culpa do cirurgião plástico, de maneira a discriminá-lo dos demais profissionais da medicina mostra-se exagerada ao determinar um compromisso praticamente impossível com a perfeição, ignorando a falibilidade humana.

O Brasil demonstrou-se muito apegado a separação das obrigações de meio e resultado, inserindo os cirurgiões plásticos com bastante severidade nas obrigações de resultado. Por outro lado, Portugal aparenta maior desvencilhamento em relação a essa polarização ao valorizar mais o princípio do consentimento informado presente na casuística.

Assim como em todos os campos da medicina, as cirurgias estéticas também estão sujeitas a falhas e erros inerentes ao agir humano. Entretanto, também não se pode ignorar a existência de excessiva publicidade em torno desses procedimentos, sobretudo no Brasil, de maneira a formar o convencimento dos consumidores de que essas operações seriam infalíveis, com resultado garantido. Nestes casos melhor se

faz fiscalizar e coibir esse tipo de publicidade que responsabilizar todos os profissionais, mesmo aqueles que não fazem uso de tais ardis.

Por fim, defende-se a superação da separação entre esses tipos de obrigação, sobretudo devido à grande zona cinzenta na separação entre cirurgias reparadoras de obrigação de meios e cirurgias estéticas de obrigação de resultados. Acredita-se que a problemática da responsabilidade civil dos profissionais da estética deve ser apurada a partir da maior valorização do consentimento informado e da aplicação de outros institutos como os da distribuição dinâmica do ônus das provas, da teoria da perda de uma chance, além do robustecimento das vozes dissonantes que defendem o fenecer da dicotomia de obrigações.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, R. R. de. *Responsabilidade civil do médico*. In: Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina, Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180.

BARROS, J.P.L. *O excesso de informação como abuso do direito: dever*. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, Curitiba, v. 7 n. 25, p. 11-60, 2017. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/ha ndle/2011/109405>>. Último acesso em:13/06/2019.

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

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 17/06/2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 17/06/2019.

BRASIL. Lei nº12.842, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 11/07/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm>. Acesso em: 29/05/2019.

BRASIL. TJPR. Acórdão n. 26462, Processo 680381-6, Relator: Sérgio Luiz Patitucci, 9ª C. Cível, Data de julgamento: 31/03/2011, Publicado em: 12/04/2011.

BRASIL. TJPR. Acórdão n. 26711, Processo 703438-0, Relator: Rosana Amara Girardi Fachin, 9ª C. Cível, Data de julgamento: 07/04/2011, Publicado em: 25/04/2011.

BRASIL. TJDF. Acórdão n.907766, 20110310144197APC, Relator: ANGELO PASSARELI, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/11/2015, Publicado no DJE: 02/12/2015. Pág.: 211

BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1468756/DF, Relator: Min. MOURA RIBEIRO, 3ª TURMA, julgado em 19/05/2016, Publicado no DJE: 24/05/2016.

BRASIL. TJDF. Acórdão n.959443, 07052912520158070007, Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 10/08/2016, Publicado no DJE: 18/08/2016.

BRASIL. TJDF. Acórdão n.1039477, 00089736420138070018, Relator: LEILA ARLANCH 7ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/08/2017, Publicado no DJE: 30/08/2017.

BRASIL. TJDFT. Acórdão n.1077282, 20140510094609APC, Relator: SANDRA REVES 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 07/02/2018, Publicado no DJE: 14/03/2018. Pág.: 261/276.

BRASIL. TJDFT. Acórdão n.1139777, 20121110001068APC, Relator: SANDRA REVES 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 21/11/2018, Publicado no DJE: 30/11/2018. Pág.: 155/162

BRASIL. TJDFT. Acórdão n.1146945, 00453660520148070001, Relator: FÁBIO EDUARDO MARQUES 7ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/01/2019, Publicado no DJE: 18/02/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.

BRASIL. TJDFT. Acórdão n.1153200, 07102392620188070000, Relator: ARNOLDO CAMANHO 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/02/2019, Publicado no DJE: 07/03/2019.

CAETANO, R. As cirurgias estéticas mais procuradas. *Sapo Lifestyle*. Disponível em: <<https://lifestyle.sapo.pt/moda-e-beleza/beleza-e-estetica/artigos/as-cirurgias-esteticas-mais-procuradas>> Acesso em: 29/05/2019.

CAMBI, E. Teoria das cargas probatórias dinâmicas: distribuição dinâmica do ônus da prova: exegese do art. 373, §§ 1.º e 2.º do NCPD. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, n. 246, p. 85-111, 2015.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). *Código de ética médica*. Resolução nº 1.246/88. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1990.

CORREIA, J. F. M. F. de A. No trilho da responsabilidade civil do médico: da obrigação de meios ao nexo de causalidade. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012.

DIREITO, C. A. M. *A responsabilidade civil em cirurgia plástica*. Revista de Direito Renovar, n. 7, p. 11-19, Rio de Janeiro, 1997.

FRANÇA, G. V. de. *Direito Médico*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [Minha Biblioteca]. Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978853-0985707/>> Acesso em: 10/06/2019.

GODINHO, A. M.; LANZIOTTI, L. H.; MORAIS, B. S. de. Termo de consentimento informado: a visão dos advogados e tribunais. *Rev. Bras. Anestesiol.*, Campinas, v. 60, n. 2, p. 207-211, 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-70942010000200014&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 15/06/2019.

GONÇALVES, C.R. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, C. R. *Direito civil 3 esquematizado, responsabilidade civil , direito de família, direito das sucessões. 4ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2017.

GUERRA, A. F. *Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico Estético: Análise das obrigações de meios e resultado e suas alternativas no Direito comparado.* Universidade de Coimbra, 2003.

GUERRA, A. D. de M. *O fenecer da distinção entre a obrigação de meio e resultado na responsabilidade civil contratual médica.* Cadernos da Lex Medicinæ - n.º 4 - Vol. I. Coimbra, 2019. p.40. Disponível em: <http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Caderno_4_1_-_Lex_Medicinæ_2018.pdf_0.pdf> Acesso em: 15/06/2019.

ISAPS. *Mais recente estudo internacional demonstra crescimento mundial em cirurgia estética.* 2018. Disponível em: <<https://www.isaps.org/wp-content/uploads/2-018/11/2017-Global-Survey-Press-Release-br.pdf>> Acesso em: 29/05/2019.

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

MATIELO. F. Z. *Responsabilidade Civil do Médico,* 2ª ed., Porto Alegre, Editora Sagra Luzzato, 2001.

MIRAGEM, B. N. B. *Direito civil: responsabilidade civil.* 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, V. L.; PIMENTEL, D.; VIEIRA, M. J. O uso do termo de consentimento livre e esclarecido na prática médica. *Revista Bioética.* Vol. 18 n. 3 Brasília, 2010 p. 705-724. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/595/601> Acesso em: 15/06/2019.

PEREIRA, A. G. D. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica.* 2012. Dissertação (Doutorado em Ciências Jurídico-civilistas) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

PEREIRA. C. M. S; TEPEDINO, G. *Responsabilidade civil.* 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978853097-1946/>> Acesso em 13/06/2019.

PITTELLI, S. D. *Responsabilidade civil do cirurgião plástico: condições em que se dá a aplicação dos fundamentos da responsabilidade objetiva.* 2006. Tese (Doutorado em Fisiopatologia Experimental) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

PITTELLI, S. A prestação obrigacional do cirurgião plástico como obrigação de resultado: sistematização e análise crítica dos fundamentos. *Saúde, Ética & Justiça,* v. 16, n. 2, p. 93-102, 2011.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro de 1966. Código Civil. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis> Acesso em: 17/06/2019.

PORTUGAL. STJ. Acórdão proferido no âmbito do processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1, Relator: Maria Clara Sottomayor, 1ª Secção, julgado em 02/06/2015. Disponível em: <www.dgsi.pt> Acesso em: 14/06/2019.

PORTUGAL. STJ. Acórdão proferido no âmbito do processo n.º 3784/15.8T8CSC.L1.S1, Relator: Oliveira Abreu, 7ª Secção, julgado em 21/02/2019. Disponível em: <www.dgsi.pt> Acesso em: 14/06/2019.

PORTUGAL. TRL. Acórdão proferido no âmbito do processo n.º 2296/11.3TVLSB-7, Relator: Carla Câmara, julgado em 07/03/2017. Disponível em: <www.dgsi.pt> Acesso em: 14/06/2019.

PORTUGAL. Regulamento n.º 707/2016. Resolução de Deontologia Médica. Diário da República, 2.ª série. n.º 139, de 21 de julho de 2016.

RODRIGUES, A. C. M. *Responsabilidade civil médica: distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica*. Revista de Informação Legislativa v. 51, n. 203. Brasília, 2014.

ROQUE, B.S.B.S. *Os atos médicos na perspectiva jurídico-penal: o consentimento do paciente e o dever de esclarecimento médico*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Forense) Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2016.

ROSA, P. J. F. *A natureza jurídica da relação médico-paciente: o contrato de prestação de serviços médicos*. (Trabalho apresentado no âmbito da unidade curricular Direito Civil II, do Mestrado científico em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/23850>> Acesso em: 10/06/2019.

SCAPIN, A. C. *A aplicação do código de defesa do consumidor às ações judiciais por alegado erro médico*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

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