

Sergio Domingos Pittelli

Responsabilidade civil do cirurgião plástico: condições em que se dá a aplicação dos fundamentos da responsabilidade objetiva

Tese apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciências

**Área de concentração: Fisiopatologia Experimental
Orientador: Prof. Dr. Daniel Romero Muñoz**

**São Paulo
2006**

FICHA CATALOGRÁFICA

Preparada pela Biblioteca da
Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo

©reprodução autorizada pelo autor

Pittelli, Sergio Domingos

Responsabilidade civil do cirurgião plástico : condições em que se dá a aplicação dos fundamentos da responsabilidade objetiva / Sergio Domingos Pittelli. -- São Paulo, 2006.

Tese(doutorado)--Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Ciências.

Área de concentração: Fisiopatologia Experimental.

Orientador: Daniel Romero Muñoz.

Descritores: 1.CIRURGIA PLÁSTICA/efeitos adversos 2.RESPONSABILIDADE CIVIL 3.CIRURGIA PLÁSTICA/legislação & jurisprudência 4.DOENÇA IATROGÊNICA 5.MORTE

USP/FM/SBD-062/06

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Daniel Romero Muñoz, meu orientador, pelo apoio e incentivo constantes e pela inestimável orientação na elaboração desta tese.

Ao INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL E CRIMINOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO pela disponibilização dos arquivos da instituição.

Ao Dr. Raul Telerman, perito do IMESC, pelo auxílio decisivo na identificação dos casos no arquivo daquela autarquia.

Ao CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS DE DIREITO SANITÁRIO (CEPEDISA) – NÚCLEO DE PESQUISAS EM DIREITO SANITÁRIO DA USP pela inestimável ajuda no levantamento de dados.

Ao Dr. Marcelo Bicudo, advogado, ex-aprimorando do Programa de Aprimoramento Profissional Advocacia em Saúde do CEPEDISA pelo inestimável auxílio na localização e obtenção dos processos nos fóruns.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
A. DA TEORIA JURÍDICA PERTINENTE	05
A1. Responsabilidade jurídica	05
A2. Culpa e responsabilidade subjetiva	06
A.2.1. Culpa. Culpa aquiliana	06
A.2.2. Responsabilidade subjetiva. Responsabilidade aquiliana	11
A3. Responsabilidade objetiva. Responsabilidade sem culpa	16
A4. Teoria do risco.	31
A5. Obrigação de meio e obrigação de resultado	43
B. RESPONSABILIDADE MÉDICA	45
B1. Aspectos históricos	45
B2. Aspectos específicos da responsabilidade médica.	54
B2.1 A álea intrínseca aos organismos vivos	56
B2.2 Deveres de humanidade e deveres relativos à técnica	58
B2.3 Dificuldade em provar o ato ilícito e o vínculo de causalidade	60
B3. Responsabilidade subjetiva e objetiva no âmbito da responsabilidade Médica	62
B4. A teoria “res ipsa loquitur”	72
B5. Teoria da perda de uma chance	73
B6. Responsabilidade contratual e responsabilidade médica	77
B7. Obrigação de meio e resultado e responsabilidade médica	79
B8. Inversão do ônus da prova	82
C. PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS	88
C1. Classificações das cirurgias estéticas	89
C2. Escorço histórico	102
C3. Da maior exigência quanto aos deveres acessórios	111
C4. Obrigação de resultado	113
C5. Obrigação de meio	122
C.5.1 Oposição à caracterização como obrigação de resultado	122
C.5.2 Recrudescimento dos deveres acessórios	131
C.5.3 Tendências da doutrina e jurisprudência	138
C.5.4 Caracterização do mau resultado	141
OBJETIVOS	146
MATERIAL E MÉTODO	150
RESULTADOS	160
DISCUSSÃO	176
CONCLUSÕES	195

ANEXO A	197
ANEXO B	199
BIBLIOGRAFIA	204

RESUMO

Neste trabalho é feita avaliação em bases empíricas das condições em que se aplicam os fundamentos da responsabilidade civil objetiva aos ilícitos civis do cirurgião plástico. Foram levantados 71 processos de litigância judicial cível por alegado erro médico no período de 1989 a 2005, dos arquivos do Instituto de Medicina Social e Criminologia do Estado de São Paulo. Elaborado um modelo de variáveis médicas, jurídicas, discursivas e geral pelas quais foi possível apreciar as implicações das posições doutrinárias do juiz sobre os resultados do processo. Foram abordadas as correlações entre posição doutrinária e decisão judicial e grau de comprometimento do patrimônio físico e estético e decisão judicial. Avaliada a importância relativa dos deveres de orientação, aconselhamento e obtenção de consentimento informado com relação ao tipo de sentença.

SUMMARY

In this paper an empirical analysis is accomplished about the aspects of application of the fundamentals of objective doctrine of civil liability to the plastic surgeon tort. 71 records of judicial procedures of medical liability lawsuit from the archives of the Instituto de Medicina Social e Criminologia do Estado de São Paulo were examined. A system of medical, juridical, discursive and general variables was elaborated that allowed to accomplish the consequences of the doctrinaire position of the judge on the results of the process. Correlations were made between the doctrinaire position of the judge and the judicial decision, and the degree of health harming and the judicial decision. The relative importance of the obligation regarding informed consent was approached relative to the kind of sentence

INTRODUÇÃO

Longe vão os dias em que vigorava a doutrina de irresponsabilidade jurídica dos profissionais de saúde.

Os primórdios da concepção moderna de que tais profissionais devem responder pelos seus atos, mesmo que estritamente técnicos, remontam à transição entre os séculos XVIII e XIX na Europa, sobretudo na França, merecendo realce um caso específico ocorrido em 1825, o do parto da Senhora Foucault, de Domfront, realizado pelo Dr. Hèlie. Tendo amputado ambos os membros superiores do nascituro, acabou sendo condenado a indenizá-lo. Essa decisão, de 28/09/1832 (Panasco, 1984, p. 40), provocou verdadeira revolução na jurisprudência francesa de então e, subseqüentemente, espalhou-se pelo mundo (França, 2004, p. 461, França, 2003, p. 196, Panasco, 1984, p. 40).

A partir da década de 60 do século passado (séc. XX), as literaturas médica e jurídica mostram que as demandas contra profissionais de saúde em países europeus e nos EUA iniciaram uma nova fase de crescimento, refletindo novas mudanças na postura da população frente a tais profissionais e aos serviços de saúde (Fortes, 1994).

As causas são múltiplas e complexas e não serão objeto desta monografia, mas podemos alinhar, sucintamente, as seguintes: 1. a

dessacralização da medicina; 2. a maior conscientização de que serviços de saúde se incluem na esfera do direito do consumidor; 3. a sempre maior expectativa de sucesso nos procedimentos terapêuticos gerada pelo avanço tecnológico; 4. a crença (certamente sem fundamento) na infalibilidade da nova tecnologia; 5. interesses de empresas de seguro e corporações de advogados, esta última causa integrando um movimento geral de “jurisdicionalização” da vida civil que acomete todos os campos do comportamento e da vida humana e não apenas as relações com profissionais de saúde.

A importância do tema deriva, portanto, já do fato de que é pauta importante na agenda de toda sociedade moderna e urbana.

Além desse, entretanto, há outros motivos. É sabido que os erros médicos geram custos adicionais, tanto tangíveis quanto intangíveis, sendo esses últimos representados, em breves palavras, pelo comprometimento do patrimônio físico e mental das pessoas e todo o sofrimento associado.

Os custos tangíveis, por sua vez, dão-se tanto na esfera do sistema de saúde (aumento do tempo de internação, aumento do número de procedimentos diagnósticos e terapêuticos) quanto na esfera da economia (horas de trabalho perdidas, comprometimento temporário ou definitivo, parcial ou total da capacidade laborativa, diminuição da expec-

tativa de vida, pensionamento) e na esfera da administração da Justiça (custos da máquina judiciária colocada à disposição dos cidadãos para as demandas relativas a erros médicos).

Há abundante literatura a respeito das medidas destinadas a combater tais eventualidades no que se refere ao sistema de saúde, medidas estas representadas pelo grande conjunto das atividades direcionadas a promover a qualidade no atendimento médico-hospitalar, gerando inclusive novos tipos de práticas, tais como o chamado gerenciamento de risco, a vigilância para detecção do denominado “evento sentinela”, práticas de acreditação de hospitais, etc.

A literatura e as atividades acadêmicas referentes à máquina judiciária, entretanto, restringem-se aos estudos doutrinários ou teóricos sobre a natureza jurídica dos atos ilícitos do médico e os fundamentos do tratamento jurídico a lhes ser dado, ou ainda a coleções jurisprudenciais, ou seja, aos limites da dogmática jurídica.

Não se conhecem, nesse campo, medidas empíricas que objetivem mostrar os resultados concretos da aplicação das várias teorias a respeito, confrontando-as com elementos fáticos de natureza médico-biológica que conformam os eventos assim qualificados como “erros médicos” e sua eventual consequência no que se refere à administração da justiça.

A presente monografia pretende sumarizar as várias teorias a respeito da responsabilização do médico por atos antijurídicos na esfera profissional e confrontá-las, quanto aos resultados das decisões judiciais (entendidos como procedência/improcedência), com os supra-referidos elementos fáticos de natureza médico-biológica, apresentados, por sua vez, segundo um modelo classificatório, conforme será exposto.

Restringiu-se o objeto deste estudo aos procedimentos estéticos por dois motivos:

Em primeiro lugar, porque, como é sabido, vige no âmbito dos procedimentos em questão polêmica a respeito da natureza da obrigação jurídica do médico estabelecida no contrato com o paciente, circunstância que, ao nosso ver, torna-a mais propícia para desvelar os aspectos pertinentes ao problema.

Por outro lado, o objeto desta monografia é estudar as condições em que se deu a “objetivação”¹ do Direito com relação à responsabilidade civil do médico e nesta seara a supra-referida discussão a respeito da natureza jurídica da obrigação tem relevo especial.

Antes de abordarmos o objeto específico deste trabalho, imperioso se faz apresentar os conceitos gerais em que se situa o tema, contextualizando-o. Isso posto, faremos, à guisa de introdução, conside-

¹ Explicaremos oportunamente o que entendemos por tal termo.

rações iniciais sobre a teoria jurídica da responsabilidade civil, seguida do tratamento da responsabilidade médica em geral, com a finalidade de mostrar tanto os pontos em comum como as especificidades desta última. Ocioso dizer que esta análise introdutória restringir-se-á ao necessário ao perfeito entendimento da questão central do texto.

Estabelecidos os termos teóricos da questão, introduziremos o assunto específico desta monografia.

A. DA TEORIA JURÍDICA PERTINENTE

A.1. Responsabilidade jurídica

Segundo Rosário (2004), p. 19, a expressão “responsabilidade” provém do verbo latino *respondeo*, o qual contém a idéia de responder, mas no sentido de “*imposição de ser feita ou cumprida alguma coisa, garantir a restituição ou compensação de um bem ofendido*”. Essa palavra contém a raiz latina *spondeo*, que era a fórmula utilizada no Direito Romano para estabelecer que o devedor *responderia* pelo cumprimento da obrigação. Na etimologia encontra-se, assim, não apenas o conceito de equivalência e contraprestação, mas ainda de obrigatoriedade (Teixeira, 2000, p. 185).

Trata-se, então, de uma relação jurídica que se apresenta sob forma de dever a uma pessoa e que pode estar fundado, seja em contrato não cumprido (“responsabilidade contratual”), seja em ato ilícito, comissivo ou omissivo (“responsabilidade extracontratual”)². O dever, evidentemente, é o de satisfazer a prestação convencionada, no primeiro caso (aduzido da reparação dos prejuízos pelo descumprimento), ou suportar as sanções decorrentes do ato ou omissão praticado(a), na segunda hipótese. No âmbito da responsabilidade civil³, essa sanção constitui-se em repor o patrimônio perdido, revertendo a situação do lesado ao *status quo ante*.

O elemento comum às duas situações geradoras do dever de responder juridicamente é o **dano**, definido como “lesão de um direito ou bem juridicamente protegido” (Fortes, 1994, p. 10; Lima, 1998, p. 52).

Importante noção a trazer neste ponto, é a de que “responsabilidade” não se confunde com “culpa”.

A.2. Culpa e responsabilidade subjetiva

A.2.1. Culpa. “Culpa aquiliana”

² Voltaremos a esses conceitos mais a frente.

³ Contraposta às vertentes penal, ética e administrativa da responsabilidade jurídica.

É bem estabelecido, tanto no âmbito das Ciências Jurídicas quanto no da doutrina médico-legal o conceito de culpa, classificado, num primeiro nível, como culpa *lato sensu*, gênero das espécies “dolo” e culpa *stricto sensu* (Cavaliere Filho, 2004, p. 48). Para as finalidades desta monografia, interessa exclusivamente o segundo dos institutos acima, o que, de resto, amolda-se ao conceito doutrinário médico-legal de “erro médico”⁴.

Isso posto, o instituto da culpa *stricto sensu*, ou simplesmente, culpa, como se denominará daqui para frente, implica em que a vontade do agente incide apenas sobre a conduta, não se aplicando ao resultado.

Nos dizeres de Cavaliere Filho (2004), p. 49: “*Tanto no dolo, quanto na culpa há conduta voluntária do agente, só que, no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante -, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor do dolo incide sobre a conduta, ilícita desde sua origem; na culpa incide apenas sobre o resultado.*”

⁴ Segundo a doutrina médico-legal (França, 2004 pg. 392) o “erro médico” caracteriza-se por cinco elementos: o agente (médico), o ato (ato médico lícito), a culpa *stricto sensu* (ausência de dolo), o dano e o nexo de causalidade.

Em suma, no dolo, o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental da conduta decorrente da falta de cuidado”⁵.

A última expressão do trecho acima transcrito remete a outra forma, genérica e por isso mesmo inclusiva, de definir a conduta culposa, qual seja falta com o dever geral de cuidado (zelo), a qual, por sua vez, manifesta-se pelas conhecidas figuras da imperícia, negligência e imprudência.

Nesse sentido, vale a pena recorrer mais uma vez aos ensinamentos de Cavalieri Filho (2004), p. 51: *“Vivendo em sociedade, o homem tem que pautar sua conduta de modo a não causar dano a ninguém. Ao praticar os atos da vida, mesmo que lícitos, deve observar a cautela necessária para que de seu atuar não resulte lesão a bens jurídicos alheios. A essa cautela, atenção ou diligência convencionou-se chamar de dever de cuidado objetivo”*. E ainda do mesmo autor (p. 52): *“A inobservância desse dever de cuidado torna a conduta culposa – o que evidencia que a culpa é, na verdade, uma conduta deficiente, quer decorrente de uma deficiência da vontade, quer de inaptidões ou deficiências próprias ou naturais. Exprime um juízo de reprovabilidade sobre a*

⁵ Lima (1998), referindo-se à culpa *stricto sensu*, fala em “erro de conduta” (p. 52 e 63) e “desvio de conduta”, mas sem se afastar da idéia de que a conduta é, em si, lícita. O termo “desvio”, portanto, na acepção usada por esse autor, implica em não se ter chegado ao resultado desejado, lícito, mas sim a outro, ilícito, indesejado.

conduta do agente, por ter violado o dever de cuidado quando, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo”.

Antes de prosseguirmos, será oportuno demonstrar que a noção de ato ilícito culposo admite uma conceituação um pouco mais ampla, que lhe permite, num certo sentido, uma classificação dúplice. Com efeito, segundo Lima (1998), p. 57, devem-se distinguir duas situações quando se fala em conduta *“lesiva e prejudicial ao direito de outrem”*: aquela em que a conduta *“não se conforma com a determinação específica e taxativa da lei”*, caso em que o desvio de conduta caracteriza-se por si mesmo, pois *“não obedecer à lei é um erro de conduta”*, e aquela em que a obrigação violada é genérica, de prudência e diligência na prática de todo os atos.

Nesse último caso, ainda nos dizeres do autor em apreço, *“o problema da fixação do erro de conduta surge com todas as dificuldades que a prática revela, porquanto estamos em face da culpa deixada à apreciação do julgador”*.

Acrescentando então, à idéia de culpa, a da inobservância de norma pré-existente, podemos afirmar que culpa *stricto sensu*, portanto, implica em conduta voluntária, em si mesma lícita, mas à qual, duran-

te sua realização, incide a falta com o dever geral de zelo ou inobservância de norma pré-existente.⁶

Ainda segundo Lima (1998), p. 60, ao apreciar a ocorrência da culpa, não se podem desprezar certas circunstâncias de tempo, meio, classe social, usos e costumes, hábitos sociais do agente e do meio em que este está imerso⁷. Conclui que “*o conceito de culpa, como elemento distinto e específico do ato ilícito, depende da fixação da conduta normal do homem adaptado à vida social, ao ambiente em que vive*”.

Ao se levarem em conta tais aspectos na atribuição da culpa, estão, na verdade, sendo considerados os elementos psicológico e social do agente e, conseqüentemente, o elemento de imputabilidade moral, bastando, para ilustrar o raciocínio, lembrar do caso de incapazes que recebem, no que tange à atribuição de culpa, tratamento específico que se aparta do padrão para o comum das pessoas.

Devemos, então, completar o conceito de culpa *stricto sensu*, aduzindo que implica em conduta voluntária (agente portador de

⁶ Na verdade os dois conceitos de conduta culposa não são tão diversos quanto pode parecer à primeira vista. Com efeito, não observar uma norma pré-existente pode ser perfeitamente assimilado a uma das figuras clássicas da culpa (imperícia, imprudência, negligência), ou seja, à falta com um dever geral de zelo, sobretudo se se tratar de normas técnicas, como sói acontecer no campo das profissões técnicas; por outro lado, pode-se entender que o agir com imperícia, imprudência ou negligência fere o comando genérico e abstrato do art. 186 do Código Civil em vigor ou o art. 159 do revogado Código Civil de 1916. Tal entendimento nos parece estar de pleno acordo com a consagrada definição de “culpa” de Planiol (Planiol, 1922, pg. 281): “*La faute est un manquement à une obligation préexistente, dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autrui*”. Por último, é oportuno lembrar que o desrespeito à norma não pode ser voluntário, pois então se trataria de dolo e não culpa *stricto sensu*, o que, de resto, só faz reforçar a idéia de identidade entre ambas as situações.

⁷ Resvala-se aqui na relevante discussão dos conceitos de “culpa [considerada] *in concreto*” e “culpa *in abstracto*”, que deixaremos de tratar por entender não caber nos termos desta monografia.

vontade consciente), em si mesma lícita, mas em cuja realização incide, ou inobservância de norma pré-existente, ou falta com o dever geral de zelo, caracterizando desvio de conduta segundo os padrões gerais admitidos para o tempo e local, padrões esses que o agente deve estar em condições de reconhecer, daí decorrendo a reprovabilidade moral aludida por Cavalieri⁸.

A.2.2. Responsabilidade subjetiva. “Responsabilidade aquiliana”

Culpa assim entendida, com caráter individual, subjetivo e dependente da imputabilidade moral do agente (Pereira, 1995, p. 14 e parágrafo 13; Lima, 1998, e Silva, 1962), é *conditio sine qua non* da chamada “responsabilidade subjetiva”, entendendo-se aqui a palavra “responsabilidade” exatamente nos termos expostos acima.

Nas palavras de Pereira (1995), “*a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita⁹ e o dolo do agente*”.

⁸ Valendo-nos da concisão de Lima (1998): “*Culpa é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por pessoa avisada em iguais circunstâncias de fato*” (p. 69); também pela concisão mostra-se oportuna a forma de expressar-se de Silva (1962), p. 37: “*Pela teoria clássica da culpa, responderá o autor do dano toda vez em que este lhe possa ser moral e materialmente imputado*”.

⁹ “*Culpa stricto sensu*”, em nossa terminologia. Já fizemos notar que para as finalidades desta monografia interessa apenas essa modalidade de culpa, excluído, portanto, o dolo.

A responsabilidade subjetiva, então, nasce para o agente quando, em conseqüência de uma conduta culposa, segue-se um dano.

Esse dano, por sua vez, nas circunstâncias que interessam a esta monografia, embora possível em tese, deve necessariamente não ser nem esperado nem pretendido pelo agente (Cavaliere Filho, 2004, p. 54; Pereira, 1995, p. 35 in fine).

Os primórdios da responsabilidade subjetiva tal como entendida modernamente podem ser traçados até a edição da *Lex Aquilia* (Rosário, 2004, p. 30; Gillissen, 1988, p. 750; Crettella, 1982, p. 312; Lima, 1988, p. 21), por volta do século III a.C, assim denominada por ter sido proposta por um tribuno da plebe chamado Aquílio (Crettella, 1982).

Em verdade, permanece acesa a discussão sobre se essa lei do Direito Romano teria já introduzido o conceito de culpa como fundamento da responsabilidade extracontratual (Lima, 1998, p. 19 e segs.; Silva, 1962, p. 42 e 45). É certo, entretanto, que significou o início da generalização do princípio do ressarcimento por dano: de início restrito aos “*damnum corpore et corpori*” (que expressa a exigência de contato físico entre agente e objeto do dano) e a três hipóteses concretas, teve a aplicação progressivamente expandida, tanto no que respeita às hipóteses, quanto às formas de produção do dano, ao dano não apenas materi-

al¹⁰ e, ainda, à titularidade ativa para a ação¹¹. Culminou com a concepção de ações “*damnum non corpore datum*” que se denominaram, sugestivamente, “*ad exemplum legis aquiliae*”, dando bem a idéia da expansão do conceito.

Independentemente de a *Lex Aquilia* albergar ou não o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade (discussão de resto apenas teórica e sem maior interesse para os propósitos deste trabalho), o fato é que incluía, como fundamento o “*damnum in jura datum*”, ou seja: o dano, para ser ressarcível, teria de ser praticado em desacordo com a lei e o Direito. Essa é uma característica importante, que contrapõe esse instituto a todas as outras primitivas concepções romanas sobre ressarcimento¹², desde a hedionda vingança privada, passando pela instituição da pena de Talião (quando a questão foi acolhida pela esfera do domínio jurídico, passando a constar da Lei das XII Tábuas) e pelas formas de composição, inicialmente privada (que admitia transação entre as partes) e posteriormente tarifada, significando, esta última, reforço no caráter de tutela jurídica (“pública”) assumida progressivamente pelo Estado romano nessa esfera da responsabilidade (Lima, 1998, p. 20).

¹⁰ “Ainda quando o dano não fosse *corpore* e quando não fosse causado *corpore*” segundo Lima (1998), p. 22

¹¹ Extrapolando os limites do *jus civile*, para admiti-la também aos peregrinos (Silva, 1962, p. 45).

¹² Verdadeiramente, penas (“*poena*”) e não ressarcimento de dano, que só passou a possuir esta conotação com a *Lex Aquilia*.

O Direito europeu aprimorou e expandiu o alcance da aplicação dessa lei nos séculos seguintes, mas há um “ponto de inflexão” na história da teoria da responsabilidade subjetiva e da teoria da culpa, constituído pela edição do Código Napoleão em 1804, que em seu artigo 1382 enuncia expressamente os elementos acima expostos dessas teorias.

Segundo Lima (1998), p. 27: *“O Código Civil francês, que é o padrão das legislações modernas e cuja influência nos códigos civis das nações cultas e nas legislações sem codificação, cada vez mais se estuda e ressalta, seguindo a tradição de seu direito e os ensinamentos de Domat e Pothier, proclamou, no preceito genérico do art. 1.382, a responsabilidade extracontratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada”*.

Certamente não foi por acaso que a decisão do episódio de Domfront, citado no início deste texto, deu-se na mesma França, vinte e oito anos após a instauração do citado código.

Há outras duas características da teoria da responsabilidade subjetiva, derivadas diretamente do fato de ser ela calcada na culpa.

A primeira é que *“cada um suportará os ganhos e as perdas de suas atividades, salvo se, na origem do dano ocorrer uma ‘culpa’”* (Pereira, 1995, p. 30).

A segunda característica é que o lesado deverá provar a culpa do suposto lesante, vez que esta não é e não pode ser presumida; pelo contrário, segundo os ditames dessa teoria, em princípio, “*ninguém deve nada a ninguém*” (Pereira, 1995, p. 30).

Pode-se afirmar que as duas asserções acima testemunham as raízes ideológicas da moderna teoria da responsabilidade subjetiva que remontam ao princípio da autonomia da vontade, de notória extração liberal (Pereira, 1995).

Uma outra noção extraível dessas asserções é que a responsabilidade subjetiva é calcada em um valor moral, qual seja, o de que é injusto (moralmente) punir sem culpa provada, predominando esse valor sobre aquele representado pelo prejuízo material e moral da vítima, bem como o seu direito à segurança econômica e material.

O Direito brasileiro alberga robustamente as teorias da responsabilidade subjetiva e da culpa aquiliana (tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente), presentes no artigo 159 do revogado Código Civil de 1916¹³ e mantidas nos artigos 186, 187, 927, caput e 951 no novo código¹⁴ (Rosário, 2004, p. 38)

¹³ “**Art. 159.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.”

¹⁴ “**Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. **Art. 927** [caput]. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.”

É tão forte a tendência “subjetivista” no Direito brasileiro que, mesmo um diploma legal com extremada característica “objetivista” tal como o Código de Defesa do Consumidor, preservou-a, no que respeita aos profissionais liberais em geral, no texto excepcionante do § 4º do artigo 14¹⁵.

Não obstante o forte enraizamento subjetivista, entretanto, acolhe o Direito brasileiro também elementos de responsabilidade objetiva, conforme será demonstrado a seguir.

A.3. Responsabilidade objetiva (responsabilidade sem culpa)

Para os fins desta monografia, será pertinente traçar sucintamente a evolução da formação do conceito de responsabilidade objetiva a partir do século XIX. Isso posto, é interessante notar que, em momentos históricos próximos e associado às mesmas circunstâncias no âmbito do Direito legislado que consolidaram a noção da responsabilidade subjetiva no Direito ocidental, qual seja, a edição do Código Civil Francês (“Código Napoleão”) com o já citado artigo 1382, iniciou-se o processo de estruturação do conceito moderno de responsabilidade objetiva, pois já estavam presentes as condições sociais e históricas que foram as responsáveis por seu aparecimento.

¹⁵ “Art. 14, § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Com efeito, foram fatores de natureza extrajurídica, ligados à evolução socioeconômica e tecnológica relacionadas ao processo de industrialização, que levaram parcela dos pensadores do Direito a elaborar a teoria da responsabilidade objetiva, motivados pelo que entendiam ser a crescente incompatibilidade entre a doutrina subjetiva e o impulso desenvolvimentista já presente no séc. XIX e exacerbado no século seguinte (Pereira, 1995, p. 262; Silva, 1962, p. 22).

Segundo Lima (1998), p. 16, tais fatores podem ser considerados de natureza material, econômica, política e moral.

Referindo-se a elas, assim se expressa esse autor: *“Inúmeras são as causas que os doutrinadores apontam para justificar aquela asserção: umas de natureza puramente material, como as que decorrem dos novos inventos mecânicos, como o automóvel, o avião, as estradas de ferro, os maquinismos em geral, provocando situações jurídicas novas. Vivemos mais intensamente (Roosevelt) e mais perigosamente (Nietzsche), e, assim, num aumento vertiginoso, crescente e invencível, de momentos e de motivos de colisões de direitos. A intensidade da vida e a densidade das populações aproximam, a mais e mais, os homens, intensificando as relações de vizinhança, fonte perene de responsabilidade extracontratual. Os perigos advindos dos novos inventos, fontes inexauríveis de uma multiplicidade alarmante de acidentes, agravados*

pela crescente impossibilidade, tanta vez, de se provar a causa do sinistro e a culpa do autor do ato ilícito, forçaram as portas consideradas, até então, sagradas e inexpugnáveis da teoria da culpa, no sentido de se materializar a responsabilidade, numa demonstração eloqüente e real de que o Direito é, antes de tudo, uma ciência nascida da vida e feita para disciplinar a própria vida”.

Essas novas condições sociais, econômicas e materiais geraram nos pensadores a consciência da necessidade de proteger a vítima, garantindo-lhe a segurança e o ressarcimento, em detrimento dos direitos do agente; alteraram-se, assim (invertendo-se), os valores morais que suportam a escolha entre agente e vítima, em favor desta última.

Nessas circunstâncias, a doutrina da culpa, baseada na violação de norma pré-existente e/ou na comprovação de ocorrência de falta com o dever de zelo, acrescido da exigência de comprovação do nexo entre dano e antijuridicidade, incumbindo o ônus à vítima, mostra-se inoportuna e inadequada para a consecução da justiça no entendimento dos adeptos das teorias objetivistas, pois leva a que o lesado sucumba com enorme freqüência pelo simples fato de não conseguir desincumbir-se do ônus da prova. Esse quadro mostra-se particularmente dramático nas sociedades industriais em que pesam contra o lesado sua hipossuficiência técnica e o poderio econômico do agente.

Josserand (1941) fala de quatro “processos técnicos” que teriam sido desenvolvidos pela jurisprudência, pelo legislador e pela doutrina, para elidir ou minimizar os efeitos da clássica regra de que não há responsabilidade sem culpa provada: 1. admitir muito facilmente a existência de culpa; 2. estabelecer ou reconhecer presunções de culpa; 3. estender o âmbito de aplicação da responsabilidade contratual, transformando assim responsabilidade delitual ou quase-delitual em contratual, colocando a vítima numa situação mais favorável quanto à prova; 4. substituir, mediante legislação, a noção de culpa pelo conceito de risco.

A primeira delas foi efetuada mediante a elaboração e aplicação de duas teorias: teoria do abuso do direito e teoria da falta negativa.

A teoria do abuso do direito, na verdade, antiga, em tendo sua utilização ampliada, alargou o domínio da culpa ao admitir que o exercício de um direito não é absolutamente incompatível com o conceito de culpa. Ao contrário, é considerado delito civil exercer o próprio direito de certos modos, por exemplo, visando prejudicar terceiros.

Já a teoria das faltas negativas, termo cunhado pelo próprio Josserand, preconiza que a responsabilidade pode surgir, não somente de nossas condutas ativas (atropelar ou difamar alguém), mas também de nossas abstenções. Implica em descobrir ou lançar a cargo de

certas pessoas ou empresas obrigações positivas em relação ao público, de tal modo que sua inobservância reveste-se de caráter culposo. Por exemplo, o proprietário de uma coisa suscetível de causar dano a outrem deve dotar essa coisa de todos os aperfeiçoamentos sugeridos pelo progresso das ciências; do contrário, seus efeitos deletérios sobre terceiros cairão sobre os ombros do proprietário: por exemplo, a companhia de estrada de ferro que não coloca nas chaminés das locomotivas o dispositivo capaz de reter as fagulhas e não incendiar, assim, as florestas marginais da linha férrea.

A aplicação dessa teoria deu-se, pelo menos em parte, pela ampliação do âmbito de abrangência do art. 1.383 do Código Napoleão¹⁶, que tratava a matéria, mas, originalmente, no âmbito da culpa clássica, conforme se constata de sua leitura.

O segundo dos processos técnicos acima aludidos, ampliação da noção de culpa (ou “sistema de presunções legais”, segundo o mesmo Jossierand), sustenta-se no sistema das provas: trata-se de aliviar e às vezes até eliminar o ônus da prova a cargo da vítima, mediante presunções, atribuindo-as ao agente (daí falar-se, também, indiferentemente, de inversão do ônus da prova). Tais presunções podem ser legisladas (presunções legais) ou jurisprudenciais (“presunções do homem”).

¹⁶ « Art. 1.383. *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.* »

Aqui desempenhou papel importante a reinterpretação e/ou ampliação do âmbito de abrangência dos artigos 1.384, 1.385 e 1.386 do código civil francês¹⁷. O primeiro regula a responsabilidade por atos de terceiro ou da coisa; o segundo, a responsabilidade pelo fatos dos animais e o terceiro, a responsabilidade do proprietário pela ruína do prédio.

No Direito brasileiro, e restringindo o exemplo à responsabilidade pelo fato de terceiro, temos ser ela admitida nos artigos 1.521 e 1.522 do Código Civil de 1916 e no correspondente art. 932 do código vigente.

No que respeita ao código antigo, o art. 1.523 estabelecia expressamente a exigência da culpa como fundamento da responsabilidade para as pessoas enumeradas nos dois artigos anteriores, excetuado o inciso V do art. 1.521 (participação no produto do crime).

¹⁷ « Art. 1.384, § 1^o On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. »

« Art. 1.384, § 2^o Le père e la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale sont solidairement responsable du dommage causé par leurs enfants mineur habitants avec eux. »

« Art. 1.384, § 3^o Les maitres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. »

« Art. 1.384, § 4^o Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant les temps qu'ils sont sous leur surveillance. »

« Art. 1.384, § 5^o La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. »

« Art. 1.384, § 6^o En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance. »

« Art. 1.385. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé. »

« Art. 1386. Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivé par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. »

Não obstante, já na vigência do antigo estatuto civil, doutrina e jurisprudência haviam estabelecido pretorariamente a presunção de culpa, tanto para pais (Pereira, 1995, p. 90; Dias, 1944, p. 109), quanto para patrões, amos e comitentes (Pereira, 1995, p. 95), sendo que para esses últimos, o STF havia pacificado a matéria com a edição da conhecida súmula 341¹⁸. Fundamentavam-se, doutrina e jurisprudência, nos institutos da “culpa in vigilando” e “culpa in eligendo” (Pereira, 1995, p. 86).

Finalmente, a redação dada ao art. 933¹⁹ do novo código civil (sucedâneo do art. 1.523 do código anterior) eliminou qualquer dúvida ou necessidade de elaboração pretoriana sobre a presunção de culpa em todas as hipóteses de responsabilidade pelo fato de outrem enunciadas no art. 932 ao substituir a expressão “*provando-se que elas concorreram para o dano por culpa ou negligência de sua parte*” presente no art. 1.523 pela expressão “*ainda que não haja culpa de sua parte*”, do art. 933.

Pereira (1995), p. 96, sintetiza bem essa marcha da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva com respeito à responsabilidade pelo fato de terceiro (e da inversão da presunção de cul-

¹⁸ “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

¹⁹ “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”

pa): “*Em resumo, a responsabilidade indireta do empregador percorre uma curva de cento e oitenta graus, partindo da concorrência de culpa, caracterizada pela culpa in eligendo ou in vigilando; passando pela presunção de culpa do preponente; e marchando para a responsabilidade objetiva, que, de iure condendo será a meta próxima, com a aplicação da teoria do risco*”. Com a posituação acima apontada, trazida pelo conteúdo do art. 933 do novo código civil, trata-se agora de matéria *de iure condito*.

Entendemos ser o instituto da culpa presumida de especial relevância como mecanismo de objetivação exatamente por essa “flexibilidade” que se traduz na possibilidade de operar graus diversos de presunção, integrando processos que terminam por (quase) defluir, em alguns casos, na responsabilidade objetiva pura. Pode-se bem configurar esse caráter de transitoriedade e transitividade do instituto em questão neste outro texto de Pereira (1995), p. 263, a respeito da teoria da culpa presumida: “*Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermédia, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação, e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressar-*

citória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado”.

Por tais motivos, é enorme o número de situações referentes à responsabilidade civil em que o Direito aplicado é baseado nesse princípio, dele não se excluindo a responsabilidade médica. Pelos mesmos motivos encontra-se ele também na base da objetivação de substancial porção da legislação, tanto no Brasil quanto alhures.

No que respeita à responsabilidade médica, fazem-se oportunas, neste ponto, algumas breves considerações.

Segundo Lima (1998), p. 72, em se tratando de presunções “*juris tantum*”, não se configura grande afastamento do conceito de culpa da teoria clássica, ocorrendo apenas a derrogação de um princípio dominante (e clássico) em matéria de prova (ou seja, migramos da posição em que “a prova incumbe a quem alega” para aquela em que cabe ao réu o ônus da prova), conceito de resto extraível do texto acima transcrito de Caio Mário (1995).

O mesmo não se pode dizer, entretanto, das presunções “*juris et de jure*”, nas quais a presunção de culpa é irrefragável, não se permitindo, portanto, que o agente prove a ausência de seu erro de conduta. O dano, por si só, constituiria o ato culposo, presumido por lei, mediante “*um processo técnico relativo ao processo de prova*”.

Afirma, subseqüentemente, o autor em apreço, que “*admitir como fundamento da responsabilidade extracontratual, a culpa presumida de modo irrefragável é fugir incontestavelmente da teoria da culpa, que, além de exigir a imputabilidade moral, exige a prova daquele erro de conduta que caracteriza a omissão de diligência*” e conclui: “*Na verdade, porém, as presunções absolutas de culpa são a consagração da teoria da responsabilidade objetiva, da responsabilidade sem culpa. Dizer o contrário é procurar mascarar com um nome, apenas, aquilo que a realidade desmente*”.

Relevante notar que esse autor não se enquadra entre aqueles que se posicionam contra a objetivação do Direito e a discussão que desenvolve nesse texto não se destina a combater a tendência, mas simplesmente a esclarecer conceitos, podendo-se resumir a questão a dois pontos que são, no fundo, faces da mesma moeda: 1. não se pode falar em culpa (não há como justificar sua ocorrência) em situações nas quais vige a presunção contra o agente e a este não é dado provar o contrário; 2. trata-se, na verdade, de imposição legal de responsabilidade, o que significa, afinal, responsabilidade objetiva pura e simples.

Nesse mister, cita, como reforço de argumento, outros autores, tais como Adriano de Cupis (*Il danno – Teoria generale della res-*

ponsabilità civile), J. Schimdt (*Faute civile e faute pénale*), e o próprio Josserand (in *Livre souvenir des journées du droit civil français*).

A importância desta questão para o tema responsabilidade médica (na verdade, para o tema responsabilidade civil em geral) advém do fato de que o uso do instituto da inversão do ônus da prova ou culpa presumida em sua forma de presunção absoluta pode resultar na aplicação pura e simples da teoria objetiva, talvez até em sua versão mais radical (teoria do risco integral) sem que os operadores do Direito se dêem conta disso. Entendemos que tal situação efetivamente se verifica no que respeita à responsabilidade civil médica, conforme pretendemos demonstrar adiante.

Finalizando este tópico, no que se refere à positivação do instituto da presunção de culpa, além do já citado art. 933 do Código Civil em vigor e os inúmeros dispositivos de lei que o admitem ou dele se valeram para estabelecer a responsabilidade objetiva, merece menção já neste ponto por sua especial relevância no respeitante à responsabilidade médica o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, que permite a inversão do ônus da prova²⁰ nos processos que envolvem relações de consumo, cumprindo adiantar ser este um mecanismo particularmente importante na “objetivação” da responsabilidade do médico.

²⁰ Do ponto de vista processual, a presunção de culpa implica na inversão do ônus da prova, sendo os dois institutos extremamente próximos, embora não se confundam.

O terceiro processo técnico consiste na transformação da responsabilidade delitual ou quase delitual em responsabilidade contratual. Trata-se, segundo, Josserrand, de um processo “particularmente engenhoso” pois, em virtude do contrato, o credor se acha, no que respeita à prova, em situação muito mais confortável que a do credor delitual, vez que o simples inadimplemento enseja a responsabilidade civil, impondo-se apenas comprová-lo. Não se cogita aqui da averiguação de culpa por parte do inadimplente, cabendo a este, como defesa, demonstrar seja a culpa exclusiva do credor (vítima), seja a ocorrência de caso fortuito ou força maior. Como se vê, a natureza da responsabilidade civil exurgente da relação contratual não cumprida abarca também (a exemplo do instituto da culpa presumida) a inversão do ônus da prova, cabendo ao devedor provar, seja sua adimplência, seja a ocorrência de uma das três hipóteses acima. Ao credor caberia provar apenas a existência da avença.

Já a responsabilidade civil extracontratual nasce da ocorrência de fato civil ilícito²¹, ou seja, a obrigação de ressarcir (indenizar) determinado dano constitui-se no exato momento e por força do ilícito civil que o gerou. Na concepção clássica, “subjetivista”, incumbe à vítima o ônus de provar, não apenas a materialidade do fato e o nexo de

²¹ Daí ser também denominada de “obrigação natural”.

causalidade do resultado com a conduta do agente, como ainda provar sua culpa.

A mais perfunctória comparação das duas situações acima desenhadas permite aquilatar as diferenças de vantagens relativas entre agente e vítima correspondentes a cada uma das duas hipóteses.

As facilidades da relação contratual foram, então, progressivamente aplicadas a relações tradicionalmente extracontratuais, tais como o transporte de pessoas e coisas (“obrigação de segurança absoluta” em relação ao passageiro: o objeto do contrato passa a ser deixá-lo são e salvo no local e hora combinados); o mesmo se deu com a atividade de hotelaria e nas relações de trabalho, entre outros. Em todas as situações acima desenhadas, o simples fato do acidente passa a constituir-se em inexecução do contrato (por parte do transportador, do hoteleiro ou do empregador), podendo eles exonerar-se da responsabilidade apenas nos termos já apresentados.

Esse mecanismo é particularmente importante no que respeita à responsabilidade civil médica, tanto que, Josserrand (1941), enxergando à frente, escreveu em 1936: “*A responsabilidade contratual está em marcha: ela afasta de seu caminho a responsabilidade delitual, e é lícito perguntar se, um dia, os Tribunais não declararão o médico ou cirurgião responsável contratualmente pelos danos causados aos seus*

clientes por um tratamento contra-indicado, por um intervenção intempestiva ou infeliz” (p. 558).

Daí a importância, do ponto de vista dos cultores da responsabilidade objetiva, de que se reveste o esforço doutrinário/jurisprudencial no sentido de caracterizar a relação médico-paciente como sendo de natureza contratual.

Antes de abordarmos o quarto processo técnico elencado por Josserrand (1941), fazem-se oportunos alguns comentários.

O primeiro é que esse elenco exemplificador dos referidos “processos técnicos” de que falam a teoria e os estudiosos, ainda que albergue institutos que, na prática, dispensem completamente a noção de culpa (por exemplo, os casos em que a presunção de culpa é *juris et de jure* e portanto irrefragável, a não ser nas hipóteses de caso fortuito, força maior e culpa da vítima) mantêm-se, em maior ou menor grau e por diversos fundamentos teóricos, presos ao instituto da culpa, a qual deve, de alguma forma, ser elidida. Não devem ser confundidos, portanto (em termos teórico-conceituais), com a forma acabada da responsabilidade objetiva que ignora pura e simplesmente o instituto em apreço e cuja teoria hodiernamente mais representativa e que expressa a preferência da maioria dos objetivistas vem a ser a *teoria do risco*, a ser apresentada mais a frente. Por outro lado, não se pode ignorar que é o mesmo aludido

movimento doutrinário que, passando pela elaboração dos substratos teóricos do alargamento das hipóteses de proteção da vítima sem dissipar por completo a idéia da culpa, terminou por desbordar na teoria do risco ou da responsabilidade sem culpa, como, aliás, já fizemos notar acima. Ressalte-se, inclusive, que a precedência daquelas sobre estas é apenas e tão-somente lógica e não temporal, pois é certo que, historicamente, trata-se de um único fenômeno, iniciado por volta do último quartel do séc. XIX como se pode, inclusive, depreender do texto de Josserand (1941), que embasou este apanhado sobre a “objetivação” do Direito.

O segundo ponto é que, vigorosamente associado e mesmo na maior parte dos casos subjacente a todo esse movimento doutrinário constituído pelos processos técnicos de que lançaram mão os pensadores do Direito no sentido de construir o caminho que fez a responsabilidade civil transitar da culpa ao risco (Lima, 1998, p. 70; Castro, 2005, p. 42), encontra-se o esforço hermenêutico de reinterpretação dos artigos 1.383 a 1.386 (Pereira, 1995, p. 6) do Código Civil Francês.

Passemos então ao quarto dos processos técnicos enumerados por Josserand.

A.4. Teoria do risco

Apresentamos acima um esboço histórico sobre o progressivo aparecimento e desenvolvimento dos inúmeros conceitos que posteriormente se materializaram nas chamadas “responsabilidade objetiva”, “teoria do risco” ou ainda “responsabilidade sem culpa”, a serem apresentadas na seqüência.

A este conjunto de elaborações de natureza doutrinária e jurisprudencial que constitui um esforço hermenêutico próprio, novo, que se contrapõe à hermenêutica tradicional (“literal”, na palavra de Pereira, 1995, p. 18), esse autor refere-se como “processo exegético – evolutivo” (p. 18).

As palavras “processo” e “evolutivo”, no caso, refletem bem a natureza histórica, dinâmica, das circunstâncias que instruíram a construção do conceito de responsabilidade objetiva, bem como o fato de que tal processo constituiu-se, em última análise, do esforço doutrinário e jurisprudencial de hermenêutica descrito nas páginas antecedentes.

Antes de adentrar o tema específico, convém lembrar, mais uma vez, conforme exposto anteriormente nas páginas 19 e 20, que tanto as formas “intermediárias” de objetivação da responsabilidade acima reportadas (presunção de culpa, transmutação da responsabilidade aquiliana em contratual, etc.) quanto as formas “acabadas” (várias “teo-

rias do risco”) foram fruto dos mesmos processos intelectivos e inserem-se no mesmo contexto histórico (iniciado no último quartel do séc. XIX) como exposto acima, não havendo entre elas precedência temporal, senão lógica.

São inúmeras as situações em que os mesmos argumentos utilizados por determinados autores para justificar formas intermediárias de objetivação o eram por outros para justificar a teoria do risco. Essa asserção é válida tanto no que respeita à atividade de reinterpretação hermenêutica dos artigos do 1.383 a 1.386 do Código Napoleão, quanto para todas as demais formas de elaboração expostas nos tópicos anteriores. Há, com efeito, miríades de argumentações cuja descrição não caberia neste texto, a não ser em aspectos muito específicos.

Mostra-se de inafastável necessidade, entretanto, demonstrar a particular importância da elaboração hermenêutica levada a efeito com referência ao artigo 1.382²².

Embora os estudiosos que despenderam esforços no sentido de construção da teoria objetiva possam ser contados às dezenas, distribuídos por não poucos países, há dois nomes franceses, ainda do séc. XIX, particularmente importantes no que respeita especificamente à teoria da responsabilidade objetiva em sua forma extrema, seja porque

²² « Art. 1.382 *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* »

apresentam-se efetivamente desde o início do processo de elaboração da teoria da responsabilidade objetiva, seja pela importância de sua participação, seja ainda pelo comprometimento precoce, pode-se dizer mesmo que *ab initio*, com a forma “acabada” da responsabilidade objetiva, ou seja, a teoria do risco.

Os autores em geral (Pereira, 1995, p. 16) são assentes em que a origem da doutrina objetiva tem raízes na obra de Raymond Saleilles²³ e Louis Josserrand (1943), ambos fundamentando suas idéias na reinterpretação dos citados artigos do Código Napoleão.

Conforme adiantado, no contexto dos esforços destinados a elaborar a objetivação da responsabilidade civil revestiu-se de especial importância o tratamento dado ao artigo 1.382 e que se constitui na nova interpretação concebida por Saleilles (Pereira, 1995, pg. 16) à palavra *faute* (falta, culpa, ilicitude). Segundo esse pensador do Direito, o legislador pretendeu, com tal expressão, referir-se simplesmente ao “fato do homem” ou a “qualquer fato do homem”, sem nenhuma conotação anímica, psicológica, subjetiva ou moral, ou seja, completamente destituída da noção de culpa.

Argumenta Saleilles que a palavra *faute*, tal como utilizada no código, tem o sentido amplo de *fait* (fato, ação), pretendendo com

²³ “Les Accidents du Travail et la Responsabilité Civile”, apud Josserrand (1943)

tal que essa expressão tenha sido aplicada pelo legislador com o sentido geral de “causa determinante de qualquer dano”, ou seja, escoimada de sua conotação “culposa” e, portanto, de seu elemento anímico.

O código tomaria então a palavra “culpa” na acepção vulgar de “causa”, donde conclui esse autor que o que obriga à reparação determinada no artigo 1.382 é o fato (o só fato) do homem, constitutivo do dano.

Admitida a interpretação acima, escoimada a palavra *fau-**te* de sua acepção subjetiva, a questão da responsabilidade resume-se à questão da causalidade (e, claro, da materialidade do fato), o que nos leva ao limite extremo da responsabilidade sem culpa, ou seja, a teoria do risco.

Tendo amadurecido o conceito de responsabilidade objetiva, significou a teoria do risco esforço no sentido de desprender-se de toda aquela fundamentação exegético-jurisprudencial, na direção, portanto, de uma fundamentação completamente autônoma.

A palavra “risco” apresenta três acepções em Direito (Pereira, 1995, p. 279): no âmbito da teoria das obrigações (o perigo a que está sujeito o objeto de uma relação jurídica de perecer ou deteriorar); no âmbito dos contratos de seguro, aleatórios ou de risco (possibilidade de

ocorrência de evento futuro e incerto) e no âmbito da responsabilidade civil.

Nesse último, que é evidentemente o que importa para este texto, o risco aparece como fator etiológico da responsabilidade, no lugar da culpa (“fundamento do dever de reparar” – Pereira, 1995, p. 279).

Expostos em breve síntese o conceito de risco e a gênese da teoria, vejamos agora as várias concepções que desse conceito fizeram os doutrinadores. Referimo-nos às “modalidades” (Pereira, 1995) seguintes: risco integral, risco profissional, risco proveito, teoria dos atos anormais e risco criado. De todos, o que propriamente interessa é o último. Não obstante, faremos breves considerações sobre os demais com a finalidade de melhor esclarecimento dos conceitos.

A teoria do risco integral (Pereira, 1995, p. 281) entende que a responsabilidade civil não pode assentar-se em nenhum conceito positivo e, portanto, abole completamente a idéia de culpa. Decorre daí que qualquer fato danoso, culposo ou não, deve impor ao agente a obrigação de reparar. Segundo Pereira (1995), p. 288, “*trata-se de uma tese puramente negativista. Não cogita de indagar como ou porque ocorreu o dano*”. Ainda nas palavras desse autor, essa teoria submete a responsabilidade civil ao “*universo incontrolável do ambiente aleatório*”, motivo

pelo qual encontrou forte resistência mesmo entre cultores do objetivismo. Exatamente por tais motivos o conceito de risco integral não prosperou no campo do Direito Privado. É, entretanto, a posição adotada pelo Direito brasileiro no que respeita à responsabilidade do Estado, inclusive com fundamento constitucional (art. 37, § 6^{o24}).

A teoria do risco profissional (Pereira, 1995, p. 281) também elide completamente a exigência da culpa, mas restringe-se à obrigação do empregador de ressarcir o empregado pelos danos ocorridos em função do trabalho. Essa concepção doutrinária específica de risco como fonte do dever de indenizar prosperou de forma independente e vigorosa, tendo fundamentado a positivação dos institutos de defesa do classe trabalhadora, estando, portanto, na base de toda a legislação protetiva do trabalhador, encontrável na maioria dos países modernos (Pereira, 1995, p. 290)

A teoria do risco proveito (Pereira, 1995, p. 281; Silva, 1962, p. 106) lastreia-se na idéia de que aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato causador do dano deve responder por ele perante terceiros. Introduce-se, assim, um critério para estabelecer a obrigação de indenizar, que vem a ser o proveito auferido. Essa corrente doutrinária,

²⁴ As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

que teve grande repercussão, apresenta um problema conceitual sério, que é o de definir o que é proveito (“*em que caso ou em que condições se pode dizer que uma pessoa retira um proveito de suas atividades?*”) (Pereira, 1995, p. 282). Se o conceito em apreço for definido de modo estritamente pecuniário, o instituto restringir-se-á às atividades profissionais e econômicas de um modo geral (ou atividades geradoras de riqueza), perdendo a qualidade de fundamento da responsabilidade civil (Pereira, 1995). Além do mais, nessas condições, como se justificaria a obrigação dos pais de ressarcir os lesados pelos atos dos filhos menores, ou a responsabilidade do dono pelo fato da coisa quando esta não for fonte de ganho ou ainda do proprietário do automóvel que o tivesse emprestado graciosamente a um amigo? (Bach, 1977, p. 229; Pereira, 1995, p. 282). Por outro lado poder-se-ia entender “proveito” no sentido mais amplo possível, abarcando toda e qualquer situação como, por exemplo, as acima citadas, pois, nos dizeres dos críticos dessa corrente (Savatier²⁵), alguém, em sã consciência, praticaria qualquer ato sem que dele pretendesse extrair alguma forma de proveito, ainda que não pecuniário? Vista, entretanto, a concepção de proveito dessa forma alargada, a doutrina confunde-se com a do risco integral.

²⁵ *Responsabilité Civile*, vol. I, nº. 274, apud Pereira, 1995, p. 281.

A teoria dos atos anormais (Pereira, 1995, p. 283; Silva, 1962, p. 110) baseia-se na distinção entre atos normais e atos anormais. Apenas os atos anormais, tendo causado dano, gerariam a obrigação de ressarcir para o agente, sendo, portanto, o fundamento da responsabilidade civil segundo essa concepção da teoria objetiva. Concebida por Ripert (Silva, 1962, p. 110) com vistas tão-somente ao direito de vizinhança, entenderam os estudiosos que podia perfeitamente ser generalizada. Segundo Ripert, a anormalidade do ato seria definida tomando-se como referência as necessidades do meio social. Em outras palavras, *“o estalão aferidor seria, assim, em essência, de fundo meramente sociológico e ao arbítrio do juiz ficaria então, em cada caso, a exata fixação dos limites além dos quais já se descambaria para a anormalidade, geradora da obrigação de reparar. Não existiriam, pois, fórmulas pré-estabelecidas senão princípios gerais, dos quais se deduzisse a normalidade ou anormalidade do ato em um momento dado.”* (Silva, 1962, p. 111). Segundo Gaudemet²⁶, o ato anormal seria aquele que se cumpre em desconformidade com o estado atual dos usos e costumes. Demogue (Pereira, 1995, p. 283) define-o como *“um tipo social representativo do padrão médio da sociedade”*. Silva (1962), p. 112, diferencia a teoria dos atos anormais da concepção de Demogue do uso do organismo ou da coisa perigosa.

²⁶ Eugene Godemet. *Théorie Général des Obligations* (Pereira, 1995, p. 284).

Pereira (1995), p. 283, não faz essa distinção e inclui o conceito de “organismo” ou “coisa” perigosa, ou ainda “uso perigoso da coisa ou do organismo”, nos limites do conceito de atos anormais. Assim feito, conta que os Mazeaud questionam o conceito, perguntando, por exemplo, se o uso de um automóvel ou avião é por si só um uso perigoso (portanto, um ato anormal). Silva (1962), p. 112, nesse mesmo sentido, registra que Demogue “se esqueceu” de definir ato perigoso. Finalmente, há duas grandes críticas lançadas contra essa doutrina. A primeira é que a questão desloca-se da comprovação da culpa para a comprovação da anormalidade do ato, o que, num certo sentido, cria as mesmas dificuldades para a vítima. Além disso, segundo apontado pelos Mazeaud (Silva, 1962, p. 111; Pereira, 1995, p. 284) em muitos de seus aspectos, a questão retorna à prova de que o ato foi culposos, o que implica simplesmente na volta à responsabilidade subjetiva.

A teoria do risco criado (Pereira, 1995, p. 284; Silva, 1962, p. 110) é a que melhor estrutura o conceito de risco no que tange à sua aplicação no âmbito da responsabilidade civil, sendo, por isso mesmo, a que acabou por prevalecer. Segundo Pereira (1995), a teoria em apreço diferencia-se da teoria do risco proveito porque nela não se exige a necessidade de fruição de qualquer vantagem por parte do agente, implicando, ainda, em que não necessitará a vítima provar a existência do

proveito: o agente pode até ter sofrido prejuízo com o ato, circunstância que não o exime de responder pelos danos causados a terceiros. Diferencia-se também da teoria dos atos anormais não só por eximir a vítima de provar a natureza do ato, como também por relevar a natureza mesma desse ato. A teoria do risco criado amplia as condições de aplicação da noção de risco tanto em relação à teoria do risco proveito quanto em relação à teoria dos atos anormais, remetendo, definitivamente, a questão da responsabilidade ao binômio fato e nexos causal, excluída qualquer consideração de natureza subjetiva (como, por exemplo, se houve proveito ao agente) ou de avaliação, ainda que objetiva, de qualquer outro parâmetro externo ao citado binômio (como, por exemplo, se o ato é normal ou anormal). Por essas mesmas circunstâncias, alberga perfeitamente as hipóteses da teoria do risco profissional. Para deixar definitivamente estabelecida a importância dessa teoria e sua relevância com relação às demais, cumpre evocar o fato de que é assumida como fundamentação da responsabilidade objetiva pelo atual Código Civil brasileiro, conclusão esta que emana da simples leitura do enunciado do parágrafo único do artigo 927: “*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem*”. Como se vê, não há no supra-

transcrito dispositivo nenhuma referência a qualquer outro critério que qualifique a ação do agente, que não a simples ocorrência do dano em circunstâncias em que o risco foi criado por esse mesmo agente.

Não obstante o Direito brasileiro albergar de forma robusta a teoria da culpa ou responsabilidade subjetiva, conforme registrado no tópico próprio, é fato que a responsabilidade objetiva também encontra espaço no direito positivo nacional.

Entre outros, são exemplos a legislação protetiva do trabalhador, o Código de Defesa do Consumidor (com a já citada exceção do § 4º do artigo 14), o Código Brasileiro do Ar e a legislação referente às estradas de ferro, sem contar o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que aplica a teoria do risco integral à Administração.

Por último, a responsabilidade objetiva foi positivada também no âmbito da legislação civil genérica, pelo já citado parágrafo único do artigo 927 do atual Código Civil, tornando, portanto, despicien- das interpretações exegéticas ou jurisprudenciais de artigos do código anterior (Pereira, 1995, p. 23). Com tal fato, deixou o instituto de responsabilidade objetiva de ser aplicável apenas e tão-somente a situações jurídicas isoladas (ainda que de ampla abrangência) para se tornar um princípio geral do Direito positivo brasileiro, ao lado do instituto da responsabilidade subjetiva.

A conformação atual do Direito positivo brasileiro é, portanto, mista, conforme aponta muito bem Pereira (1995), p. 280; nos dizeres desse autor: *“Proclamando a responsabilidade por culpa, como princípio geral, aceitam que, além desta, pode o agente estar sujeito a reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente exercida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*.

Antes de passar ao tópico seguinte, entendemos ser oportuno um esclarecimento a respeito de denominação dos institutos dos quais tratamos nesta parte. Reportamo-nos ao fato de nos referirmos de modo genérico e inespecífico aos vários institutos que constituíram os processos técnicos enumerados por Josserrand (1941) pelo termo “responsabilidade objetiva” e ainda por nos valermos do termo “objetivação do Direito”. Ambas as atitudes são justificadas pelo uso amplo e generalizado que deles se faz nos textos atinentes ao assunto, a começar por Josserrand (1941), o qual, na obra da qual acabamos de nos valer, fala em “objetivação da responsabilidade” (p. 556) e, na p. 559: *“Doutro lado, - e é uma terceira conclusão - a responsabilidade tende a objetivar-se; ...”*. De resto, essa forma de expressão traduz exatamente o processo em que se constitui o aparecimento responsabilidade objetiva.

Podemos dizer, então, que há um conceito de responsabilidade objetiva *lato sensu* que abarca todos os processos técnicos acima descritos, tais como a inversão do ônus da prova, a transmutação da responsabilidade extracontratual em contratual e a teoria do risco e um conceito restrito, que abrange exclusivamente esta última.

As mesmas considerações se aplicam ao instituto da obrigação de resultado (a ser vista mais a frente), que é amplamente referida tanto na doutrina como na jurisprudência como manifestação da responsabilidade objetiva, inserindo-se também em seu conceito lato.

A.5. Obrigação de meio e obrigação de resultado

Um último conceito jurídico importante para os propósitos desta monografia remete-nos à dicotomia obrigação de meio *versus* obrigação de resultado (Rodrigues, 2001, p. 17, Monteiro, 2001, p. 52; Couto Filho e Souza, 2004, p. 15), devida a Demogue (Giotri, 2001, p. 90; Comparato, 1967, p. 28).

A definição em si é simples e amplamente conhecida, motivo pelo qual nos ateremos a aspectos específicos. Diz-se que na obrigação de resultado o devedor obriga-se a atingir determinado fim previamente acordado; em outras palavras, que se obriga a produzir o resultado perseguido pelo credor, que necessariamente será aquele que lhe for

útil (Monteiro, 2001). Já na obrigação de meio, a responsabilidade do prestador não se cinge a alcançar especificamente aquele resultado que seria útil para o credor, sendo o exemplo mais óbvio a possibilidade de inocorrência de cura no tratamento médico. Respondem, então, os prestadores, nas obrigações de meio, apenas e tão-somente pelo uso dos meios adequados, e pelo haverem-se com zelo e diligência, ou seja, a prestação que devem prover é constituída por uma forma de comportamento.

A importância do conceito advém do fato de que, uma vez estabelecido um contrato no qual vigore obrigação de prestar determinado resultado, a sua inadimplência gera, por si só, presunção de culpa, ao passo que nos contratos em que vigora prestação de meio, necessário se faz provar que o devedor não cumpriu com sua obrigação de agir com zelo e da melhor forma possível para obter o fim colimado.

Atendo-nos aos conceitos clássicos de responsabilidade civil (vez que há tendências em direção diversa, conforme mostrado nos tópicos anteriores deste texto), nos casos em que se configura obrigação de meio exige-se sempre não só provar a culpa do prestador, como ainda, via de regra, incumbe à vítima produzir essa prova.

Identificamos então um elemento importante que vimos de discutir nos tópicos anteriores e que vem a ser a inversão do ônus da prova, ocorrente nas obrigações de resultado, motivo pelo qual esse insti-

tuto presta-se, também, aos desígnios daqueles que batalham pela modificação do cenário da responsabilidade civil, no sentido de sua objetivação.

Para os fins específicos deste texto, releva lembrar a sabida consignação de natureza de obrigação de resultado aos procedimentos estéticos, circunstância que confere a eles características próprias no âmbito da responsabilidade civil médica, fato, de resto, do conhecimento geral.

Voltaremos a esse assunto quando tratarmos da responsabilidade médica.

B. RESPONSABILIDADE MÉDICA

Embora a responsabilidade civil do médico se amolde perfeitamente às circunstâncias gerais que caracterizam a responsabilidade civil como tal, segundo descrita no tópico A. supra, há alguns elementos que se mostram específicos desta seara do conhecimento jurídico.

B.1. Aspectos históricos

Dadas as condições peculiares da medicina, dos valores sociais e humanos envolvidos em sua prática, manifestações normativas sobre a responsabilidade dos médicos podem ser traçadas até a mais remota antigüidade, ao lado de todas as demais instituições sociais de grande importância para a vida coletiva.

O tema já estava presente, por exemplo, nos artigos 218 e 219 do Código de Hamurabi (2394 a.C.) (Panasco, 1984, p. 36), no artigo 695 do Código de Manu* (entre 300 a.C. e 300 d.C.) (Gilisen, 1988, p. 103), nos Direitos egípcio, grego e romano, entre outros (Kfoury Neto, 2003, p. 45). Com exceção do direito bramânico, apresentavam, no geral e sem excessivas pretensões quanto à precisão, caráter “objetivista”. Quanto às penas, ou ignoravam critérios de proporcionalidade, aplicando a pena capital indistintamente, ou aplicavam o princípio de pena de talião (Panasco, 1984, p. 37 e 38), podendo-se dizer que, no conjunto das civilizações, observa-se evolução no sentido da primeira para a segunda.

É interessante notar que mesmo na mais remota antigüidade encontram-se exemplos de caracterização da responsabilidade médica em função de um elenco de normas pré-existentes, dando, assim, um contorno familiar ao instituto, a não ser pelo fato de que tais regras soam um tanto bisonhas aos ouvidos modernos. No Egito, por exemplo,

* O correto seria “Memória de Manu”, segundo Gilisen (1988).

havia um livro contendo todas as regras de conduta que deveriam ser observadas pelos médicos. Provado que haviam se conduzido segundo tais regras, não eram punidos. Provado o contrário, eram punidos com a morte, qualquer que fosse o desfecho do tratamento (Kfouri Neto, 2003, p. 48; Panasco, 1984, p. 37). Uma das regras determinava que o médico não poderia examinar o paciente antes de três dias do início da doença (Kfouri Neto, 2003, p. 49). Nas fases iniciais, a responsabilidade médica na Grécia era semelhante e influenciada pelos costumes egípcios a respeito (Kfouri Neto, 2003 p. 49).

Em Roma, a responsabilidade médica acompanhou todas as fases da evolução da responsabilidade civil expostas acima: vingança privada, intervenção do poder público, composição voluntária, composição tarifada e, finalmente, o regime da *Lex Aquilia*, com toda a evolução sofrida por esta (Kfouri Neto, 2003, p. 46). Antes da *Lex Aquilia*, a *Lex Cornelia* já estabelecia uma lista de delitos praticáveis por médicos com as correspondentes penas (Kfouri Neto, 2003, p. 47). Sob a tutela da *Lex Aquilia*, caracterizaram-se também delitos praticáveis pelos médicos: abandono de doente, recusa à prestação de assistência e erros derivados da imperícia ou de experiências perigosas (Kfouri Neto, 2003, p. 47). Não obstante a lei ser caracterizada por estabelecer um princípio geral e abstrato de culpa, com ressarcimentos proporcionais aos danos e de natu-

reza patrimonial, Kfourri Neto (2003), p. 47 e Panasco (1984), p. 39, informam que integravam as sanções aos médicos faltosos a pena de morte e a deportação.

Na antigüidade, os médicos eram tomados como taumaturgos ou demiurgos e sua atividade confundida com a do sacerdócio ou mesmo feitiçaria, produto das formas de pensamento primitivas de então. É sabido que na Grécia, por volta dos séculos VI e V, deu-se a ruptura constituída pela substituição das formas primitivas de pensamento (pensamento mágico, encantado), pelo pensamento racional, de que dá testemunho toda a produção filosófica iniciada, difundida e perenizada a partir daquele período. A chamada escola hipocrática traduz esse mesmo fenômeno histórico na esfera da medicina. De “construção filosófica aristotélica” segundo Kfourri Neto (2003), p. 49, o movimento hipocrático caracterizou-se, como sabido, pelo embasamento empírico e pelo uso da racionalidade na avaliação das causas das doenças e das formas de tratamento. Em consonância com essa evolução verificada no pensamento médico-científico, firmou-se progressivamente o princípio de que a culpa do médico não pode ser presumida somente com base no resultado do tratamento, devendo ser analisada individualmente, caso a caso, em função da conduta do profissional. Em face desse entendimento, platônicos e aristotélicos entendiam que a responsabilidade do médico devesse ser

avaliada por um perito na matéria e por um colegiado de médicos, o que, evidentemente, assemelha-se à moderna perícia (Kfourri Neto, 2003, p. 50).

As práticas e concepções a respeito da responsabilidade jurídica dos médicos passaram a sofrer mudanças mais aceleradas por volta do séc. XIII. Em parte porque, com o aparecimento das universidades, os estudantes, ao terminar os estudos, recebiam o diploma (láurea), que significava o reconhecimento público de sua preparação e capacidade profissional e, em parte, pela formação de corporações profissionais que lutavam pelos direitos de seus membros, entre elas as dos médicos, que conseguiram assim erigir inúmeras formas de proteção legal (Kfourri Neto, 2003, p. 47).

Os contornos modernos da discussão sobre a responsabilidade civil do médico começaram a tomar corpo na Europa ocidental, com especial importância na França, nos séculos XVI, XVII, XVIII e XIX (principalmente nos dois últimos), acompanhando, evidentemente, a eclosão do pensamento iluminista (que, de resto, influenciou todo o Direito).

Segundo Panasco (1984), p. 38, em 1596 e 1768 o Parlamento de Bordeaux e o Parlamento de Paris, respectivamente, pronunciaram-se pela interdição do exercício da medicina em casos concretos de

mau exercício. Como se pode constatar por tais decisões, o panorama era realmente outro, no que respeita às medidas punitivas.

Ainda segundo o mesmo autor (p. 38), em 1602 o Parlamento de Paris prolatou o princípio da irresponsabilidade médica, concernente aos acidentes sobrevindos no decorrer do tratamento. Em 1696 e 1710 aqueles mesmos Parlamentos decidiram também que os médicos não seriam responsáveis senão por dolo ou malícia. Tais decisões legislativas refletem bem o pensar a respeito do assunto que vigorava à época e que dominou a agenda europeia em geral e francesa em particular durante aqueles séculos.

Fervilhavam, então, discussões sobre a forma como deveria ser admitida a responsabilidade do médico, havendo duas grandes doutrinas que se opunham: a doutrina da irresponsabilidade (que abarcava uma variante: doutrina da responsabilidade restrita ao dolo ou má-fé, adotada pelas casas legislativas de Bordeaux e Paris, conforme acima referido) e a doutrina da responsabilidade (Panasco, 1984, p. 31).

Os nomes pelos quais são designadas as doutrinas dão plena noção de seus conteúdos.

Por óbvio que as entidades representativas da classe médica pugnavam acerbamente pela primeira. Alegavam seus defensores: 1. que o diploma do médico é uma prova de idoneidade, garantida inclusive

pelo Estado, já que este controla as Universidades; 2. o processo científico correrá perigo se os médicos sentirem-se ameaçados por iniciativas terapêuticas arriscadas; 3. as faltas técnicas de médicos não podem ser julgadas por tribunais constituídos por não-médicos, juízes e advogados; 4. a medicina não é ciência exata (Panasco, 1984, p. 33). O radicalismo dessa posição doutrinária chegava a ponto de propor a imunidade dos médicos mesmo para erros grosseiros e, conseguindo dominar por algum tempo a própria Academia de Medicina, fez com que esta tomasse posição favorável ao médico em casos como o do Dr. Hélie de Domfront (1825) (Kfourri Neto, 2003, p. 51; Panasco, 1984, p. 39) e do Dr. Thouret Noroy (1835) (França, 2004, p. 461 e Panasco, 1984, p. 41). Em 1834, convidada a discutir um projeto de lei sobre o exercício da medicina, esta instituição propôs o seguinte dispositivo, não acolhido: “*Os médicos e cirurgiões não são responsáveis pelos erros que puderem cometer de boa-fé no exercício consciencioso de sua arte*” (Panasco, 1984, p. 35). Resistência a essa doutrina, inclusive sua forma menos radical (responsabilidade por dolo ou má-fé exclusivamente), começou a medrar mesmo dentro de setores da classe médica.

O desprezioso resumo que se acaba de apresentar visa apenas dar uma breve noção do ideário que dominava a discussão sobre o tema, por ocasião da edição do Código Civil francês.

Conforme já registrado em tópico anterior, a consolidação moderna do instituto da responsabilidade civil por culpa (responsabilidade subjetiva), coroando o esforço intelectual iniciado com a *Lex Aquilia*, deu-se com a edição do Código Napoleão em 1804.

Esse código, entretanto, não possuía dispositivos específicos para a responsabilidade médica, devendo esta ser tratada nos termos genéricos dos artigos 1382 e 1383, admitido o regime desse diploma. Por outro lado, vigoravam ainda as decisões concernentes à inexistência de responsabilidade médica por atos que não carreassem dolo ou malícia (em outras palavras, por atos que pudessem ser entendidos apenas como culposos no sentido estrito da palavra).

Panasco (1984), p. 34, afirma que “*até 1810 a responsabilidade médica não se encontrava sancionada no Código francês...*”. O autor certamente refere-se a decisão judicial e não introdução de dispositivo específico no código (que não existe), mas não informa a qual o julgado se refere. Tanto é esse o sentido de sua afirmação, entretanto, que em seguida manifesta-se do seguinte modo: “*... sendo estabelecida somente mais tarde, quando os arestos de Dupin, o procurador geral da Corte de Paris, deram um novo encaminhamento à questão*”.

Foi nesse contexto histórico e nesse clima de polêmica estabelecida que se deram, em 1825, os fatos referentes ao parto da Se-

nhora Foucault, praticado pelo Dr. Hélié de Domfront, referido e descrito na introdução desta monografia.

De referir, também, o caso de 1835, no qual o Dr. Thouret Noroy, de Evreux, chamado a atender uma paciente, submeteu-a a sangria na prega do cotovelo, lesando a artéria. O quadro evoluiu para gangrena seguida da necessidade de amputação do membro. O Tribunal condenou o médico a pagar indenização, concluindo pela incidência de “imperícia, negligência e falta grosseira” (França, 2004, p. 461).

Neste ponto, impõe-se citar a figura de Dupin²⁷, Procurador Geral da Corte de Paris, responsável pelo parecer final nos casos de Evreux (França, 2004, p. 461) e Domfront (Kfoury Neto, 2003, p. 51) .

Por meio de sua atividade jurídica e insistência na responsabilização de médicos, ajudou, mediante elaboração jurisprudencial²⁸, a mudar o panorama então vigente no concernente à responsabilidade desses profissionais, estabelecendo-se definitivamente o conceito de que deveriam efetivamente responder pelos atos que praticassem com falha do dever geral de zelo (culpa *stricto sensu*) e afastando de vez qualquer idéia de imunidade ou de que só devessem responder por atos intencionais (dolo), conforme pretendido então. De ressaltar, também, o

²⁷ André Marie Jean-Jacques Dupin (1785-1863)

²⁸ Recordamos que a legislação francesa, mais especificamente o Código Napoleão, não possuía nenhum dispositivo específico sobre a responsabilidade civil médica, a qual, portanto, deveu sua conformação, nas circunstâncias históricas em questão, à atividade jurisprudencial e doutrinária.

caráter de natureza conspicuamente subjetiva consignada à responsabilidade civil médica nessa nova concepção que se formava sobre a imputabilidade jurídica do profissional em questão.

B.2. Aspectos específicos da responsabilidade médica

Pelo acima exposto, constata-se que, já pela sua história, a responsabilidade civil na área da atividade médica apresenta aspectos específicos que a diferenciam das demais situações da vida humana às quais se aplica o instituto e, não obstante a importante inflexão nas idéias comumente aceitas sobre a responsabilidade do médico com a definitiva aceitação de sua imputabilidade, a polêmica que envolve o assunto não cessou, tomando, ulteriormente, outras conformações, sempre em consequência das circunstâncias específicas que caracterizam o agir médico e o objeto de sua ação.

Com efeito, há um número relativamente grande de temas, de limites nem sempre precisos, e superponíveis, em parte, sobre os quais desenvolvem-se discussões e despontam idéias e posições doutrinárias díspares. Entendemos pertinente apresentar um breve panorama desses temas, com a finalidade de caracterizar melhor a questão que se pretende estudar nesta monografia, dispensando, entretanto, maior aten-

ção, àqueles que se mostram diretamente envolvidos no objeto deste trabalho.

Isso posto, podemos dizer que assumem posição de maior ou menor destaque, no caracterizar e modular a responsabilidade médica, questões tais como a complexidade técnico-científica da atividade e do conhecimento médico, circunstância que implica em cautelas especiais por parte dos Tribunais, no julgar as faltas técnicas dos médicos (Dias, 1944, p. 276; Kfourri Neto, 2003, p. 22; Santos, 1952, p. 259; Panasco, 1984, p. 33 – este último reportando ponto de vista médico), a habilitação formal e a especialização dos profissionais (França, 2004, p. 215; Kfourri Neto, 2003, p. 100; Dias, 1944, p. 284; Magalhães, 1984, p. 316), o caráter urgente ou eletivo do tratamento (Dias, 1944, p. 264; Rodrigues, 1995, p. 246) o momento dentre aqueles em que se desdobra a ação do médico, se antes, durante ou depois do tratamento (Kfourri Neto, 2003, p. 29) e segundo se trate de erro no diagnóstico ou no tratamento (Kfourri Neto, 2003, p. 89; França, 2003, p. 26).

A responsabilidade civil do médico conforma-se também segundo sua especialidade, sobretudo no que respeita à dicotomia obrigação de meio e resultado, pois há especialidades a cujos procedimentos se atribui a natureza de obrigação de resultado. É o caso da cirurgia plás-

tica, da radiologia e da anestesia, entre outras (Magalhães, 1984, p. 322; Kfoury Neto, 2003, p. 145 e 157; Panasco, 1984, p. 49).

Finalmente, o médico responde pelo fato da coisa e pelo fato de terceiro, temas que tomam aspectos peculiares no que respeita à responsabilidade civil, segundo envolvam relação com outros membros da mesma equipe ou de equipe diversa, com anestesista, com outros profissionais de saúde e com a própria instituição de saúde, havendo ainda aspectos *sui generis* relacionados ao instrumental de que se vale (Magalhães, 1984, p. 316 e segs.).

Por outro lado, há alguns elementos específicos atinentes à responsabilidade médica que merecem análise um pouco mais acurada, em função da importância que representam para o objeto desta tese, motivo pelo qual serão tratados a seguir. Dadas suas peculiaridades, a dicotomia obrigação de meio/obrigação de resultado será tratada em tópico próprio, na próxima parte deste texto.

B.2.1. A álea intrínseca aos organismos vivos

Dentre tais temas, é de notória importância o fato da natureza biológica²⁹ dos fenômenos sobre os quais se entretém o médico, não

²⁹ Não estamos nos esquecendo, com o uso deste termo, da instância psíquica da natureza do ser humano, que também é objeto da atuação do médico. Ocorre que para as finalidades deste trabalho não há necessidade de distinguir entre os efeitos de uma e de outra sobre a interação médico-paciente. O termo, portanto, designa todo e qualquer elemento “natural” que integra o conjunto de características de “organismo” do homem, inclusive os de natureza estritamente psíquica.

só pelo que significa em si, mas porque é ponto de partida para outras tantas discussões, motivo pelo qual deve ser tratada em primeiro lugar.

Trata-se, evidentemente, da reconhecida imprevisibilidade e imponderabilidade das reações dos organismos vivos que, no caso das ações médicas, manifesta-se seja nos processos patológicos espontâneos que constituem as doenças, seja nos processos provocados pelo próprio médico, tais como a cicatrização das feridas cirúrgicas e as interações com fármacos ou outros mecanismos de atuação terapêutica ou diagnóstica, como as ondas eletromagnéticas e partículas ionizantes (radioterapia e radiografias, radiofármacos, etc.).

A importância desse fator como uma espécie de “força estruturante” da natureza da responsabilidade do médico é universalmente aceita e seu reconhecimento manifesta-se de modos diversos.

Kfoury Neto (2003), p. 82, por exemplo, entende que: *“Nem sempre, porém, nos domínios da responsabilidade médica – e a asserção provém da análise de inúmeros casos concretos – o reconhecimento do nexo de causalidade é tarefa fácil. Os médicos dizem que não há doenças, há doentes – porquanto dois pacientes, acometidos do mesmo mal e tratados de modo idêntico, podem apresentar reações absolutamente distintas à terapia: num caso, a cura; noutra, o agravamento da enfermidade e, até, a morte”*. Ainda do mesmo autor e obra (p. 37): *“A*

dor, a doença, a morte, as alterações da saúde não constituem, em princípio, um risco que nasça da atividade médica, mas algo ínsito ao ser humano..” e ainda: “O próprio doente traz consigo um risco, derivado de sua patologia ...”.

Com o mesmíssimo sentido, mas de forma pouco diferente, Magalhães (1984), p. 323: “... *na avaliação da culpa desse profissional deve o juiz também ter em conta que todo médico sempre trabalha com uma margem de risco, ...*”. E numa terceira forma, Santos (1952), p. 258: “*Não constitui erro profissional o resultado da imprecisão, incerteza ou imperfeição da arte*”. De modo muito próximo a esse, Cunha Gonçalves, para quem, segundo Kfourri Neto (2003), p. 89, a ciência do médico é incerta é conjectural e Alvim (1965)³⁰, que entende não ser a medicina ciência exata.

Esse ponto de vista pode ser traçado até a antigüidade, pois segundo Ulpiano (Kfourri Neto, p. 48), “*assim como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar-lhe o que houver cometido por imperícia*”.

B.2.2. Deveres de humanidade e deveres relativos à técnica

A responsabilidade jurídica dos médicos pode ser apreciada ainda segundo as categorias *faltas técnicas* e *faltas contra o huma-*

³⁰ Palestra proferida no “Simpósio sobre Responsabilidade Civil e Criminal do Médico”, apud Kfourri Neto (2003), p. 73.

nismo (Fortes, 1994, p. 4). As primeiras, como o próprio nome diz, são “relacionadas à técnica, às habilidades e aos conhecimentos específicos necessários para o desenvolvimento da atividade”; as segundas referem-se aos direitos individuais dos pacientes. Uma classificação talvez um pouco mais completa estabelece que as obrigações do médico distribuem-se em: 1. deveres de conselho e orientação; 2. deveres de cuidado e assistência e 3. dever de abstenção de abuso e desvios de poder (Pereira, 1995, p. 151; Dias, 1944, p. 270). Pelo primeiro, entende-se a obrigação do médico de orientar o enfermo ou pessoas de quem este dependa sobre formas de proceder. Essa obrigação apresenta-se tanto no que respeita ao tratamento hospitalar quanto ambulatorial e mesmo domiciliar. Como exemplos, citam-se a necessidade de encaminhar de forma correta e a tempo ao especialista, quando for o caso, e de informar corretamente sobre os riscos do tratamento e da própria moléstia (Pereira, 1995, p. 151; Dias, 1944, p. 276). O segundo corresponde à categoria “faltas técnicas” (Fortes, 1944) e abarca todas as possíveis intervenções diagnósticas e terapêuticas a serem feitas sobre a pessoa do paciente³¹. Pelo terceiro, entendem-se experiências médicas, tratamentos arriscados ou de êxito duvidoso, cirurgias de prognóstico incerto ou desaconselháveis em face

³¹ No dizer deste autor, “são as que não seriam cometidas por profissional competente e diligente, agindo nas mesmas circunstâncias, observando as regras da ciência e da arte de sua profissão”.

das condições do paciente ou ainda de possibilidade de tratamentos menos invasivos (Pereira, 1995, p. 151; Dias, 1944, p. 276).

Incluem-se aqui, também, o sigilo médico e o consentimento informado. A ausência de consentimento é lesão autônoma, eficaz para gerar o dever de indenizar mesmo na ausência de dano (Lorenzetti, apud Kfourì Neto, 2003, p. 37).

As faltas contra o humanismo são denominadas, por alguns autores, como deveres acessórios. Esses deveres, de suma importância em toda a área médica, toma contornos especiais no que respeita à cirurgia plástica.

B.2.3. Dificuldade em provar o ato ilícito e o vínculo de causalidade

Uma última circunstância que caracteriza de forma marcante a responsabilidade civil do médico é a disseminadamente proclamada dificuldade de provar a ilicitude e estabelecer o nexo de causalidade entre o resultado indesejado e o ato alegadamente danoso. Deixamos propositadamente este item para o final desta introdução à responsabilidade do médico, uma vez que, na verdade, verifica-se em grande parte por consequência de todos os outros já tratados. Com efeito, alinham-se entre as causas dessa dificuldade a natureza imprevisível dos fenômenos biológicos atinentes à espécie, a alta complexidade e natureza técnico-científica dos conhecimentos envolvidos, proclamados de modo pratica-

mente universal pelos estudiosos, as inúmeras facetas de que se compõe a relação entre médico e paciente, implicando em obrigações de natureza humanitária e técnica, cada uma delas desdobráveis em outras tantas de tão diversa especificidade, os múltiplos momentos, tanto lógicos quanto temporais, pelos quais se desdobram as ações do médico e em que pode eclodir a responsabilidade, além da conformação particular que tomam neste campo institutos como a responsabilidade pelo fato de terceiros e pelo fato da coisa. Some-se a todo o acima referido a quantidade de pessoas da mesma e de diversas profissões envolvidas no atendimento dos casos mais complexos, nos hospitais de grande porte, característica conspícua da medicina moderna, para que se tenha um retrato completo não só da dificuldade em estabelecer a ilicitude e o vínculo, mas até a autoria do eventual ato danoso.

A dificuldade em se provar a ilicitude do ato médico permanece e possivelmente permanecerá questão indefinidamente aberta. Em face dessa constatação, verificam-se duas atitudes.

De um lado, procuram os estudiosos, dentro da esfera da responsabilidade subjetiva clássica, aperfeiçoar os mecanismos de apuração da culpa e do nexos sugerindo elencos de medidas, genéricas umas, casuísticas outras, destinadas a orientar os julgadores nos mais variados aspectos que caracterizam a responsabilidade do profissional (Dias,

1944, p. 285; Magalhães, 1984, p. 320 e segs.; Cunha Gonçalves – citado por Kfourri Neto, 2003, p. 84; Santos, 1952, p. 258 e segs.)

A outra resposta que o mundo jurídico tem tentado é no sentido da “objetivação” da responsabilidade civil do médico, tema do qual passaremos a tratar em seguida.

B.3. Responsabilidade subjetiva e objetiva no âmbito da responsabilidade médica

Os estudiosos são concordes em que, em nosso Direito, a responsabilidade civil do médico repousa, como regra, no estatuto da culpa, incumbindo à vítima provar o dolo ou culpa *stricto sensu* do agente para obter a reparação do dano (Kfourri Neto, 2003, p. 60; Pereira, 1995, p. 147; Couto Filho e Souza, 2001, p. 7; Castro, 2005, p. 26, 60 e segs.; Godoy, 2000, p. 88 e 92; Zuliani, 2003, p. 136 e 144; Vieira, 2001, p. 91; Couto Filho e Souza, 2004, p. 28; Souza, 2003, p. 46 e segs. e 59; Matielo, 1998, p. 64; Magalhães, 1984, p. 312 e 315), circunstâncias estas que seguem inalteradas com a edição do novo Código Civil, pois este é o sentido extraível do conjunto dos artigos 186, 187, 927, caput, 948, 949, 950 e 951 do novo diploma legal (Kfourri Neto, 2003, p. 60; Souza, 2003, p. 46 e segs.; França, 2003, p. 219; Zulianni, 2003, p. 137).

Tal tendência é tão marcante no Direito brasileiro, que permaneceu intocada mesmo com a edição de lei marcadamente objetivista como é o Código de Defesa do Consumidor, segundo apontado no tópico pertinente.

Por outro lado, conforme já explanado, pela redação do parágrafo único do artigo 927 ficou estabelecida de forma legislada em nosso direito positivo a aplicação genérica do estatuto da responsabilidade objetiva “*nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem*”, texto este que sufraga a teoria do risco criado, conforme também já explanado algures (Couto Filho e Souza, 2001, p. 7 a 9; Kfourri Neto, 2003, p. 60) .

Admitida a teoria do risco criado como fundamento da responsabilidade objetiva, apresenta-se, conseqüentemente, argumento com fortes raízes factuais e naturalísticas para fundamentar a aplicação da teoria da culpa e da responsabilidade subjetiva à prática médica ou pelo menos para rechaçar a aplicação da teoria do risco.

É que, nos dizeres de Kfourri Neto (2003), p. 61, “*Evidentemente, a ninguém ocorrerá atribuir aos profissionais da área da saúde o exercício de atividade que, normalmente, por sua própria natureza, implica riscos aos direitos do paciente – hipótese que, caso admitida,*

descartaria a verificação da culpa, na atribuição da responsabilidade, acarretando a adoção da responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco criado. Isto porque, a atividade curativa, em regra, não gera risco ao paciente. Antes, muito pelo contrário, visa a afastar o risco de agravamento de seu estado de saúde, propiciando melhora ou a cura total”. No mesmo sentido manifesta-se Castro (2005), p. 60: “Nunca é demais ressaltar quanto ao exercício da medicina pelo médico não ser ele, ordinariamente, o causador da situação que coloca em risco a vida ou a saúde do paciente, mas a moléstia”.

Endossando Kfoury Neto e com apoio em Cavalieri Filho, em exegese do texto do artigo 927 do CC, Couto Filho e Souza (2001), p. 8 e segs., esclarecem que o termo *atividade*, presente no dispositivo legal, não só não tem o sentido de ação ou omissão culposas que lhes dá o art. 186 do CC, como também não significa uma atividade qualquer, uma conduta individual e eventual, mas sim (transcrevendo Cavalieri Filho), “*atividade como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos*”. Por outro lado, também o risco não é um risco qualquer, mas o *risco criado*, ou seja, quem cria o risco é o beneficiário da atividade profissional organizada ou serviço. Nesse sentido, o risco criado contrapõe-se ao *risco inerente ao fato*, que é aquele que se faz presente na ati-

vidade do médico. Explica-se, portanto, por que o dispositivo em questão, e conseqüentemente a teoria do risco, não deve se aplicar à atividade médica, embora seja esta uma atividade profissional, organizada, exercida com finalidade econômica.

Pode-se praticamente afirmar haver consenso entre os estudiosos brasileiros a respeito da inaplicabilidade da teoria da responsabilidade objetiva em sua forma mais exacerbada, teoria do risco, à responsabilidade do médico, posição que não se restringe ao Brasil.

De modo geral, ainda que se expressando por outras formas, também fundamentam-se os autores no fato de o risco ser inerente e decorrente da natureza dos fenômenos e, portanto, não criado pelo médico. Branco (1996), p. 56, afirma: *“Isto significa dizer que não é ínsita ao exercício da atividade médica e advocatícia a assunção de riscos. Neste sentido foi feliz o CDC, no § 4º do art. 14, ao excluir de seu regime de responsabilidade objetiva os profissionais liberais”*; e logo a seguir: *“A imputação de uma responsabilidade objetiva a advogados e médicos significaria a inviabilização do exercício destas profissões, na medida em que só são chamadas a intervir em situações duvidosas e arriscadas”*. Couto Filho e Souza (2004), p. 64 e 65, num contexto no qual repudiam a aplicação do CDC à relação médico paciente, expressam, ainda que de forma indireta, a mesma idéia: *“Tratar a relação médico/paciente*

como relação de consumo é impingir àquela o mesmo risco existente na prestação de um serviço preciso e exato, como consertar um cano, tarefa na qual a rosca tem de ser do mesmo tamanho da entrada do cano, ou ainda de fabricar uma série de um produto qualquer, na qual, sem dúvida, poderá sair algum com defeito. Quando falamos da prestação de serviço de saúde, estamos diante de algo inexato, pois mesmo quando o serviço é prestado corretamente, fatores totalmente alheios ao prestador podem ocorrer”; Zuliani (2003), p. 140, expressa a idéia de modo direto: “O dever de indenizar, para esse segmento, não decorre do risco da atividade que exercem. Estão, pois, em princípio, livres da teoria do risco profissional e da responsabilidade objetiva”.

Alguns autores ressaltam a inviabilização da profissão, admitida a responsabilidade objetiva. Matielo (1998), p. 66, dispõe: *“Inicialmente, cumpre ressaltar o perigo representado pela simples admissão da responsabilidade objetiva ou da presunção de culpa como indicativas do dever de indenizar, porque isso estabeleceria o império da insegurança jurídica nas relações de caráter médico, envolvendo os profissionais da área muito mais para a preocupação consigo próprios e com as formas pelas quais afastariam os riscos de eventual demanda do que com a saúde dos pacientes”*; nesse mesmo sentido, em sentença da 5^a Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, assim se manifestou o juiz,

segundo Couto Filho e Souza (2001), p. 65: “*Não se pode responsabilizar o médico por situações para as quais a própria ciência médica não tem explicação. Se assim fosse, não haveria mais ninguém que se dispusesse a seguir tão nobre profissão. Tornar o médico responsável pelo desconhecido é estabelecer nova espécie de responsabilidade objetiva, o que é de todo inadmissível*”; de registrar, também, que disposição semelhante encontra-se em Branco (1996) no segundo dos dois textos do autor acima transcritos. Zuliani (2003), p. 140, manifesta-se também nesse sentido: “*a responsabilidade objetiva do profissional liberal é, igualmente, uma sugestão, que deve ser descartada, para não sacrificar o ideal dos abnegados médicos que praticam seu mister com denodo, retidão, superando desafios invencíveis impostos pela pobreza da população e precariedades do sistema hospitalar*” e Magalhães (1984), p. 311, ao dissertar sobre a teoria da perda de uma chance (vide abaixo), refere que ela tem sido repudiada porque seria o mesmo que engendrar responsabilidade sem culpa, engajando, conseqüentemente, responsabilidade objetiva.

Há ainda outra ordem de considerações a respeito da inaplicabilidade da teoria do risco à responsabilidade civil do médico, quais sejam que, admitida a responsabilidade sem culpa, o médico perderia a liberdade porque o médico livre não pode responder senão pelo que lhe é

imputável e nunca pelo que é inerente à natureza ou à condição humana (Chammard e Monzein, citados por Castro, 2005, p. 62), ou ainda que o profissional se despersonalizaria (Kfoury Neto, 2003, p. 31) ou ainda tornar-se-ia inibido de aplicar as terapêuticas mais complexas ou mesmo novas ou ainda de inovar ele mesmo, ainda que dentro de limites éticos.

Além dos acima citados, Godoy (2000), p. 88, Souza (2003), p. 60, Rosário (2004), p. 43 também manifestam entendimento de que a teoria do risco não se aplica à responsabilidade civil do médico, sem entretanto fundamentar-se nos modos acima.

Não obstante todo o acima exposto, afirma Kfoury Neto (2003), p. 61, que tem recrudescido nos últimos tempos a corrente dos que se opõem à idéia da culpa como fundamento da responsabilidade civil, mesmo para o dano médico, informando que tal movimento alicerça-se nos mesmos argumentos evocados para justificar a objetivação em geral, ou seja, que o Direito deve abranger todos os casos de dano e atender ao princípio social da reparação em todas as circunstâncias em que ela possa se produzir ou, de forma mais específica, evocando a consensualmente admitida notável dificuldade enfrentada pelo lesado para obter provas da culpa, do nexos causal e mesmo da autoria (Kfoury Neto, 2003, p. 35), conforme registrado no tópico B.2 supra. Magalhães, (1984), p. 311, também espousa essa opinião.

Hermes Rodrigues de Alcântara, já em 1971 (apud Kfourri Neto, 2003 p. 62), um dos doutrinadores brasileiros que abraçam a teoria objetivista, assim se justificava exemplificando o acima afirmado: *“Com elementos objetivos manuseamos muito mais desembaraçadamente. Ao julgador não se exigirá que vista o escafandro etéreo para mergulhar no âmago das almas litigantes, como gostariam os subjetivistas. Na era dos computadores, todos os cálculos são possíveis para determinar uma incógnita desde se conheçam alguns fatores concretos. A medicina de hoje tem muito pouco de abstrata”*.

Não admitida a teoria do risco, os autores que se pautam por opiniões favoráveis à “objetivação” da responsabilidade civil do médico manifestam por outros modos sua disposição em contornar as dificuldades naturais apresentadas pela teoria da culpa. Nesse sentido, são bem elucidativos os dois textos de Matielo (1998) a seguir transcritos; p. 65: *“Entretanto, a aplicação prática da doutrina da culpa mostrou a sua insuficiência ante as inúmeras nuances que a realidade apresenta, porque às vezes é tão patente a reduzida amplitude da mesma que a insistência em propugnar pela sua utilização exclusiva conduziria à impossibilidade de realizar a entrega da prestação jurisdicional nos moldes como preconizado pela legislação. As lacunas deixadas pela referida teoria foram paulatinamente sendo preenchidas pela doutrina da res-*

*ponsabilidade objetiva*³², cujos contornos já foram explicitados alhures”; p. 66: “No que concerne à responsabilidade civil dos médicos, segue-se a regra geral da imprescindibilidade da demonstração da culpa do agente, amenizadas as exigências quanto à prova inarredável e profunda de sua ocorrência ante os termos consignados na legislação, quando a natureza da demanda ou as circunstâncias concretas apontarem para a responsabilidade mediante a produção de elementos de convicção mais singelos como saída adaptada à realidade processual”.

Zuliani (2003), notório adepto da necessidade de mudança nos mecanismos de apreciação da responsabilidade do médico, em texto no qual tece considerações sobre a utilização do instituto da inversão do ônus da prova como mecanismo para atingir essa finalidade, afirma que (p. 139): “A responsabilidade é uma batalha na luta pela completa reparação dos danos. Resultados adversos, isolados, inexplicáveis não formam barreiras intransponíveis para que se idealize uma fórmula capaz de permitir, sem desestruturar a atividade médica, que se faça justiça para o erro profissional” e que se faz necessário (p. 151) “construir uma ordem jurídica infensa a erro judiciário, como o de não amparar uma vítima de erro médico por questões probatórias”.

³² Lembramos que esta expressão é usada num sentido amplo, como gênero de todos os mecanismos e institutos jurídicos que de alguma forma tentam contornar a questão da responsabilidade subjetiva.

Estabelecidos os aspectos genéricos da forma pela qual a parte predominante (se não a totalidade) dos autores “objetivistas” entende a questão da reestruturação dos mecanismos jurídico-processuais destinados a concretizar suas concepções, impende esmiuçá-los, como meio de dar seqüência ao presente estudo, e finalmente introduzir a questão que se pretende discutir nesta monografia.

Por motivos que ficarão definitivamente esclarecidos ao final, embora possamos afirmar desde já que há suficientes elementos para tornar clara sua pertinência, os seguintes temas serão abordados a seguir, todos, evidentemente, focados no aspecto atinente à responsabilidade civil médica: 1. responsabilidade contratual e extracontratual; 2. obrigações de meio e obrigações de resultado; 3. inversão do ônus da prova.

Da análise dos três itens acima inicialmente expostos, podemos adiantar que dois deles correspondem a institutos jurídicos descritos como os “processos técnicos” com os quais se pretendeu, originalmente, objetivar a responsabilidade civil geral (Josserand, 1941). Além desses, apresentam-se duas novas teorias, aparecidas nos anos 60, respectivamente nos EUA e na França e que, embora não se apliquem exclusivamente à responsabilidade médica, serão apresentadas neste tópico porque, além da origem histórica diversa, não necessitam de consi-

derações teóricas exteriores ao âmbito da responsabilidade médica para seu perfeito entendimento. São elas a teoria “*res ipsa loquitur*” e a teoria da perda de uma chance.

Iniciaremos a exposição subsequente pelas duas últimas.

B.4. A teoria “*res ipsa loquitur*” (“a coisa fala por si mesma”)

Kfouri Neto (2003), p. 67 e segs., cita esta como uma das teorias tendentes a “objetivar” a responsabilidade civil do médico, utilizada em estados norte-americanos e no Canadá.

O tema cinge-se ainda à questão da prova. Segundo o mesmo autor, ante a simples ocorrência de determinados fatos (não qualquer fato, como se verá), presume-se a culpa do médico em favor do paciente. Entende-se, por princípio, que tal fato não teria ocorrido se não fosse por culpa. Essa formulação teórica integra o denominado “direito de evidência circunstancial”

Tal teoria fundamenta-se nos seguintes elementos: 1. o dano não ocorre ordinariamente se não houver alguma forma de culpa; 2. deve necessariamente ser produzido pelo médico ou alguém atuando diretamente sob sua direção ou controle; 3. as circunstâncias devem indicar que o paciente não o produziu, nem voluntariamente, nem por culpa.

Sempre segundo Kfouri Neto (2003), a jurisprudência americana tem admitido essa teoria como fundamento das decisões em casos, por exemplo, em que há lesão de parte saudável do corpo, na área do tratamento, ou em partes distantes dessa área, saudável ou não, remoção equivocada de parte errada do corpo, queda de dentes pela traquéia, queimaduras, infecção pelo uso de instrumento não esterilizado, omissão em radiografar para diagnóstico de possível fratura, colocação equivocada de aparelho gessado, incapacidade resultante diretamente de aplicação inadequada de injeção, explosão de gases anestésicos.

Trata-se, segundo se depreende das considerações do autor ora citado, de mais uma forma de estabelecer a presunção de culpa do demandado.

B.5. Teoria da perda de uma chance (“*Perte d’une chance*”)

Kfouri Neto (2003), p. 64, Kfouri Neto (2002), p. 96, dissertando sobre o assunto conta-nos que, na visão tradicional, a teoria em comento aplicava-se a fatos gerais, não médicos, em que haveria uma possibilidade em tese, mas real, de obtenção de determinado ganho, possibilidade esta anulada pelo ato do devedor.

Cita como exemplos o transportador de cavalos que chega ao local da competição após o início da corrida e o advogado que deixa

de apresentar determinado recurso por perda do prazo. Nessas condições, trata-se de um método de quantificação de “prejuízo não certo mas possível” e caracteriza-se, conseqüentemente, pelo aspecto de mitigação do valor indenizatório, vez que não se trata de prejuízo propriamente dito, mas de perda da possibilidade de ganhos. Indeniza-se, na verdade, a chance ou oportunidade subtraída à vítima, não o prejuízo em si.

Nas palavras deste autor (Kfouri Neto, 2003, p. 66), “*De maneira geral, a perda de uma chance repousa sobre uma possibilidade e uma certeza: é verossímil que a chance poderia se concretizar; é certo que a vantagem esperada está perdida – e disso resulta um dano indenizável. Noutras palavras: há incerteza no prejuízo e certeza na probabilidade*”.

Sendo assim, o montante da indenização estaria vinculado à avaliação do dano consecutivo à perda da chance e não ao prejuízo final em si. “*Se, por exemplo, a indenização integral atingiria cem mil francos, mas a vítima teve perdida uma chance em duas razoavelmente possíveis, a indenização seria de cinquenta mil francos*” (Kfouri Neto, 2003).

Refere que essa teoria foi transposta para a área médica sob a denominação de *perte de chance de survie ou guérison* por volta de

1960, tendo se consolidado em 1965, por uma decisão histórica da Corte de Cassação francesa.

Manifesta, entretanto, o entendimento de que, ao ser aplicada à Medicina, a teoria em apreço assumiu características totalmente distintas ((Kfoury Neto, 2002, p. 100). Para tanto, cita Rafaella Mattei, para quem essa teoria, quando aplicada ao campo médico, “*assume um significado ambíguo, podendo ser usada com a finalidade de se condenar o médico a ressarcir o dano, quando o profissional poderia ser absolvido devido à incerteza do nexos causal (...)*”

Ainda segundo essa mesma autora (sempre citada por Kfoury Neto, 2002), o recurso à teoria da perda de uma chance para estabelecer o nexos causal destina-se na verdade a exonerar o Autor do ônus de provar a existência do nexos.

Couto Filho e Souza (2004), p. 75, declinam o que seriam as principais características da teoria, quando aplicada na esfera da responsabilidade médica: reprovação da conduta do profissional, mesmo sem culpa; responsabilização mesmo sem dano; a “perda de uma chance” é o próprio dano; dever de indenizar sem nexos causal; aceitação de um nexos causal virtual (“*causalité virtuelle*”).

Ainda com o sentido de elucidar o melhor possível os conceitos relativos a tal teoria (que, pessoalmente, consideramos um tan-

to confusa), citamos mais uma vez Kfoury Neto (2003), p. 64: *“Em síntese, admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente. Pouco importa que o juiz não esteja convencido de que a culpa não causou o dano. É suficiente uma dúvida. Os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre culpa e dano, pois que a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades (“chances”) ao doente. Milita uma presunção de culpa contra o médico”*.

Depreende-se de todas as diferentes manifestações acima expostas que a teoria em apreço transita na esfera da “objetivação” da responsabilidade médica, seja de forma direta ou pura, seja mediante a inversão do ônus da prova, dependendo da interpretação oferecida. O que parece certo é que não se trata de indenizar um dano efetivamente causado pelo agente, mas a perda da chance de recuperação ou sobrevivência. Conforme Couto Filho e Souza (2004), o dano é a perda da chance de cura ou melhora e não a lesão à integridade física ou à vida.

Kfoury Neto (2003), p. 66, cita como exemplos de aplicação dessa teoria no Brasil, acórdãos do Tribunal de alçada do Paraná e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No primeiro, pedido de indenização de três mil salários mínimos resultou em condenação de dezesseis mil reais.

B.6. Responsabilidade contratual e responsabilidade médica

É estreme de dúvida o fato de que a relação médico-paciente é entendida por parte substancial da doutrina e jurisprudência como de caráter contratual (Dias, 1944, p. 264; Kfourri Neto, 2003, p. 71), não obstante a sistemática, tanto do revogado CC de 1916 quanto a do atual, dispor a responsabilidade profissional médica no capítulo da responsabilidade extracontratual.

Kfourri Neto (2003), p. 71, entretanto, esclarece que nem toda relação médico-paciente é contratual, citando como exemplo o atendimento inesperado, no meio da rua; aduzimos os casos em que médicos são chamados a atender pessoas que passam mal durante vôos comerciais³³.

Caracterizam-se, portanto, como contratuais, os atendimentos regulares.

A questão assim disposta pode induzir ao errôneo entendimento de que em não se verificando a cura estaria caracterizada a responsabilidade civil do médico por inadimplemento. Dias (1944), p. 267, adverte contra tal impropriedade e esclarece que “[mesmo sendo a obri-

³³ A tais situações aplica-se a chamada “Lei do bom Samaritano”, conjunto de normas de natureza consuetudinária, com implicações particulares no que respeita à responsabilidade do médico e com reflexos no Direito Internacional, em face da possibilidade de ocorrência de atendimentos de urgência em espaços aéreos internacionais ou de nacionalidade diferente daquela que regula legalmente a atividade do profissional envolvido.

gação do médico de natureza contratual] não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa”. Silveira (1991), complementando, esclarece que na responsabilidade contratual, a culpa pode ou não ser presumida “e no caso do médico não é” e continua explicando que tal se dá porque “*via de regra, o médico no desempenho de suas funções não tem comprometido um determinado resultado, mas apenas exige-se-lhe que se conduza de certa forma*”; em outras palavras, reporta-se o autor à dicotomia “obrigação de meio/resultado” conclusão que manifesta explicitamente no parágrafo seguinte do texto em comento.

Ao nosso ver, quem melhor disserta sobre essa questão é Theodoro Júnior (1999); ao discorrer sobre a natureza contratual da obrigação, esclarece que, no que concerne ao médico, “*a situação probatória se modifica, em face da natureza especial da obrigação contraída pelo prestador de serviços*” e a seguir: “*A culpa do médico, pela natureza do contrato que firma com o cliente, somente será configurada quando os seus serviços tiverem sido prestados fora dos padrões técnicos. Por isso, o fato constitutivo do direito de quem pede indenização por erro médico se assenta no desvio de conduta técnica cometido pelo prestador de serviços*”.

Ao que nos parece, portanto, e em função dos esclarecimentos dos três autores ora citados, a questão da obrigação contratual

com referência ao médico equaciona-se em termos de obrigação de meio/obrigação de resultado, circunstância que, se correto o entendimento, torna o conceito de pouca utilidade.

Com efeito, o fato de viger um contrato, qualquer que seja sua natureza³⁴, entre médico e paciente, não tem o condão de alterar nem a natureza nem o fundamento da responsabilidade, de subjetiva para objetiva ou vice-versa ou mesmo de determinar a quem incumbe o ônus da prova em caso de descumprimento.

Antes, essa circunstância dependerá de ser a atividade médica em questão considerada como obrigação de meio ou resultado, e as implicações a respeito de responsabilidade e ônus da prova são todas derivadas desses conceitos, sendo a responsabilidade civil, em geral³⁵, considerada como subjetiva no primeiro caso e objetiva (em sentido amplo) no segundo (Kfoury Neto, 2003).

B.7. Obrigação de meio e resultado e responsabilidade médica

Conspícua característica da responsabilidade civil médica vem a ser aquela segundo a qual, em sua grande maioria, as obrigações decorrentes dos atos médicos são de meio e não de resultado. Trata-se de ponto sobre o qual graça o mais completo assentimento (Pereira, 1995, p.

³⁴ Questão sobre a qual não há unanimidade entre os estudiosos.

³⁵ Ressalvada a tendência objetivista apontada no tópico B.1.

151; Rodrigues, 2001, p. 246). Com efeito, admitida a imprevisibilidade e inexistência de garantia completa do controle dos fenômenos por parte do médico, não se pode exigir dele mais do que o uso zeloso e diligente dos meios adequados e disponíveis. A esse respeito, e exatamente em função dos propósitos deste trabalho, talvez o aspecto mais interessante a ser trazido refira-se às condições em que foi criado o conceito de obrigação de resultado, ou, melhor dizendo, da dicotomia obrigação de meio/resultado.

Consta que noções do conceito em referência podem ser traçadas no Direito Romano (Giotri, 2001, p. 91) e que, modernamente, na doutrina alemã do séc. XIX, tal teoria já aparecia de forma explícita (Comparato, 1967). O nome de Demogue, entretanto, ficou associado ao instituto, que é comumente atribuído a ele, em função da revisão que fez de suas implicações para a vida e o Direito hodiernos.

Segundo Giotri (2001), p. 91, Demogue, ao fazer sua elaboração pessoal dessa teoria, estava preocupado com resolver, entre outros, problemas relativos ao transporte de pessoas e mercadorias, preocupação esta também ligada á crescente complexidade da vida moderna, particularmente ao crescimento da indústria automobilística e das conseqüentes mudanças havidas nos meios de transporte e outros aspectos da vida social e econômica.

Interessante então é notar que, sempre segundo a autora em apreço, o critério usado por Demogue para distinguir as situações ubicáveis em cada um dos tipos de obrigação, foi exatamente a existência ou inexistência de álea³⁶. Por esse motivo, o ramo dos transportes, altamente sujeito a acidentes, mas não ao fator álea, prestava-se perfeitamente ao modelo. Nesse sentido, e comentando Demogue, Lalou (apud Giostri, 2001, p. 92) afirma que sempre que o resultado buscado pelas partes for aleatório, a correspondente obrigação será uma simples obrigação geral de prudência e diligência. Também para Mazeaud (1957), p. 117, quando o fim último depende de álea, a obrigação é apenas de meio e se não depende, é de resultado: *“Ce sont, en effet, les obligations où la diligence même du débiteur reste l’objet de l’obligation. Et s’il en est ainsi, c’est normalement parce que le résultat souhaité par le créancier, et que le débiteur s’efforcera d’atteindre, est trop aléatoire, dépend trop peu de la seule diligence du débiteur, pour que les parties puissent en faire l’objet de l’obligation”*. Esse autor cita como exemplo de contrato em que vigora a álea, exatamente a do tratamento médico, mas não faz referência, neste ponto, a procedimentos estéticos ou outra especialidade. Ainda segundo Mazeaud (1957), o motivo da distinção prende-se exatamente a definir o objeto do contrato e cita, como exemplo muito elucidado

³⁶ Comparato (1967), pg. 33, também manifesta-se no sentido de que o critério para a distinção é a existência da álea e o atribui a Demogue.

tivo, o caso de bancos que guardam valores de clientes em cofres sob sua guarda. Pergunta-se o autor qual seria a responsabilidade do banco, se apenas o de vigilância, ou de efetivamente garantir a entrega dos valores quando solicitados e conclui evidentemente por esta última.

É importante notar que não se deve confundir o motivo ou a necessidade da existência da classificação, com o fundamento da ubicação nas categorias que a compõem. Este último, como vimos, é a existência da álea, enquanto a primeira prende-se à determinação do ônus da prova (Cristiano, 1981). Determinado o objeto da obrigação, mediante o critério de interveniência ou não do fator álea, fica determinado, subsequente, o ônus da prova em caso de descumprimento.

O tema é de suma importância para os propósitos desta tese, vez que sabida é a concepção de que as cirurgias e procedimentos estéticos embelezadores em geral são tidos como constituintes de obrigação de resultado e, por esse motivo, será retomado oportunamente.

B.8. Inversão do ônus da prova

Os aspectos teóricos gerais pertinentes, inclusive históricos, que envolvem o tema em foco já foram apresentados no tópico A.3. supra. Resta, portanto, neste ponto, trazer considerações atinentes aos

elementos que dizem respeito mais de perto (embora não exclusivamente) à responsabilidade do médico.

Também já registramos naquele tópico o fato da origem dupla deste instituto: como decorrência da natureza do contrato e da obrigação entre as partes dele advinda (nos casos de obrigações de resultado) e como mecanismo processual “puro”, pretendendo por essa expressão significar exatamente o fato de se tratar de medida legislativa destinada a cumprir determinada finalidade político-jurídica, qual seja, a de equiparar as forças entre vítima e agente no processo, amenizando, tanto quanto possível, a hipossuficiência técnica (principalmente) e econômica daquela.

É neste último o sentido que se fala neste ponto e a legislação pertinente evidentemente constitui-se no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90).

Não há nenhuma dúvida sobre ser jurisprudência e doutrina acordes em que a relação médico-paciente é de natureza consumerista (Zuliani, 2003, Marques, 2004). Entende-se que a pessoa que se afigura como paciente de médico é consumidor nos termos dos arts. 2º e 3º, § 2º dessa lei (Zuliani, 2003, Marques, 2004). A responsabilidade objetiva é instituída pelos arts. 12 (fabricante, produtor, construtor, etc.) e 14

(prestadores de serviços – hipótese que se aplicaria, como regra, aos médicos)

Questão importante é não confundir a responsabilidade objetiva estabelecida nesses dispositivos do código com a inversão do ônus da prova.

Segundo entendimento pacífico, a inversão do ônus é um mecanismo estritamente processual, que não interfere na natureza da relação entre as partes nem tampouco tem o poder de transmudar a natureza da responsabilidade de subjetiva para objetiva.

Trata-se, portanto, a princípio, de presunção *juris tantum* contra o prestador de serviços, incluído o médico.

Quanto a isso, Zuliani (2003) é claro : “*A técnica da inversão da carga probatória transfere ao médico o ônus de confirmar que o resultado (realmente danoso, um fato que se tem como notório – art. 334, I, do CPC, para o processo civil) ocorreu devido às circunstâncias previstas ou imprevistas do tratamento médico aplicado ao caso clínico da paciente e não por culpa verificada no desempenho do serviço*” .

A jurisprudência também assim entende, sem grandes controvérsias.

Assim se manifestam, por exemplo, o Des. Rüter Oliva da 9ª Câmara de Direito Privado do TJSP em julgado de 2002: “*Não há*

confundir responsabilidade civil, de direito material, com o ônus processual de provar os fatos alegados em juízo, que pertine ao campo do direito processual. Assim, sujeitar o profissional liberal ao regime da responsabilidade subjetiva não corresponde a uma automática abolição do regime processual da inversão do ônus da prova quanto a esse fornecedor de serviços por não haver a menor possibilidade de inconciliabilidade entre os dois regimes”, o Ministro Waldemar Sveiter da 3ª Turma do STJ, em REsp de 1999: “Não cabe ao paciente, vítima de um ferimento simples no dedo que, após atendimento médico-hospitalar, teve a extremidade do membro amputada devido a um foco infeccioso, demonstrar que o atendimento não foi adequado, pois segundo o art. 6º, VIII, do CDC, tal prova deve ser produzida pelo médico e pelo hospital, eis que, nos termos do art. 14, § 4º, também da lei 8078/1990 e do art. 1545 do CC, a responsabilidade dos profissionais é subjetiva, dependendo da verificação de culpa”.

Não se justificam, portanto, em princípio, as opiniões manifestadas por alguns de que não se aplicaria o princípio da inversão do ônus da prova aos profissionais liberais em função do art. 14, § 4º do diploma legal em apreço.

De modo geral, quando se fala do instituto da inversão do “*onus probandi*” no âmbito da lei 8078/1990, a referência se dá com vistas ao art. 6º, VIII.

Marques (2004), entretanto, fala de inversão “*ex vi lege*” contida no art. 14, § 3º, o qual, segundo essa autora, incumbe tanto aos hospitais quanto aos médicos e corresponde, em termos de prestação de serviços, ao art. 12, § 3º, que regula o mesmo instituto no que respeita a defeitos de produtos. Transcreve inclusive ementa do TJSP mas de sua leitura constata-se que o réu era exclusivamente o hospital. Que seja do nosso conhecimento, essa é a única autora a esposar a idéia em apreço com referência aos profissionais pessoas físicas.

Manifestação vigorosa a respeito do uso do instituto da inversão do ônus da prova como medida de equilibrar as partes no processo e priorizar com racionalidade a posição do lesado encontra-se em Zuliani (2003). Esse autor posiciona-se de forma clara e explícita contra a possibilidade de aplicação da teoria do risco aos profissionais médicos (conforme, inclusive, já tivemos oportunidade de informar acima), mas propõe com o mesmo vigor a adoção do instituto processual em questão deixando claro, também, seu entendimento de que tal medida não implica em objetivação da responsabilidade, nem mudança da natureza da obrigação do médico e tampouco violação do direito de defesa.

Assevera que não se trata de lançar mão de modo indiscriminado desse instrumento processual, devendo-se inclusive evitar fazê-lo apenas por ocasião da sentença, rechaçando doutrina nesse sentido.

Gomes (2002), em atitude radical, entende que o art. 14, § 4º do CDC não se aplica aos médicos, por se tratar a relação de consumo, de relação contratual. Segundo esse entendimento, apenas nos casos em que houvesse quebra do contrato por ato culposo do médico, aplicar-se-ia o dispositivo em questão, mas não no simples descumprimento do contrato.

Mantém, entretanto, o conceito de que a responsabilidade é subjetiva com inversão do ônus.

Discordando do sentido adotado pelos autores até agora citados e sobretudo em contraposição ao entendimento manifestado por Gomes (2004), Theorodo Jr. (2000) afirma que o CDC teve o cuidado de cogitar em dispositivos próprios os contratos de meio e de resultado, reconhecendo-lhes regimes distintos, tendo mantido, para os profissionais liberais, “em geral”, “o sistema do código civil lastreado na culpa”, invocando, apontando o art. 14, § 4º. Afirma que o CDC instituiu a inversão do art. 6º, VIII, como medida a ser adotada caso a caso, segundo critério do juiz (do que, aliás, não difere Zuliani, 2003) e não como regra absoluta e invariável e postula que a relação contratual entre médico e

paciente continua sendo de meio em todos os caso. Aguiar Jr. (2000) também entende que não há distinções entre responsabilidade contratual e extracontratual no âmbito do CDC (p. 146).

O exemplo de posição radical em sentido oposto à adoção dos dispositivos do CDC na relação médico-paciente vem de Couto Filho e Souza (2004), p. 63 e segs. Afirmam que essa relação não pode ser considerada relação de consumo devido à sua especial função social e porque tratá-la assim implica em impingir-lhe o mesmo risco existente na prestação de um serviço preciso e exato (“*como consertar um cano*”). Fundamentam-se também com o fato de a vida e saúde não serem bens de consumo e que a relação não é consumerista.

Quanto à aplicação do art. 6º, VIII, entendem que o instituto, “puramente doutrinário”, causa efeito próximo ao da teoria objetiva

Excetuada a última afirmação acima, entendemos que a opinião em apreço é certamente minoritária, mas não parece ser isolada.

Em julgado do TJSP de 2000 (agravo de instrumento), é rechaçado o recurso ao art. 6º, VIII do CDC, em relação médico – paciente tipicamente contratual, sob argumento estritamente subjetivista (RT785).

C. PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS

O objeto deste texto não se restringe às cirurgias plásticas em sentido estrito, abarcando antes todo e qualquer procedimento estético, mesmo que não cirúrgico, praticado por médico ou dentista, pois a todos aplicam-se os mesmos pressupostos teóricos em termos de responsabilidade civil.

Ocorre que os estudiosos em geral usam a expressão “cirurgia plástica” ainda que não restrinjam seu estudo a essa forma específica de procedimento, não havendo propriamente grande preocupação com a precisão terminológica. Nas citações que serão feitas, portanto, respeitaremos os termos utilizados pelos respectivos autores e os modos habituais pelos quais se expressam nos assuntos referentes ao tema e também não nos obrigaremos à precisão terminológica em nossas manifestações próprias.

C.1. Classificações das cirurgias estéticas

Antes de prosseguir na exposição dos aspectos específicos dos procedimentos estéticos que interessam para esta tese, entendemos ser de interesse para a discussão que se fará a seguir expor as classificações que os estudiosos médicos propõem para as cirurgias plásticas. Ressalvamos de antemão que os autores médicos de modo geral e os dois

que citaremos a respeito asseveram a inexistência de diferenças substanciais de procedimentos e de natureza entre o que se convencionou chamar cirurgia reparadora e cirurgia estética, posição com a qual concordamos. A classificação, entretanto, não deixa de ser pertinente, sobretudo para estudos como o presente.

Avelar (2000), p. 88 e segs., classifica as cirurgias plásticas em geral nas seguintes categorias: 1. relativas a alterações anatômicas congênitas; 2. relativas a mutilações traumáticas; 3. relativas a mutilações por câncer; 4. relativas a alterações senis ou do envelhecimento.

Cita como exemplo da primeira a ausência de orelhas, ao qual aduzimos o lábio leporino e a fenda palatina.

Inclui na quarta as modificações decorrentes das alterações teciduais do envelhecimento, citando como partes do corpo afetáveis não só a face (nariz, pálpebras, pescoço), mas também mamas, abdome, coxas e braços.

Ferreira (1992), restringindo-se aos chamados procedimentos estéticos, divide-os em quatro grupos.

O primeiro inclui aqueles que tratam das conseqüências do envelhecimento na face (ritidoplastia, blefaroplastia, etc.); em seu entendimento, visam reparar ou minorar as alterações fisiológicas provocadas pela inevitável passagem do tempo.

Um segundo grupo inclui as cirurgias do contorno corporal: plásticas de mamas, do abdômen, das coxas, etc.; visam reparar alterações provocadas por obesidade, variações hormonais e estados fisiológicos como a gravidez.

Um terceiro grupo visa a correção dos desvios da forma presentes desde o nascimento, tais como nariz adunco, orelha em abano, pequeno ou excessivo volume das mamas, etc.

Os três grupos acima apresentados, segundo a concepção do autor ora sob comento, têm em comum o fato de repararem alguma alteração, seja adquirida, seja congênita, mas que, num certo sentido, sem ser patológica, desvia-se da norma a ponto de poder causar alguma insatisfação e/ou alteração na esfera da psique. A finalidade precípua desses procedimentos seria então atender ao anseio por maior conforto psicológico, que seria obtido pela reparação. Não teriam a intenção de tornar mais bonitas pessoas feias (ainda que terminem por fazê-lo), mas apenas reparar algo que de algum modo não estava segundo os padrões normalmente encontrados ou desejados para a forma anatômica do órgão ou parte do corpo, seja por motivos constitucionais, seja pelo envelhecimento natural.

Um último grupo caracterizar-se-ia exatamente por não possuir as finalidades reparadoras dos grupos anteriores; as pessoas aí

incluídas apresentariam características externas dentro dos padrões normais para seu grupo etário, social e racial, mas mesmo assim pretendem, por algum motivo, alterar o aspecto físico de alguma parte do corpo. Entende esse autor que tais casos não devem, por princípio, ser indicados se o profissional for sério. Infelizmente, não cita exemplos de situações que envolvessem esse grupo.

Entendemos ser de interesse não só para este estudo mas de natureza geral para o tema, a seguinte classificação, composta a partir das duas acima apresentadas:

1. Procedimentos estéticos *lato sensu* (“reparadores”)
 - 1.1. Reparação de alterações anatômicas congênitas
 - 1.2. Reparação de alterações adquiridas
 - 1.2.1. Por trauma
 - 1.2.2. Por doenças
2. Procedimentos estéticos *stricto sensu* (“estéticos”)
 - 2.1. Reparação do envelhecimento da face
 - 2.2. Reparação do contorno corporal
 - 2.3. Correção de desvios congênitos da forma
 - 2.4. Alteração de aspectos físicos normais

As categorias 1.1 e 2.3 não devem ser confundidas. A primeira inclui alterações notoriamente anormais como as acima citadas (fenda palatina, ausência de orelhas, etc.), freqüentemente (mas não necessariamente) associadas a alterações de natureza funcional e que, por si só, são motivo para constrangimento e desconforto psicológico, os quais deverão ocorrer como regra (ou seja, há forte presunção nesse sentido,

sendo o contrário, se é que ocorre, evento excepcional). A segunda constitui-se em alterações mínimas, não classificáveis como anormais (pelo menos não “à outrance”), mas que causam desarmonia estética e nas quais o constrangimento e desconforto psicológico não são presumíveis como regra, dependendo fortemente de características próprias da personalidade.

Uma outra noção teórico-conceitual que julgamos importante é que, com base nos argumentos de Ferreira (1992), podemos denominar os procedimentos do grupo 1 como estéticos *lato sensu* e reparadores *stricto sensu*, os procedimentos 2.1, 2.2 e 2.3 como estéticos *stricto sensu* e reparadores *lato sensu* e os procedimentos da categoria 2.4 como estéticos puros. Isso posto, referir-nos-emos a esses três grupos, no texto subsequente, respectivamente como reparador *stricto sensu* (ou simplesmente “reparador”), estético *stricto sensu* (ou simplesmente “estético”) e puramente estético ou estético puro.

O motivo de termos optado pelas considerações acima a respeito das classificações dos procedimentos estéticos é que os conceitos em questão, tão importantes para a discussão sobre o assunto, são, na literatura jurídica, tão confusos quanto imprecisos. De modo geral, há consenso e uniformidade em dividi-los nos dois grandes ramos: cirurgias estéticas e reparadoras, mas o mesmo consenso e uniformidade não se

apresentam quando se passa a esmiuçar a classificação do grupo dos denominados procedimentos estéticos com conseqüências no que tange às implicações relativas à responsabilidade civil.

Kfouri Neto (2003), p. 169, divide esses últimos em duas modalidades: 1. cirurgias de caráter estritamente estéticos; 2. cirurgia estética *lato sensu*.

Define o primeiro grupo citando como exemplo o paciente que visa tornar seu nariz, “*que de modo algum destoa da harmonia de suas feições*”, ainda mais formoso, “*considerando um modelo ideal de beleza estética*”. Assevera que, com relação a esse grupo, o médico se obriga a um resultado determinado e se submete à presunção de culpa correspondente e ao ônus da prova para eximir-se do dano eventualmente decorrente de sua intervenção.

Refere-se ao segundo como procedimentos destinados a “*corrigir pequena imperfeição da natureza, que ocasiona mal-estar psíquico à pessoa*”. Cita como exemplo o nariz aquilino e de linhas irregulares, “*em absoluta desarmonia estética*” e afirma que, ao corrigir a distorção, deverá o médico atentar ao dever de prudência normalmente exigido “**e não estará adstrito a uma obrigação de resultado**” (grifamos).

Da análise dessas definições, parece-nos claro que o primeiro grupo corresponde à categoria 2.4 de nossa classificação acima

exposta, à qual Ferreira (1992) simplesmente proscree qualquer procedimento cirúrgico por motivos estéticos.

Por outro lado, o segundo grupo de Kfoury Neto corresponde, s.m.j., à categoria 2.3 de nossa classificação, a qual, segundo explanado naquele ponto, enquadra-se de forma plena no conceito de procedimentos estéticos, o que nos obriga a concluir ser o autor em apreço adepto da linha que entende serem tais procedimentos caracterizáveis como obrigação de meio para esse grupo. Restaria apenas saber se o autor inclui o entendimento acima revelado também aos grupos 2.1 e 2.2 de nossa classificação.

Referindo-se de modo genérico a outros autores, afirma que costumam considerar na definição de procedimentos estéticos o fato de não serem curativos e que, portanto, fariam parte desta especialidade tão só os atos tendentes a (transcrevendo Ataz López) “*mudar o padrão estético da pessoa, como se se tratasse de mudar a forma de um vestido ou a cor de uma gravata*” (p. 166).

Também segundo esse mesmo autor (p. 165), Introna define cirurgia estética aquela que não tem por escopo curar uma enfermidade, mas sim, eliminar as imperfeições físicas que, sem alterar a saúde de uma pessoa, tornam-na feia do ponto de vista estético.

Nas duas citações acima, o autor não informa minúcias sobre o entendimento que os demais têm de termos tais como “padrão estético da pessoa” e “imperfeições físicas”, ou mesmo o exato alcance da expressão “feia do ponto de vista estético”; tampouco esclarece se o verbo “curar” se aplica exclusivamente aos procedimentos reparadores ou se se aplicaria também aos procedimentos estéticos, entendidos esses termos segundo as categorias de nossa classificação.

Rosário (2004), p. 89, classifica as cirurgias plásticas que denomina “cirurgia estética propriamente dita” em dois grupos: cirurgia de caráter estritamente estético e cirurgia estética *lato sensu*. Caracteriza o objeto do primeiro grupo como sendo aquele no qual “*o cliente deseja o modelo ideal de formosura estética, como no caso de tornar o contorno da boca ainda mais harmonioso do que se apresentava anteriormente*”; atribui a esse tipo de procedimento a obrigação de resultado; já o segundo grupo destina-se à correção “*de pequena imperfeição da natureza, incorrendo em um estado psíquico desequilibrado do indivíduo*”; dá como exemplos desse grupo “*orelhas de linhas irregulares*” e com respeito a ele a autora em apreço afirma não estar o médico vinculado a uma obrigação de resultado, “*devendo agir com cuidados inerentes à profissão*”. Aqui também quer nos parecer que o primeiro grupo corresponde exatamente à categoria 2.4 de nossa classificação, proscriita para

procedimentos corretivos segundo Ferreira (1992), enquanto o segundo grupo, compatível com as categorias 2.1, 2.2 e 2.3, assimila-se ao que se entende normalmente como cirurgias plásticas estéticas. A esse grupo, entretanto, a autora desonera da obrigação de resultado; se fôssemos julgar pelos dados aqui apresentados, concluiríamos também por ser esta autora adepta da corrente que atribui aos procedimentos estéticos a qualidade de obrigação de meios; a leitura completa de sua monografia, entretanto, não permite essa conclusão, o que demonstra a importância da definição clara dos conceitos e a confusão que vigora neste campo, já apontada acima.

Pereira (1995), p. 157, divide os procedimentos plásticos em estéticos (que não define nem caracteriza por exemplos) e corretivos e refere-se genericamente a esses últimos (aos quais atribui a natureza de obrigações de meio) como aqueles aplicáveis a pessoas portadoras de deformações (“*não importa se congênita, cirúrgica ou traumática*”), sem entretanto esmiuçar o que exatamente entende por deformação.

Dias (1944) não apresenta classificação dos procedimentos estéticos, mas, justificando sua aceitação como procedimento em si mesmo lícito e desejável, refere-se à sua finalidade como “*de melhorar as condições de aparência física*” sem especificar, nesse ponto, o que entende por tal expressão (p. 294); mais à frente, permite alguma infe-

rência sobre o exato sentido que dá à expressão “aparência física”, ao manifestar que a cirurgia plástica tem a finalidade de “*restituir à vida, à alegria e ao amor quem deles andava apartado por ter nascido defeituoso ou defeituoso ter ficado em virtude de um desastre ou crime*”. Ocorre que a descrição em apreço evoca circunstâncias que se aplicam à cirurgia plástica reparadora, sobre a qual não pairam dúvidas, tais como as que se apresentam com respeito à cirurgia estética em sentido estrito, não se entendendo, nessa hipótese, a que título estaria o autor justificando a liceidade do procedimento.

Gonçalves (2003), p. 366, refere que a obrigação continua sendo de meios no atendimento a vítimas deformadas ou queimadas em acidentes, ou no tratamento de varizes e de lesões congênicas ou adquiridas em que ressalta a natureza corretiva do trabalho. Pode-se presumir dessas palavras que o autor em apreço inclui entre as alterações suscetíveis de obrigação de resultado aquelas identificadas como 2.1, 2.2 e 2.3 em nossa classificação.

Sebastião (2001), p. 69 e segs., divide a “medicina plástica” (“incluída a dentária”) em dois grupos correspondentes às cirurgias reparadoras e às cirurgias simplesmente estéticas. Subdivide o primeiro grupo em “reconstrução estética para reparação” e “complementar, para sanar defeito congênito”. Ao segundo denomina também “puramente

contratual” e “cosmetológica” e caracteriza como sendo “de cunho voluntário e ditado pela vaidade pessoal”. Ao primeiro grupo, com suas duas subdivisões, atribui a natureza de obrigação de meios e ao segundo, de obrigação dupla, meio e resultado, como fazem alguns autores. Até esse ponto, tudo indica que o autor preconiza a classificação clássica com algumas variações nominais. O aspecto que desperta a atenção é que, ao referir-se subseqüentemente às cirurgias “puramente contratuais”, depois de registrar que o senso de aparência pessoal que cada um tem de si próprio integra o conceito de saúde, dispõe que os limites entre o aceitável e o inaceitável são individuais e casuísticos (“*A linha divisória entre esses conceitos situa-se apenas na vontade e desejo de cada ser humano*”) e então “... *saber quando se trata de cirurgia reparadora ou apenas embelezadora (puramente contratual), para efeitos de definição de culpa, é questão a ser aferida caso a caso*”. Ora, parece-nos claro ser perfeitamente dedutível das palavras do autor em apreço que as cirurgias tradicionalmente classificáveis como estéticas (grupos 2.1, 2.2 e 2.3 da nossa classificação) constituem obrigação de meios desde que causem desconforto psíquico “razoável”; essa conclusão torna-se ainda mais autorizada quando consideradas suas observações subseqüentes: “*Óbvio que compete ao médico, como profissional sério que deva ser, desestimular a cirurgia absolutamente desnecessária ou aquela cujo risco não*

compensa correr. É que se o paciente tem desvio de personalidade, dando excesso de atenção a detalhes irrelevantes de sua aparência e sofrendo com isso, o médico, como pessoa equilibrada, não pode abrir mão do bom senso e do exaustivo dever de advertência, contra-indicando a cirurgia, pelos riscos decorrentes. Quando desses deveres descursa, a ponto de ver no paciente apenas oportunidade de ganhar dinheiro fácil, deve pagar pelo mau resultado – se ocorrer. Em tais casos, presume-se que o médico assumiu o risco pelo resultado”. Pelo exposto, parece perfeitamente aceitável o entendimento de que o autor, a exemplo de Ferreira (1992), divide o grupo das cirurgias estéticas entre aquelas destinadas a reparar e/ou corrigir alguma alteração devida ao envelhecimento ou desvios da forma (estéticas *stricto sensu*) e aquelas que se destinam a corrigir apenas detalhes da anatomia normal que não agradem ao portador (estéticas puras), mas se vale de modo particular de caracterizar a diferença entre eles, dando ênfase ao desconforto psíquico enquanto Ferreira (1992), sem ignorar as repercussões psíquicas como fundamentos para a classificação e indicação do procedimento, ateu-se mais à combinação de critérios constituídos por aspectos relativos à forma das partes do corpo e eventual classificação nosológica das alterações efetivamente anormais.

Em julgados também se encontra a noção de que a distância entre os dois grupos não se apresenta descontínua. Waldemar Zveiter, em conhecido acórdão do TJRJ (EAp 1.232/87, 21/06/1987, apud Antônio Chaves (1991), estabelece que se preponderantemente reparadora a cirurgia, aplicam-se princípios relativos a obrigações de meios.

Castro (2005), p. 148, apresenta as duas categorias conhecidas; cita como exemplos de cirurgias reparadoras aquelas destinadas a corrigir lábio leporino, cicatrizes, queimaduras e defeitos deixados por outras cirurgias e define cirurgia estética como aquela levada a cabo com a finalidade de “*embelezamento ou aperfeiçoamento físico do indivíduo*” e aduz ser realizada “*quando o paciente não padece de qualquer mal físico*”. Presume-se que o autor enquadre todas as categorias do item 2 de nossa classificação nesse conceito de cirurgia estética, mas a nosso ver, carece ainda essa classificação da precisão que julgamos necessária, principalmente por não diferenciar as categorias 2.1, 2.2 e 2.3 (estéticos *stricto sensu*) da categoria 2.4 (puramente estéticos).

É interessante notar que mesmo a autores médicos falta a necessária precisão. França (2003), p. 240 e segs., classifica as cirurgias plásticas em dois grupos: “reconstrutora, reparadora ou corretiva” e “cosmética”. Caracteriza o primeiro como “*condições deformadoras congênitas ou adquiridas e mutilações resultantes de traumas*” e cita

como exemplos lábio leporino, seqüelas de câncer de mama e lesões oriundas de trauma de face. Ao falar do segundo grupo, dá como exemplos a cirurgia em “*olhos siameses e lábios carnudos*”. Fica-se assim sem saber em qual dos grupos se enquadrariam aquelas denominadas estéticas *stricto sensu* de nossa classificação.

A finalidade de demonstrar a imprecisão dos conceitos relativos à cirurgia estética no que tange à sua classificação é que dela decorrem imensos obstáculos ao entendimento de todos os demais aspectos envolvidos na discussão, como já se pode antever pela simples resenha que se acaba de apresentar.

C.2. Esboço histórico

Ao passarmos a discutir o tema da cirurgia plástica em seus elementos específicos, entendemos que devemos fazê-lo iniciando pela sua história, pois esta, como pretendemos demonstrar, encerra aspectos que ao nosso ver explicam em grande parte a conformação atual das concepções jurídicas sobre o procedimento.

Pereira (1995), p. 156, divide a história da cirurgia plástica em três fases: de rejeição, de aceitação com reservas e de aceitação plena.

Na primeira, indagava-se se não seria reprovável o simples fato da realização de uma cirurgia com finalidades estritamente estéticas, não destinada a resolver um problema de saúde, ou se deveriam ser levadas em consideração as circunstâncias de cada caso. Nessa primeira fase, prevalecia no pensamento jurídico o primeiro ponto de vista; a cirurgia estética pura era então considerada, em larga escala, um fato ilícito em si mesma.

Em face desse tipo de opinião, a jurisprudência mostrava forte tendência a condenar severamente o médico que não atingisse o resultado pretendido pelo paciente, independentemente das circunstâncias. Era dispensável o reconhecimento da ocorrência de imperícia, negligência ou imprudência por parte do cirurgião (Kfoury Neto, 2003, p. 156). Simplesmente por realizar cirurgia considerada desnecessária, o médico incorria no dever de reparação, “*quase a título de responsabilidade objetiva*” (Kfoury Neto, 2003).

Testemunho eloqüente dessa situação é dado pelos termos do julgamento do caso da Srta. Suzanne Geoffre (depois Sra. Le Guen) pela Câmara do Tribunal do Sena, em 1926 (Santos, 1952, p. 268 e segs. – transcrição completa, no original). Trata-se de uma mulher jovem, completamente sã, que se submeteu a cirurgia para diminuir o diâmetro das pernas pela retirada de gordura. Seguiu-se gangrena na perna esquer-

da, que acabou por ser amputada. Em sua argumentação, o advogado da autora alegou que o cirurgião cometera dois erros: erro de técnica operatória (“*faute opératoire*”) e erro no simples fato de ter realizado a cirurgia. Este último vem a ser o que interessa para este texto.

A seguinte ordem de idéias compõe a argumentação a respeito desta segunda tese: 1. que se devem discutir nos Tribunais os limites de poder e soberania dos cirurgiões e até onde eles podem tentar (“*Le procès que j’ai l’honneur de plaider devant vous, Messieurs, me paraît avoir une importance très grande. Et voici pourquoi. C’est parce que jamais, devant les Tribunaux français tout au moins, ne s’est posée aussi claire et agüe la question de savoir ce que le chirurgien peut tenter dans le domaine opératoire*”); 2. se os cirurgiões podem soberanamente dispor dos corpos das pessoas (“*Est-ce qu’ils peuvent souverainement disposer du corps des malades qui se confient à eux?*”); 3. expõe então seu entendimento segundo o qual os cirurgiões só podem intervir no corpo humano com a única e exclusiva finalidade de curar ou diminuir o sofrimento e a dor (“*Et si vous me dites: mes alors, dans quel cas le chirurgien peut-il intervenir? Je vous répondrai: Uniquement pour guérir. Le chirurgien ne peut tailler dans le corps humain que pour guérir et pas pour autre chause. Il a le droit d’intervenir, de mutiler les corps, d’en enlever les organes, mais pour défendre ce corps contre la*

mort ou contre des souffrances insupportables”); 4. Finalmente, justifica seus pontos de vista com argumentos de natureza exclusivamente moral ou, mais genericamente, axiológica: “Le principe qui domine dans le débat, permettez-moi de vous l’exprimer de mon point de vue, c’est que le corps humain est une chose sacrée, e cette vérité est une vérité philosophique, une vérité sociale, une vérité religieuse, et aussi, je puis le dire, une vérité juridique”.

O Tribunal condenou o cirurgião com base nos dois tipos de erro alegados, tendo, portando, acolhido a idéia da intocabilidade do corpo humano são, idéia, de resto, consagrada à época, conforme antecipado³⁷. A esse propósito, consigne-se que também a doutrina jurídica italiana adotava posição idêntica, segundo Introna (citado por Kfoury Neto, 2003, p. 156).

Registre-se que a intocabilidade do corpo humano com finalidades plásticas tem origem em valores religiosos católicos e não se restringia, originalmente, ao corpo são, mas a quaisquer cirurgias que interviessem sobre a forma do corpo, mesmo nos casos de mutilações. Testemunham esse fato a figura e a vida de Gaspare Tagliacozzi, médico

³⁷ Seguem dois exemplos de considerandos fundamentadores da decisão: “Attendu, cependant, qu’il ne conteste pas que l’opération pratiquée ait été entreprise, non pour soulager une souffrance, ni pour remédier à un état pathologique défectueux, ni même pour corriger une monstruosité physique ou une defformité véritable, mais uniquement dans le dessein de réaliser l’amincissement des jambes de la Dame Le Guen, c’est-à-dire de corriger une imperfection physique, d’ailleurs relative”(op. cit. p. 316) e “... dans le seul but d’en corriger la ligne et sans que cette intervention soit imposée par une necessite thérapeutique...” (op. cit. p. 317).

italiano do séc. XVI (1545-1599), considerado grande precursor da cirurgia plástica moderna, cuja carreira caracterizou-se pela intervenção em deformidades de sífilíticos, hansenianos e mutilados de guerra, tendo introduzido inúmeros procedimentos cirúrgicos novos para a época. Por entender que tais intervenções constituíam ofensas às leis divinas por mexer com a forma do corpo, a Inquisição italiana perseguiu e executou Tagliacozzi, enterrando-o em “terra estranha” (Avelar, 2000, p. 80). Ainda no séc. XVIII vigoravam pressões dessa natureza. Segundo o mesmo autor (p. 80), em 1764 um cirurgião francês chamado Le Mounier relatou o primeiro tratamento de uma fenda palatina. Na mesma época, cirurgiões começaram a aplicar técnicas para correção de vários defeitos faciais. Pressionada pela Igreja, entretanto, a Faculdade de Medicina de Paris suspendeu tais práticas.

Outro aspecto de interesse que se pode depreender deste breve relato histórico é que o avanço da cirurgia plástica está intimamente ligado ao avanço das técnicas de correção de defeitos adquiridos, “mutilações”, sejam por doenças sejam de origem traumática.

Nesta mesma ordem de idéias, pode-se dizer que a cirurgia plástica moderna nasceu nos albores do séc. XX e está ligada ao tratamento de mutilações havidas nas guerras do final do século anterior e na primeira guerra mundial, despontando, com referência ao período re-

lativo a esse último evento bélico, a figura do Dr. Harold Gillies (1882-1960), médico de origem neozelandesa atuante na Inglaterra, considerado o pai da moderna cirurgia plástica (Avelar, 2000, p. 85). Essa fase, iniciada, como dissemos, por volta de 1900, corresponde ao período Universal na classificação histórica de Avelar (2000), p. 81. Esse período caracterizou-se pela progressiva evolução da fase de censura religiosa para sua admissão como matéria de interesse social e humano. Caracterizou-se também pelo início do desenvolvimento pleno de técnicas cirúrgicas com a finalidade de alterar tão-somente aspectos físicos não doentios (Avelar, 2000, p. 88, Ferreira, 1992), motivo pelo qual situa-se no primeiro quartel desse século a polêmica envolvendo o assunto e tão bem documentada pelo julgamento acima relatado.

Consoante registramos acima, Pereira (1995), p. 156, distingue uma segunda fase histórica da cirurgia plástica caracterizada exatamente pela progressiva atenuação da posição anterior (aceitação com reservas). Do ponto de vista jurídico, passou-se a considerar as circunstâncias em que se desenvolveram os fatos. Ponto de inflexão importante na história jurídica dessa concepção foi sentença do Tribunal do Sena em 25 de fevereiro de 1929³⁸ (Pereira, 1995, p. 156). Entre outros elementos,

³⁸ Castro (2005), p. 149, aparentemente baseado em Alberto J Bueres, atribui ao julgamento do caso Suzanne contra o Dr. Dujarrier esta mudança de concepção apontada por Pereira (1995), além de afirmar que “*com este julgado, não se abriu discussão sobre a licitude da cirurgia estética*”. Conforme registramos acima, tivemos oportunidade de ler o texto integral deste julgamento no original em

levou-se em conta que a cirurgia, em não sendo proibida por lei, não poderia ser considerada ato ilícito. Outro elemento a que se deu valor foi o fato de que nem toda cirurgia estética seria movida apenas por vaidade, mas cumpriria a função de melhorar a qualidade de vida da pessoa (inclusive psicologicamente) ao minimizar ou eliminar alguma imperfeição anatômica. Questionava-se ainda, entretanto, a idoneidade dos procedimentos denominados meramente embelezadores, tendentes a evitar ou diminuir os efeitos do envelhecimento natural.

A terceira e atual fase (correspondente também ao período Universal da classificação de Avelar, 2000) caracteriza-se pela aceitação completa e sem ressalvas da liceidade do procedimento estético meramente embelezador (Kfoury Neto, 2003, p. 156; Pereira, 1995, p. 157; Lopez, 1999, p. 90). A julgar pelo testemunho da literatura, seu início é relativamente próximo dos fatos acima citados, pois já em 1944, Dias (1944), p. 293, expressava a opinião nesse sentido, inclusive com referência a inexigência de indicação terapêutica do procedimento.

Como se pode notar deste breve relato histórico, há defasagem de aproximadamente 100 anos entre o período de transição dos séculos XVIII e XIX, no qual desenvolveu-se toda a polêmica relativa à responsabilização jurídica dos médicos e o período de transição dos sé-

Santos (1952), p. 268 e segs., e entendemos que o autor está equivocado. A posição de Pereira (1995) é também manifestada por Kfoury Neto (2003), p. 167.

culos XIX e XX, no qual desenvolveu-se a polêmica relativa à liceidade da cirurgia estética. Essa defasagem, consoante pode ser aferido dos dados históricos, prende-se ao fato de que as técnicas de cirurgia plásticas desenvolveram-se apenas no final do séc. XIX e início do séc. XX, viabilizando, então, apenas nessa época a especialidade e criando condições para o aparecimento da questão.

Por outro lado, embora haja coincidência temporal entre a questão a respeito da “objetivação” do Direito (descrita nos tópicos A e B3 a B8 supra) e a polêmica sobre a liceidade da cirurgia plástica, merece registro o que nos parece constituir importante diferença de temática e enfoque entre ambas as situações, pois, mesmo admitindo que na questão atinente aos procedimentos estéticos (atribuição de natureza de obrigação de resultado) pudesse estar envolvido de alguma forma o debate sobre a objetivação do Direito, parece-nos que tal se dá de forma colateral ou secundária, prevalecendo amplamente, naquela questão, o enfoque relativo à discussão de natureza moral acima apresentada, desvinculado, em ampla medida, de preocupações de cunho objetivista.

Ainda que tal discussão tenha sido por fim superada, restou, a nosso ver, como conseqüência, a maior severidade com que todo o aparato jurídico institucionalizado (Academia e Tribunais) avalia os procedimentos estéticos.

Não é difícil encontrar entre os estudiosos afirmações que confirmam a severidade com que os Tribunais encaram a responsabilidade do cirurgião plástico. Kfoury Neto (2003), p. 156, por exemplo, afirma: “*A responsabilidade civil decorrente de cirurgia plástica estética – e sem imediata necessidade terapêutica – é, quase sempre, analisada de modo pouco favorável ao médico*”.

Magalhães (1984), p. 323 (e desta mesma autora, Lopez, 1999 p. 90), declara que a responsabilidade por dano na cirurgia estética deverá ser apreciada com muito mais rigor que nas operações necessárias à saúde e à vida, por se tratar de pessoa em perfeito estado de saúde.

Dias (1944), p. 288, não poderia ser mais explícito e claro a respeito não só da existência, mas mesmo dos motivos morais dessa maior severidade de apreciação: “*Aspecto eminentemente moderno da medicina é a cirurgia estética. 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 hoje inexecutáveis processos de rejuvenescimento, mas esquecidos das assombrosas possibilidades que ela pode abrir à humanidade, dentro das altas finalidades da arte médica*” (grifos nossos).

Também Castro (2005), p. 148, dá testemunho dessa conotação moral na gênese da avaliação, mesmo moderna, da cirurgia estética: *“A cirurgia estética, até poucos anos atrás, era desprezada, sob os argumentos de que se tratava de atividade que servia de publicidade para artistas e vedetes, que a ela se submetiam elementos anti-sociais para ocultar ou falsear suas identidades, que era utilizada para dissimular os impactos da passagem do tempo, dentre outras.”*

Tal severidade, por sua vez, traduz-se em dois grandes elementos: 1. a maior exigência consignada aos cirurgiões plásticos quanto aos deveres de informação/aconselhamento/orientação e obtenção de consentimento informado (deveres acessórios); 2. a imputação aos procedimentos estéticos, da natureza de obrigação de resultado.

C.3. Da maior exigência quanto aos deveres acessórios

No que tange às exigências quanto aos deveres acessórios de orientação e aconselhamento, os autores expressam-se sob formas variadas, embora de modo geral prendam-se também à inexistência de justificativa terapêutica para o ato (como aliás testemunha o texto de Kfoury Neto acima transcrito) e pelo fato de nunca haver urgência.

Rodrigues (1995), p. 250, ensina que tal dever é decorrente do fato de ser o cliente o juiz de seu próprio interesse e compete a ele

decidir se se resigna a permanecer em seu estado atual ou enfrentar os riscos do tratamento. Esclarece que o dever do profissional será tão mais imperioso quanto maiores os riscos do tratamento e ganha contornos especiais de relevância nos casos de cirurgia estética.

Pereira (1995), p. 157, com base no fato de a pessoa não estar doente, assevera que recrudescer, para tais profissionais, o dever de informação e o dever de vigilância, devendo o médico recusar seus serviços se os riscos da cirurgia forem desproporcionais às vantagens previsíveis.

Magalhães (1984), p. 324, afirma que o “médico plástico” deve agir com muito mais cautela que o cirurgião comum, avisando claramente o cliente sobre os riscos a que será submetido e, se estes forem maiores que as vantagens da operação, deve recusar-se a executar o procedimento (idem Lopez, 1999, p. 91, da mesma autora).

Kfoury Neto (2003), p. 168, afirma que deve o cirurgião plástico, em primeiro lugar, apreciar a veracidade das informações prestadas pelo paciente, sopesar os riscos a enfrentar e os respectivos resultados esperados e então verificar a oportunidade da cirurgia, incumbindo-lhe, ao final, expor ao paciente todos os aspectos considerados e levantados a fim de obter seu consentimento. Entende esse autor que no campo da cirurgia plástica a obrigação de informar é extremamente rigo-

rosa, devendo ser comunicados mesmo os acidentes mais raros e as seqüelas mais infreqüentes, “*pois não há urgência nem necessidade de intervir*”.

A lista de citações pode tornar-se enorme e enfadonha, pois, com efeito, a severidade da apreciação do trabalho do cirurgião plástico e a maior dimensão que assume para ele os deveres de orientação e aconselhamento são idéias disseminadas entre os estudiosos. A título de exemplo, citamos ainda as seguintes autores que apresentam manifestações desse teor, geralmente atribuindo-as às circunstâncias de inexistência de doença e premência para a cirurgia: Souza (2003), p. 68; Castro (2005), p. 152; Penneau (cit. por Castro, 2005, p. 154); Chamard e Monzein (cit. por Castro, 2005, p. 154); Aguiar Jr. (1995), p. 40; Ometto (2004), p. 207 e 220; Hironaka (cit. Ometto, 2005, p. 213); Gonçalves (2003), p. 369; Sebastião (2003), p. 72; Magalhães (1984), p. 88; França (2003), p. 240, 241; Branco (1996), p. 57.

C.4. Obrigação de resultado

Reportando-nos agora aos aspectos jurídicos que acabaram por caracterizar a forma como se dá a responsabilização civil do cirurgião plástico pelos danos por ele causados no exercício da profissão, e que vem a ser, em breves e simplificadas palavras, a atribuição de natu-

reza de obrigação de resultado aos seus atos cirúrgicos assim denominados estéticos (não reparadores), entendemos oportuno analisar as formas de discurso pelas quais se expressam estudiosos e julgadores.

Em assim fazendo, identificamos inicialmente um primeiro grupo no qual se detectam os mesmos fatores históricos relativos à apreciação moral desfavorável da cirurgia plástica.

Castro (2005), p. 149, a respeito, afirma: *“Toda esta carga pejorativa com que era vista a cirurgia estética impregnou a jurisprudência, que passou a considerar o dano causado nessas operações, pela sua só produção, imputável ao médico”*.

Couto Filho e Souza (2001), p. 18, entendem que *“Impor à cirurgia plástica estética a pecha de obrigação de resultado é, ao nosso ver, grande preconceito existente em tempos longínquos...”*.

Essa mesma origem pode ser detectada, ainda que de forma remota, em alguns autores. É o caso de Branco (1996): *“A cirurgia estética historicamente se constitui numa exceção à idéia de que obrigação do médico é apenas de prestar meios adequados, de ser diligente e perito. A sua prestação é maior, atingindo um determinado resultado. Esta característica da cirurgia estética se deve ao fato de que a motivação moral para sua realização, embora seja socialmente aceita, não tenha a mesma relevância da intervenção para o salvamento de vidas ou*

para a eliminação da dor” e ainda de Moraes (2000), p. 329: “A cirurgia plástica ocupa, na problemática do erro médico, uma situação peculiar, pois o risco indiscutivelmente alto que ela envolve é de um tipo diferente, indissoluvelmente ligado a um juízo de valor que está relacionado com o resultado da intervenção cirúrgica”.

Também manifesta resquícios dessa origem calcada nas vicissitudes históricas o argumento que relaciona a vaidade humana entre os ingredientes da motivação para a cirurgia: *“Existem algumas modalidades de cirurgias que admitem enquadramento como geradoras de obrigação de resultado, pois se traduzem em intervenções ditadas mais pela vaidade ou por complexos psicológicos do paciente do que pela concreta necessidade orgânica”* (Matielo, 1998, p. 56).

Por outro lado, surpreende-nos constatar o que parecer ser a atualidade da visão em apreço, em sua forma mais radical, encontrada em França (2003), p. 240 e segs., relevando informar que a obra em questão é de agosto de 2003. Já tivemos oportunidade de expor sua classificação dos procedimentos estéticos, constituída de dois grupos (reparadoras e cosmetológicas), e ainda observamos naquele ponto a imprecisão quanto à caracterização do que denomina “cirurgias cosmetológicas”. Ao tempo em que admite para o primeiro grupo *“indiscutível legitimidade”*, caracteriza o segundo como *“... prática duvidosa, cercada de*

certa ambigüidade, impregnada de modismo e de efeito superficial...”, que se encontra “*fora do âmbito da Medicina*” e que pode “*ser considerada ilícita à luz da ética e da lei*”. O autor exagera, a nosso ver, ao atribuir natureza criminal aos procedimentos em questão (“*art. 132: Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente*”), pois mesmo com referência aos procedimentos estéticos puros desconhecemos manifestações nesse sentido, tanto na literatura quanto na jurisprudência.

Uma segunda forma de discurso, que vem a ser de longe a mais freqüente forma de justificativa, é a motivação da cirurgia, constituída da mudança de aspecto corporal na ausência de finalidade terapêutica sem, entretanto, evocar qualquer justificativa moral.

Nesse sentido, Matielo (1998), p. 59: “*Esta cirurgia despidida de caráter essencialmente terapêutico modifica a ligação paciente/médico, eis que este, ao ter diante de si um caso em que se busca unicamente a satisfação pessoal do cliente por intermédio do ajustamento das linhas corporais, necessariamente deverá apresentar como produto da atividade aquilo que foi acordado, ou que se poderia esperar diante da situação estética do paciente no período anterior à execução dos préstimos*”; Rosário (2004), p. 61: “*A cirurgia plástica, com fins exclusivamente estéticos, é cirurgia de embelezamento. No caso do resultado não se positivar, em virtude das estipulações contratuais, a culpa profis-*

sional do médico é presumida ...”; Vieira (2001), p. 99: “*Vale ressaltar, entretanto, relativamente aos cirurgiões plásticos a situação não tem a mesma simetria, merecendo da doutrina e da jurisprudência outro tratamento, no que concerne à responsabilidade civil. É que, na significativa maioria das cirurgias estéticas, os pacientes não estão acometidos de doenças físicas, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético, mentalizado pela sua vontade em modificar ou melhorar sua aparência. Disso decorre que a obrigação do cirurgião plástico é de resultado, não de meio, tal como ocorre com as demais especialidades, dentre elas a cirurgia reparadora*”; Moraes (1998), p. 329: “*Entretanto, do cirurgião plástico, pelo fato de não estar tratando de um doente, mas de uma pessoa sadia que deseja melhorar sua aparência ou mesmo mudar para, a seu ver, melhorá-la, é exigido que consiga o que o paciente deseja e a que ele se propõe*”; Magalhães (1984), p. 91: “*Quando alguém, que está muito 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 obter um determinado resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele*

momento, motivo de tristeza”; Pereira (1995), p. 157: *“Com a 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. O profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado pretendido, e se não tem condições de consegui-lo, não deve efetuar a intervenção”*; Rodrigues (1995), p. 249: *“Enquanto naquele caso trata-se de pessoa doente que busca uma cura, no caso da cirurgia plástica o paciente é pessoa sadia que almeja remediar uma situação desagradável, mas não doentia. Por conseguinte, o que o paciente busca é um fim em si mesmo, tal como uma nova conformação do nariz, a supressão de rugas, a remodelação de pernas, seios, queixo, etc. De modo que o paciente espera do cirurgião, não que ele se empenhe em conseguir um resultado, mas que obtenha o resultado em si”*; Gonçalves (2003), p. 366: *“Quanto aos cirurgiões plásticos, a situação é outra. A obrigação que assumem é de ‘resultado’. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes precipuamente o resultado”*; Chaves (1991), p. 133: *“Forma um capítulo à parte, com regras e conseqüências jurídicas próprias, não só pela circunstância de que, ao contrário das demais intervenções médicas, não tem por objeto cuidar da saúde e sim da aparência do indivíduo, como ainda porque,*

conseqüentemente, é de resultado e não de meio”; Silveira (1991): “Vale ressaltar, entretanto, que relativamente aos cirurgiões plásticos a situação não tem a mesma simetria, merecendo da doutrina e jurisprudência outro tratamento, no que concerne à responsabilidade civil. É que na significativa maioria de cirurgias estéticas, os pacientes não estão acometidos de males, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Disso decorre que a obrigação do cirurgião plástico é de resultado, não de meio, tal como ocorre com as demais especialidades”.

Os fundamentos dos dois grupos acima delineados caracterizam-se pelo que poderíamos chamar elementos não jurídicos, alinháveis, seja na esfera dos valores pura e simplesmente (intocabilidade do corpo humano são, julgamento moral da vaidade como fundamento da vontade de operar), seja em elemento naturalístico: inexistência de doença e de motivação terapêutica.

Há um terceiro conjunto de manifestações, entretanto, que se apóia nos elementos constitutivos do negócio jurídico (Miranda, 1991).

Matielo (1998) e Stoco (2004) aludem ao que seria conteúdo da declaração de vontade do sujeito-médico da relação. Do primeiro: *“A obrigação de resultado deriva, então, da expectativa criada pelo profissional no sentido de que a aparência irá sofrer alterações positi-*

vas após a intervenção, destinando-se esta, tão somente ao propósito embelezador” (p. 56). Do segundo: *“O que importa considerar é que o profissional na área da cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado (aliás, essa é a sua atividade fim), prevendo, inclusive, com detalhes, esse novo resultado estético procurado. Alguns utilizam-se mesmo de programas de computador que projetam a nova imagem (nariz, boca, olhos, seios, nádegas, etc.), através de montagem, escolhida na tela do computador ou na impressora, para que o cliente decida”* (p. 548). Magalhães (1984), Rodrigues (1995) e Gonçalves (2003), nos trechos já transcritos acima, fundamentam-se também no mesmo elemento, mas expresso do ponto de vista do sujeito-paciente.

Outros autores tomam atributos do objeto ou fim do contrato como fundamento. Sebastião (2001), p. 63 e segs., observa que a lei não define o tipo de responsabilidade e que a distinção resulta da exegese que a Justiça faz de cada “fato ocorrido”, com vistas às prévias intenções das partes, concluindo que será de resultado a obrigação cujo fim depender apenas da conduta do contratado. Ao tratar, em outro ponto, especificamente da cirurgia plástica, consigna a esta a natureza de obrigação de resultado (p. 69), donde se conclui que para o autor o resultado nesse tipo de cirurgia depende exclusivamente do cirurgião.

Rosário (2004), p. 87, registra que para que ocorra obrigação de resultado é necessário um contrato que possua um fim socioeconômico e que este, no caso das cirurgias estéticas, seria exatamente o fato do resultado pretendido. De modo parecido, Silveira (1991) estabelece que o resultado da cirurgia consiste na própria razão de ser do contrato.

Esta coletânea, referente aos modos de discurso com que a doutrina consigna aos procedimentos estéticos a natureza de obrigação de resultado, confirma nossa afirmação de que a questão não se cinge ao debate referente à objetivação do Direito.

Não ilide esta conclusão o fato de ser a obrigação de resultado frequentemente citada nos textos pelo uso de termos (ou associada a termos) tais como “responsabilidade objetiva” porque, como pretendemos demonstrar, esta se apresenta como consequência da aplicação do instituto e não como motivação, sendo certo que nos textos que pudemos colacionar, sequer aparece essa expressão.

Por outro lado, fica claro da leitura dos autores citados que a aplicação da teoria da obrigação de resultado cinge-se solidamente ao conceito de inversão do ônus da prova (presunção de culpa), característica de resto já apontada como ínsita ao instituto no tópicos a ele referentes (A5 e B7).

C.5. Obrigação de meio

É pacificamente aceito que prevalece na doutrina e jurisprudência brasileiras o posicionamento de que as cirurgias plásticas constituem obrigação de resultado (Andorno, 1993, p. 35; Aguiar Jr., 2000, p. 249; Souza, 2003, p. 61; Ometto, 2004, p. 207). Andorno (op. cit.) e Fama (2003) referem a mesma situação na Argentina e Coloma (2005) na Espanha.

Há, entretanto, vozes discordantes e há inclusive quem afirme pela tendência à reversão desse quadro, tanto no Direito brasileiro quanto fora, especialmente no francês.

C.5.1. Oposição à caracterização como obrigação de resultado

Distinguimos pelo menos cinco ordens de argumentos entre aqueles que ubicam a cirurgia plástica no grupo de procedimentos médicos cuja obrigação seria de meio.

O mais frequentemente evocado e ao nosso ver o mais sólido refere-se exatamente à álea intrínseca aos fenômenos médico-biológicos e que os vários autores caracterizam de múltiplos modos.

É conhecida e amplamente citada a posição de Andorno (1993), autor que inclusive revela ter mudado sua opinião original a respeito. Fundamenta sua posição nas idéias do jurista e professor francês

François Chabas, segundo quem, de acordo com últimas conclusões da ciência médica, o comportamento da pele humana, de fundamental importância na cirurgia plástica, é imprevisível, havendo também um caráter aleatório em qualquer intervenção sobre o corpo humano.

Em nosso meio, talvez o mais proeminente doutrinador a filiar-se a esta corrente seja Aguiar Jr. (2000), p. 150, que também se fundamenta na álea associada à reação do organismo, presente em toda cirurgia. Rechaça explicitamente o argumento de que o cirurgião plástico se obriga ao resultado mediante promessa, afirmando que isso não define a natureza da obrigação “*que continua sendo a de prestar um serviço que traz consigo o risco*”.

Um vigoroso defensor da localização da cirurgia estética na categoria das obrigações de meios é Forster (1997). Observa que a cirurgia plástica ocorre no mesmo meio onde se dão os demais atos médicos, o ambiente biológico do corpo humano, com sua dinâmica própria caracterizada pela instabilidade e imprevisibilidade. Ressalta que do mesmo modo como não é certo o resultado numa cirurgia gástrica, não o é no procedimento estético e que se fosse correto exigí-lo aqui, sê-lo-ia também para todo e qualquer ato médico. Argumenta que a questão da incerteza relativa aos fatos biológicos deve merecer mais ênfase na análise da natureza jurídica da obrigação do médico na cirurgia estética. Ometto

(2004), p. 207 e segs., destaca que há várias questões que não estão sob o domínio do cirurgião plástico, tais como a evolução do processo de cicatrização, que depende de fatores individuais como espessura e textura da pele, além de influências hereditárias e hormonais. Cita ainda outros elementos inerentes às cirurgias em geral e à anestesia, afirmando, com referência a esta última que “*não se sabe se o indivíduo entrará em choque com a medicação, se haverá parada cardíaca, embolia pulmonar, por exemplo*”. Uma questão interessante lembrada por esta autora é a da assimetria, tanto anatômica quanto funcional, dos organismos em geral e do corpo humano. A implicação do fato é que também os fenômenos de reparação (nos quais se inclui a cicatrização) podem se dar de modo assimétrico devido exclusivamente à álea.

A álea é caracterizada como “fisiologia diversa de cada organismo” por Giostri (2001). Ao discorrer sobre a natureza e características da dicotomia obrigação de meios e resultado, esta autora apresenta a questão sob um outro enfoque, diferente de todos os demais, qual seja o fato de que a liberdade de ação da vítima aumenta a álea e conclui que não se pode exigir resultado se o próprio credor pode interferir neste (pg. 85 e 87). Couto Filho e Souza (2001), p. 18, também lançam esse argumento.

Nessa corrente de pensamento filiam-se ainda, na doutrina brasileira, Godoy (2000), p. 98, Couto Filho e Souza (2001), p. 15 e segs, Magrini (2000), Hironaka (cit. Ometto, p. 213), Proença e Barreiras (cit. Ometto, 2004, p. 211).

Mesmo autores que não se filiam claramente a essa corrente reconhecem a existência da álea.

Kfoury Neto (2003), p. 157 (aparentemente citando e endossando Iturraspe), entende que na cirurgia plástica podem ocorrer fatores imprevisíveis e imponderáveis, subjacentes à saúde do paciente, que o médico não conhece nem podia conhecer, “mesmo agindo com diligência e acuidade”. Conclui que seu objetivo pode frustrar-se pela superveniência de causas que ele não podia prever nem evitar³⁹. Castro (2005), p. 152, também reconhece a presença da álea na cirurgia plástica.

No Direito estrangeiro, além de Andorno (op. cit.), citam-se Fama (2003) na Argentina, Coloma (2005) na Espanha e Stanzione na Itália (cit. Ometto, p. 211).

Segundo se depreende das citações de autores variados, a tendência no sentido de abolir a exigência de resultado certo ao cirurgião plástico é particularmente vigorosa na França (Giostri, 2001, p. 88 e

³⁹ Ainda do mesmo autor e obra, p. 166: “*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 conseqüências indesejadas podem sobrevir*”.

segs. e 128; Aguiar Jr., 2000, p. 149; Forster, 1997; Andorno, 1993; Couto Filho e Souza, 2004, p. 22).

Durry (1982) cita duas decisões, da Corte de Lyon e da Corte de Cassação, de 1981, reconhecendo a álea e a natureza jurídica de obrigação de meios. Interessante notar que esse autor, além de manifestar seu posicionamento a favor da obrigação de meio, questiona a propalada maior responsabilidade do cirurgião plástico quanto aos deveres de informação. Aguiar Jr. (2000), p. 149, cita decisão da Corte de Versalhes de 21 de fevereiro de 1991, reconhecendo a existência de obrigação de meio (a condenação do médico deu-se por falta com o dever de informar).

Penneau, já em 1977 (cit. Forster, 1997 e Giotri, 2001, p. 88), manifestava seu entendimento de que a cirurgia estética insere-se nas obrigações de meio porque está sujeita à álea de todo ato cirúrgico, circunstância admitida pela jurisprudência^{40,41}; esse mesmo autor, em outro texto de 1990 (Penneau, 1990, p. 528), afirma que a obrigação de resultado no tocante à responsabilidade médica tem caráter de exceção no direito francês e, finalmente, em 1992 (cit. Giotri, 2001, p. 89), afirma de forma que parece peremptória: “*Certains actes médicaux ont don-*

⁴⁰ p. 9: “Car elle est reste fondamentalement soumise à l’aléa de tout acte chirurgical”.

⁴¹ p. 35: “La jurisprudence a admis, avec sans doute une certaine hésitation, que l’obligation du chirurgien esthétique n’était pas fondamentalement différente de l’obligation de tout autre chirurgien, em raison de l’aléa inherent à tout acte chirurgical”.

né lieu de ce point de vue, à certaines hésitations. Il en a été ainsi pour la chirurgie esthétique, mais celle-ci reste soumise au régime de l'obligation de moyens, car elle reste fondamentalement soumise à l'aléa de tout acte chirurgicale". O tom da afirmação sugere fortemente ser esta hoje a posição predominante no Direito francês.

Por outro lado, é relevante registrar que todos os autores que se filiam contra a consignação de obrigação de resultado entendem (a exemplo dos demais) que este será o caso se o cirurgião efetivamente se comprometer nesse sentido (Ometto, 2004, p. 208 e 211; Forster, 1997), entendimento esse, de resto, decorrente dos princípios básicos da teoria das obrigações.

Outra linha de argumentos reporta-se às repercussões psíquicas das alterações físicas congênitas (“desvios da forma”) ou adquiridas (pela passagem do tempo ou por efeitos de hormônios, etc.) (Ferreira, 1992) e das correspondentes possibilidades dos procedimentos estéticos *stricto sensu* de resolver ou minimizar conflitos ou desconfortos psíquicos conseqüentes.

No bojo dessa ordem de idéias, em parte servindo como argumento por contraponto, são evocadas as mudanças (favoráveis) de atitude da sociedade e das instituições com respeito à liceidade das cirurgias estéticas e com respeito ao exercício da vaidade a qual, admitidos

limites de “razoabilidade”, deixou de ser considerada “à outrance” manifestação de futilidade e superficialidade de caráter.

Ometto (2004), p. 207, então, registra que, embora a grande diferença entre as cirurgias em geral e as estéticas esteja no fato de estas não se destinarem a tratar doenças físicas, considera-se cada vez mais que a aparência e a imagem que incomodam a pessoa podem levar a “doenças psicológicas”, às vezes tão graves quanto doenças físicas e que ao indivíduo deve ser dado o direito de submeter-se aos riscos de uma cirurgia para tentar solucionar o que considera incômodo, melhorando sua auto-estima e conseqüentemente sua qualidade de vida. Conclui que a cirurgia não visa o culto à vaidade, mas ao equilíbrio físico e mental do indivíduo

Giostrì (2001), p. 120 e segs., mostra-se, ao nosso ver, inclusive um pouco mais “permissiva” em relação à autora supracitada com respeito ao exercício da vaidade, pois aceita que a principal motivação da cirurgia possa ser estética, mas que há nela também “*um lado terapêutico que não pode ser ignorado*”. Evoca esta autora, ainda, a conhecida definição de saúde da Organização Mundial da Saúde como mais um fundamento para a completa aceitação da idoneidade da motivação em apreço (argumento também lembrado por Godoy, 2000) e registra (a exemplo de Ometto, 2004) que procedimentos estéticos são e-

ventualmente realizados por sugestão de psicoterapeutas aos seus clientes.

Forster (1997), citando Penneau, refere-se à noção de “interesse terapêutico”, no qual, segundo o autor francês, pode-se incluir não apenas todo ato com fim curativo, mas qualquer outra intervenção praticada sobre o corpo humano para consumir um ato tido como lícito pela sociedade e de acordo com os costumes num dado momento de sua evolução, ou seja, ainda que resultados estritamente estéticos integrem a motivação do paciente, o ato poderia ser considerado curativo, porque lícito e aceito pelos costumes.

Forster (1997), ainda, evoca um tipo de argumento que é muito caro aos médicos e que é desvalorizado quando emitido por estes últimos sob a suspeita de se tratar de mera “desculpa”, mas que ganha contornos diferentes quando proveniente de um operador do Direito. Trata-se do fato de que exigir resultado em matéria tão eivada de álea implica em considerar o exigido como portador do dom da onipotência divina. Lembra este autor, não sem um certo senso de humor negro, que não só os pacientes, mas também os médicos, continuam a morrer, não obstante todo o avanço da medicina.

Outro argumento de pouca ressonância quando proveniente de médicos é o relativo à indústria de indenizações, circunstância

que impregna toda a extensão da responsabilidade civil médica e não apenas a cirurgia plástica. Mas José Marcelo Martins Proença e Rafael Dutra Barreiros (citados por Ometto, 2004, p. 211) e Giostri (2001), p. 128, ressaltam essa questão especificamente no âmbito das cirurgias estéticas. Os três reportam o perigo de transformar em objetiva a responsabilidade do cirurgião plástico pela restrição do dever de indenizar à simples existência de nexos causal e Giostri lembra ainda dos perigos do desencadeamento do exercício de uma medicina cada vez mais defensiva.

Um último e quinto argumento não é citado, pelo menos explicitamente, por nenhum dos autores. Trata-se de um argumento genérico evocável como fundamento da inaplicabilidade da teoria do risco em medicina. Constitui-se no fato de que o risco criado não o é pelo prestador do serviço, mas se trata de risco intrínseco aos fenômenos. Discorremos sobre essa ordem de idéias no tópico B.3 supra, quando ficou demonstrado que a doutrina acolhe robustamente essa argumentação, esposando-a inclusive autores “objetivistas”. Referido argumento, entretanto, não é aplicado, naquela instância, à cirurgia plástica.

No que tange especificamente a esta e à caracterização jurídica da obrigação a ela referente, apenas dois autores, no nosso entendimento, resvalam por esse argumento.

Aguiar Jr. (2000), p. 150, o faz ao afirmar que a obrigação do cirurgião plástico “*continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco*” e Giotri (2001), p. 85, ao falar sobre o papel ativo do credor no contrato com o médico (referindo-se às obrigações de resultado), dispõe que “*o credor aceitou certos riscos inerentes à atividade daquele*”.

C.5.2 Recrudescimento dos deveres de informação, orientação e obtenção de consentimento informado

Um aspecto indissociável da argumentação desses autores, reconhecido e apontado por todos, é a exacerbação dos assim chamados deveres de humanidade, especialmente, no caso, os deveres de informação, orientação/conselhos e obtenção de consentimento informado, que cometem ao cirurgião plástico. Não que os demais doutrinadores não ressaltem esse aspecto, mas no caso dos primeiros, entendemos, essa circunstância toma contornos especiais, conforme pretendemos demonstrar mais à frente.

Aqui, sim, endossam o argumento de que o fato de lidar com organismo biologicamente hígido aumenta a responsabilidade do cirurgião plástico (Giotri, 2001, p. 121), pois por óbvio que a presença de doença fornece ao médico parâmetros a serem seguidos que, mesmo admitida a possível variedade de condutas terapêuticas indicáveis em

cada caso específico, balizam não só sua conduta, como também o grau de risco que será razoável propor ao paciente. O mesmo, evidentemente, não se dá com as cirurgias plásticas, nas quais, portanto, o quociente risco/benefício deve ser avaliado com muito mais rigor (ainda!) pelo cirurgião.

Nesse sentido, Castro (2005), p. 154, citando Chammard e Monzein, diz que regra fundamental é respeitar ao extremo toda e qualquer possibilidade de causar dano, devendo-se evitar procedimentos nessas condições, mesmo contra a vontade do paciente. O rigor, entretanto, deve variar segundo a gravidade da imperfeição. Souza (2003), p. 78, estabelece que o dever de informação do médico prende-se aos riscos mais comuns, mas que em cirurgias estéticas estende-se até aos “riscos residuais”, assim definidos aqueles muito raros.

Tais cautelas dizem respeito tanto às condições clínicas da pessoa e sua capacidade de enfrentar o estresse cirúrgico e anestésico, como ainda fatores específicos da atividade cirúrgica plástica.

Quanto aos primeiros, importa informar os riscos com muito mais especificidade e profundidade do que aquela exigida para os procedimentos curativos *stricto sensu* (Giostri, 2001, p. 129). Enquanto para estes a doutrina preconiza que devam ser informados os riscos mais comuns, podendo-se ignorar as ocorrências raras (Penneau, 1990), nos

casos dos procedimentos estéticos, mesmo as mais remotas possibilidades tanto de resultado inadequado quanto de complicações devem ser informadas (Giostri, 2000, p. 129; Ometto, 2000, p. 207 e 213).

Quanto aos segundos, apenas a título de exemplificação, deverá o profissional levar em conta fatores tais como a idade e a possibilidade de que alterações hormonais futuras não tornem simplesmente inúteis medidas cirúrgicas tomadas em determinado momento e o grau de sobrepeso em candidatas a lipoaspiração, entre outras muitas.

Outro elemento que compõe a maior responsabilidade do cirurgião plástico com referência ao dever de informação e orientação são exatamente os aspectos psíquicos acima aludidos, envolvidos nas motivações das cirurgias plásticas. Deve o cirurgião plástico sopesar com extremo cuidado a motivação psicológica da pessoa e divisamos aqui pelo menos dois aspectos que devem tomar a atenção do profissional. O primeiro deles vem a ser exatamente a eventual representação mental que faz o candidato do resultado cirúrgico, no sentido, por exemplo, de que possa estar idealizando-o ou depositando nele expectativas fantasiosas tais como solução de problemas conjugais. Outro, certamente muito mais raro mas merecedor de atenção pela gravidade, vem a ser a possibilidade de quadros psicopatológicos graves como a esquizofrenia, poderem manifestar-se, em fases iniciais, por sensações de mudanças

corporais que acabam motivando a pessoa a submeter-se a procedimentos cirúrgicos para “corrigi-los”. Evidente que, nessa circunstância, o resultado em termos de satisfação será sempre e necessariamente nulo.

Tentando sintetizar todo o arrazoadado acima, registramos que a obrigação, no que respeita aos aspectos médicos em sentido estrito, deve ser entendida como de meios e que sua responsabilidade deve ser analisada de modo particularmente severo no que respeita ao fornecimento de informações e quanto às expectativas geradas, cabendo-lhe, de forma exacerbada, o dever jurídico de informar com critérios de boa-fé objetiva, destacando-se dos demais cirurgiões quanto a esse aspecto apenas (o da exacerbção deste dever) (Ometto, 2004, p. 213/214).

Ao iniciarmos nossas considerações sobre as características específicas do dever de informar cometidas aos cirurgiões plásticos, emitimos nossa impressão de que a visão sobre o assunto toma contornos diferentes quando considerados os dois grupos: defensores da obrigação de resultado e defensores da obrigação de meios. Cumpre, ao terminar, justificar nossa afirmação.

Começamos por transcrever Pereira (1995), p. 157: “... *a cirurgia estética gera obrigação de resultado e não de meios. Com a 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. O profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado pretendido, e se não tem condições de consegui-lo, não deve efetuar a intervenção. Em consequência, recrudescer o 'dever de informação' bem como a obrigação de vigilância, cumprindo, mesmo, ao médico, recusar seu serviço, se os riscos da cirurgia são desproporcionais às vantagens previsíveis” (sem grifos no original).

Por outro lado, de Forster (1995), p. 87: “*É essencial que o cirurgião plástico informe ao paciente dos riscos (sic) do ato cirúrgico e dos seus reais limites, cerceando desde logo expectativas infundadas ou taumatúrgicas. Não estimulará o cirurgião perspectivas que sabe de antemão inatingíveis ou incertas, sob pena de, aí sim, responsabilizar-se pelos resultados. Esse dever de informar tem sido sublinhado pela melhor doutrina e acolhido pela jurisprudência, e ao lado situa-se o dever de abster-se de provocar no paciente expectativas que o médico sabe não serão preenchidas*”.

Giostrì (2001), p. 126 e segs.: “*Encontramos em BUERES o pensamento de alguns autores que entendem ser a responsabilidade do especialista em estética de igual natureza que a do cirurgião geral, mas diferindo desta em extensão e, portanto, devendo ser apreciada com maior severidade. É, também, a postura francesa, conforme já informado. A ela, de igual maneira, nos filiamos: a responsabilidade do cirurgi-*

ção plástica estético é maior que a do cirurgião geral, mas não pode ser inserida em uma obrigação de resultado, pela só razão que aquela se destina a situações onde o fator álea não está presente, conforme já fartamente mencionado” (sem grifos no original).

Aguiar Jr. (2000), p. 149: “A orientação hoje vigente na França, na doutrina e na jurisprudência, inclina-se por admitir que a obrigação a que está submetido o cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais cirurgiões, pois ocorre os mesmos riscos e depende da mesma álea. Seria, portanto, como a dos médicos em geral, uma obrigação de meios. A particularidade residiria no recrudescimento dos deveres de informação, a qual deve ser exhaustiva, e de consentimento, claramente manifestado, esclarecido, determinado” (sem grifos no original).

Finalmente, Ometto (2004), p. 213: “O importante é entender-se que o cirurgião plástico atua, também, com a medicina e com a álea, não está dissociado do restante da medicina e sua obrigação de meio. Cuidado redobrado ao plástico está no relacionamento médico-paciente, em que, pelo seu dever de diligência, pelos princípios da boa-fé objetiva que rege os contratos, deve pormenorizar a amplitude do tratamento, suas possibilidades, questões relativas às cicatrizes, expectativas reais dos resultados, enfim, esclarecer ao paciente as possibilidades

reais de melhora do quadro apresentado, inclusive colocando-se os riscos inerentes de qualquer cirurgia e o pós-operatório”.

A diferença que pretendemos exista entre os dois grupos é que para aqueles que se alinham na corrente da obrigação de resultado, a fundamentação da maior responsabilidade no que tange aos deveres de informação prende-se de modo mais direto na natureza da obrigação e nas condições que cercam o ato: embelezamento, ausência de doença, como parece dar exemplo claro o texto de Pereira (1995) acima transcrito.

O outro grupo, desvinculado de valores que inquinem o procedimento estético em si e por si e sufragadores da corrente de obrigação de meios, acentua aspectos éticos como fundamento do maior dever de informar. Desvinculam a exacerbação dos deveres de informar do procedimento em si e vinculam-na diretamente na pessoa do paciente, como que reconhecendo que a situação especial da relação advém não do fato do procedimento médico, mas do fato da pessoa, de seus (íntimos) anseios e expectativas de recuperar a beleza e todas as conseqüências que disso podem advir, de bom ou de mau, caso haja insucesso.

Essa visão, ao nosso ver, é muito bem exposta por Ometto (2004), p. 214: *“Não é o fator médico mas o fator ético, moral e humano que se espera do cirurgião plástico, porque ele lida com mais fa-*

tores, ainda, que outras especialidades médicas. O foco para se verificar se a obrigação específica do cirurgião esteta é de resultado ou de meio ... não é o ato médico, mas a relação médico-paciente, porque dela é que se extraem as expectativas geradas pelo cirurgião esteta, reais ou improváveis, ao paciente”.

Entendemos que a diferença entre os dois grupos, embora possa parecer sutil, não é desprovida de importância, antes pelo contrário. A postura dos segundos reforça o aspecto ético do comportamento do médico e, se levado mais a sério pela doutrina e jurisprudência, sobretudo esta última, certamente teria maior efeito em mudar a realidade dos fatos relativos à litigância do que o uso do conceito de obrigação de resultado vez que, enquanto esta permanece envolvida em eterna polêmica, a questão da informação adequada poderia ser resolvida de forma concreta com a adoção de protocolos de consentimento que, se não seguidos pelo profissional, acarretariam prontamente sua responsabilidade, sem grandes delongas.

C.5.3. Tendências da doutrina e jurisprudência

Uma segunda controvérsia, derivada exatamente da polêmica sobre a natureza jurídica da obrigação do cirurgião plástico e do dissenso entre os tratadistas e julgadores, é se, a exemplo do alegado re-

lativamente à França, verificar-se-ia também no Brasil tendência à aceitação progressiva da obrigação de meios.

Ometto (2004), p. 208, afirma que tanto doutrina quanto jurisprudência encaminham-se nessa direção, embora reconheça que a predominância ainda é pela obrigação de resultado. Giotri (2001), p. 87, informa que já existem julgados e pareceres nos quais se podem perceber mudanças na concepção em apreço e Couto Filho e Souza (2001), p. 19, afirmam que essa tendência já se encontra “a passos largos” no Poder Judiciário, embora reconheça o predomínio da vertente oposta. Forster (1997) também alinha-se entre os que pensam nesse sentido.

Curiosamente, são poucos os autores que afirmam o crescimento da tendência oposta, mas os que o fazem, fazem-no em termos muito mais assertivos (Castro, 2005, p. 256; Silva Filho, 1993, p. 41). Souza (2003), p. 61, certamente exagera e erra ao afirmar que há unanimidade a esse respeito, bastando, para tanto, evocar a doutrina e jurisprudência colacionadas neste texto. De modo geral, excetuados estes poucos, os autores que se postam a favor da obrigação de resultado, seja preconizando-a, seja aceitando-a simplesmente, resumem-se a afirmar pela predominância dessa postura sobre a rival, não emitindo juízos sobre tendências.

Por outro lado, é de registrar que os estudiosos que apontam tendência de recrudescimento da aceitação das obrigações de meio são os mesmos que se postam contra a consignação de obrigação de resultado, circunstância que nos parece sugestiva. Como que confirmando essa constatação, Kfoury Neto (2003), p. 171, fala de tendência dos estudiosos brasileiros para enquadrar a obrigação em apreço na categoria “meios” e a (correspondente) resistência dos Tribunais. Theodoro Jr. (2000), p. 160, reacende a controvérsia ao afirmar que os Tribunais costumam abrandar a avaliação da responsabilidade civil do cirurgião plástico, exigindo “a prova da culpa em concreto”.

A melhor descrição do panorama atual dessa tendência é dada por Kfoury Neto (2002), p. 248 e segs.

Cita este autor Penneau e Chabas, na França, Andorno e Bueres na Argentina e os Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Carlos Alberto Menezes Direito no Brasil, afirmando que a jurisprudência (“*ainda com certa timidez, surgem votos vencidos*”) começa a mover-se no sentido de admitir que a cirurgia plástica não diverge em essência das demais cirurgias, em virtude da álea inerente a qualquer intervenção cirúrgica.

Esclarece também que, admitido sempre como pré-condição o princípio da integridade do corpo humano, prevalece a idéia

do recrudescimento do dever de informação e obtenção de consentimento.

Informa que predomina na doutrina francesa atual a noção de que na cirurgia estética verifica-se uma forma de “obrigação de meio reforçada” (p. 250), conceito que nos parece muito conforme à posição dos autores citados no tópico anterior (Ometto, 2004; Giostri, 2001).

Termina declinando sua pessoal mudança de posição no sentido de admitir a natureza de meios da obrigação do cirurgião plástico.

C.5.4 Caracterização do mau resultado

Referimo-nos aqui não à concepção jurídica mas aos eventos naturalísticos que podem mostrar-se presentes. Isso posto, não serve aos propósitos desde capítulo dizer que “*a execução defeituosa da obrigação (frustração do resultado) equivale, juridicamente, à inexecução total*” (Kfoury Neto, 2003, p. 165), ou a quase equivalente “*o adimplemento parcial é considerado uma não execução da obrigação pela qual se comprometeu com o paciente contratante*”, porque o que procuramos são exatamente as formas naturalísticas pelas quais pode se apresentar a execução defeituosa.

Há casos, por exemplo, em que a simples não obtenção do resultado, sem afeamento, não é considerada obrigação de resultado, sendo-o, entretanto, este último. É o caso da apelação cível 23.341 de 1982, do TJRJ (RT 566, p. 191) na qual instalou-se deformidade permanente, não corrigível, após tratamento de acne da face por “peeling”. O texto é explícito no sentido de que o cirurgião não está obrigado a garantir o resultado, mas, por outro lado, não pode produzir piora do aspecto, o que efetivamente aconteceu no caso. Vieira (2001), p. 99, parece espessar idéia semelhante.

Negar à alteração sentida apenas subjetivamente fundamento para a responsabilização, não significa, entretanto, que se exija o afeamento.

Matielo (1998), p. 59 e segs., expõe bem a questão ao afirmar que *“o dano não deflui simplesmente do fato de o paciente ter ficado insatisfeito com o resultado obtido; ao contrário, depende da constatação de que este dissociou-se indevidamente do que se poderia esperar no contexto em que se inseria o cliente antes da operação”*. Conclui que deixar de cumprir a obrigação de resultado é causar ao paciente (apenas) um prejuízo perceptível e cita como exemplos dano à visão em cirurgia nas pálpebras por posicionamento final inadequado destas, causar desvio de septo nasal em rinoplastia e deixar mamas assimétricas em

mamoplastia. Transparece claramente das palavras acima que este autor não vincula o dano ao notório afeamento, mas apenas afasta o entendimento subjetivo puro.

Gomes (2002) expressa claramente a inidoneidade da insatisfação subjetiva como fundamento da pretensão, circunstância que, neste autor, se mostra significativa, dada sua posição radical, acima apontada.

Rosário (2004), p. 61, expressa-se duas vezes sob a forma que dá a impressão aceitar, em princípio, ser o afeamento uma condição de aumento da responsabilidade: “*no mínimo não lhe resultarão danos estéticos...*” e “*conseqüentemente, o médico deverá ter condições de assegurar o resultado pretendido, ou pelo menos, a não ocorrência de uma deformidade de aparência do contratante*” (sem grifos no original).

Forma semelhante de expressão encontra-se em acórdão do STJ: “*O profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar*” STJ, 3^a T., AgRg-AI 37.060-9/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Ac. 28.11.1994, (cit. Theodoro Jr. (2000), p 160).

Coloma (2003), ao nosso ver, também expressa esse ponto de vista: *“una derivación característica de la responsabilidad del cirujano estético, y es aquella en la que va recaer cuando non sólo no realizó la corrección estética prometida, sino, que dejó al paciente incluso en condiciones peores – desde el punto de vista estético – de las que ya estaba anteriormente”*.

Quem sintetiza bem a questão agora é Aguiar Jr. (2000), p. 151: *“Na cirurgia estética, o dano pode consistir em não alcançar o resultado embelezador pretendido, com frustração da expectativa, ou em agravar os defeitos, piorando as condições do paciente. As duas situações devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem as obrigações de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou imperícia do médico que provoca a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indício sério de culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta”*.

Questão particularmente polêmica é a da relação entre complicações (tipo infecção, quelóide, etc.) com a responsabilidade civil do médico, uma vez que tais eventos tanto podem ser considerados como decorrentes da álea como atribuídos pura e simplesmente ao médico em termos de inadimplência do contrato ou mesmo culpa aquiliana. Kfourri Neto (2003), p. 170, refere caso do Tribunal Supremo da Espanha em

que a infecção serviu de fundamento para absolver o médico em cirurgia de mama.

Coligindo os dados acima, exporemos o que nos parece ser a sinopse das possíveis formas de apresentação dos resultados.

Isso posto, entendemos que numa primeira consideração, o mau resultado pode ser constituído pela “mera” frustração da expectativa ou pelo efetivo afeamento, possibilidades inclusive já aventadas na literatura. A expectativa frustrada, por sua vez, pode ser avaliada segundo critério subjetivo (do ponto de vista da subjetividade do paciente) ou segundo critério objetivo, definível segundo padrões sociais médios.

Por outro lado, pode haver ou não alguma intercorrência que tenha provocado ou concorrido para o resultado.

Com tais dados é possível compor o seguinte quadro sinóptico:

1. Frustração da expectativa
 - 1.1. Critério subjetivo
 - 1.2. Critério objetivo
 - 1.2.1. Sem intercorrência
 - 1.2.2. Com intercorrência
2. Afeamento
 - 2.1. Sem intercorrência
 - 2.2. Com intercorrência

Conforme exposto a seguir, pretendemos aplicar esse modelo classificatório nos dados do presente trabalho.

OBJETIVOS

Expusemos neste texto introdutório todos os conceitos que julgamos pertinentes aos propósitos do presente trabalho, situando, inicialmente, a questão da responsabilidade civil médica dentro do contexto da responsabilidade civil para então introduzir e também contextualizar o tema relativo à responsabilidade civil especificamente no que se refere aos procedimentos estéticos.

Da análise e descrição que pudemos fazer destes últimos, ressalta a idéia das inúmeras imprecisões e indefinições de conceitos que se aliam à polêmica que caracteriza a matéria, tornando ainda mais complicado um assunto em si já é complexo.

Creemos ter podido demonstrar quão imprecisos se mostram os critérios de definição do que vem a ser cirurgia estética pura e reparadora.

Por outro lado, embora menos polêmica, a caracterização do que vem a ser exatamente “mau resultado” ou de como o resultado influencia a decisão, não é estreme de dúvidas.

A questão da natureza jurídica da obrigação do cirurgião plástico mostrou-se, como já esperado, polêmica merecendo entretanto

registro o fato acusado por certos autores de tendência a mudança na posição ainda predominante.

Por outro lado, embora os estudiosos que entendem ser de resultado a obrigação desse profissional afirmem que permanece intacto o caráter subjetivo da responsabilidade, não o alterando o instituto da inversão do ônus da prova, ínsito à obrigação de fim, aqueles que se postam na linha oposta clamam contra a “objetivação” da responsabilidade nos procedimentos estéticos.

É opinião corrente tanto nos meios médicos quanto jurídicos que o profissional em questão é apenado de modo exacerbado quando comparado aos profissionais das demais especialidades médicas e aqueles que entendem ser incorreta a diferenciação entre cirurgias estéticas e as demais entendem também ser injusta tal situação.

Por permanecer polêmico, o tema merece estudos que tentem deslindar seus múltiplos elementos.

Isso posto, e em decorrência do que pudemos entrever nesta INTRODUÇÃO, julgamos ser de especial interesse:

1. Avaliar os termos gerais em que se dá a substituição do princípio da culpa provada mediante a aplicação dos institutos da obrigação de resultado, da inversão do ônus da prova, do Código de Defesa do Consumidor e da aplicação da teoria do risco.

2. O Código de Defesa do Consumidor deve, em princípio, ser avaliado, para os fins deste trabalho, quanto à aplicação dos seguintes dispositivos: art. 6º, III (informação adequada) e VIII (inversão do ônus da prova); art. 14, § 3º (responsabilidade objetiva do prestador de serviços) e § 4º (responsabilidade subjetiva aplicável aos profissionais liberais).

3. Se há e qual a freqüência da aplicação dos conceitos de direitos acessórios (orientação, aconselhamento e obtenção de consentimento informado) como fundamento da decisão.

4. Se há correlação entre o posicionamento doutrinário do juiz (subjetivista/objetivista) e o tipo de decisão judicial, entendida esta em termos de procedência/improcedência.

5. Se há tendência a mudança na proporção de sentenças subjetivistas/objetivistas para o período estudado.

6. Se há, em correlação com a eventual mudança referida no item anterior, correspondente tendência a mudança na proporção de sentenças de procedência/improcedência.

7. Se há correlação entre sentenças de procedência e o grau de alteração do resultado cirúrgico segundo os graus da variável “fato” a seguir definida. Dentro dessa apreciação, apresenta particular importância comprovar a ocorrência de sentenças de procedência em ca-

sos nos quais ocorreu apenas frustração da expectativa subjetiva do autor (valor 1 da variável “fatos”).

8. Se há correlação entre sentenças de procedência e ocorrência de acidentes/complicação.

Um estudo desse tipo deve ser necessariamente empírico, motivo pelo qual o material é constituído de uma série histórica de processos obtidos junto ao INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL E CRIMINOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – IMESC, autarquia ligada à Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado, encarregada de operar as perícias cíveis no Estado de São Paulo.

MATERIAL E MÉTODO

Os processos constituintes da presente casuística foram obtidos no arquivo do Instituto de Medicina Social e Criminologia do Estado de São Paulo – IMESC, autarquia encarregada de providenciar perícias judiciais cíveis no estado.

Os juízes podem também se valer de peritos de sua confiança e é impossível saber qual a proporção de processos enviados ao IMESC com referência ao total de processos do Estado, bem como se há e qual seria o viés nos casos encaminhados à autarquia.

Não há, entretanto, até a presente data, nenhum outro modo de acessar um número grande de processos de forma relativamente fácil. Além do mais, a totalidade dos processos do IMESC tem como objeto alegadas violações ao patrimônio físico de pessoas, circunstância que delimita o universo a ser pesquisado.

Trata-se, além do mais, de um conjunto definido de processos, que, por isso, pode servir como único critério de elegibilidade para a pesquisa.

Foram analisados individualmente cerca de 35.000 prontuários compreendendo o período de 1989 a 2005. Destes, foram identificados um total de 160 casos de litigância por erro médico em procedimentos estéticos.

Dos 160 casos identificados, 89 foram desconsiderados pelos seguintes motivos: ainda em fase de instrução (sem sentença): 59; segredo de justiça: 4; ação cautelar de antecipação de prova: 3; caso admitido pelo juiz como de cirurgia reparadora: 1; acordo: 11; não acessado até o final da fase de coleta de dados: 10; caso em que apenas o hospital foi demandado: 1.

Restaram 71 casos que preenchem os critérios de inclusão desta pesquisa.

Os critérios de inclusão constituíram-se em: 1. procedimento estético médico ou odontológico clínico ou cirúrgico; 2. sentença final de mérito (excluídas, portanto, decisões sobre matéria estritamente processual e homologação de acordo); é indiferente o fato de eventual sentença de procedência ser parcial ou completa, uma vez que interessa apenas o reconhecimento, pelo juiz, da existência do fato constitutivo (“fato constitutivo”) alegado pelo autor.

Era nossa intenção original analisar o comportamento das sentenças de segundo grau, comparando os resultados não apenas com os

parâmetros utilizados para as sentenças de primeira instância, como também o comportamento relativo ao resultado do primeiro grau (provimento ou improvimento dos recursos *versus* procedência ou improcedência da sentença monocrática). O baixo número de decisões de segundo grau, entretanto (seis casos), fez-nos abandonar essa parte do projeto.

Nesta avaliação foi utilizado um modelo constituído de variáveis médicas (três), jurídicas (duas), discursivas (cinco) e uma variável geral.

As variáveis médicas constituem-se de dados referentes ao fato médico questionado. Seus valores foram tomados com base no laudo pericial.

As variáveis jurídicas constituem-se de manifestações doutrinárias do juiz e da decisão da sentença.

As variáveis discursivas correspondem a formas de manifestação do juiz na fundamentação da sentença.

A variável geral é constituída pela data da realização da cirurgia que deu vezo à ação.

A primeira variável médica, que são os fatos alegados pelo autor (“fatos”), comporta quatro valores, a saber:

1. Não constatados: “não constatado” ou “1”. Quando a perícia relata não existir nenhuma alteração detectável a não ser as cicatrizes inerentes.

2. Constatados, com alterações dentro dos limites para a técnica tendo esta necessariamente sido empregada corretamente: “mínimo” ou “2”. As correções neste item, quando necessárias, são realizáveis mediante “mero retoque” ou “cirurgia complementar”, que se caracterizam por serem previstas (ou deverem ser); exemplos de tais alterações seriam as leves assimetrias das mamas, encapsulamento da prótese de silicone, leve assimetria e inchaço prolongado nas lipoaspirações. Em geral, a tais valores são atribuídos grau de dano estético mínimo ou ínfimo pelo perito.

3. Constatados, com alterações que extrapolam os limites aceitáveis para a técnica de forma que não possam ser consideradas “mínimas”: “médio” ou “3”. Exemplos destas alterações seriam as cicatrizes alargadas, levemente mal posicionadas ou mal dimensionadas, pequenas assimetrias de órgãos duplos (por exemplo, que excedam não muito o valor de 5% para as mamas, considerado aceitável para os limites da técnica), desvios da forma normal do órgão, coloração ou descoloração de cicatrizes e áreas da pele, fraturas mal feitas ou excessiva retirada de cartilagem no caso das rinoplastias, eliminação de grandes quantidades de

gordura e formação de túneis na lipoaspiração. Dano estético em geral considerado mínimo para médio ou médio.

4. Constatados, com evidente afeamento: “elevado” ou “4”. Pode caracterizar-se por maior grau de uma das circunstâncias elencadas no item anterior, ou por perda de parte do órgão (perda do mamilo, ou complexo areolomamilar – CAM, perda ou grande desvio do umbigo, grandes assimetrias de órgãos, etc.). Geralmente, mas não obrigatoriamente, associados a alguma forma de complicação tal como infecção, necrose e deiscência de sutura ou quelóide. A este grupo o perito atribui em geral dano estético alto ou máximo. Também foram enquadrados neste grupo os casos que apresentaram algum problema grave mas que não causou dano estético no local operado: um caso de esquecimento de corpo estranho, um caso de lesão do ciático em cirurgia de lipoaspiração, um caso de cegueira em cirurgia de pálpebra e um caso de desinserção do ligamento cantal.

A segunda variável médica refere-se à ocorrência ou não de acidente ou complicação.

Segundo Moraes (1998), p. 311 e segs., “*acidente é a ocorrência não esperada mas previsível. Pode ser um fato traumático ou fenômeno mórbido que ocorre no indivíduo são ou doente*”. Cita como exemplos lesões intra-operatórias de nervos e artérias e o espasmo arteri-

al que pode seguir-se à embolização de um hemangioma com consequente isquemia local. As situações que sujeitam o paciente a acidentes implicam em escolha feita entre riscos e benefícios.

Complicação, segundo o mesmo autor, “*é o aparecimento de uma nova condição mórbida no decorrer de uma doença devida ou não à mesma causa*”. Cita como exemplo paciente que, portador de aterosclerose, internado por gangrena, falece por infarto do miocárdio durante a internação ou ainda ruptura de sutura cirúrgica com evisceração em paciente desnutrido.

Os eventos assim caracterizados serão denominados indiferentemente “acidente/complicação” ou “A/C”. Os vários eventos encontrados neste trabalho estão especificados na Tabela 8. Na primeira coluna dessa tabela constam os números atribuídos a cada tipo de ocorrência e que são os mesmos lançados no anexo A, mas os valores para essa variável são apenas SIM (S) E NÃO (N), sendo este último para as casos em que não foi constatada intercorrência e a primeira para todos os demais, independentemente de sua natureza.

A terceira variável médica refere-se ao nexos de causalidade (“nexo”) e assume os valores SIM (S) E NÃO (N). Aplica-se apenas aos valores 2, 3 e 4 da variável “fato” uma vez que o valor 1 dessa variável implica em inexistência de nexos por questão lógica.

As variáveis jurídicas são: “resultado da sentença” (“sentença”; “decisão”), cujos valores são procedência (P) e improcedência (I) e “posição doutrinária” do juiz (“posição”), cujos valores são objetivista (O) e subjetivista (S).

As variáveis discursivas aplicam-se especificamente a juízes objetivistas ou subjetivistas ou a ambos, conforme o caso, havendo duas que se aplicam exclusivamente aos juízes objetivistas, duas que se aplicam exclusivamente aos juízes subjetivistas e três que se aplicam a ambos.

A primeira variável discursiva reporta-se ao entendimento do juiz de que a natureza da obrigação é de resultado (“resultado”). Assume valores SIM (S) e NÃO (N) e aplica-se exclusivamente ao grupo objetivista.

A segunda variável discursiva refere-se à alusão ou adoção do instituto da inversão do ônus da prova (“inversão”). Assume valores SIM (S) e NÃO (N) e aplica-se exclusivamente ao grupo objetivista. O conceito de inversão do ônus da prova aqui é entendido no âmbito da teoria da obrigação de resultado, exclusivamente, não devendo portanto ser confundido com o instituto processual do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

A terceira variável discursiva refere-se à alusão ou adoção do Código de Defesa do Consumidor. Assume valores SIM (S) e NÃO (N). Aplica-se a ambos os grupos: objetivista e subjetivista.

A quarta variável discursiva refere-se à alusão explícita aos termos “responsabilidade subjetiva” ou “obrigação de meio” (indiferentemente) admitidos como caracterizadores da natureza da responsabilidade civil do cirurgião plástico. Assume valores SIM (S) e NÃO (N) e aplica-se exclusivamente ao grupo subjetivista. Será referida pela sigla RS no texto.

A quinta variável discursiva refere-se à alusão aos deveres acessórios (orientação, aconselhamento e consentimento informado – “conselho”), quando usados como fundamento. Assume valores SIM (S) e NÃO (N) e aplica-se a ambos os grupos. Será denominada “orientação” no texto.

A variável geral refere-se à data da cirurgia (“data”): se antes ou depois do início da vigência do Código de Defesa do Consumidor, que se deu no dia 11 de setembro de 1990. Assume valores ANTERIOR (A) e POSTERIOR (P) e aplica-se a ambos os grupos.

A relação completa das variáveis e seus respectivos valores é apresentada de forma sinóptica na tabela abaixo.

TIPO	NOME	VALORES
Médica	Fatos	1, não constatado
		2, mínimo
		3, médio
		4, elevado
Médica	acidente/complicação; A/C	S/N
Médica	Nexo	S/N
Jurídica	sentença, decisão	P/I
Jurídica	posição doutrinária, posição	S/O
Discursiva	resultado	S/N
Discursiva	inversão	S/N
Discursiva	CDC	S/N
Discursiva	RS, resp. sub.	S/N
Discursiva	orientação	S/N
Geral	data	A/P

As populações foram submetidas aos testes não paramétricos qui-quadrado e teste exato de Fisher, bi-caudais, para testar a hipótese de diferença entre as proporções (hipótese nula: não há diferença entre as proporções). A evolução temporal das proporções Procedência/Improcedência e Objetivistas/Subjetivistas foi avaliada pelo teste de razão de verossimilhança. O nível de significância foi considerado como sendo de 5% para todos os testes.

Os dados referentes à casuística estão listados no anexo A. Não se encontram registradas nesse anexo as manifestações referentes à teoria do risco porque em nenhum dos processos foi feita referência a ela.

As manifestações discursivas dos juízes que definiram a classificação da sentença em objetivista ou subjetivista estão registradas no anexo B.

RESULTADOS

A Tabela 1 mostra a mediana e os valores de duração máxima e mínima, em primeiro grau, dos processos da amostra, bem como a data de início do mais recente e do mais antigo. A duração foi medida em meses.

A Tabela 2 mostra os valores absolutos e porcentagens das sentenças de procedência e improcedência e a Tabela 3 mostra os mesmos parâmetros com referência às posições objetivista e subjetivista, segundo manifestado na sentença.

A Tabela 4 lista os procedimentos cirúrgicos.

As Tabelas 5, 6 e 7 mostram a distribuição de frequência dos vários graus de valores da variável “fato”, respectivamente, para toda a população, grupo objetivista e grupo subjetivista.

A Tabela 8 mostra a frequência dos vários tipos de complicação ou acidente.

A Tabela 9 mostra a frequência dos valores da variável “resultado” para o grupo objetivista.

A Tabela 10 mostra a frequência relativa dos valores da variável “inversão” para o grupo objetivista.

A Tabela 11 mostra a frequência relativa dos valores da variável “CDC” para o grupo objetivista.

A Tabela 12 mostra a frequência de distribuição dos valores da variável “data” para toda a amostra.

A Tabela 13 mostra a frequência de distribuição dos valores da variável “data” para o grupo objetivista.

A Tabela 14 mostra a frequência relativa dos valores da variável “CDC” para o grupo subjetivista.

A Tabela 15 mostra a frequência dos valores da variável RS (responsabilidade subjetiva) para o grupo subjetivista.

A Tabela 16 mostra a frequência dos valores da variável “orientação” para o grupo objetivista.

A Tabela 17 mostra a frequência dos valores da variável “orientação” para o grupo objetivista.

A Tabela 18 apresenta o teste qui-quadrado para a correlação entre as variáveis “sentença” (P/I) e “posição” (S/O). Há correlação significativa entre a concepção objetivista e sentença de procedência ($p=0,001$). O Gráfico I refere-se a esta tabela.

A Tabela 19 apresenta a distribuição da variável “fatos” entre os valores procedência/improcedência da variável “resultado da sentença” para o subgrupo de sentenças objetivistas.

A Tabela 20 apresenta a distribuição da variável “fatos” entre valores procedência/improcedência da variável “resultado da sentença” para o subgrupo de sentenças subjetivistas.

A Tabela 21 apresenta o teste exato de Fisher para correlação entre o grupo de casos correspondente ao valor 2 e o grupo de casos correspondente aos valores 3 e 4 da variável “fato” e a variável “sentença” para o grupo objetivista. Essa correlação mostrou-se não significativa ($p=0,135$). O Gráfico II refere-se a esta tabela.

A Tabela 22 apresenta o teste exato de Fisher para correlação entre o grupo de casos correspondente ao valor 2 e o grupo de casos correspondente aos valores 3 e 4 da variável “fato” e a variável “sentença” para o grupo subjetivista. Essa correlação mostrou-se não significativa ($p=0,281$). O Gráfico III refere-se a esta tabela.

A Tabela 23 apresenta o teste qui-quadrado para correlação entre os valores da variável “acidente/complicação” e a variável “sentença” para o grupo objetivista. Essa correlação mostrou-se não significativa ($p=0.311$). O Gráfico IV refere-se a esta tabela.

A Tabela 24 apresenta o teste qui-quadrado para correlação entre os valores da variável “acidente/complicação” e a variável “sentença” para o grupo subjetivista. Essa correlação mostrou-se não significativa ($p=0.214$). O Gráfico V refere-se a esta tabela.

A evolução temporal das proporções entre os valores das variáveis “resultado da sentença” (procedência/improcedência) e “posição doutrinária (objetivista/subjetivista) foi testada nas tabelas 25 e 26, respectivamente, pelo teste de razão de verossimilhança. Ambas mostraram-se não significativas ($p = 0,726$ e $0,279$, respectivamente). Os Gráficos VI e VII referem-se às Tabelas 25 e 26, respectivamente.

As variáveis classificáveis foram apresentadas em tabelas de contingência compreendendo os valores absolutos (n) e relativos (%) das frequências. A associação entre elas foi avaliada pelos testes qui-quadrado e teste exato de Fisher, bi-caudais. Valores de $p < 0,5$ foram considerados significantes.

Tabela 1 – Duração dos processos em meses

Mediana	40
Mínimo	11
Máximo	146

Processo mais antigo: 09/04/1992*

Processo mais recente: 12/08/2002*

*Protocolo da petição inicial

Tabela 2 – Sentenças judiciais

Procedência	32	45,07%
Improcedência	39	54,93%
Total		100,00%

Tabela 3 – Posições doutrinárias

Subjetivista	39	54,93%
Objetivista	32	45,07%
Total		100,00%

Tabela 4 – Procedimentos médico-cirúrgicos

	Procedimento	n°	%
1	Blefaroplastia	5	7,04%
2	Rinoplastia	7	9,86%
3	Ritidectomia	5	7,04%
4	Otoplastia	2	2,82%
5	Mentoplastia	2	2,82%
6	Peeling facial	2	2,82%
7	Mamoplastia de aumento	6	8,45%
8	Mamoplastia redutora	15	21,13%
9	Abdominoplastia	10	14,08%
10	Lipoaspiração	7	9,86%
11	Tratamento de calvície	2	2,82%
12	Tratamento de tatuagem	3	4,23%
13	Depilação	3	4,23%
14	Prótese de panturrilha	1	1,41%
15	Prótese de nádegas	1	1,41%
	Total	71	100,00%

Tabela 5 – Distribuição de frequência da variável “fato” – toda a população

Fato	n	%
Não constatado	15	21,13%
Mínimo	10	14,08%
Médio	17	23,94%
Elevado	29	40,89%
Total	71	100,00%

Tabela 6 – Distribuição de frequência da variável “fato” – grupo objetivista

Fato	n	%
Não constatado	4	12,50%
Mínimo	5	15,63%
Médio	9	28,13%
Elevado	14	43,75%
Total	32	100,00%

Tabela 7 – Distribuição de frequência da variável “fato” – grupo subjetivista

Fato	n	%
Não constatado	11	28,21%
Mínimo	5	12,82%
Médio	8	20,51%
Elevado	15	38,46%
Total	39	100,00%

Tabela 8 – Acidentes e complicações

N	Sem intercorrência	36	50,70%
1	Infecção	14	19,72%
2	Necrose	7	9,86%
3	Queimadura	2	2,82%
4	Quelóide	3	4,23%
5	Corpo estranho	1	1,41%
6	Óbito	2	2,82%
7	Paralisia facial	2	2,82%
8	Outra	3	4,23%
9	Cegueira	1	1,41%
	Total	71	100,00%

Tabela 9 – Obrigação de resultado: citações nas sentenças objetivistas

SIM	31	96,87%
NÃO	1	3,12%
Total	32	100,00%

Tabela 10 – Inversão do ônus da prova: citações nas sentenças objetivistas

SIM	15	46,87%
NÃO	17	53,12%
Total	32	100,00%

Tabela 11 – CDC: citações nas sentenças objetivistas

SIM	4	12,50%
NÃO	17	87,50%
Total	32	100,00%

Tabela 12 – Frequência de cirurgias segundo a data de vigência do CDC

Posterior	66	92,96%
Anterior	5	7,04%
Total	71	100,00%

Tabela 13 – Frequência de cirurgias segundo a data de vigência do CDC nas sentenças objetivistas

Posterior	31	96,87%
Anterior	1	3,13%
Total	32	100,00%

Tabela 14 – CDC: citações nas sentenças subjetivistas

SIM	1	2,56%
NÃO	38	97,44%
Total	39	100,00%

Tabela 15 – Responsabilidade subjetiva e obrigação de meio: citações nas sentenças subjetivistas

SIM	10	25,64%
NÃO	29	74,36%
Total	39	100,00%

Tabela 16 – Deveres acessórios: citações nas sentenças objetivistas

SIM	9	28,13%
NÃO	23	71,87%
Total	32	100,00%

Tabela 17 – Deveres acessórios: citações nas sentenças subjetivistas

SIM	1	2,56%%
NÃO	38	97,44%
Total	39	100,00%

Tabela 18 – Correlação entre variáveis S/O e P/I

Posição Doutrinária	Resultado da sentença				Total	
	P		I			
O	24	75,00%	8	25,00%	32	100,00%
S	8	20,51%	31	79,49%	39	100,00%
Total	32	45,07%	39	54,93%	71	100,00%

p= 0,001 (teste qui-quadrado)

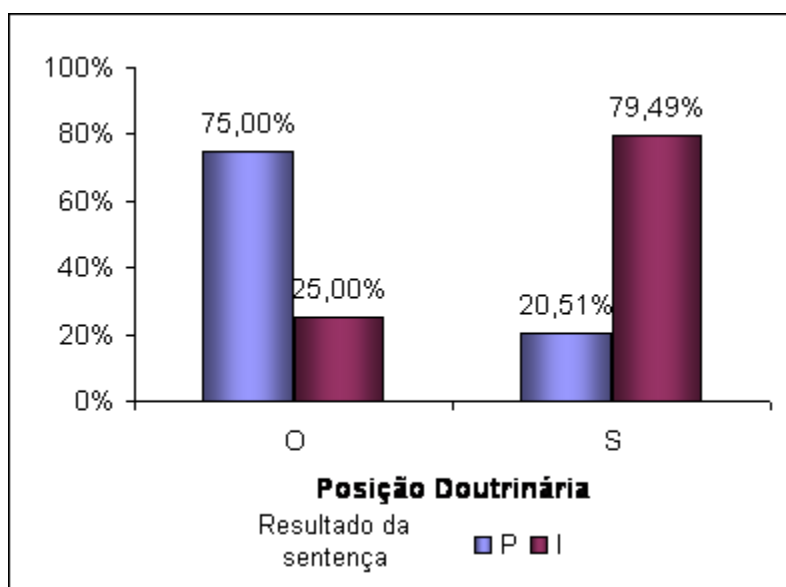


Tabela 19 – Frequência do tipo de sentença segundo existência do fato e do nexos no grupo objetivista

	P	I
Fato não verificado ou sem nexos de causalidade	0	8
Fato verificado, com nexos de causalidade	24	0
Total	24	8

Tabela 20 – Frequência do tipo de sentença segundo existência do fato e do nexos no grupo subjetivista

	P	I
Fato não verificado ou sem nexos de causalidade	0	13
Fato verificado, com nexos de causalidade	8	18
Total	8	31

Tabela 21 – Correlação entre graus de acometimento e sentença para o grupo objetivista

Fato alegado	Resultado da sentença				Total	
	P		I			
2 (mínimo)	3	60,00%	2	40,00%	5	100,00%
Demais	21	91,30%	2	8,70%	23	100,00%
Total	24	85,71%	4	14,29%	28	100,00%

p= 0,135 (teste exato de Fisher)

Gráfico II

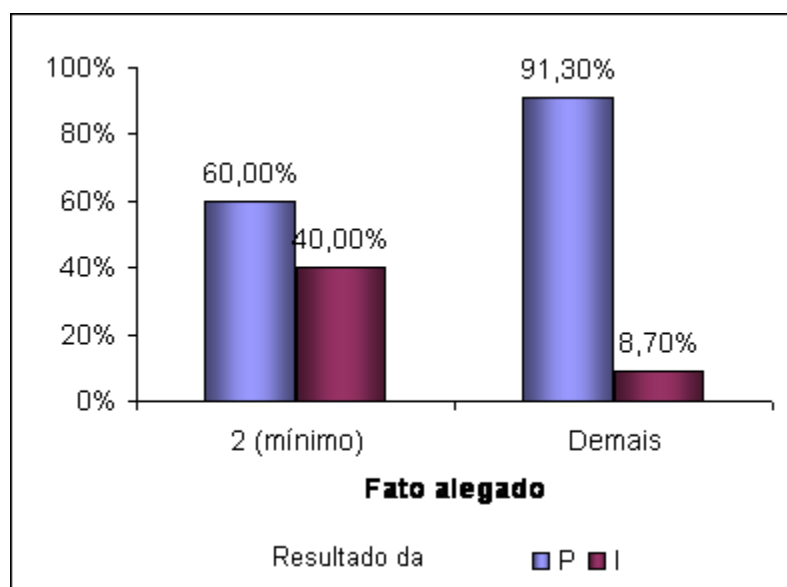


Tabela 22 – Correlação entre graus de acometimento e sentença para o grupo subjetivista

Fato alegado	Resultado da sentença				Total	
	P		I			
2 (mínimo)	0	0,00%	5	100,00%	5	100,00%
Demais	8	34,78%	15	65,22%	23	100,00%
Total	8	28,57%	20	71,43%	28	100,00%

p= 0,281 (teste exato de Fisher)

Gráfico III

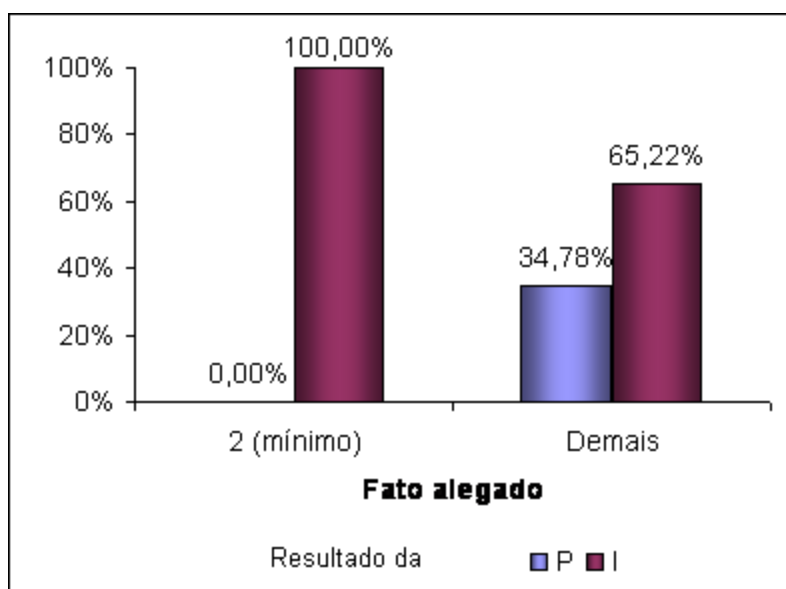


Tabela 23 – Correlação entre variáveis acidente/complicação e sentença para o grupo objetivista

Acidente/complicação	Resultado da sentença				Total	
	P		I			
Sem a/c	10	76,92%	3	23,08%	13	100,00%
Com a/c	14	93,33%	1	6,67%	15	100,00%
Total	24	85,71%	4	14,29%	28	100,00%

P= 0,311 (teste exato de Fisher)

Gráfico IV

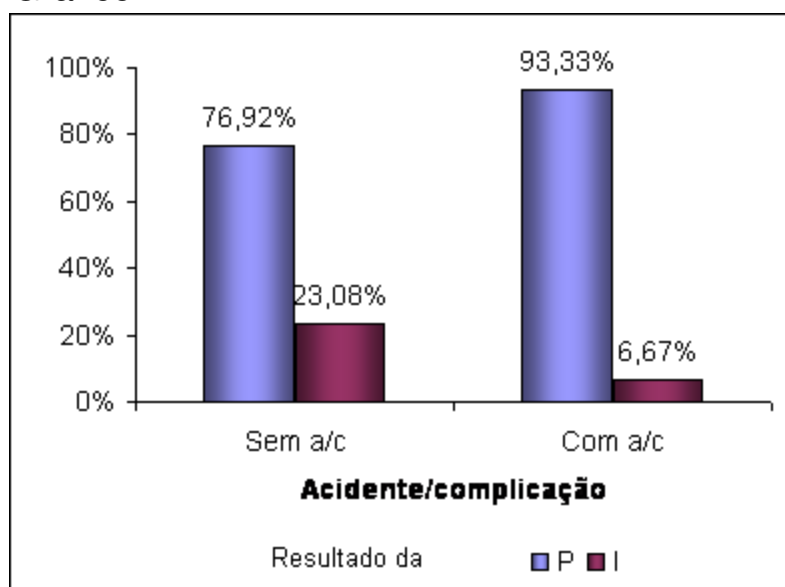


Tabela 24 – Correlação entre variáveis acidente/complicação e sentença para o grupo subjetivista

Acidente/complicação	Resultado da sentença				Total	
	P		I			
Sem a/c	1	11,11%	8	88,89%	9	100,00%
Com a/c	7	36,84%	12	63,16%	19	100,00%
Total	8	28,57%	20	71,43%	28	100,00%

P= 0,214 (teste exato de Fisher)

Gráfico V

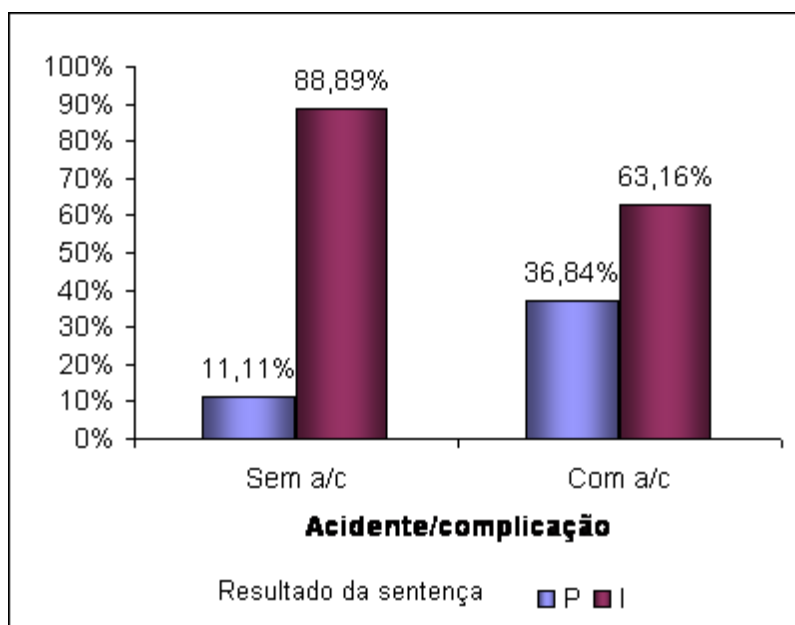


Tabela 25 – Variação temporal das proporções P/I

Ano	P	I	Total
1993	1	0	1
1995	1	2	3
1996	1	0	1
1998	1	2	3
1999	4	2	6
2000	2	4	6
2001	5	6	11
2002	6	9	15
2003	4	8	12
2004	3	4	7
2005	4	2	6
Total	32	39	71

P= 0,726 (teste da razão de verossimilhança)

Gráfico VI

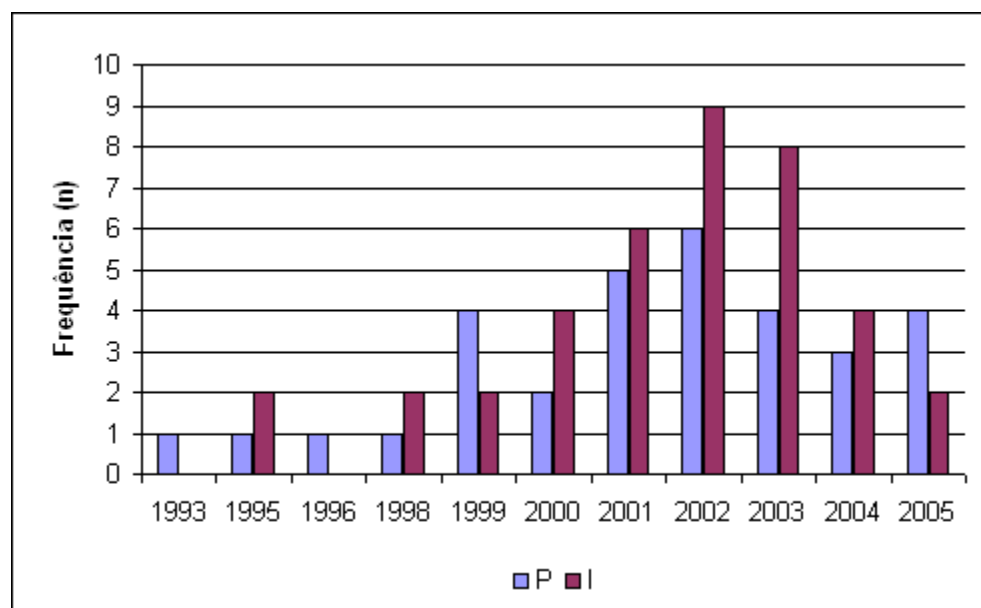
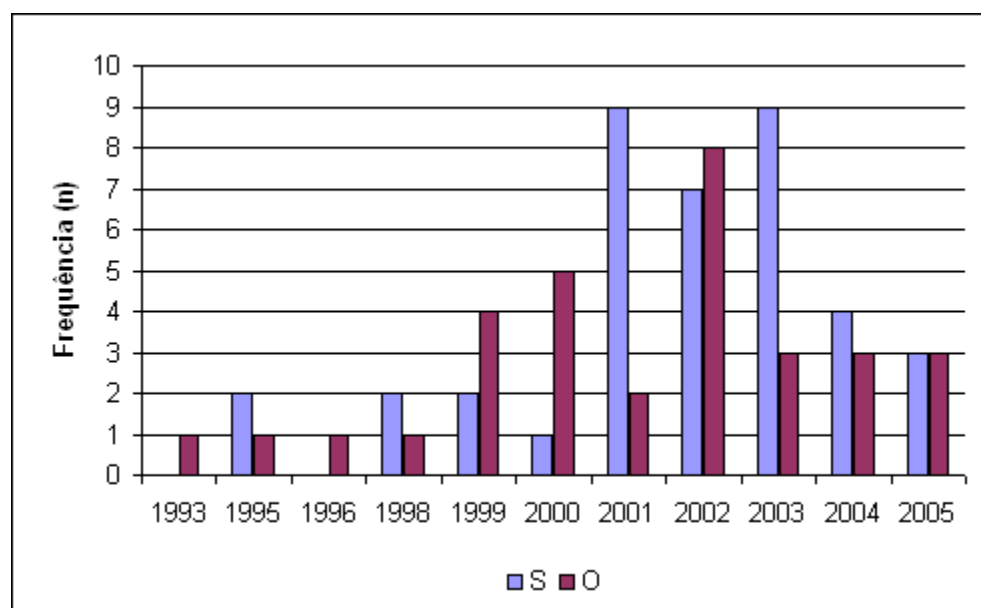


Tabela 26 – Variação temporal das proporções S/O

Ano	S	O	Total
1993	0	1	1
1995	2	1	3
1996	0	1	1
1998	2	1	3
1999	2	4	6
2000	1	5	6
2001	9	2	11
2002	7	8	15
2003	9	3	12
2004	4	3	7
2005	3	3	6
Total	39	32	71

P= 0,279 (teste da razão de verossimilhança)

Gráfico VII



DISCUSSÃO

O primeiro aspecto a ser levantado é que o projeto desta tese não é comum e não se amolda aos modelos habituais para a espécie.

Trata-se de trabalho empírico, de levantamento retrospectivo de informações de processos para correlacionar dados de natureza jurídica e médica, com uso de metodologia estatística que, ainda que simples, é outro elemento incomum nesta seara.

Desconhecemos projetos semelhantes, seja na área da Medicina Forense, seja na área Jurídica. Essa circunstância dificulta, se é que não impede mesmo, análises comparativas com dados de outros estudiosos.

Isso posto, nossa conduta será a de, havendo identificado na INTRODUÇÃO os elementos que em nosso entendimento justificam as interrogações que apresentamos, encerrar esta DISCUSSÃO voltando a eles na tentativa de responder, ou pelo menos fechar nosso raciocínio, demonstrando as implicações que pudemos inferir de todo o caminho andado e apresentar eventuais sugestões de pesquisa futura.

Ao iniciar propriamente a análise dos dados, cumpre registrar a ocorrência de perda amostral significativa de 55,6% (89 casos

em 160), circunstância que diminuiu o poder de inferência estatística a partir dos dados obtidos.

Na Tabela 1 são apresentados, em meses, os valores máximo, mínimo e a mediana de duração dos processos, tomando-se como referência as datas do protocolo da petição inicial e da sentença de primeiro grau. O processo mais antigo é de 06/04/1992 e o mais recente de 12/08/2002. O total de julgados em segundo grau foi de apenas 6, motivo pelo qual o material não foi submetido a análise. Esse número baixo de decisões de segunda instância certamente reflete a excessiva duração dos processos no primeiro grau, circunstância esta agravada pela greve do Poder Judiciário paulista havida no ano de 2003, durante a fase de levantamento de dados para este trabalho.

A Tabela 2 mostra proporção de 54,93% de sentenças de improcedência (favorável ao médico) em primeiro grau. Não há meios de comparação, tanto com outras séries de cirurgias estéticas quanto com séries de outras especialidades médicas, mas nosso entendimento é que os dados não favorecem o senso comum de que o cirurgião plástico é um personagem “pré-crucificado” quando confrontando uma lide por erro médico, ainda que tais valores possam se mostrar maiores do que os aferidos em outras especialidades.

O mesmo se dá com a proporção de sentenças de natureza subjetivista (54,93%) quando comparada com a corresponde proporção para sentenças objetivistas, segundo demonstrado na Tabela 3. Também ao nosso ver, esse dado surpreende por demonstrar que, apesar de pequena a diferença, predomina, nesta amostra, a opção pela subjetivação da responsabilidade civil do cirurgião plástico.

Os números da Tabela 4 traduzem proporções usuais, na prática médica, dos vários tipos de procedimentos estéticos. Reportando-nos à classificação dos procedimentos que expusemos no tópico C.1 supra, constatamos um único caso que se enquadraria no grupo denominado por Ferreira e Ferreira (1992) de alterações de aspectos físicos normais. Trata-se de pessoa de origem nipônica, que se submeteu a cirurgia para modificar o formato do nariz, típico de seu grupo étnico, para o formato caucasiano. Recordar-se que esses autores proscvem a cirurgia neste grupo. A litigância deu-se por insatisfação com o resultado e o assunto não foi ventilado nos autos.

A Tabela 5 mostra a distribuição de freqüência da variável “fato alegado” para toda a população amostral, podendo-se constatar número relativamente alto de comprometimento médio e elevado (64,83%). Valores altos também foram observados para o grupo subjetivista (58,97%) e objetivista (71,88%) segundo as Tabelas 6 e 7. Esses

valores são compatíveis com o fato de se tratar de amostra de processos judiciais cujo critério de eleição é a alegação de erro médico.

A Tabela 8 mostra a frequência das várias complicações. Constata-se que a complicação mais frequente é a infecção, seguida de deiscência de sutura. Foram constatados três casos de quelóide.

A Tabela 9 mostra que a obrigação de resultado é invocada em quase 100% das sentenças do grupo objetivista. Houve um único caso deste grupo em que o conceito não foi utilizado. Trata-se do caso número 47, no qual o juiz fundamentou-se exclusivamente em dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

Constatamos uma proporção menor, de 46,87% (15 casos), que invocam também instituto da inversão do ônus da prova (Tabela 10), mas entendido este como decorrente da natureza da obrigação (obrigação de fim ou de resultado) e não nos termos do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Os dados dessas duas tabelas demonstram a força que possui o conceito de obrigação de resultado naqueles que se postam fora do âmbito do princípio da culpa provada. A análise das manifestações discursivas nas sentenças objetivistas apresentadas no anexo B demonstra que a concepção típica corresponde à do segundo tipo de argumento, dentre os identificados e relatados no tópico C4 da INTRODUÇÃO (mo-

tivação da cirurgia constituída da mudança de aspecto corporal na ausência de finalidade terapêutica), fato, de resto, esperado a partir das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas. Registre-se, entretanto, que substancial porção das sentenças, se não a maioria, refere-se simplesmente a “obrigação de resultado”, sem mais considerações de qualquer outra natureza.

Dado que chama a atenção pelo inesperado é a baixa frequência com que é evocado o Código de Defesa do Consumidor no grupo objetivista: quatro casos, correspondendo a 12,50% (Tabela 11).

Os dados da Tabela 12 demonstram que essa baixa frequência não pode ser atribuída a eventual pequeno número de eventos ocorridos após a sanção do código em apreço, pois estes correspondem exatamente à quase totalidade dos casos: 92,96% das cirurgias da população amostral ocorreram depois do advento do código consumerista.

Por outro lado, quando considerado exclusivamente o grupo objetivista, essa proporção mantém-se, conforme demonstra a Tabela 13 (96,87%).

Os dispositivos evocados nas quatro sentenças objetivistas foram, no caso 47 o art. 6º, I e III e o art. 8º; no caso 33 o art. 20, § 2º e nos casos 11 e 20 o art. 6º, VIII.

No que respeita ao caso 47, releva registrar que o caput do art. 6º e seus incisos estabelecem o que se consideram os direitos básicos do consumidor. O inciso I prescreve a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. O inciso III estabelece o direito à informação e o artigo 8º determina que os serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores e reitera a exigência de informação adequada. Esse caso, recorda-se, foi o único do grupo objetivista em que não foi citado o instituto da obrigação de resultado. Por outro lado, os teores do inciso I do art. 6º e da primeira parte do art. 8º podem levar à conclusão de que o magistrado valeu-se da teoria do risco criado, pois ambos os dispositivos falam em risco na prática do fornecedor de serviços ou produtos. A leitura completa da sentença, entretanto, não permite essa ilação, uma vez que o juiz refere-se exclusivamente aos aspectos relativos à informação/orientação, fazendo-o inclusive ao citar os dispositivos em questão. O caso afigura-se-nos como o único de toda a casuística em que a fundamentação deu-se exclusivamente com base no não cumprimento do dever de informação.

O art. 20, evocado no caso 33, estabelece, no caput, que o fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem

impróprios ao consumo e o § 2º define como impróprios “*os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade*”. Em nosso entendimento, a primeira parte desse § 2º define, em termos adequados ao jargão consumerista, os serviços que não atendem o resultado esperado. Sua utilização, portanto, implica em admitir a exigência de resultado, fato, de resto, admitido de modo explícito e direto pelo juiz em outra parte da sentença conforme consta do anexo B.

O art. 6º, VIII, como é sabido, regulamenta a inversão processual do ônus da prova no âmbito do direito consumerista, sendo os dois casos acima apontados (nº 11 e 20) os únicos nos quais se evocou esse dispositivo na presente casuística.

Em nenhum caso lançou-se mão do art. 14, § 3º, nos termos aventados por Marques (2004). Lembramos que o dispositivo em questão estabelece a responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, dos fornecedores de serviços.

Todas as sentenças do grupo objetivista em que lançou-se mão de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor foram de procedência.

A Tabela 14 apresenta a frequência com que são utilizados dispositivos do Código de Defesa do Consumidor por parte do grupo subjetivista. Coerentemente com suas concepções doutrinárias, o único caso refere-se ao art. 14, § 4º que, como já referido, excepciona a aplicação da responsabilidade objetiva para os profissionais liberais.

É sabido que leis com características intensamente renovadoras, como o Código de Defesa do Consumidor, levam algum tempo para ser assimiladas pelos operadores do Direito. Uma possível explicação para o baixo índice de evocação desse diploma legal na presente casuística poderia ser a da relativa antiguidade dos processos. Tal não se sustenta, entretanto, pois da observação de qualquer uma das Tabelas 25 ou 26 pode-se verificar a alta concentração de casos do ano 2000 para a frente, ou seja, decorridos dez anos da sanção da lei. Conclui-se, portanto, pela baixa adesão dos magistrados desta amostra pelo diploma legal em questão.

Analisando-se o conjunto dos dados das Tabelas 9, 10 e 11 verifica-se que na presente amostra, a responsabilidade civil, ou pelo menos a do cirurgião plástico, para os sufragadores da objetivação da responsabilidade, ainda é concebida em moldes clássicos (ou seja, em termos de tipo de obrigação, apenas), uma vez que se baseia quase que exclusivamente na aplicação da teoria da obrigação de resultado e, mes-

mo quando evocado o instituto da inversão do ônus da prova, esta se dá ainda no âmbito desta última teoria, e não nos termos do Código de Defesa do Consumidor, conforme acima demonstrado. A ausência de fundamentação com base na teoria do risco é esperada em face da avassaladora opinião expressa, mesmo por objetivistas, de que tal teoria não se aplica à prática médica, conforme mostrado em INTRODUÇÃO.

Dada a alta taxa de sentenças de procedência para o grupo, verifica-se que se mostram desnecessários os modernos conceitos do Código de Defesa do Consumidor para o tratamento da responsabilidade civil do cirurgião plástico, do ponto de vista daqueles que não aceitam o princípio da responsabilidade com culpa provada.

A Tabela 15 apresenta as frequências com que juízes subjetivistas emitiram manifestações explícitas a respeito da natureza de responsabilidade subjetiva ou de obrigação de meio atinentes à especialidade cirurgia plástica. Essa frequência, para a presente amostra, foi de 25,64% e tem valor apenas descritivo.

Nos demais casos as manifestações tomaram as várias formas de expressão da culpa aquiliana tais como “agir com culpa”, “imperícia”, “imprudência”, “negligência”, etc., conforme consta do anexo B. Consoante já informado, o único caso em que se evocou o

Código de Defesa do Consumidor neste grupo foi por meio do art. 14, § 4º.

Observando-se a Tabela 16 constata-se que das 32 sentenças objetivistas, 9 levantaram a questão dos deveres de informação, orientação e consentimento informado. Todas as sentenças foram de procedência. Esses dados não permitem avaliar a importância do elemento em referência na motivação da decisão do magistrado porque, com exceção do caso nº 47, em todos os demais houve concomitante evocação do instituto da obrigação de resultado (lembramos que dos 32 casos do grupo objetivista, em apenas um caso - nº 47 - não foi citado esse instituto como fundamentação da decisão, conforme consta da Tabela 9). Por outro lado, dada a exacerbação da importância conferida aos deveres de informação e orientação por parte tanto da doutrina quanto da jurisprudência, consoante pudemos registrar no tópico C3 da INTRODUÇÃO, manifestamos nosso entendimento de que a taxa de 28,13% obtida para esse dado é inesperadamente baixa.

Do grupo subjetivista (Tabela 17), apenas um (caso nº 64) valeu-se do instituto em apreço (“direitos acessórios”) e a sentença também foi de procedência. O juiz evoca explicitamente o art. 159 do código civil de 1916 (que, como se sabe, trata da obrigação de reparar com fundamento na culpa) e, embora não de forma explícita, fundamenta-se no

art. 333, II do Código de Processo Civil para rechaçar determinados argumentos do réu, concluindo daí pela imperícia. A motivação valeu-se de forma explícita, tanto da admitida imperícia quanto da falha com o dever de informar, esta última com fundamento na natureza contratual da relação.

A Tabela 18 mostra haver correlação positiva entre as posições doutrinárias objetivista e subjetivista e o número de sentenças de procedência, sendo este nitidamente maior para os objetivistas. Há praticamente inversão das proporções P/I para os dois grupos. Constata-se, portanto, que os juízes objetivistas efetivamente sancionam mais, circunstância de resto esperada, embora não se pudesse aquilatar a diferença verificada.

O significado desse dado fica especialmente reforçado quando comparamos esse resultado com os das Tabelas 19 e 20.

Essas tabelas discriminam a distribuição das sentenças de procedência e improcedência segundo combinação de valores das variáveis “fato” e “nexo”.

A Tabela 19 mostra que literalmente todos os casos de improcedência (oito) do grupo objetivista se deram na condição em que ou o fato não foi constatado ou não havia ou não foi possível estabelecer

o nexos de causalidade. Contrariamente, todos os casos em que foi constatado o fato e o nexos, receberam decisão de procedência.

Já para o grupo subjetivista (Tabela 20), constatam-se 18 casos de improcedência nos quais foi verificado fato e o nexos. Evidentemente, nesses casos considerou-se inexistir a conduta culposa.

Ao trazer esses dados a lume, não podemos deixar de lembrar os princípios da teoria do risco, que se caracteriza exatamente por suprimir toda e qualquer consideração sobre a culpa e restringir os fundamentos da condenação ao binômio fato/nexos. Isto posto, e lembrando mais uma vez que não foi constatado no discurso das inúmeras sentenças objetivistas nenhuma referência à teoria do risco, entendemos que uma das mais importantes constatações deste trabalho é que, para a amostra de processos judiciais que o compõe, a aplicação dos fundamentos da “responsabilidade objetiva” *lato sensu*, constituído por operar segundo os princípios da teoria da obrigação de resultado, apresenta o mesmo resultado da aplicação da teoria do risco. A nenhum dos réus dos processos em apreço aproveitou a possibilidade de provar sua não-culpa, nos termos permitidos pela instituto da inversão do ônus da prova, segundo estabelecido e propugnado pelos vários doutrinadores (inclusive os objetivistas) que tivemos oportunidade de citar em INTRODUÇÃO:

Branco (1996), Couto Filho e Souza (2004), p. 64 e 65, Zuliani (2003) e Matielo (1998), p. 66, entre outros.

Outra constatação interessante a extrair dos resultados das Tabelas 19 e 20, e decorrente da inexistência de sentença de procedência nos casos em que não se verificou o fato alegado, é que na presente casuística não se deu nenhuma condenação (em ambos os grupos) por queixa de cunho exclusivamente subjetivo (categoria 1.1 da classificação apresentada no tópico C.5.4). Esse achado é conforme ao pensamento de Matielo (1998) e Gomes (2002).

A Tabela 21 mostra a correlação entre a variável “fatos alegados” e a variável “resultado da sentença” para o subgrupo de sentenças objetivistas. A variável “fatos” foi reagrupada em dois conjuntos: um constituído pelos casos correspondentes aos valores 2 (“mínimo”) e o outro constituído pelos casos dos outros valores mais altos. Submetido ao teste exato de Fisher, essa correlação mostrou-se não significativa, ou seja, não se conseguiu, na presente avaliação, determinar correlação entre sentença de procedência e gravidade do quadro para esse grupo. Esse dado era esperável em se tratando do grupo objetivista, em função dos dados já conhecidos, em face do alto grau de sentenças de procedência e a restrição ao binômio fato/nexo acima apontada.

Os três casos do subgrupo “mínimo” que receberam sentença de procedência correspondiam, respectivamente, o primeiro (caso nº 47) a um tratamento de tatuagem que frustrou a expectativa da autora com referência à persistência de mancha residual e os outros dois (casos nº 53 e 54) a duas mamoplastias que requeriam complementação. No primeiro a fundamentação deu-se com base em dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e nos demais na obrigação de resultado. De notar que, no caso das mamoplastias, a condenação não se restringiu ao ressarcimento da cirurgia complementar.

A Tabela 22 configura a mesma situação para o grupo subjetivista. Aqui também não foi possível rejeitar a hipótese nula, fato que em princípio pode parecer estranho e inesperado para esse grupo, pois, dada sua maior “flexibilidade”, seria razoável esperar uma maior “gradação” da condenação segundo um espectro de gravidade do fato.

Verifica-se, entretanto, não haver nenhum caso de procedência no grupo menos grave, ou seja, nenhum caso do grupo 2 (“mínimo”) foi condenado, de um total de 5. Os achados sugerem fortemente que se a amostra fosse maior, o teste apresentaria significância.

A principal hipótese, portanto, que conseguimos aventar, aponta para tamanho insuficiente da amostra (observe-se, por oportuno,

que essa hipótese é também admissível com relação ao grupo objetivista).

Os cinco casos do grupo 2 (mínimo) desta tabela são constituídos respectivamente por manchas e resíduos de pigmentos em tratamento de tatuagem por fotodermólise com laser rubi (caso nº 37), peeling cirúrgico com descoloração e atrofia (caso nº 44) e cicatrizes consideradas dentro dos limites para a respectiva cirurgia, suscetíveis de cirurgias complementares (casos 56, 63 e 68).

As Tabelas 23 e 24 mostram, para os grupos objetivista e subjetivista, respectivamente, a correlação entre os valores S e N da variável complicação/acidente e o resultado da sentença. Em ambos os grupos não se conseguiu afastar H_0 .

Mais uma vez podemos dizer que, em função dos resultados já obtidos nas avaliações anteriores deste trabalho, o dado é esperável para o grupo objetivista. Analisando-se os 10 casos “sem complicação” condenados, constatamos que 9 apresentam grau 3 e 4 da variável “fato” e só por isso têm alta chance de receber sentenças de procedência no grupo objetivista. Esses casos, por exemplo, podem bem estar incluídos no grupo “Demais” de 21 casos da Tabela 21. O caso restante é exatamente um dos 3 casos do grupo de valor 2 da variável “fato” da Tabela 21. Para todos eles bastou restar comprovado o fato e o nexos de causalidade.

dade, conforme já exposto na Tabela 19, para que se verificasse sentença de procedência. Por outro lado, o único caso dessa tabela com sentença de improcedência no grupo “com A/C” corresponde a cirurgia de lipoaspiração na qual teria ocorrido lesão do nervo ciático-poplíteo externo com conseqüente síndrome do pé caído (caso nº 25). A perícia entendeu não haver nexos de causalidade entre essa complicação e a cirurgia, entendimento este adotado pelo juiz.

O único caso sem acidente ou complicação condenado no grupo subjetivista apresentava classificação 3 (médio) segundo a variável “fato”, ou seja, grau de alteração de intensidade compatível com resultado “não normal”, o qual, admitida a conduta culposa, mostra-se apto à condenação, segundo os termos da correspondente teoria.

Com relação ao resultado obtido para o grupo subjetivista nesta correlação, valem as mesmas observações efetuadas com relação à tabela 22: a não obtenção de resultado estatisticamente significativo pode traduzir o pequeno tamanho da amostra mais do que inexistência de irreduzibilidade dos juízes subjetivistas quanto defrontados com complicações cirúrgicas. A dar força a esse raciocínio, o fato de que ocorreram 12 casos com sentença de improcedência nos quais incidiu alguma forma de acidente/complicação.

À primeira vista as correlações efetuadas nestas tabelas podem parecer desnecessárias e superponíveis às das Tabelas 21 e 22, uma vez que os casos em que ocorreram acidentes ou complicações devem ser todos alocados nos valores mais altos da variável fato e comportar-se-iam como tal.

Esse raciocínio não se sustenta por dois motivos: em primeiro lugar, porque os eventos em questão podem ser interpretados como manifestação da álea e assim receber julgamento mais benévolo pelo grupo subjetivista; em segundo lugar porque é possível que ocorram processos mórbidos ou acidentes que nem guardem relação física com o local operado nem deixem seqüelas e podem, portanto, não ser sancionados. O caso 25, acima discutido (tabela 23) é exemplo desta última situação.

As tabelas 25 e 26 testam respectivamente a evolução temporal das proporções de sentenças absolutórias (improcedência) e condenatórias (procedência) bem como das sentenças subjetivistas e objetivistas, entre os anos 1993 e 2005, correspondentes à sentença mais antiga e à mais recente. O teste de razão de verossimilhança não logrou demonstrar tendência de nenhuma das proporções ou valores de variáveis, ao nível de significância de 5%.

Constata-se, então, da análise dessas tabelas que para a amostra deste trabalho não se verificou, no período estudado, nenhuma tendência de mudança, tanto no que respeita às frequências relativas de sentenças de procedência ou improcedência, quanto às frequências relativas de sentenças subjetivistas e objetivistas.

Resumindo todo o exposto, podemos dizer que os dados da Tabela 18 não deixam dúvida a respeito da maior tendência absoluta dos juízes de concepção subjetivista e correspondente tendência sancionatória do grupo objetivista na presente amostra.

Não obstante os resultados dos vários testes não terem sido capazes de demonstrar correlações significantes entre a propensão condenatória e os graus de alteração do resultado estético com relação ao esperado ou ainda com a ocorrência ou não de acidentes e/ou complicações, o conjunto dos dados sugere duas formas de racionalidade diferentes para os grupos objetivista e subjetivista.

A julgar correto o raciocínio, o grupo subjetivista apresenta mais possibilidades de discriminações de situações e conseqüente maior flexibilidade de decisões. Essa ilação é possível com base, por exemplo, na ocorrência, neste grupo, de decisões de improcedência em 12 casos nos quais houve a intercorrência de acidentes e/ou complicações.

Por sua vez, conforme já aludido, o resultado final da atividade julgadora do grupo objetivista na presente amostra é indistinguível da aplicação da teoria do risco. Esse dado contrasta com toda a alegada manifesta inaplicabilidade dessa teoria à responsabilidade civil do médico e não se conforma com os postulados da culpa presumida, que prevê a possibilidade de o réu provar sua não-culpa.

Na presente amostra não se verificaram sentenças de procedência em casos cujas alterações eram de cunho estritamente subjetivo.

Os dados disponíveis não demonstraram nenhuma tendência temporal nas variáveis estudadas e não corroboram, portanto, nenhuma das posições a esse respeito.

O modelo de variáveis apresentado mostrou-se, ao nosso ver, útil para o estudo e classificação de processos judiciais na área da responsabilidade civil médica, merecendo ulterior atenção.

CONCLUSÕES

Os resultados deste estudo permitem concluir que:

1. Na presente amostra a substituição do princípio da culpa provada dá-se fundamentalmente pelo uso da teoria da obrigação de resultado. Não foi constatada a aplicação da teoria do risco.

2. É baixo o número de processos fundamentados no Código de Defesa do Consumidor. Além dos dispositivos referidos em OBJETIVOS, constatou-se também a utilização de dois outros dispositivos, o art. 8º e o art. 20. O primeiro utilizado no aspecto referente a orientação adequada e o segundo como fundamento da exigência de resultado.

3. O apelo ao recurso dos direitos acessórios mostrou-se fundamentalmente ligado ao concomitante apelo ao instituto da obrigação de resultado e no âmbito desse conceito. A taxa de citação obtida foi considerada baixa, dada a importância a ele consignada pela doutrina.

4. Há correlação significativa entre a tendência à condenação e posição objetivista do juiz.

5. Não foi verificada nenhuma tendência de mudança na proporção de sentenças objetivistas e subjetivistas para o período estudado.

6. Não foi verificada nenhuma tendência de mudança na proporção de sentenças procedência e improcedência para o período estudado.

7. O estudo não conseguiu detectar relações entre tipos de decisão e os graus de alteração verificados no resultado final, com relação ao esperado (variável “fato”). É possível, entretanto, que tal tenha se verificado em decorrência do pequeno tamanho da amostra. Não foi verificada nenhuma condenação em casos de mera frustração subjetiva da expectativa.

8. O estudo não conseguiu detectar relações entre tipos de decisão e a ocorrência ou não de acidentes ou complicações. A exemplo do item anterior, entretanto, pode-se questionar se tal não tenha se verificado em decorrência do pequeno tamanho da amostra.

9. Não obstante as conclusões expressas nos itens 7 e 8 supra, o conjunto de dados sugere maior flexibilidade por parte da posição subjetivista, a ser avaliada em estudos posteriores e com amostragem maior.

ANEXO A – Relação geral dos dados

	CIR	Fato	A/C	NC	S/O	P/I	OR	IOP	CDC	DO	DA	RS
01	09	3	1	S	O	P	S	S	N	P	N	N
02	10	1	N	N	S	I	N	N	N	A	N	N
03	08	1	N	N	S	I	N	N	N	P	N	S
04	08	4	3	S	O	P	S	N	N	P	N	N
05	03	4	9	S	S	P	N	N	N	P	N	N
06	08	3	N	S	O	P	S	S	N	P	N	N
07	03	4	1	S	S	I	N	N	N	P	N	N
08	01	4	12	N	S	I	N	N	N	P	N	N
09	02	4	10	S	S	I	N	N	N	A	N	N
10	01	4	N	S	O	P	S	S	N	P	N	N
11	09	4	5	S	O	P	S	N	6°, VIII	P	S	N
12	15	3	1	S	S	I	N	N	N	P	N	N
13	01	4	9	S	O	P	S	S	N	P	N	N
14	05	1	N	N	O	I	S	N	N	P	N	N
15	07	4	1	S	O	P	S	N	N	P	N	N
16	08	4	5	S	S	I	N	N	N	A	N	S
17	08	1	N	N	S	I	N	N	N	P	N	N
18	06	N	N	N	S	I	N	N	N	P	N	N
19	08	4	3	S	O	P	S	S	N	P	N	N
20	13	3	4	S	O	P	S	N	6°, VIII	P	N	N
21	09	3	4	S	S	I	N	N	N	P	N	S
22	09	2	N	N	O	I	S	N	N	P	N	N
23	09	4	7	S	S	P	N	N	N	P	N	N
24	10	4	3	S	S	I	N	N	N	P	N	N
25	09	4	10	N	O	I	S	N	N	P	N	N
26	09	1	N	N	O	I	S	N	N	P	N	N
27	11	3	N	S	O	P	S	N	N	P	S	N
28	10	4	8	S	S	I	N	N	14, § 4°	P	N	S
29	04	3	N	S	S	I	N	N	N	P	N	S
30	08	4	1	S	S	I	N	N	N	P	N	N
31	07	3	N	S	S	I	N	N	N	P	N	N
32	08	4	5	S	S	I	N	N	N	P	N	N
33	07	3	1	S	O	P	S	N	20, cap, § 2°	P	S	N
34	10	1	N	N	S	I	N	N	N	P	N	N
35	08	3	N	S	O	P	S	N	N	P	S	N
36	02	1	N	N	S	I	N	N	N	P	N	S
37	12	2	N	S	S	I	N	N	N	P	N	N
38	09	2	N	N	O	I	S	N	N	P	N	N

39	04	4	1	S	O	P	S	N	N		A	N	N
40	09	3	3	S	O	P	S	N	N		P	S	S
41	11	1	N	N	S	I	N	N	N		P	N	S
42	07	4	1	S	S	I	N	N	N		P	N	S
43	10	3	N	S	S	P	N	N	N		P	N	N
44	06	2	N	N	S	I	N	N	N		P	N	N
45	02	4	N	S	O	P	S	S	N		P	N	N
46	13	4	4	S	O	P	S	S	N		P	N	N
47	12	2	1	S	O	P	N	N	6°, I, III; 8°		P	S	N
48	02	3	N	N	O	I	S	N	N		P	N	N
49	14	1	1	N	S	I	N	N	N		P	N	N
50	05	1	N	N	S	I	N	N	N		P	N	S
51	03	1	N	N	S	I	N	N	N		P	N	N
52	01	4	3	S	S	I	N	N	N		P	N	N
53	07	2	N	S	O	P	S	S	N		P	N	N
54	08	2	N	S	O	P	S	S	N		P	S	N
55	01	4	N	S	O	P	S	S	N		P	S	N
56	08	2	N	S	S	I	N	N	N		P	N	N
57	08	4	1	S	S	P	N	N	N		P	N	N
58	08	3	N	S	O	P	S	S	N		P	N	N
59	02	3	N	S	S	I	N	N	N		P	N	N
60	12	1	N	N	S	I	N	N	N		P	N	N
61	08	4	1	S	O	P	S	N	N		P	N	N
62	07	1	N	N	O	I	S	S	N		P	N	N
63	03	2	N	S	S	I	N	N	N		P	N	S
64	08	4	3	S	S	P	N	N	N		A	S	N
65	13	3	1	S	S	P	N	N	N		P	N	N
66	10	4	1	S	S	P	N	N	N		P	N	N
67	02	4	8	S	S	P	N	N	N		P	N	N
68	02	2	N	S	S	I	N	N	N		P	N	N
69	03	4	10	S	O	P	S	S	N		P	S	N
70	09	1	N	N	O	I	S	S	N		P	N	N
71	10	3	3	S	O	P	S	S	N		P	N	N

Legenda:

CIR: tipo de cirurgia (vide Tab. 4); Fatos: fatos alegados (1: nada constatado; 2: constatado, com alterações dentro do esperado para a técnica; 3: constatados, com alterações que extrapolam os limites aceitos para a técnica, mas sem afeamento evidente; 4: constatado, com evidente afeamento); A/C: acidente/complicação (S: sim; N: não); NC: nexos de causalidade (S: sim; N: não); S/O: subjetiva/objetiva; OR: obrigação de resultado (S: citada; N: não citada); IOP: inversão do ônus da prova (S: citado; N: não citado); CDC: código de defesa do consumidor (N: não; demais: artigo aplicado); DO: data da cirurgia com relação ao CDC; DA: deveres acessórios (S: citado; N: não citado); RS: responsabilidade subjetiva (S: referência explícita a obrigação de meios; N: sem citação)

ANEXO B – Fundamentação doutrinária presente nas sentenças

Nº	S/O	Fundamentação doutrinária
01	O	No caso em exame, o réu assumiu obrigação de resultado em relação à plástica mamária./Assim sendo, há presunção de culpa do cirurgião, que não se desincumbiu do ônus de infirmá-la
02	S	... não puseram à mostra, qualquer comportamento desidioso dos requeridos capaz de gerar o direito à indenização requerido./...não é suficiente para demonstrar qualquer negligência do médico em relação à técnica e tática empregados.
03	S	Logo, acolho o argumento da ré de que os resultados de uma cirurgia estética são de apreciação subjetiva e sujeitos a intercorrências alheias à vontade do médico
04	O	E, no caso sub judice, óbvio que a cirurgia era de simples embelezamento da autora, pois sua saúde não a exigia. Em consequência, só com o alcance do resultado é que o réu se livraria do dever jurídico de indenizar.
05	S	Resta apenas a prova da existência do dano, qual seja, as seqüelas deixadas pela intervenção cirúrgica, bem como a imprudência e a negligência do réu.
06	O	Prevalece o entendimento de que a responsabilidade civil dos médicos é de natureza contratual, pela qual reverte-se o ônus da prova, o que permite à vítima uma melhor posição contratual./ “...mas, para maior apoio ao ofendido, é preciso saber se o dano foi causado no inadimplemento de uma obrigação de meio ou, ao contrário, de resultado, pois, neste último caso, haverá inversão do ônus da prova e a vítima da lesão ficará em posição mais cômoda”
07	S	...não foi verificada qualquer culpa nem a prática de atos imprudentes, negligentes ou por imperícia do réu.
08	S	... o requerido atuou com todos os cuidados inerentes ao exercício da profissão, .../ Além do fato de a prova dos autos não ser convincente para a atribuição de culpa ao requerido...
09	S	..., não restou comprovado um dos requisitos essenciais para a configuração da responsabilidade civil, qual seja, a culpa do cirurgião plástico, ora réu.
10	O	Com os cirurgiões plásticos a questão é diversa, pois a obrigação que assumem é de resultado/o resultado, que constituía a própria razão do contrato, não foi alcançado.
11	O	É evidente que a cirurgia puramente estética constitui obrigação médica de resultado e não de meio/Também deveria a paciente ser informada dos riscos da cirurgia, não só por ser isso obrigação profissional, mas também por ser princípio básico da boa-fé, que deve informar as relações humanas e os contratos./Sem embargo do exposto, a autora enquadra-se no conceito de consumidora e co-réus como prestadores de serviço, aplicando-se na regência da relação entre as partes a Lei 8078 de 11 de setembro de 1990 .../ ...Da incidência legal, decorre a inversão do ônus da prova em detrimento dos réus.
12	S	Assim sendo, tudo indica que na realidade não houve imperícia alguma por parte do cirurgião plástico requerido.../...pois não restou configurada culpa alguma do

		cirurgião plástico que atendeu a autora,...
13	O	...cumpre reconhecer que a obrigação assumida pelo réu em relação ao autor é de resultado e diante da alegação de que o resultado...
14	O	O médico assumiu, neste contexto, inequívoca obrigação de resultado...
15	O	...posto claramente obrigação de resultado e não de meio...
16	S	A obrigação do médico não é de resultado, mas sim de meios ou prudência e diligência./É certo que o médico não pode controlar todos os fatores a influírem na cirurgia estética.
17	S	Em suma, não está caracterizada a imperícia...
18	S	...cabe à autora fazer prova dos seguintes fatos constitutivos do seu direito: ...d) a culpa do réu, na modalidade imperícia/...não ter agido com negligência ou imperícia no tratamento fornecido à autora...
19	O	Ademais, sendo o réu cirurgião plástico, desenvolve atividade de fim, e não de meio, ...
20	O	No caso, tratando-se de intervenção médica de natureza estética, trata-se de obrigação de resultado e não de obrigação de meio.../Trata-se de relação de consumo ... aplica-se ao caso o princípio da inversão do ônus da prova, previsto no inciso VIII do art. 6º
21	S	Trata-se de ação de responsabilidade civil subjetiva por erro médico.../O princípio geral da indenização vem previsto no art. 159 do CC. Mas é necessário demonstrar o dano, a conduta culposa...
22	O	Não se ignora que a obrigação de um cirurgião plástico é uma obrigação de resultado.
23	S	...a conduta deve ser imputada subjetivamente ao médico, a título de culpa ou dolo.../a conduta culposa do réu causou danos materiais...
24	S	Para que haja a obrigação de indenizar é necessária a presença dos seguintes requisitos: a) dano; b) culpa; c) nexos causal entre dano e culpa.
25	S	...que o primeiro réu agiu com imperícia e com a negligência que lhe são atribuídos pela autora.../Não há, pois, como afirmar que o cirurgião foi imperito ou negligente...
26	S	...para que haja o dever de indenizar, mister restar comprovado o dano, o nexos causal e a culpa pelo evento./No presente caso, caberia à autora demonstrar que de fato agiu a ré com imperícia...
27	O	...ainda que se aceitasse a obrigação assumida pelo réu como de meio.../...além de não alcançar os resultados desejados...
28	S	...a apuração da responsabilidade do requerido, profissional liberal, que exige a verificação da culpa.../Devemos considerar ainda que a responsabilidade médica, no caso em testilha, é de meio, não de resultado.../Tal responsabilidade é de meio pois toda intervenção cirúrgica trás um risco ínsito ao paciente que a ela se submete.../ ... mas o mesmo não ocorre com a apuração da responsabilidade do requerido, profissional liberal, que exige a verificação de culpa, conforme expõe o § 4º da mesma norma.
29	S	Deste modo, uma vez atribuída à cirurgia plástica a natureza de obrigação de meios, pela via reflexa, impõe-se a necessidade da presença de culpa para que ha-

		ja dever de indenizar...
30	S	...não ficou positivada eventual culpa dos réus...
31	S	...não se demonstrou a imperícia do requerido.../...não se deve à imperícia do cirurgião.../...podem ser atribuídos à imperícia ou outra modalidade de culpa do réu...
32	S	A perícia médica realizada é conclusiva no sentido de que a técnica operatória utilizada pela cirurgiã ré é amplamente conhecida e aceita pelos cirurgiões plásticos de todos os países, encontrando-se, por conseguinte, já consagrada e que, as cicatrizes, pelo seu tamanho e posicionamento, indicam que a técnica escolhida foi executada com presteza/Nesse sentido, o contexto dos autos não permite convicção acerca da responsabilidade da ré na eclosão das cicatrizes que lamentavelmente passou a ser portadora a autora, que pela técnica cirúrgica empregada, quer pelo tratamento dispensado pré e pós-operatório
33	O	Note-se que o serviço médico prestado à autora no caso dos autos revela-se obrigação tipicamente de resultado assumida pelo réu, daí poderem ser considerados os fins a que se destinam o serviço, nos termos do dispositivo supra indicado. ... O réu, assim, estava obrigado pela lei (art. 20 do Código de Defesa do Consumidor) e pelo contrato efetivado entre as partes (em que assumiu obrigação de produzir o resultado estético esperado).../... considerados impróprios os serviços que “” (art. 20, caput e § 2º da Lei nº 8078/90)
34	S	O perito não localizou erro de execução da cirurgia
35	O	...é importante salientar que a cirurgia plástica é uma cirurgia em que se objetiva um resultado positivo determinado e pré-estabelecido. Nela o profissional médico tem uma obrigação de resultado, que neste caso não foi alcançado
36	S	A responsabilidade do médico é subjetiva, ou seja, exige imputação e demonstração de culpa.../Assim, cabia que o autor tivesse descrito e provado a culpa supostamente imputada ao réu.
37	S	Não estão presentes os pressupostos que levam ao dever de indenizar
38	O	Neste contexto, mesmo reconhecendo que a obrigação assumida pelo réu foi de resultado
39	O	A obrigação do cirurgião plástico é de resultado/A infecção adquirida pelo autor não tem comprovação de ter sua origem no hospital, mas por ser obrigação de resultado e impossível seu cumprimento,...
40	O	No entanto, a prova oral assegura que a autora estava convencida de que a cirurgia era estética e produziria resultados que a deixariam mais bonita. Nestas condições, ou a cirurgia era estética e seu resultado não foi o esperado, ou era higiênica e o réu não informou à autora de que havia risco de conseqüências físicas ...
41	S	De início, observo que a obrigação do cirurgião plástico para com seu paciente é mesmo de meio e não de resultado...
42	S	Trata-se de ação de indenização por responsabilidade civil subjetiva por erro médico
42	S	...evidenciando-se a culpa e responsabilidade do réu.
44	S	Para que haja responsabilidade civil decorrente de ato ilícito, nos termos do artigo 159 do Código Civil.../...não demonstrou também, a autora, conduta culposa por

		parte do réu...
45	O	Em relação à primeira [estética] às vezes se fala em obrigação de resultado, ocorrendo culpa presumida, quando a cirurgia não atende ao resultado esperado
46	O	Em razão da prestação de serviços e da responsabilidade profissional de resultado do réu... /...assim, interessava-lhe apenas o resultado e a responsabilidade do réu é objetiva
47	O	Era de direito da autora, enquanto consumidoras dos serviços que seriam prestados pela ré, conhecer previamente os efeitos que poderiam surgir do procedimento; enquanto era dever da segunda prestar-lhe todas as informações, segundo as normas insertas nos arts. 6º, I e III e 8º caput do CDC/
48	O	...a paciente submeteu-se a uma cirurgia de resultado, nas quais pode-se presumir a culpa do cirurgião caso não alcançado o resultado pretendido.
49	O	... a obrigação do médico no procedimento estético é de resultado...
50	O	... a dita cirurgia plástica constituía obrigação de resultado e não de meio.
51	S	... no tocante à pretendida benesse estética a obrigação assumida pelo médico era de meio, do que decorre seu adimplemento a partir do emprego de todos os meios que lhe assistiam no momento.../Portanto, para a responsabilização do réu em razão da não obtenção dos fins estéticos pretendidos, mister seria a demonstração cabal de sua culpa, sendo de somenos relevo, nesta quantificação, os resultados auferidos.
52	S	Bem por isso preceitua o art. 333 do CPC que “O ônus da prova incumbe ao autor...”.../...ficou apurada sua correção profissional e técnica...
53	S	.. e a seqüela não decorreu de erro técnico do requerido, sendo decorrência possível da cirurgia./...não se comprovando que o requerido tenha agido com imperícia e que não tenha adotado os cuidados necessários...
54	O	...é de concluir que o procedimento médico em questão é erigida a uma atividade de resultado...
55	O	...tratando-se de cirurgia estética, a obrigação do médico é de resultado e não de meio.
56	O	Nos casos de cirurgia plástica para embelezamento, o objetivo final deve ser alcançado pelo profissional, sob pena de inadimplemento
57	S	Todavia, o médico perito não afirmou que os médicos responsáveis tenham agido com culpa ou tenham cometido alguma falta médica.
58	S	... sendo inegável, portanto, a culpa com que se houve o requerido./ ...a imperícia do réu causou à autora danos estéticos de grandes proporções...
59	O	Referida presunção se aplica porque, quando contratado para realizar uma cirurgia meramente estética o médico compromete-se a alcançar um determinado resultado.
60	S	Com esses informes impõe-se o convencimento de que a autora não logrou êxito no atendimento ao ônus processual que lhe cabia de provar o alegado...
61	O	Mas quanto aos cirurgiões plásticos a situação é outra. A obrigação que assumem é de resultado.
62	O	Nesse fio histórico, vislumbra-se além dessa responsabilidade civil subjetiva outra situação fático-jurídica de relevo palmar, a da responsabilidade civil objetiva

		do médico./ E aqui surge, como vexata questio, o discrimine conceptual entre obrigação de meio e obrigação de resultado./ Por outro lado, se a obrigação é de resultado, não tem o paciente que alegar/comprovar culpa do médico.
63	S	...o ônus da prova para caracterizar o ato culposo do réu caberia à autora
64	S	A imposição do dever de indenizar ... não prescinde da constatação ... dos pressupostos inerentes à responsabilidade civil, rectius, ação (ou omissão), dano, nexo de causalidade e culpa.
65	S	Em vista disto, há conduta culposa que enseja a reparação pretendida pela autora
66	S	Em se tratando de responsabilidade civil, impor-se-ia a análise de seus pressupostos para a configuração do dever de indenizar, quais sejam, a existência da ação ou omissão culposas, a relação de causalidade e o dano/O réu não atuou com dolo mas sim com culpa entendida como aquela decorrente de imprudência ou negligência grosseira
67	S	...caracterizando a imperícia médica.../evidencia-se a negligência dos seus profissionais
68	S	Frise-se que o laudo não aponta imperícia médica e não há como responsabilizar o cirurgião sem o elemento culpa, mesmo em se tratando de cirurgia estética
69	O	A obrigação dos réus era de resultado e não foi adimplida
70	O	Ocorre que a situação é outra quando se fala em cirurgias plásticas. Aqui se trata de obrigação de resultado...
71	O	Finalmente, não se olvide que a cirurgia plástica estética induz obrigação médica de resultado

Legenda:

S/O: classificação da posição doutrinária do juiz, segundo manifestado na sentença (S: subjetivista; O: objetivista); Fundamentação doutrinária: manifestação na sentença que justifica a classificação segundo S/O.

BIBLIOGRAFIA

Aguiar Junior RR. Responsabilidade civil do médico. In: Teixeira SF, coordenador. *Direito e medicina - aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda.; 2000. p. 133.

Aguiar Junior RR. Responsabilidade civil do médico. *RT*. 1995;718:33-53.

Alvim A. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda.; 1965.

Andorno LO. La responsabilidad civil médica. *Ajuris*. 1993;59:224-235.

Avelar JM. *Cirurgia plástica - obrigação de meio*. São Paulo: Editora Hipócrates; 2000.

Bach EL. Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. 1977; 221-242.

Branco GLC. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. *RT*. 1996;733:53-75.

Castro JM. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Editora Método; 2005.

Cavaliere Filho S. *Programa de responsabilidade civil*. 5^a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.; 2004.

Chaves A. Responsabilidade civil das clínicas, hospitais e médicos. *Revista Jurídica*. 1991;159:118-151.

Coloma AMR. Em torno a la responsabilidad civil del cirujano estético. Disponível em “www.peritajemedicoforense.com/AURROMERO3.htm” em 30/12/2005.

Comparato FK. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *RT*. 1967;386:26-35.

Couto Filho AF, Souza AP. *Instituições de direito médico*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense; 2004.

Couto Filho AF, Souza AP. *Responsabilidade civil, médica e hospitalar*. Belo Horizonte: Inédita Editoria de Arte Ltda.; 2001.

Cretella Júnior J. *Curso de Direito Romano*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense; 1994

Cristiano R. Obrigações de meios e obrigações de resultado. *RT*. 1981;554:28-35.

Dias JA. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense; 1944.

Durry G. Responsabilité civile. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. 1982;144-154.

Dutra PPA. Aspectos jurídicos da cirurgia estética. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. 1982;25:170-197.

Fama FJ. Responsabilidad profesional en el equipo quirúrgico. Disponível em “www.cirplastica.org.ar/revistasacper/numero2/medicolegal.htm”. em 29/06/2003.

Ferreira MC, Ferreira EHSC. Responsabilidade civil do cirurgião plástico em procedimentos estéticos. *Revista do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo*. 1992;47(6):299-302.

Forster NJ. Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios? *RT*. 1997;738:83-89.

Fortes PAC. *A responsabilidade médica nos tribunais* [tese]. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo; 1994.

França GV. *Direito médico*. 8^a ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK; 2003.

França GV. *Medicina legal*. 7^a ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A.; 2004.

Gilissen J. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1988.

Giostri HT. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. 1^a ed. Curitiba: Juruá Editora; 2001.

Godoy R. A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar. *RT*. 2000;777:87-116.

Gomes AG. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. *Revista de Direito Privado*. 2002;12:81-91.

Gonçalves CR. *Responsabilidade civil*. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2003.

Josserand L. Evolução da responsabilidade Civil. Tradução de Raul Lima. *Revista Forense*. 1941;86(454):52-63.

Jurisprudência Geral Civil. Consumidor. *RT*. 2001;785:237-239.

Kfouri Neto M. *Culpa médica é ônus da prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda.; 2002.

Kfouri Neto M. *Responsabilidade civil do médico*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda.; 2003.

Lima A. *Culpa e risco*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda.; 1998.

Lopes TA. *O dano estético - responsabilidade civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda.; 1999.

Magalhães TAL. Responsabilidade civil dos médicos. In: Cahali YS, coordenador. *Responsabilidade civil - doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Saraiva; 1984. p. 309.

Magrini RJ. Médico. Conduta. Teoria da imprevisão. Caso fortuito. Força maior. Nexo causal: em matéria de responsabilidade, o exame da conduta do médico deve ser aferido com flexibilidade. *RT*. 2000;781:118-145.

Marques CL. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *RT*. 2004;827:11-48.

Matielo FZ. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzato; 1998.

Mazeaud H, Mazeaud L, Tunc A. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. Paris: Éditions Montchrestien; 1957. vol. I.

Miranda CPV. *Teoria geral do negócio jurídico*. São Paulo: Editora Atlas S.A.; 1991.

Mirio CCO, Fernandes RAJ. *Erro médico visto pelos tribunais*. 2ª ed. São Paulo: EDIPRO - Edições Profissionais Ltda.; 1998.

Monteiro WB. *Curso de Direito Civil – direito das obrigações – primeira parte*. 33ª ed. São Paulo: editora Saraiva; 2001.

Moraes IN. *Erro médico e a lei*. 4ª ed. São Paulo: LEJUS - Livraria e Editora Jurídica Senador; 1998.

Noronha F. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil*. 1993;64:12-47.

Ometto RTV. *Responsabilidade civil do médico cirurgião*. Capivari: Unimed Gráfica e Editora; 2004.

Panasco WL. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense; 1984.

Penneau J. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue Internationale de Droit Compare*. 1990;2:525-544.

Pereira CMS. *Responsabilidade civil de acordo com a constituição de 1988*. 6^a ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense; 1995.

Planiol M. *Traité élémentaire de droit civil*. 9^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence; 1922.

Reale M. O código de ética médica. *RT*. 1977;503:47-53.

Rodrigues S. *Direito civil - parte geral das obrigações*. 29^a ed. São Paulo: Editora Saraiva; 2001. vol. 2.

Rodrigues S. *Direito civil - responsabilidade civil*. 14^a ed. São Paulo: Editora Saraiva; 1995. vol. 4.

Rosário GCM. *Responsabilidade civil na cirurgia plástica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris; 2004.

Santos JMC. *Código civil brasileiro interpretado*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A.; 1952. vol. XXI.

Sebastião J. *Responsabilidade médica - civil, criminal e ética*. 2^a ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda.; 2001.

Silva Filho AM. A responsabilidade civil e o dano estético. *RT*. 1993;689:38-49.

Silva WM. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares S.A.; 1962.

Silveira RA. Responsabilidade civil do médico. *RT*. 1991;674:57-62.

Souza NTC. *Responsabilidade civil e penal do médico*. Campinas: LZN Editora; 2003.

Stocco R. *Tratado de responsabilidade civil*. 6^a ed. Editora Revista dos Tribunais Ltda.; 2004.

Teixeira SF. A responsabilidade civil do médico. In: Teixeira SF, coordenador. *Direito e medicina - aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda.; 2000. p. 181.

Theodoro Júnior H. A responsabilidade civil do erro médico. In: Teixeira SF, coordenador. *Direito e medicina - aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda.; 2000. p. 111.

Theodoro Júnior H. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. *RT*. 1999;760:40-48.

Theodoro Júnior H. Responsabilidade civil por erro médico: aspectos processuais da ação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. 2000;4:152-161.

Vieira LC. *Responsabilidade civil médica e seguro*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda.; 2001.

Zuliani ES. Responsabilidade civil fundada em erro médico: inversão do ônus. *RDCPC*. 2003;26:135-161.