

CIRURGIA PLÁSTICA: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO?

Thaís Maria Santos Cabral Gaspar¹
Juliana Maria Rocha Bezerra da Silva²

RESUMO

Objetiva-se discutir a natureza obrigacional da cirurgia plástica, buscando identificar se o procedimento corresponde à situação de meio ou resultado, com base em estudos doutrinários e jurisprudenciais acerca da questão, tendo em vista a responsabilidade do cirurgião e do próprio paciente na relação contratual. Tal discussão tem início com o estudo jurídico da responsabilidade civil em seu aspecto histórico até os tempos atuais, sendo necessária a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual. Em seguida, passa-se a analisar as diferenças entre obrigações de meio e resultado, bem como os deveres e obrigações das partes na relação contratual. Do estudo em comento, percebe-se que a natureza obrigacional do médico em casos de cirurgias plásticas é passível de posicionamentos divergentes, uma vez que o paciente não é obrigado a se submeter a tal procedimento, porém, se o faz, deve arcar com as possíveis consequências de seguir as orientações recomendadas bem como saber lidar com resultados frustrados, ou não, sob o seu ponto de vista mesmo tendo sido realizada a melhor técnica pelo profissional habilitado.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Obrigação. Médico. Cirurgia Plástica. Paciente.

¹ Bacharelada do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Rio Grande do Norte, e-mail: thais_cabral@hotmail.com. Graduada no curso de Odontologia pela Universidade Potiguar do Rio Grande do Norte e pós graduada em Dentística Estética pela Associação Brasileira de Odontologia.

² Professora da UNI/RN – Centro Universitário do Estado do Rio Grande do Norte, professora da Universidade Estácio de Sá, advogada, especialista e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Norte, Advogada, e-mail: jradvocacia@gmail.com

ABSTRACT

Intend to discuss about the plastic surgery over compulsory, trying to identify if this procedure is a situation of middle or result obligation, based on doctrine review and jurisprudence about the question, have in view the surgeon and patient's contractual responsibility. This discussion begins with juridical study of civil responsibility in your historical aspects until now, giving importance to the difference between contractual and extra contractual responsibility. Then, was made an analysis about the differences between middle and result obligation, as well the duties and obligations' persons in the contractual relation. In this study, notice that the obligation nature's doctor in the plastic surgery cases is motive to divergent positions, because the patient is not under submit to this surgery, but, if choices to do it, must to assume the responsibility and consequences to follow the recommended orientations as well to know to struggle with frustration results, or not, in their point of view even had been accomplished the best technic by the qualified professional.

1 INTRODUÇÃO

A Cirurgia Plástica realizada por profissionais brasileiros é tida, em todo o mundo, como a de maior credibilidade. Um país de costa continental e clima tropical, levando à maior exposição física, as características sócio-culturais locais de espontaneidade e abertura favorecendo-a, o culto à beleza física que é uma natural consequência, bem como a diversidade étnica que culminou em uma população dos mais variados tipos físicos com as mais diversas alterações da forma corporal e o espírito criativo e artístico do brasileiro, sem dúvidas foram fatores determinantes.

O crescente número de cirurgias plásticas realizadas no Brasil, cerca de 1700 por dia, segundo dados da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, desperta o interesse quanto à responsabilidade do cirurgião plástico. O procedimento realizado consiste em obrigação de meio ou de resultado?

Com o escopo de responder ao questionamento supra, é importante esclarecer que a prestação de serviço médico é, em sua grande maioria, uma prestação que se dá por uma obrigação de meios, onde configuram serviços que se prestam sem o comprometimento de se alcançar determinado fim, mas de se empregar determinados meios.

Já as obrigações de resultado são obrigações oriundas de serviços prestados por pessoas comprometidas a alcançar determinado fim, o resultado almejado. Ocorre que, em sentido contrário ao entendimento ora esposado, alguns serviços médicos, tais como anestésias e diagnósticos, e todos os serviços de cirurgia plástica estética são consideradas por grande parte da doutrina nacional, serviços de resultado.

Cumpramos esclarecer que o entendimento jurisprudencial sofreu certa adequação e evolução, se desvencilhando do entendimento ultrapassado de que seria de resultado e não de meio a obrigação do cirurgião plástico. Sendo assim, não existe obrigação pelo cirurgião plástico em buscar alcançar o resultado pretendido pelo cliente, mas tão somente valer-se das melhores técnicas disponibilizadas pela ciência, se aproximando ao máximo da expectativa pretendida. (KFOURI, 2007).

No primeiro momento da pesquisa demonstramos a evolução história do Instituto da Responsabilidade Civil em seu aspecto mundial e, ato contínuo, afunilando aos aspectos do Direito Pátrio.

A problemática de diferenciação entre as obrigações de meio e resultado é tratada no terceiro capítulo, onde demonstra-se que na relação médico/paciente existe, para cada um deles, obrigações que, em sendo descumpridas, redirecionam a responsabilidade pelo distanciamento do resultado alcançado com o pretendido.

No quarto capítulo, buscou-se realizar, para fins de responsabilização civil, diferenciação entre dano estético e uma simples divergência do resultado com a expectativa do paciente, esta, muitas vezes, inalcançáveis. A informação prestada pelo profissional e o consentimento sem vício do paciente para a realização da cirurgia estética aparece no quinto capítulo como forma de somar-se aos argumentos que lastreiam a tese ora defendida.

Por fim, um último capítulo trata da evolução do direito quanto à exclusão da responsabilidade do médico cirurgião por divergência do resultado alcançado com a expectativa pretendida. Neste ponto foi realizado estudo comparativo entre os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, verificando-se embate entre doutrinadores que consideram a cirurgia estética como obrigação de resultado e outros, em sentido contrário, que acreditam ser de meio. Para estes últimos seria negar o próprio sistema biológico de cada ser humano que, por muitas vezes, se mostra rebelde, com suas diferentes cicatrizações e ainda deixar de considerar a responsabilidade de cada paciente em seu pós-cirúrgico em seguir ou não as instruções recomendadas pelo seu cirurgião, que são de suma importância para se alcançar ou não um bom resultado. Quanto aos primeiros, estes entendem ser esta obrigação de resultado em contradição com a própria lei consumeirista que, de forma simples e clara, define que o serviço de cirurgia plástica é de meio, não de resultado, e na mesma trilha vem a jurisprudência nacional evoluindo de forma significativa.

No presente trabalho pretende-se examinar algumas particularidades dos deveres do médico e seu enquadramento na responsabilidade civil como uma obrigação de meios sem deixar de considerar as implicações sociais, inclusive no incentivo de tão importante atividade, bem como a proteção da pessoa, reconhecendo a existência de situações nas quais os atos do médico e do paciente podem deixar dúvidas sobre o comportamento previsto pelo Direito.

2 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Cumpre, mesmo de caminhar para os aspectos mais técnicos do trabalho, conhecer ensinamento de Louis Josserand apud ABREU E SILVA ao descrever o Instituto da responsabilidade civil, em seus aspectos fáticos.

(...)

numa época em que reinava só a pequena indústria, quando o operário manejava individualmente utensílios inofensivos, quando as viagens, mesmo consideráveis, eram feitas a pé ou em veículos a tração animal, os fatos suscetíveis de importar em responsabilidade delitual, puramente civil, eram pouco frequentes, e o homem se sentia em segurança, na rua, como na oficina ou na loja.

O modelo existencial das pessoas não obedece a um padrão rígido, varia de acordo com as necessidades, ambições, interesses, iniciativas e demais ingredientes filosóficos e sociológicos que nunca explicam o espírito indomável do homem contemporâneo. Na medida em que as pessoas tornam-se mais frágeis, indefesas e, conseqüentemente, dependentes da vigilância do Estado, que é o guardião nato da aura de liberdade com segurança, um fenômeno tende a aparecer para que essa aliança se fortaleça. Assim, para que as pessoas possam desfrutar dos prazeres da cidadania, sem riscos das pressões e opressões injustas, o Direito, transforma-se, adapta-se e reorganiza-se, para alcançar metas sustentáveis de paz e harmonia social. (ZULIANI, 2006)

Para adentrarmos na esfera da responsabilidade civil, se faz necessário discorrer sobre a personalidade humana. A personalidade é qualidade de um sujeito e está dividida em três planos: o plano físico, o plano mental e o plano moral. O direito de personalidade, portanto, é o direito subjetivo que tutela aspectos inerentes à natureza do ser humano. A pessoa é o centro de todo o ordenamento jurídico a partir de meados do século XX, mas não mais apenas como proprietária, com o era nos tempos antigos, mas agora como ser dotado de dignidade inerente. Logo, o indivíduo passa a adquirir status de sujeito de direito internacional, e é através da Declaração Universal de Direitos Humanos que ocorre a projeção desses direitos para todos os ordenamentos. (LIXINSKI, 2002).

Após análise da evolução da responsabilidade civil observa-se na visão de Ángel Sarrión, que a primeira fórmula dos povos bárbaros de reparar o dano, poderá ser traduzida em capítulos bíblicos, embora situe a Lei de Talião como obra fundamental da legalidade da justiça com as próprias mãos ou reação equivalente. A Lei das XII Tábuas criou a primeira alternativa para reparação de danos fora da vingança, com a “composição tarifada”, conferindo oportunidade para que o lesado e o ofensor se acertassem mediante o recebimento de um “resgate”, isto é, soma de dinheiro ou entrega de objetos. A vingança é substituída pela composição a critério da vítima, substituindo, portanto, como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido (SARRION *apud* ZULIANI, 2006).

A Lei Aquilina representa “o divisor de águas da responsabilidade civil”, porque estabeleceu, pela primeira vez, a responsabilidade de o causador do dano ficar obrigado a pagar o equivalente pela morte de escravos ou destruição de coisas, como, de maneira inédita, a responsabilidade extracontratual. Por isso é que se chama responsabilidade civil fora do contrato como “anquiliana” (VENOZA *apud* ZULIANI, 2006).

Os primitivos juízes não deixaram de escrever regra de auto-responsabilização ou, segundo Alexandre Correia, “*quando o juiz por má-fé ou negligência pronunciou uma sentença injusta ou não cumpriu seu dever de julgar, é responsável pelo prejuízo causado à parte*” (CORREIA, *apud* ZULIANI, 2006).

O Direito Civil considera como atos ilícitos todos aqueles contrários aos preceitos da ordem jurídica e basta que se contraponham ao ordenamento para se classificar como uma transgressão jurídica. Se essa transgressão causa alguma espécie de dano, nasce a obrigação de indenizar. (ZULIANI, 2006)

O titular do direito subjetivo de exigir a reparação dos danos é a pessoa. Cabe ressaltar que até os atos omissivos, quando acontece contrapondo-se a um dever de agir, caracterizam ilícitos civis. É importante lembrar neste momento, que o termo “responsabilidade” não surgiu para exprimir o dever de indenizar; variou da expressão *sponsio*, da figura *stipulatio*, pela qual o devedor confirmava ter, com o credor, uma obrigação que era, então, garantida por uma caução. Daí surgiu a noção de responsabilidade, como sinal de garantia de pagamento de uma dívida, o que descarta “qualquer ressonância da ideia de culpa” (COSTA, Judith Martins *apud* ZULIANI)

Importante definir neste momento os conceitos e pressupostos do dever de indenizar, que a expressão “ressarcimento” de danos é de uso exato para definir a indenização que se outorga para restaurar o patrimônio que foi diminuído pelo ato ilícito, enquanto “reparação” explica a indenização que se paga para compensar a vítima de sofrimentos provocados por lesão de direito de personalidade, o conhecido como dano moral.

Assim, quando alguém admite ser vítima de um dano, patrimonial ou moral, decorrente de um ato contrário à lei que foi praticado por uma pessoa identificável e que, por isso, se interligou, de maneira nociva, ao seu conjunto de interesses, lhe é facultado ajuizar, em razão de não haver logrado êxito pela restauração de maneira voluntária, ação judicial tendente a obter, pelo Estado-juiz, sentença que exprima o valor necessário que o causador do dano deverá pagar para que se eliminem os efeitos da lesão.

Essa ação que proporciona uma sentença condenatória efetua-se pelo procedimento ordinário recebe vários nomes, tais como: ação de reparação de danos, ou de ressarcimento; ação ordinária de indenização; ação de perdas e danos; ação de responsabilidade civil, dentre outros (BITTAR *apud* ZULIANI, 2006).

A ação de responsabilidade civil consiste em ação condenatória, pois seu objetivo é definir a existência do direito do ofendido à uma certa prestação reparatória da lesão que lhe provocou o ofensor e, conseqüentemente, condená-lo a realizar dita prestação. Se o responsável assim reconhecido pela sentença não cumprir espontaneamente a prestação, contra ele poderá a vítima instaurar o processo de execução, cujo procedimento será o de execução por quantia certa. A vítima de um ato ilícito, tanto antigamente como hoje, encontra dificuldades para executar a sentença condenatória muitas vezes pela impossibilidade de encontrar bens para penhora, acabando por frustrar-se em sua recuperação patrimonial.

3 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

O Brasil editou, como primeira regra pioneira da responsabilidade civil, genuinamente nacional, o art. 21 do Código do Império com a seguinte redação: “o delinquente satisfará o dano que causar com o delito”. Em uma análise comparativa, salutar verificar a legislação francesa ao introduzir a culpa como elemento do dever de indenizar, ponto de partida para o desenvolvimento da responsabilidade de faltas por atos positivos e negativos (omissão).

O Código Civil de 1916 optou pela predominância da teoria subjetiva, o que fez do seu artigo 159 um dos dispositivos mais citados nas ações de responsabilidade civil. Para ele, o novo Código não deixa de centralizar o ato ilícito como fonte do dever de indenizar, em seus artigos 186 e 927. Porém, com inegável avanço, introduziu a responsabilidade objetiva em seus artigos 933 e 927 (CAVALIERI, 2010).

Contudo, é importante reconhecer, por outro lado, que os acontecimentos funestos são previsíveis em razão do movimento diário de pessoas e coisas, e, praticamente inevitáveis.

Não cabe ao Judiciário emitir sentenças severas, como que punindo acontecimentos corriqueiros ou banais da vida, porque se o fizer poderá intervir de maneira perigosa no ciclo das relações, uma vez que o caráter punitivo reprime manifestações culturais que não estão, ainda, prontas para o extermínio.

O objetivo da reparação civil volta-se, em um primeiro lance, aos personagens afetados pela situação concreta a ser resolvida pela sentença judicial. O lesado espera receber a devida compensação financeira e que seja apta ao propósito de restauração do prejuízo, para que ser acervo material permaneça congelado, tal como era no instante imediatamente antecedente ao ato ilícito perturbador dessa projeção de estabilidade e segurança do seu cofre de riquezas (ZULIANI, 2006). Mesmo quando for pleiteada reparação por ofensa à honra, recomenda-se que o juiz mande pagar uma quantia em dinheiro, evitando-se indenizações alternativas, como o de publicar a sentença condenatória ou carta de desculpas, sendo mesmo o mais adequado a aplicação de sanções para que o lesado ficasse completamente reparado.

Imprescindível lembrar que há o lado oposto, onde o ofensor que aguarda que o Judiciário analise com critério as causas do evento indicado como de efeito danoso,

fazendo-o por meio de um processo justo, confia que o arbitramento o faça com equidade, evitando-se a fixação de *quantum* abusivo, capaz de levá-lo à ruína. Não se permite que, a pretexto de indenizar, se pague, ao lesado, quantia superior ao do prejuízo sofrido, porque “qualquer superação do teto constituído pelo valor do dano”, afronta a ideologia da função reparadora, fundamentando primeiro da responsabilidade civil (ZULIANI, 2006).

Importante entendimento de Djaci Alves Falcão (citado na obra de ZULIANI), antigo ocupante da cadeira de ministro do STF, quando ensina:

A responsabilidade civil não se prende exclusivamente à concepção material da reparação, visto que também está vinculada a fins sociais, às exigências do bem comum, ela se afirma como necessidade de controle de conduta, a fim de que o homem não se desligue das formas normativas do direito. Por isso mesmo, nos entrechoques dos textos legais, o seu aplicador não deve e nem pode abandonar aquele que melhor atende à solidariedade social. Este valor jurídico, entre nós, já se incorporou à codificação. Está expresso no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil: na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (FALCÃO, *apud* ZULIANI, 2006)

As grandes teorias que fundamentam a responsabilidade civil no Direito pátrio e comparado podem ser sintetizadas em duas: responsabilidade por culpa e sem culpa. Na mesma esteira, existe a classificação em teoria subjetiva e objetiva. Na subjetiva consideram-se o desvalor moral e o social da falta cometida em violação ao dever de conduta determinado pela ordem jurídica, em que a sanção legal tem por fundamento a culpa lesante, em quaisquer angularidades: dolo, negligência, imprudência ou imperícia, como indica a norma do art. 186 c/c a do art. 927 do Código Civil brasileiro (ABREU E SILVA, 2005).

Na mesma linha, a teoria do risco apresenta-se em diversas modalidades: a) risco proveito; b) risco experimental; c) risco criado; d) risco administrativo; e) risco integral; f) risco do serviço; e g) risco profissional. É nesse último risco que se baseia nosso estudo. Na análise da responsabilidade civil do médico haverá a acomodação entre a liberdade de iniciativa profissional e a tutela da pessoa humana.

Em matéria de responsabilidade civil subjetiva, a doutrina entende que prevalece o princípio segundo o qual compete ao autor o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito e, ao réu, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do artigo 333, I e II, do CPC. Nessa linha de entendimento, a vítima é

obrigada a provar o dano injusto, a culpa e o liame de causalidade entre a ação e o resultado. O réu, por seu turno, deve provar a causa de isenção ou de exclusão da responsabilidade. No entanto, essa repartição da carga da prova da falta jurídica depositada nos ombros da vítima não mais se justifica, na atualidade, em danos injustos causados à integridade corporal ou patrimonial da pessoa, porquanto a inobservância do dever de cuidado resulta evidente ou verossímil da ação, na exegese da norma legal oxigenada pelo princípio impositivo dos deveres jurídicos de diligência e prudência e da proibição de lesar bem de outrem, positivados pela nossa Carta Maior (ABREU E SILVA, 2005).

4 OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As obrigações cuja prestação não consiste em um resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas tão somente em uma atividade diligente deste em benefício do credor, são denominadas obrigações de meio. O exemplo mais comum, trazido pela doutrina, é o do contrato de prestação de serviços profissionais celebrados pelos médicos e advogados (TUNC, 2000).

Salutar transcrição do Desembargador Luiz Antônio Alves Capra, TJ/RS:

“... o que o paciente deve exigir é que o médico lhe dispense um tratamento adequado, diligente e conforme a ciência médica; não pode, porém, exigir que o médico proporcione a cura. Da mesma forma, o cliente não pode cobrar do advogado uma sentença que lhe seja favorável”. Assim, o conteúdo da obrigação não é um resultado determinado, mas a própria atividade do devedor, isto é, “os meios tendentes a produzir o resultado almejado. (Fábio Konder COMPARATO, “Obrigações de meio, resultado e de garantia” *apud* TEPEDINO)”.

No que diz respeito às chamadas obrigações de resultado, o contratante obriga-se a alcançar um determinado fim, cuja não consecução implica o descumprimento do contrato. São exemplos dessa espécie de obrigação os contratos de transporte e de empreitada. No contrato de transporte, se o bem transportado não chega incólume ao destino previsto, há inadimplemento por parte do transportador. Do mesmo modo, descumpe o contrato de empreitada o construtor que não produz o edifício com a segurança e as especificidades previstas no contrato (Ministro Humberto Gomes de Barros, REsp 151401/SP).

Na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, com determinada finalidade, mas sem ter o compromisso de atingi-lo. O objeto do contrato fica restrito à referida atividade, de modo que o devedor tem de empenhar-se na procura do fim que justifica o negócio jurídico, agindo com zelo e de acordo com a técnica própria de sua função; o não alcance do objetivo pretendido não consiste em inadimplemento, não ensejando o dever de indenizar. Apenas na hipótese de mal desempenho da atividade é que observamos a obrigação de indenizar. É a situação evidenciada nos contratos de prestação de serviços, já que o obreiro põe sua força física ou intelectual à disposição do tomador de seus serviços, sem se

comprometer com o resultado final visado por este (THEODORO JUNIOR *apud* RIZZARDO, 2006).

Na atividade de resultado, que decorre porque se assumiu uma obrigação de resultado, contrata-se a atender ou a cumprir uma pretensão, ou seja, a efetuar um trabalho. Promete-se um determinado objeto, que obrigatoriamente importa o cumprimento para ter-se como cumprida a obrigação. Impõe-se entregar ou conseguir o resultado combinado, sob pena de inadimplemento contratual e a cominação das perdas e danos. (RIZZARDO, 2006)

No caso da cirurgia plástica estética, porém, a maioria da doutrina entende que o médico tem aí uma obrigação de resultado, justificando que se compromete este profissional a efetivamente melhorar a aparência do paciente. Há, contudo, uma corrente minoritária capitaneada pelo Ministro Ruy Rosado, que defende ser de meio a obrigação do médico também neste caso, sob o argumento de que a álea está presente em qualquer espécie de intervenção cirúrgica, pois as reações do corpo humano são sempre imprevisíveis. Adverte o ilustre jurista que “pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco” (ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e ROGÉRIO DONNINI. Ed. Revista dos Tribunais. SP, 2009).

Com absoluta sabedoria cumpre citar as palavras de José de Aguiar Dias *apud* RODRIGUES DE OLIVEIRA, que ao discorrer sobre o aspecto eminentemente moderno da Medicina, aduz:

(...) esta aplicação da ciência não tem sido encarada com muita benevolência pelos Tribunais, naturalmente impressionados pela feição menos nobre da cirurgia estética posta a serviço da vaidade fútil ou dos até inexequíveis processos de rejuvenescimento, mas esquecidos das assombrosas possibilidades que ela pode abrir à humanidade, dentro das altas finalidades da arte médica. (...). A cirurgia plástica reparadora representa uma **obrigação de meio** na relação contratual médico paciente, ligada a um estado de necessidade ou uma condição terapêutica. (...) Os enxertos reparadores de deformidade cicatricial, o lábio leporino, as fissuras palatinas congênicas ou adquiridas, as osteotomias de recomposição plástica,

após consolidação viciosa, a cirurgia de mão e tantos outros dados importantes da cirurgia plástica nos dão, sobremaneira, a amplidão dos seus horizontes, sedimentando o conceito, o respeito, e o privilégio de seus seguidores. (...)

4.1 DIREITOS E DEVERES DO PACIENTE E DO MÉDICO

Todo direito implica em obrigação. É muito comum a preocupação em se enfatizar ao direito do paciente esquecendo-se ao mesmo tempo, de alertar sobre suas obrigações. Não há direito que não venha acompanhado de obrigação (VIEIRA, 2000).

Geralmente, o comportamento dos pacientes se perfaz em: a) o paciente recebe orientação por escrito, mas não lê com a devida atenção, omite porque acha difícil ou o faz de maneira errada; b) outros leem a bula e acham que a prescrição não foi adequada e que o médico não sabe o seu diagnóstico, tendo em vista que o mesmo não falou o que o paciente gostaria de ouvir, pois acredita estar doente, quando na realidade não está; c) complementam a medicação por outra, indicada por amigos; d) desaparecendo os sintomas o paciente suspende o tratamento, por já se considerar curado, não atingindo com isso o tempo necessário para o uso do medicamento; e) não obedecem aos horários e às dosagens indicadas na receita; f) não atendem às recomendações; g) os que dependem do próprio empenho: tabagismo, dieta para diabetes e hipertensos que têm medicamentos permanentes e não seguem as orientações; h) pacientes que acham uma desculpa para não aviar a receita. Mudam de médico na esperança de encontrar aquele que fala o que deseja ouvir na sua imaginação, por motivos, na maioria das vezes, familiar ou até mesmo social (VIEIRA, 2000).

Em seu turno, os deveres do médico são: a) informar ao paciente ou ao seu responsável qual o seu verdadeiro estado de saúde e fazer o paciente entender porque os exames estão sendo pedidos e o quanto eles são importantes para o seu diagnóstico, acompanhamento e tratamento; b) o paciente tem o direito de receber o melhor da medicina, a mais atualizada, toda a sua competência, de maneira humana e respeitosa. O médico deve proceder uma propedêutica cuidadosa, apesar de toda a tecnologia,

lembrando que a clínica é soberana e que o paciente é humano e tem sentimentos; c) respeitar a vontade do paciente; d) atender ao doente ou ao familiar que deseja esclarecimentos em salas individuais, sem a presença de estranhos; e) esclarecer objetivamente o quadro clínico para o próprio doente ou responsável. Permitir e até exigir que o doente tenha familiar para presenciar a conversa. Verificar se o paciente tem condições psicológicas para ouvir ou não a verdade sobre o seu estado de saúde; f) é obrigação do médico informar ao paciente sobre intervenção cirúrgica e quais são as suas possíveis sequelas e consequências; g) orientar o paciente sobre o uso dos medicamentos e quais as reações que podem ocorrer com o uso dos mesmos, e orientar o procedimento no caso de qualquer reação; h) não discutir por telefone os problemas dos pacientes, com familiares ou com quem quer que seja: a conversa pode estar sendo gravada e quebrar o sigilo médico; i) não dar entrevistas a jornais e televisão sobre o estado de saúde dos seus pacientes; j) no caso de homem público o hospital emitirá um boletim assinado pelo diretor clínico; l) jamais quebrar o sigilo médico (VIEIRA, 2000).

4.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE O DANO ESTÉTICO COM O RESULTADO ALCANÇADO COM O PRETENDIDO

Ao tentar diferenciar o dano estético e o resultado alcançado com o pretendido se faz necessário inicialmente tratar da responsabilidade civil pelo fato do serviço. Ao tratar desse instituto, o Código de Defesa do Consumidor ressalva a situação dos profissionais liberais que, nos termos do §4º do art. 14, somente respondem com fundamento na culpa profissional. Assim sendo, temos que: “§4º. *A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.*” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

A responsabilidade civil dos profissionais liberais continua de natureza subjetiva, por força de considerar o Código do Consumidor especial em face do Novo Código Civil (GAGLIANO, Pablo Stolze). Sobre o tema o doutrinador traz em sua obra alguns acórdãos que ressaltam a natureza subjetiva desse tipo de responsabilidade civil, quais sejam:

Direito do Consumidor. Responsabilidade civil subjetiva.
Médico. Culpa. Ausência de prova. Responsabilidade civil

objetiva. Estabelecimento hospitalar. Fato do serviço. Ausência de prova. Dever de indenizar. Inexistência. A relação existente entre médico e paciente e estabelecimento hospitalar e paciente é de consumo e, portanto, submetida às regras da legislação consumerista. Responsabilidade civil nosocômio: objetiva (artigo 14, caput, do Código de Proteção e defesa do Consumidor). Responsabilidade civil do médico: subjetiva (artigo 14, §4º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor). Não provada a culpa do profissional liberal, nem o defeito do serviço prestado pelo estabelecimento hospitalar, não há como reconhecer-se o direito à indenização pretendida. Sentença integralmente mantida. Recurso não provido” (TJRJ, Ap. Cível 2001.001.21050, 3ª Câmara Cível, Des. Werson Rego, j. 17-1-2002).

A luz dos princípios constantes no Código de Defesa do Consumidor é imprescindível que toda e qualquer contratação do médico com o seu paciente seja feita por escrito. O instrumento que materializa a relação contratual nesse caso específico chama-se consentimento informado. O consentimento informado nada mais é que a transcrição do contrato oral de prestação de serviços médicos para o meio escrito. Para isso, deve-se observar para a validade do consentimento informado, os itens que compõem o ato jurídico e a vontade das partes. (MORAES, Irany Novah).

Para que haja vontade expressa de um leigo, primordial que a linguagem seja leiga. O bom consentimento informado é aquele que é compreensível para as pessoas que não entendem nada sobre medicina. (TEIXEIRA JUNIOR, 2010)

É consenso que a obrigação de atingir-se o resultado pretendido desaparece no momento que se verifica a ocorrência concomitante de duas situações: a informação explícita prestada pelo cirurgião; e ciente da não garantia do resultado, a aceitação do paciente (MORAES, Irany Novah).

5 A IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO MÉDICO EM CASO DE DIVERGÊNCIA PRETENDIDA NO RESULTADO PARA TRATAMENTOS ESTÉTICOS

O paciente, ao procurar um cirurgião plástico pretende obviamente uma melhora em sua estética, seja ela facial ou corporal. Não existe, contudo, um resultado certo a ser alcançado, mas sim a “melhora” em sua aparência. E esse é o comprometimento do profissional para com seu cliente, ou melhor, paciente. Dessa forma, o cirurgião promete se utilizar de todos os meios e técnicas conhecidos para se chegar a um melhor resultado, que satisfaça seu paciente e não determinado resultado específico, como apregoam alguns doutrinadores. E no campo da mente humana não somos capazes de alcançar o real desejo de cada ser, o que cada um pensa ser o certo ou o errado, o belo e o feio. Para um, determinado resultado estético pode ser visto com perfeição, e para outro, essa visão pode ser diametralmente oposta.

Deve ser levado em consideração, nessa análise, principalmente, as características pessoais do profissional, os recursos materiais de que dispõe, as peculiaridades inerentes à especialidade, a complexidade e importância do ato para a preservação da vida e o estado geral do paciente (GOMEZ *apud* KFOURI NETO, 2007).

Em determinados casos até recomendam-se aconselhamentos e acompanhamento psicológicos, preparando o paciente para a intervenção a que irá se submeter. Não raras vezes, o satisfatório resultado na cirurgia plástica reflete-se no comportamento do paciente. Livre da imperfeição que o incomodava, de arredio passa a sociável; de calado, a loquaz; de inseguro, a autoconfiante. A cirurgia estética nunca é urgente – e sua necessidade nem sempre é manifesta –, mas mesmo assim apresenta características comuns às demais cirurgias: as reações do organismo humano são imprevisíveis e consequências indesejadas podem sobrevir (KFOURI NETO, 2007).

Alguns serviços médicos de diagnóstico e todos os serviços de cirurgia plástica são considerados por grande parte da doutrina nacional, e pela esmagadora jurisprudência, serviços de resultado. Neste sentido, entendimento há de que a lei não separa o ato cirúrgico em obrigação de meio ou de resultado, não destaca a cirurgia estética, nem, tampouco, explicita que destina-se a incidir sobre a responsabilidade aquiliana, não sobre a responsabilidade contratual. Sob tal argumento, parte da doutrina

possui interpretação de que a cirurgia estética é serviço de resultado, repetindo a jurisprudência anterior ao Código do Consumidor que enxergava a dicotomia, não tem suporte fático jurídico. Assim, por força de lei, a responsabilidade do médico cirurgião plástico é de meio, e não de resultado (TEIXEIRA JUNIOR, 2010).

Não fica afastado o dever de reparação de parte do médico quando o dano por ele provocado decorra de atos extracontratuais, ainda naquelas situações em que o médico atenda o paciente de forma gratuita, razão pela qual se pode afirmar que a responsabilidade médica não segue um sistema unitário (FRADERA *apud* WEBER, 2005). Nesta corrente, citação necessária:

A diferença fundamental entre a responsabilidade contratual ou extracontratual reside na carga probatória atribuída às partes. Isso porque na primeira modalidade ao lesado basta provar a existência do contrato, o inadimplemento e o dano, com o nexo de causalidade, incumbindo ao réu demonstrar que o dano ocorreu de uma causa estranha a ele. Na responsabilidade extracontratual, o autor da ação de reparação de danos deve provar, além dos elementos já referidos, a culpa do causador. Mas, em se tratando de responsabilidade civil do médico, esta distinção perde grande parte de sua importância, em decorrência de outra tradicional distinção feita no âmbito do direito civil, qual seja, a distinção entre as obrigações de meio e as obrigações de resultado (ADORNO *apud* WEBER, 2005).

Caso criássemos um sistema tão rígido de responsabilidade civil haveria a possibilidade de prejuízo social em razão da inibição da atividade médica ou, no mínimo, teria ela um custo excessivamente elevado para suportar esses danos, o que, por via oblíqua, importa a redução do exercício da livre iniciativa nesse campo de inegável importância para o ser humano. De outra parte, uma aplicação restrita de normas de responsabilidade civil, seguindo o mesmo raciocínio, redundaria em prejuízo social por não incentivar os médicos na adoção de procedimentos seguros no tratamento das pessoas, seja estético ou não. Mesmo porque, não deixa de ser um tratamento uma cirurgia plástica a ser realizada num paciente que busca melhorar sua aparência (ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e ROGÉRIO DONNINI. Ed. Revista dos Tribunais. SP, 2009).

Ainda de acordo com a doutrina supra, diante disso, apesar de a responsabilidade civil do médico também sujeitar-se ao rigor do microssistema das relações de consumo, a interpretação e aplicação das normas jurídicas incidentes deve observar o princípio da

proporcionalidade, justamente para a acomodação dos interesses em jogo, mormente se considerado que a técnica médica de outrora, como ocorreu em outros ramos do conhecimento, transmutou-se para a tecnologia médica na sociedade da informação, a qual, muitas vezes, não permite total controle dos resultados dos tratamentos médicos.

O fato de algum cirurgião garantir ou prometer um determinado resultado não descaracteriza a natureza jurídica da obrigação, que continua sendo de meios, vez que o compromisso com o fim pretendido não possui o condão de desqualificar a unidade científica do ato cirúrgico, que tem a mesma natureza e constitui procedimento invasivo, envolvendo a mesma álea, não importando a subespecialidade. Na situação de o paciente sentir-se insatisfeito com o resultado “embelezador” almejado, é preciso analisar o seguinte: se ocorreu mera frustração de suas expectativas, tendo em vista que o conceito de beleza é subjetivo e a capacidade do cirurgião de modificar o contorno corporal é limitada e restrita a uma série de fatores, tendo o paciente sido informado previamente de todos os riscos e possíveis complicações, não poderá o profissional ser responsabilizado, se obrou com diligência e dentro dos padrões exigidos pela *lex artis*. Neste caso, o cirurgião cumpriu o contratado e alcançou um resultado satisfatório sob o prisma técnico, devendo o paciente conformar-se e enxergar que a intervenção cirúrgica foi realizada da melhor forma e com melhor resultado possíveis, diante das disponibilidades atuais da Medicina e do fator aleatório inafastável (RODRIGUES DE OLIVEIRA).

Importante salientar que, frequentemente, o paciente confunde a não realização de suas expectativas com um erro médico, sendo que *“uma grande parte dos casos tidos pelos pacientes ou familiares como erro decorre da incompreensão sobre o que lhe foi dito, ou do que não foi adequadamente entendido”* (MORAES apud RODRIGUES DE OLIVEIRA).

Existem graus de desequilíbrio que uma deformidade física, ou uma alteração física, ou uma alteração estética, podem trazer para uma pessoa. O hipocondríaco estético sente uma preocupação exagerada e se inquieta patologicamente por uma mínima imperfeição somática, ou por se achar fora dos cânones da beleza convencional, ou ainda, porque pensa não fazer uma boa presença frente a seus pares devido a um defeito mínimo que, aos olhos dos outros, pode até passar despercebido, mas para si é

intolerável, sendo às vezes, menos suportável que uma grave enfermidade (GIOSTRI, 2004).

Tal postura só vem corroborar o que não pode mais ser negado, nem por aqueles que são contrários a tais práticas cirúrgicas: o bem-estar pessoal, a autoestima e a realização de cada indivíduo estão em íntima correlação com o seu físico, com seu psiquismo e com o tipo de convivência social que lhe é imposta. Confirmada a moderna definição de saúde dada pela própria OMS (Organização Mundial da Saúde) concluiu ser ela “um estado completo de bem estar físico, mental e social”, e não meramente a ausência de uma enfermidade, conforme se conceituava anteriormente (GIOSTRI, 2004).

6 O DEVER DE INFORMAÇÃO E O CONSENTIMENTO DO PACIENTE

Para configuração da responsabilidade civil do médico em suas atividades profissionais, especialmente no que diz respeito às cirurgias plásticas, é de suma importância a definição dos deveres que lhe são cometidos. Dentre estes deveres destaca-se o dever de informação, ou seja, o médico deve esclarecer a seu paciente as prescrições que deve seguir, riscos possíveis, cuidados com seu tratamento, aconselhando a ele e seus familiares “sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado”. Este dever de informar encontra fundamento constitucional: assenta-se no respeito à liberdade, na medida em que não se pode comprometer a autodeterminação da pessoa em seu expresse consentimento (AGUIAR JUNIOR *apud* WEBER, 2005).

Os deveres de informação e esclarecimento têm como fundamento a boa-fé objetiva que informa as relações jurídicas obrigacionais e se estende por diversos outros domínios de nosso sistema jurídico (MIRAGEM, 2007).

A proteção da esfera físico-psíquica encontra-se sob a tutela do direito em geral de personalidade e, assim, “o consentimento informado implica mais do que a mera faculdade de o paciente escolher um médico, ou de recusar um tratamento médico indesejado” (JOÃO VAZ RODRIGUES *apud* WEBER, 2005).

Dessa forma evidencia-se que se o paciente quer se submeter a um procedimento estético, e seu médico o informa dos possíveis riscos e os devidos cuidados que este paciente deve tomar em seu pós-cirúrgico, não há que se falar em obrigação de resultado, mas sim de meio, tendo em vista que o profissional, como dito anteriormente, vai buscar os melhores resultados através de seus melhores conhecimentos e técnicas, mas não especificamente a um resultado certo e programado. E mais claro fica a ideia de que o paciente não é obrigado a se submeter a nenhuma forma de procedimento ou intervenção cirúrgica contrária à sua vontade.

O consentimento deve ser manifestado na forma escrita. Quando isso não for possível, recomenda-se seja testemunhado. Quando mais complexo ou arriscado o ato, maiores os cuidados que deverão ser adotados na obtenção do consentimento do paciente. Se o documento assinado pelo paciente for uma minuta padronizada, de redação deficiente, vaga e imprecisa, que permite, por exemplo, uma intervenção cirúrgica qualquer do serviço, e não apenas àquele na obtenção do consentimento,

poderá não ter valor. Também se o documento contiver permissões ou recusas em bloco, informações deficientes, unilaterais, por óbvio de nada (ou muito pouco) valerá (JOÃO VAZ RODRIGUES *apud* WEBER, 2005).

A simples ausência de consentimento não constitui lesão autônoma. Há de ser verificado o nexo causal entre a ausência de informação/obtenção de consentimento e o dano, a fim de se estabelecer o dever de indenizar. Em outras palavras: deve-se estabelecer uma relação entre a falta de informação e o prejuízo final. Deve ficar demonstrado que a pessoa comum teria recusado o tratamento, caso fosse convenientemente informada. O defeito adimplemento da obrigação de se obter, junto ao paciente, o consentimento esclarecido, há que resultar provado (MIRANDA *apud* WEBER, 2005).

A responsabilidade civil que decorre da ação humana tem como pressupostos a existência da conduta voluntária; o dano injusto sofrido pela vítima, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; a relação de causalidade entre o dano e a ação do agente; os fatores de atribuição de responsabilidade pelo dano ao agente que podem ser de natureza subjetiva (culpa ou dolo) ou objetiva (risco, equidade, etc) (WEBER, 2005).

A distinção informada por inúmeros critérios adquire relevo especialmente no tocante à carga probatória. Na responsabilidade extracontratual incumbe à vítima a demonstração de culpa (negligência, imperícia, ou imprudência) do agente causador do dano, ao contrário da responsabilidade negocial, em que o descumprimento da obrigação, só por si, cria a presunção de responsabilidade do devedor, a quem (diante da mera existência da relação contratual descumprida, fato que opera a favor do credor) cabe o ônus de provar a ausência de culpa para o inadimplemento (RODRIGUES DE OLIVEIRA).

As obrigações do médico dividem-se em: conselhos; cuidados; e abstenções de abuso ou desvio de poder. O dever de conselho ou de informação nas cirurgias estéticas consiste na obrigação de médico de transmitir ao paciente, exaustiva e minuciosamente, todas as características, diagnósticos e prognósticos, relativos ao problema analisado, advertindo-o dos riscos inerentes às intervenções sugeridas e necessárias, bem como informando-o das precauções exigidas. A linguagem deve ser clara e acessível ao leigo e, na hipótese de vários tratamentos possíveis, não basta o médico descrevê-los e explicá-los ao paciente, sendo preciso que opine, indicando qual solução é mais

adequada sob o seu ponto de vista. Somente assim será válido o consentimento do paciente (GOMES, Alexandre Gir).

A classificação da cirurgia estética, ante a especificidade de não ser urgente e tampouco necessária, como obrigação de meio ou resultado, dependerá do dever de informação a cargo do médico e do que se obrigou, ou seja, a uma melhora estética (obrigação de resultado) ou seu compromisso de tudo efetuar para a melhora estética, informando o paciente dos riscos da intervenção e da possibilidade de não se chegar à situação pior que a existente (obrigação de meio). Do exposto, a classificação da cirurgia plástica estética como obrigação de meio ou resultado dependerá do cumprimento do dever de informação da parte do médico, acarretando a omissão desse dever na classificação de sua obrigação como de resultado, pois em favor do paciente milita a presunção de se submeter a tal tratamento para busca de um resultado específico (embelezamento), o que somente será afastado no caso de o médico informar ao paciente dos riscos e incertezas existentes acerca do sucesso da cirurgia, quando, então, a obrigação será de meio (ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e ROGÉRIO DONNINI. Ed. Revista dos Tribunais).

A aferição da culpa na atividade médica deve ser rigorosa sendo analisada através do caso concreto, tendo-se presente que o Magistrado, como leigo, “há que se apoiar nos dados comuns da experiência, sem se esquecer, porém, do conselho dos entendidos”. De outra parte, agindo o médico com culpa, em qualquer de suas modalidades, seja qual for a natureza, e independentemente da gravidade, desde que provada, ver-se-á compelido a reparar o dano (KFOURI NETO, 2007).

No Brasil prevalece a orientação no sentido de que ônus dessa prova é o paciente ou lesado, na esteira do que de forma expressa dispõe ao art. 333, I, do CPC. Neste sentido, adequada a transcrição:

A apuração da culpa deve obedecer aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com comportamento efetivamente adotado pelo médico.

(...)

embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado

prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles, assegure a obtenção de certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois, mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, em que tinha chances reais, tanto que ocorrente de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco, e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido, conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposos da obrigação de meios. (WEBER, 2005).

A Lei 8.078/90, no seu art. 14, §4º, manteve a regra de que ‘a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa’. Esse mesmo ônus que existe na relação contratual, tratando-se de obrigação de meio, também existe na responsabilidade extracontratual, cabendo igualmente ao lesado a prova dos pressupostos enumerados no art. 159 do Código Civil de 2002.

No que tange ao corporativismo médico quando da realização de perícia em juízo, silente não ficam os doutrinadores, importando em essencial o entendimento de que:

O julgador deve ampliar seus limites ao examinar o conjunto probatório. Os laudos periciais, muitas vezes eivados de um censurável espírito de corpo, hão de ser analisados com objetividade, devendo o juiz, muito mais que em qualquer outra situação posta sob julgamento, avaliar os fatos de modo singelo, através da ótica da causalidade, mas sem se deixar envolver pelo excessivo tecnicismo da prova (KFOURI NETO, 2007).

As obrigações do cirurgião, nessa especialidade, são agravadas. Deve ele, em primeiro lugar, apreciar a veracidade das informações prestadas pelo paciente; depois, sopesar os riscos a enfrentar e resultados esperados; a seguir, verificar a oportunidade da cirurgia. Convencido da necessidade da intervenção, incumbe-lhe expor ao paciente as vantagens e desvantagens, a fim de obter seu consentimento. Na cirurgia plástica estética a obrigação de informar é extremamente rigorosa. Mesmo os acidentes mais raros, as sequelas mais infrequentes, devem ser relatados, pois não há urgência, nem necessidade de se intervir (KFOURI NETO, 2007).

7 A EVOLUÇÃO DO DIREITO QUANTO À EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO CURURGIÃO POR DIVERGÊNCIA DO RESULTADO ALCANÇADO COM A EXPECTATIVA PRETENDIDA

A responsabilidade civil médica em nosso sistema vem exigindo tradicionalmente a presença de culpa para sua configuração, ou seja, a demonstração de uma falta do profissional em relação aos deveres decorrentes da obrigação de prestação de serviços médicos, que denote o dolo, a negligência, a imprudência ou a imperícia no cumprimento desta obrigação. Trata-se, pois a responsabilidade do profissional médico de uma responsabilidade por ato ilícito, fundada no art. 186, combinado com o art. 927, caput do Código Civil de 2002 e, referindo-se a obrigação médica em uma relação de consumo entre o fornecedor de serviço (o profissional médico) e o consumidor (o paciente), a mesma responsabilidade subjetiva por ato ilícito, entretanto com fundamento no art. 14, §4º do CDC, que estabelece: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (MIRAGEM, 2007). “Inexiste uma diferenciação tão clara entre “cirurgia reparadora” e “cirurgia estética” que permita realizar a separação de ambas de forma tão nítida (...)” (CABRAL, Lecy Marcondes).

E mais:

(...) diante da existência e da consciência de que muitos fatores externos e orgânicos podem interferir sobre o resultado da cirurgia, como por exemplo, as cicatrizes hipertróficas e as quelóideanas, e que isto faz parte da própria natureza da atividade prestada, e conseqüentemente do contrato que se efetiva, a atividade cirúrgica, seja geral, seja plástica constitui-se como uma obrigação de meios e não de fins (CABRAL, Lecy Marcondes).

Já em 1980, as objeções quando ao objeto da cirurgia estética foram neutralizadas, a partir do momento em que se evidenciou que nem sempre é vaidade ou luxo que a determina, vez que em muitos casos é a exigência da saúde pretender alguém desfazer-se de uma fonte inesgotável de depressão psíquica. Dessa forma se questiona: como podemos alcançar a mente humana? Seria certo uma indenização a ser paga cada vez que um paciente se visse insatisfeito com o resultado de uma cirurgia? (RODRIGUES DE OLIVEIRA).

Em nosso país existe a fase da admissão ampla em que é de se admitir a realização da cirurgia plástica como atividade normal e acontecimento cotidiano. Dessa

forma, afasta-se totalmente a ideia de iliceidade, de que constitui ela, em si mesma, fundamento da responsabilidade civil. É uma atividade lícita e uma especialidade médica como outra qualquer. As pessoas têm o direito de cuidar de sua aparência do mesmo modo que de sua saúde, e o médico que a isso se dedica recebe o mesmo tratamento que outro qualquer facultativo (SILVA *apud* RODRIGUES DE OLIVEIRA).

Seguindo o mesmo entendimento:

hodiernamente, não há dúvida que a cirurgia plástica integra-se normalmente ao universo do tratamento médico e não deve ser considerada uma ‘cirurgia de luxo’ ou mero capricho de quem a ela se submete. Dificilmente um paciente busca a cirurgia estética com absoluta leviandade e sem real necessidade, ao menos de ordem psíquica. Para ele, a solução dessa imperfeição física assume um significado relevante no âmbito de sua psique – daí se poder falar, ainda que em termos brandos, como afirma Avecone – de ‘Estado Patológico (KFOURI NETO).

O renomado doutrinador acima citado, refere-se à publicação de Luís O. Andorno, que expõe as seguintes reflexões: “se bem que tenhamos participado durante algum tempo deste critério de ubicar a cirurgia plástica no campo das obrigações de resultado, um exame meditado e profundo da questão levou-nos à conclusão de que resulta mais adequado não fazer distinções a respeito, ubicando também a cirurgia estética no âmbito das obrigações de meios, isto é, no campo das obrigações gerais de prudência e diligência” (ADORNO *apud* KFOURI NETO).

Para o médico especialista Juarez Moraes Avelar:

Só a natureza pode criar beleza, em decorrência de códigos genéticos e informações meticolosas e peculiares, os quais dão, a cada ser humano, uma aparência singular e absoluta. A sensação de beleza é **inteiramente pessoal** e está intimamente ligada a aspectos agradáveis e de bem-estar, relacionados com informações de familiaridade. Com efeito, não constitui meta cirúrgica transformar alguém em uma pessoa bela. Tal procedimento alteraria as linhas anatômicas profundamente relacionadas com o perfil individual de cada ser humano. A expressão fácil está totalmente vinculada à fisionomia e traduz características de individualidade imutáveis, portanto, é inadequado e incabível imprimir modificações estruturais para alcançar objetivos que estejam fora dos princípios éticos da especialidade (AVELAR *apud* RODRIGUES DE OLIVEIRA).

Assim sendo, enfatiza o cirurgião que:

A designação “cirurgia embelezadora” apresenta-se totalmente inadequada, arbitrária, errônea e inaceitável para a cirurgia plástica, que atua nos tecidos orgânicos, promovendo modificações estruturais, ocorrendo alterações teciduais, com cicatrizes, tanto nas intervenções reconstrutoras como nas estéticas, entendendo que a cirurgia plástica é uma obrigação de meio e não de resultado. Isso revela que deve haver uma mudança de mentalidade junto à sociedade, eis que fere a ética da especialidade um compromisso de se alcançar a beleza, que é tão subjetiva e inatingível muitas vezes, quando na verdade os profissionais objetivam proporcionar ao paciente uma harmonização entre o aspecto exterior e o interior (AVELAR *apud* RODRIGUES DE OLIVEIRA).

Também pela natureza contratual da responsabilidade médica, e “apesar de o Código Civil brasileiro colocar a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar a responsabilidade médica *ex contractu*” (KFOURI NETO, 2007). Na mesma linha arremata:

O cirurgião plástico não está obrigado a obter um resultado satisfatório para o cliente, mas somente a empregar todas as técnicas e meios adequados, conforme o estado atual da ciência, para o melhor resultado da intervenção solicitada pelo paciente (KFOURI NETO, 2007).

Existe componentes psicológicos que podem interferir decisivamente nas reações orgânicas dos pacientes, bem como uma série de outros componentes, como a conduta pós-operatória individual. A cirurgia plástica é uma especialidade, como as demais áreas da Medicina, exposta às reações imprevisíveis do organismo humano e indesejáveis conseqüências, sendo justo e humano considerá-la obrigação de meio e não de fim ou de resultado (AVELAR, 2000).

Só se pode considerar que o serviço foi defeituoso quando desatender ao que razoavelmente dele se pode esperar, levando-se em conta o lugar onde foi executado e o desenvolvimento científico que ali impera, pois é por desvio desses parâmetros que torna o serviço defeituoso, à luz do Código de Defesa do Consumidor (GUIMARÃES, José Alfredo Cruz).

Assim, para responsabilizar o profissional pelos insucessos no exercício de seu mister, que venham a causar danos aos seus clientes, em consequência de sua atuação profissional, é necessário que resulte provado de modo concludente que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua

parte, sob as vestes tanto da ação, quanto da do comportamento omissivo (RODRIGUES DE OLIVEIRA).

Dito de outra forma, em sendo a obrigação do médico uma obrigação de meio e não de resultado, ele é responsável pelo insucesso de uma intervenção clínica ou cirúrgica apenas quando restar provada a sua conduta culposa. Sem a prova de tal pressuposto da responsabilidade civil, o evento danoso deverá ser debitado ao infortúnio.

Mera alegação genérica na peça inicial, insuficiente de elementos, fundamentos e sinais que possam levar a uma presunção de que o médico não procedeu dentro da técnica, baseada, por exemplo, apenas em fotografias, não autorizariam jamais a decretação da inversão do ônus da prova (RODRIGUES DE OLIVEIRA).

De se ver, por exemplo, que, no caso da cirurgia plástica estética, tema do presente trabalho, vários fatores aleatórios podem levar a um resultado diverso do pretendido, como cicatrizes hipertróficas, assimetrias, necrose de tecidos, dentre outras complicações já abordadas, sem que o cirurgião se desviasse da melhor técnica.

A inutilidade da discussão está em que, sendo conteúdo da prestação do médico um agir diligentemente, dentro de determinados padrões técnicos, e não a obtenção de um determinado resultado, a prova do dano não poderá ser feita pela comprovação de um resultado insatisfatório, no caso um agravamento de problema de saúde ou até a morte, pois tal resultado está para além da prestação e das próprias possibilidades do profissional, eis que dependem de uma série de fatores externos. A prova do dano passará necessariamente pela avaliação da conduta do profissional, verificando se agiu de forma prudente, diligente e com a perícia exigível para a situação (BRANCO, 2000).

Posto isto tradicionalmente a responsabilidade médica é de ordem extracontratual, pois compete ao cliente provar a negligencia, imperícia ou imprudência médica, enfim, que não tenha cumprido com seus deveres. Isto na verdade trata-se de uma consequência de ser **sua obrigação de meio**, e não de sua classificação como contratual ou extracontratual. Só será responsável o médico que, agindo culposamente, provocar danos. Por se tratar de uma obrigação de meios, a indenização será possível quando o médico, no caso concreto, descumprir seus deveres. Quando, apesar de

alertado, o paciente assume determinado risco, que é próprio de certas intervenções, também não se pode imputar responsabilidade ao médico (BRANCO, 2000).

Por necessário, colacionamos entendimento de caso analisado pelo TJRS, onde um paciente se submeteu, com o mesmo cirurgião, a duas rinoplastias (plástica no nariz), para corrigir defeito congênito. Insatisfeito, ainda em virtude de pequenas saliências, anotadas no laudo, buscou outro cirurgião. A terceira cirurgia, para o paciente, obteve êxito. Moveu ação indenizatória, em face do primeiro médico, que foi julgada improcedente, em 1º grau. A Câmara negou provimento ao apelo, por maioria. Entendeu o órgão julgador, ao apreciar embargos infringentes, que o primeiro cirurgião empregara toda a técnica recomendável, não tendo incidido em erro grosseiro, capaz de ensejar o mínimo resquício de culpa, nos precisos termos do art. 951 do Código Civil de 2002. Qualificando a primeira cirurgia como boa (não ótima, nem excelente), o Desembargador Galeno Lacerda, em seu voto, anotou: “Um médico-cirurgião não pode garantir, face à delicadeza da operação, muitas vezes, de que vai ser excelente ou ótimo. No caso, foi bom e eu vi a fotografia e parece-me que o nariz do embargante não é tão assim como o de Bergera. É uma questão de vaidade”.

Salutar entendimento doutrinário nos seguintes moldes:

Se bem que tenhamos participado durante algum tempo deste critério de ubicar a cirurgia plástica no campo das obrigações de resultado, um exame meditado e profundo da questão levou-nos à conclusão de que resulta mais adequado não fazer distinções a respeito, ubicando também a cirurgia estética no âmbito das obrigações de meios, isto é, no campo das obrigações gerais de prudência e diligência”. Para o jurista, o comportamento da pele humana, de fundamental importância na cirurgia plástica, revela-se imprevisível em numerosos casos. Acrescente que toda intervenção sobre o corpo humano é aleatória, anota, por fim, que a doutrina e jurisprudência francesas têm se orientado nesse sentido. E arremata: “A nosso juízo, o cirurgião plástico não está obrigado a obter um resultado satisfatório para o cliente, mas somente a empregar todas as técnicas e meios adequados, conforme o estado atual da ciência, para o melhor resultado da

intervenção solicitada pelo paciente (ADORNO *apud* KFOURI NETO).

O fato de o médico estar trabalhando com um organismo hígido, se, por um lado, lhe aumenta a responsabilidade, nem por isso justifica, por outro, transformar a categoria de sua prestação obrigacional. Salvo casos excepcionais, ela sempre será de meios, uma vez que aquele profissional está a labutar em uma seara plena do fator álea, o que equivale dizer que a própria incerteza do resultado desautoriza a caracterização de sua prestação obrigacional como uma obrigação de resultado (GIOSTRI, 2004).

Some-se isso, ainda, a participação (ativa e passiva) do paciente no resultado final e ter-se-á mais um forte elemento contra a classificação “de resultado” na seara da prestação obrigacional da cirurgia plástica. Mais ainda, o material e o campo de trabalho, tanto na cirurgia plástica estética, quanto na reparadora são os mesmos: o corpo humano.

Por tantas e tais razões, importante que se copie o exemplo francês, e sem perda de tempo. Caso contrário, poderá se insinuar uma tendência cada vez maior em objetivar a responsabilidade daqueles profissionais, deslocando-se sua área – que é a da subjetividade – para a da teoria do risco, com o consequente desencadeamento do exercício de uma Medicina defensiva, na dependência das Companhias de Seguro Médico e aguçando de vez as tendências indenizatórias, o que inviabilizaria, cada vez mais, estar a especialidade ao alcance de muitos, bem como indisponibilizaria ao profissional a necessária liberdade do exercício de sua arte (GIOSTRI, 2004).

8 CONCLUSÃO

As obrigações de meio e de resultado não podem ser vistas de forma isolada, já uma vez que não se encontram em extremos opostos, ou bem delimitados, impondo-se uma análise concreta de cada situação em virtude da diversidade que o conteúdo de cada uma delas pode apresentar.

Considerando que o corpo humano impera o imprevisível e o imponderável e que cada organismo pode responder de maneira diferente frente a uma mesma intervenção cirúrgica, é inadequado o uso da obrigação de resultado para caracterizar a prestação obrigacional desenvolvida pelo cirurgião plástico, uma vez que não pode ser assegurado ao paciente um resultado certo e predeterminado, mesmo diante da melhor técnica. Isto por estar presente sempre o fator aleatório.

Além do exposto, o resultado final não depende somente do ato médico mas, também, da participação do paciente, do cumprimento de sua obrigação na relação contratual em seguir as orientações médicas dentre outros fatores, tais como: idade, tipo de pele, raça, hábitos de higiene e psiquismo, este último de suma importância.

Isto posto, conclui-se que impor à cirurgia plástica a classificação das obrigações de resultado seria um ato preconceituoso, além de negar o próprio sistema biológico de cada ser humano que, por muitas vezes se mostra rebelde com suas difíceis cicatrizações, somando-se à negação da responsabilidade do paciente na relação contratual em cumprir as recomendações de seu cirurgião.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU E SILVA. Roberto de. **Pressupostos da Responsabilidade Civil**. Revista Forense. Jan/Fevereiro, Rio de Janeiro, 2005.

BRANCO. Gerson Luiz Carlos. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: aspectos**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano I, nº4, Março/Abril, 2000.

CABRAL. Lecy Marcondes. **As disfunções cicatriciais e o dano estético**. Universidade Gama Filho. Universidade UNIMED. São Paulo. 2006.

CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Ed. Atlas. 9ª edição, Revista e ampliada. SP, 2010.

CÓDIGO CIVIL DE 2002.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

GAGLIANO. Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. Ed. saraiva. 7ª edição, Vol. III, 2009, SP.

GOMES. Alexandre Gir. **A responsabilidade Civil do Médico nas Cirurgias Plásticas Estéticas**. Revista de Direito Privado, nº 12. Doutrina Nacional.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. Ed. saraiva, 13ª Edição. SP, 2011.

GIOSTRI. Hildegard Taggesell. **Erro Médico. À luz da jurisprudência comentada**. Ed. Juruá. 2ª edição – revista, atualizada e ampliada. 2004. Curitiba.

GUIMARÃES. José Alfredo Cruz. **Responsabilidade Médico-Hospitalar em face do Direito do Consumidor**. Doutrina Nacional. Revista de Direito Privado Nº 10.

LIXINSKI. Lucas. **Considerações acerca da Inserção dos Direitos de Personalidade no Ordenamento Privado Brasileiro**. Doutrina Nacional, 2002.

MORAES. Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. 5ª edição, São Paulo: RT 2001.

MIRAGEM. Bruno. **Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, 2007, RDC 63.

OBRIGAÇÕES - **Estudos na Perspectiva Civil - Constitucional**. Coordenador: GUSTAVO TEPEDINO. Ed. Renovar, 2ª Tiragem, RJ. 2007

KFOURI NETO. Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. Ed. Revista dos Tribunais, 6ª edição. Revista, atualizada e ampliada, SP, 2007.

PENHA ÁLVARES. Raphael Barbalho. CAMPOS FREIRE. Kaleb. **A Obrigação Contratual Médica na Cirurgia Estética e seus efeitos**. Artigo científico para Conclusão de Curso da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN

plástica@lybiojunior.med.br: História da Cirurgia Plástica. Acesso realizado em Novembro de 2011.

RIZZARDO. Arnaldo. **Responsabilidade Médica**. Lei nº 10.406/02. Revista Forense. Rio de Janeiro, 2006

RESPONSABILIDADE CIVIL - **Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. Coordenação: ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e ROGÉRIO DONNINI. Ed. Revista dos Tribunais. SP, 2009

RODRIGUES DE OLIVEIRA, Mariana Massara. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. Repensando a Natureza Jurídica da Relação Médico-paciente em Cirurgia Plástica Estética e seus reflexos em relação ao ônus da prova. Editora Juruá, Curitiba, 2008.

TEIXEIRA JUNIOR. Wilson Carlos. **Cirurgia plástica estética é serviço de meio**. Escola Superior de Advocacia. OAB - SP. Artigo publicado em 26/01/2010.

TUNC. André. **A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência**. *Revista dos Tribunais*, vol. 778, São Paulo: RT, ago./2000, p. 755

VIEIRA. Luzia Chaves. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Ano I, nº 3. Janeiro/Fevereiro, 2000.

WEBER. Márcia Regina Lusa Cadore. **Responsabilidade Civil do Médico.** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano VI – nº 36 – Julho/Agosto, 2005.

ZULIANI. Ênio Santarelli. **Responsabilidade Civil e Reparação de Danos. Raízes Históricas.** RDCPC nº40, Março/Abril, 2006. Doutrina.