ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

CIVIL LIABILITY OF DOCTORS IN AESTHETIC PLASTIC SURGERY

Ana Orgette de Souza Fernandes Vieira*

RESUMO: A responsabilidade civil do médico na cirurgia plástica estética deve ser apurada subjetivamente, ou seja, mediante prova de culpa, de acordo com as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, como nesse tipo de procedimento há previsão de resultado certo e determinado, ao contrário dos outros procedimentos médicos que constituem obrigações de meio, é importante a aplicação mais abrangente da inversão do ônus da prova, a fim de que o profissional demonstre a diligência de sua conduta.
Palavras-chave: Obrigação de Resultado. Cirurgia Plástica Estética. Responsabilidade Civil do Médico. Inversão do ônus da Prova. Responsabilidade Subjetiva.

ABSTRACT: The liability of doctors in cosmetic surgery must be determined subjectively, in other words, upon proof of guilt in accordance to the provisions of the Code of Consumer Protection. However, as in this type of procedure is expected a fixed and determined result, unlike other medical procedures that are obligations of means, it is important to apply a broader inversion of the burden of proof so the professional may demonstrate the diligence of his conduct.
Keywords: Obligation of result. Aesthetic Plastic Surgery. Physician's Civil Liability. Inversion of the burden of proof. Subjective Responsibility.

* Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Juíza de Direito no Rio Grande do Norte. *Email*: anaorgette@tjrn.jus.br

1 INTRODUÇÃO

O número de cirurgias plásticas estéticas vem crescendo, de forma considerável, a cada ano. Mais notável do que essa ampliação é a diversificação do tipo de indivíduo que se submete a essas intervenções. Se antes apenas senhoras mais abastadas permitiam-se essa satisfação, hoje, homens e adolescentes de classe média já valorizam essa cirurgia, incluindo-a concretamente em seus planos, além de fazerem previsões orçamentárias correspondentes. Em conseqüência desse fenômeno, também tem crescido o interesse social pela responsabilidade do profissional da Medicina que se exerce nessa área específica.

A doutrina tradicional afirma que a responsabilidade do cirurgião deve ser apurada em caso de culpa, desde que não alcançado o fim pactuado com o paciente. Nesses procedimentos, não há como ignorar a expectativa do paciente em relação ao resultado efetivamente obtido com a cirurgia. Assim, quando não se obtém êxito, normalmente o profissional será chamado a prestar contas de seus atos.

A responsabilidade do profissional médico deve ser apurada subjetivamente, de acordo com os ditames do Código de Defesa do Consumidor. Na apuração do dano estético, em que há obrigação de resultado, o julgador deve aplicar o instituto da inversão do ônus da prova de forma mais abrangente, a fim de que caiba ao médico a demonstração da diligência de sua conduta.

2 A CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA — OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO ?

O instituto da obrigação é tão antigo quanto a própria convivência do ser humano em sociedade. A idéia de cooperação e cumprimento de acordos rapidamente foi disseminada, já que o grupo, mesmo possuindo inumeráveis divergências internas, sabia que a união interna para fazer frente aos outros conglomerados humanos lhe seria essencial à sobrevivência.

Das Institutas, veio-nos o seguinte conceito: *obligatio est iuris vincu-*

lum, que necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostra iura civitatis, ou seja, a obrigação é um vínculo de direito pelo qual somos compelidos pela necessidade de pagar qualquer coisa, segundo os direitos da nossa cidade. Várias outras definições de obrigação apareceram no decorrer do tempo. Em seqüência citada por Serpa Lopes[1], tem-se que:

> Segundo Pothier, a obrigação consiste um vínculo de direito, que nos subordina a respeito de outrem a dar-lhe alguma coisa ou a fazer ou não fazer alguma coisa. Aubry et Rau toma-a, porém, como a necessidade jurídica, por força da qual uma pessoa fica subordinada em relação à outra, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, ao passo que Polacco apresenta-a como a relação jurídica patrimonial, por força da qual uma pessoa (que se diz debitor) é vinculada a uma prestação (de índole positiva ou negativa), em face de outra pessoa (que se diz credora).

Em todas essas definições, está presente a idéia do dever de prestar algo, sendo isso, portanto, o cerne do instituto da obrigação. Lacerda de Almeida, também citado por Serpa Lopes[2], é quem consegue melhor sintetizar a obrigação, *in verbis*:

> Lacerda de Almeida definiu-a como 'o vínculo jurídico pelo qual alguém está adstrito a dar, fazer ou não fazer alguma coisa'.

Com relação ao resultado esperado do adimplemento desse vínculo, há duas modalidades: obrigação de meio e obrigação de resultado.

Obrigação de meio é aquela em que o obrigado não está comprometido com um resultado específico. O acordo restringe-se à utilização de todos os meios lícitos e possíveis e disponíveis na tentativa de consecução do resultado que, caso venha a ocorrer, será mero *plus*.

A obrigação de resultado, por seu turno, dá ênfase à obtenção de um fim específico. Mesmo que tenham sido utilizados todos os meios lícitos e possíveis, se o resultado pactuado não for conseguido, o acordo não terá sido validamente adimplido, pelo que enseja as sanções cabíveis por descumprimento do obrigado.

1 LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966. v. 2.
2 LOPES, 1966.

Por fim, estão transcritas abaixo decisões judiciais que, resolvendo contendas relativas a atos médicos, elucidam a diferença entre essas duas modalidades de obrigação, *in verbis*:

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – LIGADURA TUBÁRIA – GRAVIDEZ POSTERIOR – OBRIGAÇÃO DE MEIO – A intervenção médica é ineludivelmente obrigação de meio, quando não estava jungida a um resultado evitar a gravidez vez que depende não só do ato cirúrgico, mas também e principalmente das condições especiais adstritas a reação particular do organismo da paciente. Necessidade de realização do exame complementar radiológico e a evidência de que o êxito desse ato cirúrgico depende mais das condições especiais de cada paciente, atento às diferenças orgânicas, fatores imponderáveis, relacionados a natureza biológica, e mesmo da técnica empregada ou da aplicação do profissional. Sem a prova de que a gravidez foi fruto de erro médico por ocasião da intervenção para ligadura tubária, de que resulta ausente o nexo de causalidade entre o fato e o resultado. Assim, indevido o dano moral e material. Recurso não provido. (TJRS – APC 599409539 – 1ª C.Cív.Esp. – Rel. Des. Genaro José Baroni Borges – J. 04.05.2000)

> RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO – ERRO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA MAL SUCEDIDA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – DANO MATERIAL – DANO MORAL – REDUÇÃO DO VALOR – Ação de responsabilidade civil. Cirurgia de mero embelezamento cujo resultado ficou muito aquém do esperado. Responsabilidade do apelante, ainda que tenha o perito concluído de forma diferente, eis que na intervenção plástica o resultado positivo é a própria razão de ser da cirurgia. Contrato de resultado e não de meio. Tendo o apelante reconhecido sua responsabilidade para com o dano material não pode cingi-la para livrar-se da reparação moral, notadamente quando esse prejuízo é patente, fruto não só de um resultado insatisfatório como também da circunstância de que terá a autora ainda que submeter-se a novas cirurgias por conta do ocor-

rido. Dano moral reduzido para 100 salários mínimos. Provimento parcial do recurso. (GAS) (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro – AC 15243/1999 – (11022000) – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Caetano Fonseca Costa – J. 30.11.1999)

Desde que foi iniciado um estudo mais apurado das obrigações, a cirurgia plástica estética foi pacificamente entendida como obrigação de resultado. Afinal, não era complexo perceber que o cerne desse procedimento era o alcance de certo e determinado fim. Todavia, certa corrente doutrinária, encabeçada pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar, vem sustentando opinião contrária, ou seja, a obrigação somente de meio. Mesmo reconhecendo as razões levantadas, esse trabalho segue a linha tradicional que elege o resultado como cerne da responsabilidade oriunda da cirurgia plástica meramente estética.

Na verdade, como será demonstrado de forma mais nítida a seguir, essa distinção acaba tendo maior relevância teórica do que prática, pois a previsão consumerista de apuração subjetiva da responsabilidade do profissional liberal não permite um distanciamento pragmático maior entre essas modalidades de obrigação.

2.1 DIFERENÇAS ENTRE A CIRURGIA ESTÉTICA E OS OUTROS PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS

Os procedimentos cirúrgicos, em geral, dedicam-se à cura de doenças físicas que atinjam o funcionamento de órgão, um sistema ou causando imensa dor ao indivíduo. Têm o condão de sanar moléstias ou, pelo menos, amenizá-las. Assim, fica claro não ser o objetivo imediato dessas intervenções um resultado específico, mas o importante é a utilização de todos os meios possíveis para a melhora do paciente. Nesse grupo, estão incluídas as cirurgias plásticas reparadoras, nas quais a alteração externa acarretará significativa melhora fisiológica para o indivíduo. Obviamente, há, também, a melhora estética que, contudo, é encarada como mera conseqüência, e não como fator preponderante da cirurgia.

A cirurgia plástica meramente estética, por sua vez, não envolve a

cura de patologias comuns que comprometam o funcionamento de órgãos e sistemas e, em última análise, a manutenção da vida fisiológica do organismo. Seu campo restringe-se à reparação de anomalias meramente físicas, externas. É evidente que algumas dessas anomalias podem, em lapso temporal considerável, comprometer o funcionamento satisfatório de um sistema, mas apresentam irrelevância imediata para a manutenção da vida e do bem-estar fisiológico desse indivíduo. Não há, por conseguinte, urgência na sua realização. O paciente não enfrenta qualquer risco se resolver a ela não se submeter.

Apesar de a distinção teórica não apresentar obstáculos à realização, sua aplicação a casos concretos pode ser extremamente complexa, já que a inexistência de critérios objetivos de enquadramento pode propiciar entendimentos díspares quanto ao mesmo caso concreto. Seja assim: a reconstrução de mama extirpada em razão do diagnóstico de tumor cancerígeno, o que, segundo o critério acima, seria meramente estética, já vem sendo considerada unanimemente como reparadora.

Não há dificuldade em perceber a presença, em toda intervenção cirúrgica plástica, do caráter estético. O grande problema prático será identificar em quais desses procedimentos haverá unicamente o fator estético, quer dizer, não-associado a qualquer finalidade terapêutica. Não há critérios de distinção absolutos, e os existentes modificam-se com o tempo, pois dependem diretamente dos padrões estabelecidos pela sociedade.

Além disso, às vezes, a reparação estética não está relacionada a doenças físicas, pois decorre de patologias ou anormalidades psicológicas. Nesses casos, não pode ser desconsiderado o caráter terapêutico da intervenção, sendo portanto simplista o enquadramento no rol dos procedimentos meramente estéticos. Miguel Kfouri Neto[3] leciona:

> Há que se entender saúde, todavia, como bem-estar não somente físico, mas também psíquico e social.
> Nesse contexto, induvidosa é a feição curativa de que se pode revestir a cirurgia estética. Enfermidade não é apenas o processo patológico de degeneração orgânica ou física. Exis-

3 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 150-151.

> te uma variada gama de moléstias mentais e de perturbações psíquicas. A cirurgia estética pode atenuar ou eliminar totalmente um mal-estar, não físico, mas psíquico ou moral.

A permanência dessa distinção entre a cirurgia plástica reparadora e a meramente estética só é relevante em razão das diferentes expectativas do paciente em cada uma delas. Enquanto na cirurgia reparadora o objetivo é melhorar a situação física atual; na cirurgia meramente estética já há expectativa com relação a um determinado resultado, previamente acordado pelas partes. Essa distinção do intuito volitivo do paciente no instante da contratação determinará mediatamente, o tipo de obrigação suportada pelo profissional.

Não há, portanto, contornos precisos distinguindo a cirurgia plástica meramente estética da reparadora. No presente estudo, serão consideradas meramente estéticas as intervenções cuja finalidade não seja a de sanar qualquer mal fisiológico ou psicológico mais grave, segundo o entendimento da jurisprudência, dos próprios médicos e de suas entidades. Restam nesse grupo, principalmente, as intervenções cirúrgicas realizadas em razão de mera insatisfação com a anatomia partes do corpo, sem que esse descontentamento possa ser enquadrado como psicopatologia.

2.2 CIRURGIA ESTÉTICA COMO OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Entendida como a manifestação do desejo íntimo ou explícito de melhorar a imagem exterior do indivíduo, sem que exista qualquer urgência para a sua realização, a cirurgia plástica estética está umbilicalmente associada a seu resultado.

Ao submeter seu corpo são a uma intervenção cirúrgica, o indivíduo tem em mente um resultado preciso. Não será feita mera tentativa de cura. Na verdade, está sendo buscado exatamente aquele resultado acordado previamente entre profissional e paciente. Sem a enorme possibilidade do alcance imediato desse objetivo, com certeza, o procedimento não ocorreria. O cerne da cirurgia plástica estética é justamente a obtenção do respectivo fim. Isso é o suficiente para caracterizar essa modalidade obrigacional como de resultado.

Ressalte-se, por oportuno, que não estão incluídas nesse grupo as cirurgias reparadoras, pois, como têm o condão imediato de melhorar ou amenizar deformidades e imperfeições, pertencem ao grupo das obrigações de meio.

De concerto com esse entendimento, há a seguinte manifestação do Superior Tribunal de Justiça:

> Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume a obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da finalidade, tanto pelo dano material, como pelo dano moral, decorrente de deformidades, salvo prova de força maior ou caso fortuito. (Superior Tribunal Justiça – RE nº 10.536/Rio de Janeiro, Rel. Ministro Dias Trindade)

Esse entendimento não está encastelado na alta corte, mas vem sendo aplicado, de forma reiterada, pelos tribunais pátrios, *in verbis*:

> RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO – ERRO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA MAL SUCEDIDA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – DANO MATERIAL – DANO MORAL – REDUÇÃO DO VALOR – Ação de responsabilidade civil. Cirurgia de mero embelezamento cujo resultado ficou muito aquém do esperado. Responsabilidade do apelante, ainda que tenha o perito concluído de forma diferente, eis que na intervenção plástica o resultado positivo é a própria razão de ser da cirurgia. Contrato de resultado e não de meio. Tendo o apelante reconhecido sua responsabilidade para com o dano material não pode cingi-la para livrar-se da reparação moral, notadamente quando esse prejuízo é patente, fruto não só de um resultado insatisfatório como também da circunstância de que terá a autora ainda que submeter-se a novas cirurgias por conta do ocorrido. Dano moral reduzido para 100 salários mínimos. Provimento parcial do recurso. (GAS) (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – AC 15243/1999 – (11022000) – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Caetano Fonseca Costa – J. 30.11.1999).

Em conclusão, a verificação prática das expectativas do paciente, em

relação ao procedimento cirúrgico ao qual será submetido, é extremamente importante para a fixação, em caso concreto, da modalidade de obrigação.

2.3 LAPSOS DA NOVA CORRENTE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Uma nova corrente, tendo como base doutrinária o direito francês, e como principal defensor o ministro Ruy Rosado de Aguiar, esboça o entendimento de que a cirurgia plástica estética é obrigação de meio.

Para ele, todo procedimento médico, essencialmente, deverá ser analisado levando em consideração os meios empregados. Assim, a diligência do médico e a lisura do próprio procedimento serão analisadas, não havendo relevância na obtenção ou não do resultado.

Essa corrente justifica esse entendimento, defendendo não ser lícito imputar, ao profissional, a obtenção de um resultado, quando fatores externos, como uma constituição específica de pele, podem impedir que o resultado esperado seja consumado. Rosane Jane Magrini[4] sintetiza bem esse entendimento, *in verbis*:

> Decisões há que, embora não entendam configurada a culpa, condenam o profissional pelo simples fato do mesmo aplicar-se à cirurgia plástica. A injustiça, muitas vezes, chega a ponto de apenar o médico por um resultado inerente à constituição física e carga genética do paciente, como cicatrizes hipertróficas, quelóides, etc.
>
> Desta postura decorre uma incoerência absurda, qual seja, a de responsabilizar o cirurgião plástico estético, quando o resultado não querido, e menos ainda esperado, advém de uma resposta adversa do organismo do paciente. Ninguém pode se obrigar à realização plena de uma obrigação que, na maioria das vezes, está fora dos seus limites de atuação e deliberação. Não se nega, no entanto, que há profissionais que prometem determinado resultado, aqueles já referidos, que inserem anúncios em jornais e revistas, prometendo corpos

4 MAGRINI, Rosana Jane. Responsabilidade Civil – Médico – Cirurgia Plástica Reparadora e Estética: Obrigação de Meio ou de Resultado para o Cirurgião. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil,** n. 13, p. 123, set./out. 2001.

esculturais, rejuvenescimento pleno, etc., devendo, por isso, em muitos casos, obrigar-se a atingi-lo.

O grande equívoco dessa corrente está justamente em acreditar que o entendimento da cirurgia estética, como obrigação de meio, é a única forma de não haver responsabilidade da parte do profissional, nos casos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou de força maior.

É verdade ser uma grande injustiça impor, ao médico, a reparação de um dano para o qual não concorreu de nenhuma forma. Contudo, essa vertente ignora que, mesmo sendo considerada a cirurgia plástica estética como obrigação de resultado, as excludentes de responsabilidade deverão ser consideradas para eximir o profissional, pois eliminam o ato ilícito, conforme será analisado a seguir.

Em nenhum momento, a doutrina atual pretendeu atribuir ao cirurgião responsabilidade, por exemplo, nos casos de quelóides ocasionando cicatrizes hipertróficas. Nesses casos, porém, é indispensável a informação. Ao aceitar submeter-se à intervenção estética, o paciente deve ser advertido sobre a possibilidade desses incidentes inevitáveis ocorrerem. Desta forma, a escolha será realmente consciente, e o profissional não será responsabilizado, de qualquer maneira, pelo dano que desses incidentes possa advir.

Essa nova corrente, como pode ser apreendido da própria transcrição acima, reconhece que, quando o profissional compromete-se a alcançar determinado fim, há, sim, obrigação de resultado. Ora, é justamente o entendimento da corrente atual: somente haverá obrigação de resultado quando um determinado fim for o cerne do contrato. Obviamente, quando o pacto restringe-se à uma melhora, não se pode imaginar outro tipo obrigacional senão o de meio.

Assim, havendo uma intervenção cirúrgica sem a finalidade curativa, mas de mero embelezamento, o paciente tem a expectativa legítima de um resultado, não podendo o profissional, sem provar ter-se configurado qualquer das causas excludentes, desonerar-se da responsabilidade de reparar o dano.

Frise-se que, sendo considerada a cirurgia estética como obrigação de resultado, caberá o ônus da prova ao profissional. Nada mais razoável, já que este é detentor dos conhecimentos técnicos desse mister, tendo portanto plenas condições objetivas e subjetivas de cumprir bem esse encargo processual.

Daí vem que, apesar de extremamente sedutora, a corrente que considera a cirurgia plástica estética como mera obrigação de meio, pelo menos no atual estágio de seu desenvolvimento, não é capaz de fornecer elementos suficientes para que seja deixada de lado a doutrina atualmente majoritária.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

3.1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA E O CASO DA MADAME LE GUEN

As doenças, entendidas como distúrbios do funcionamento normal do organismo, são tão antigas quanto o próprio homem. Por isso, desde que os seres humanos perceberam a existência desses males que lhes atingiam o corpo, começaram a criar formas de combatê-las.

Nos primeiros tempos, a cura não advinha de qualquer estudo, mas do mais absoluto empirismo, restringindo-se, apenas, ao cuidado dos casos de lesões explícitas e dores, pois não existiam métodos de diagnóstico. Nesse período, as ervas tinham papel preponderante na cura dos males ou, pelo menos, na diminuição da dor, aproximando-se muito da Medicina rudimentar praticada pelos índios americanos.

Os indivíduos que administravam essas ervas eram considerados expertos, sendo muito respeitados no ambiente social. Mas, já nessa época, se a cura não acontecia, recaía sobre o feiticeiro a acusação de imperícia. Com o fito de retirar de suas costas o fardo de não haver logrado êxito na cura, os feiticeiros começaram a associar a cura à vontade divina e às qualidades morais do doente.

Miguel Kfouri Neto[5] refere-se ao primeiro documento histórico versando sobre erro médico, o Código de Hamurabi, e sobre a responsabilidade que daí adviria:

> O primeiro documento histórico que trata do problema o erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.), que também contém interessantes normas a respeito da

5 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 29.

> profissão médica em geral. Basta dizer que alguns artigos dessa lei (215 e ss.), estabeleciam, para as operações difíceis, uma compensação pela empreitada, que cabia ao médico. Paralelamente, em artigos sucessivos, impunha-se ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão; em caso contrário, desencadeavam-se severas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito (ou desafortunado). Tais sanções eram aplicadas quando ocorria morte ou lesão ao paciente, por imperícia ou má-prática, sendo previsto o ressarcimento do dano quando fosse malcurado um escravo ou animal.

Essa responsabilidade era apurada objetivamente, já que bastava o falecimento do paciente após a cirurgia para ficar caracterizado o dever de indenizar. Isso decerto inibia a ação médica, que ficava restrita, em geral, à execução dos procedimentos mais simples.

Essa forma de reação positivada, no Código de Hamurabi, que nada mais era do que vingança na sua forma mais explícita, já sob a égide do direito romano, foi substituída pelo domínio estatal. O ente superior, o Estado, passou a monopolizar o direito de avaliar o erro e arbitrar a indenização ou a pena correspondente.

Em síntese, o ato de identificar moléstias e curá-las, nos primeiros tempos, era visto como algo sobrenatural, considerado um dom atribuído a indivíduos muito especiais. Com a evolução das organizações sociais e dos conhecimentos humanos, a Medicina acabou reconhecida como ciência. É claro que continuou gozando de grande prestígio, mas reconheceu-se que não havia distinção ontológica entre ela e outras ciências, como a Química, a Física etc, devendo haver portanto punição estatal nos casos previstos em leis ou outras normas.

Todavia, até meados do recente século XX, grande parte dos juízes ainda procurava eximir-se do julgamento de demandas que questionavam atos médicos, sob a alegação de não possuírem conhecimentos técnicos para contestar e julgar essas ações.

Um importante marco do início da aceitação da responsabilização de médico pelos danos advindos de seus atos profissionais foi o caso protagoni-

zado pelo dr. Hèlie, segundo narração de Genival Veloso França[6], in verbis:

> Em 1825, em Dromfront, o Dr. Hélie, chamado para fazer um parto, verificou que o ombro e a mão direita da criança se encontravam no trajeto vaginal. Resolveu, então, amputar o braço do feto, considerando-o morto, a fim de facilitar sua expulsão. Em seguida, notou o outro braço em situação análoga, efetuando também sua amputação. Mais tarde nascia a criança, a qual veio a sobreviver graças aos cuidados de outro profissional. Os pais entraram em juízo com uma ação contra o médico. Solicitou o Tribunal parecer da Academia de Medicina, a qual respondeu que "o médico não é responsável senão quando produz um dano intencionalmente, com premeditação, por pérfidos desígnios e criminosas intenções", concluindo pela não-responsabilidade do Dr. Hélie. O Tribunal não aceitou o parecer e atribuiu-lhe a responsabilidade, condenando-o a uma indenização de forma de renda vitalícia.

Em outro caso pioneiro, também narrado por França, a Academia de Medicina proferiu parecer igualmente favorável ao médico. Neste caso, esse parecer foi rebatido pelo Procurador Geral Dupin, que estabeleceu as seguintes bases, até hoje gozando de certa aplicação prática:

> Desde o momento em que os feitos médicos reprovados ficam exclusivamente reservados às dúvidas e discussões da ciência, eles fogem da apreciação médica, desde que eles se caracterizem de negligência e ignorância de coisas que devem necessariamente saber, a responsabilidade de direito comum existe, e a competência da Justiça está assegurada.
> [...]
> Aos tribunais corresponde esta aplicação com discernimento, com moderação, deixando para a ciência toda a latitude de que se necessita, porém dando á Justiça e ao direito comum tudo o lhes pertence.

Essa solução subjetiva, em muito parecida com o famoso ensinamen-

6 FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal.** 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S. A. 2001. p. 436-437.

to cristão de dar a cada um o que é seu, acaba sendo o meio termo ideal que deve ser o objetivo do aplicador do Direito em casos dessa espécie.

Outro julgamento emblemático desse entendimento, que prega o dever de abstenção do Judiciário em tecer comentários acerca de atos médicos, desta vez tendo como pano de fundo a cirurgia plástica estética, ocorreu na Primeira Câmara do Tribunal Civil do Sena, na França, no anos 30. É o famoso caso da Madame Le Guen, transcrito em versão original por J.M. de Carvalho Santos[7].

No ano de 1926, havia em Paris uma jovem forte e alegre. Ela era proprietária de uma bem-sucedida casa de alta costura. A felicidade da jovem era completa porque seu noivo era também seu sócio, ajudando na condução dos negócios. O nome da jovem era Suzanne Geofre que, como toda jovem da época, era muito vaidosa.

De acordo com os padrões da moda de então, as senhoras deveriam ter pernas muito finas. Pernas grossas eram consideradas como grave defeito estético e, com a evolução dos modelos expondo cada vez mais o corpo da mulher, aquelas que não possuíam o privilégio natural de ter pernas finíssimas, sentiam-se constantemente constrangidas em mostrá-las em público.

Suzanne era uma dessas mulheres não agraciadas com a característica natural de ter pernas finas. Portanto, como possuía consideráveis recursos financeiros, resolveu procurar um médico que pudesse afiná-las. Afinal, a Medicina progredia de forma muito veloz, não sendo absurdo imaginar que os renomados médicos franceses seriam capazes de realizar uma intervenção cirúrgica que enquadrasse Suzanne nos padrões estéticos vigentes.

O primeiro médico procurado por Suzanne, Léopold Lévy, informou que, como o organismo da senhorita não apresentava qualquer moléstia, não era possível operá-la somente com a finalidade de satisfazer-lhe o capricho, devendo a jovem conformar-se com seus atributos físicos naturais. Suzanne não se satisfez com a negativa e solicitou o nome da algum cirurgião com o qual pudesse conversar sobre seu caso. Léopold Lévy indicou o médico Dujarrier, que gozava de excelente reputação na época.

O doutor Dujarrier, depois de ouvir o relato de Suzanne seguido

7 SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado.** 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p. 268. v. 21.

do pedido aflito, seja , afinar-lhe as pernas, respondeu que a cirurgia era não só possível como rápida e fácil. Em poucos minutos, seria removida a camada de gordura, deixando as pernas de jovem conforme seu desejo. Em alguns dias, Suzanne estaria de volta às suas atividades normais. Mais ainda, marcou a cirurgia para o dia seguinte. Não houve qualquer exame pré-operatório ou análise das condições físicas da paciente.

O procedimento iniciou-se às 11h do dia 28 de fevereiro de 1926. Suzanne foi anestesiada somente nos membros inferiores, permanecendo lúcida durante toda a intervenção que, ao contrário do que lhe afirmara o médico, durou pelo menos uma hora e meia. A demora deveu-se a uma séria complicação. Após a remoção da suposta gordura, que, na verdade, era uma massa de músculos e nervos, iniciou-se um sangramento que o cirurgião não conseguia controlar, não lhe sendo possível suturar o corte aberto.

A solução encontrada para reter o sangramento foi fazer um torniquete, além de envolver toda a perna em apertada atadura, impedindo a circulação sanguínea na estrutura operada. A intenção do médico era manter a perna sem irrigação sangüínea, para que os pontos pudessem cicatrizar. Já na primeira noite, Suzanne sentia dores atrozes e suplicava que lhe dessem morfina e retirassem o torniquete, pois já sentia gelado o pé da perna operada. As enfermeiras, em cumprimento das ordens do médico-cirurgião, nada faziam.

Não é muito difícil imaginar o que ocorre com um tecido vivo privado de sangue, que é sua fonte de nutrientes: ele morre. Assim aconteceu com a perna de Suzanne.

Após alguns dias, o doutor Dujarrier convenceu-se, enfim, da necessidade de amputar a perna da jovem enferma, pois já estava completamente podre, cheirando extremamente mal e comprometendo todo o resto do corpo. A conservação da perna lesada poderia acarretar a morte de Suzanne. A jovem comerciante, é claro, não acatou a decisão médica. Ela, que já tinha mostrado ser extremamente vaidosa, informou que preferiria morrer a viver com apenas uma perna.

Iniciou-se batalha desesperada para convencê-la a se deixar operar novamente. O seu noivo, Monsieur Le Guen, ofereceu-se a esposá-la, se Su-

zanne aceitasse amputá-la. Assim, numa sombria tarde, deu-se o casamento de Suzanne num quarto de hospital. No dia seguinte, a então Madame Le Guen foi encaminhada, não para sua tão sonhada lua de mel, mas para a sala cirúrgica, onde lhe foi extraída a perna esquerda.

Nem com a amputação a situação de Madame Le Guen melhorou. Além da dificuldade de locomoção, continuou tendo problemas circulatórios, que a impediam constantemente de honrar seus compromissos de trabalho. E a sua Casa de alta- costura acabou vendida.

Esse caso flagrante de erro médico foi levado a tribunal francês, causando grande polêmica. Os advogados das partes, ambos de grande conhecimento técnico e de domínio da tribuna, teceram as seguintes teses:

O advogado dos autores, José Théry, procurou demonstrar que o réu, o doutor Dujarrier, havia negligenciado nas informações dadas à paciente. Omitiu a existência de riscos, além de não ter procedido a qualquer avaliação prévia das condições físicas da jovem.

Houve, também, severas críticas ao procedimento cirúrgico, em si. O doutor Dujarrier teria retirado, em vez de gordura, músculos e vasos, o que, logicamente, acarretaria forte sangramento, no mínimo, prejudicando o movimento da perna e dos dedos. Para fundamentar a tese de erro na execução do procedimento, foram trazidas à tribuna opiniões de outros profissionais, que sustentaram não terem sido tecnicamente corretos os atos do médico.

Por fim, com o fito de alertar o tribunal, não só sobre a possibilidade, mas também sobre a necessidade de o judiciário julgar casos envolvendo condutas médicas, José Théry fez o seguinte questionamento[8]:

> Mas, está-se a dizer que os cirurgiões têm, assim, obtido o direito de tudo fazer e de tudo tentar? Que, mestres do bisturi, eles não têm contas a prestar? Que eles podem soberanamente dispor do corpo dos doentes que se confiam a eles?

O advogado de defesa, Monsieur Thorp, primeiramente teceu co-

8 SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado.** 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 281, v.21, no original: "Mais est-ce à dire que les cirurgiens ont ainsi acquis le droit de tout faire et de tout essayer? Est-ce que, maîtres du couteau, ils n'ont pas de comptes à rendre? Est-ce qu'ils peuvent souverainement disposer du corps des malades qui se confient à eux?"

mentários sobre a impossibilidade de o tribunal julgar atos médicos, pois os juízes não possuíam os conhecimentos específicos necessários à análise das características técnicas do procedimento.

Em seguida, defendeu a licitude da cirurgia estética, pois uma mera falha na aparência pode atingir intimamente o ser humano, conduzindo-o de um estado de simples tristeza até a loucura ou o suicídio.

Assim, segundo a versão da defesa, Suzanne, ao procurar o doutor Dujarrier, estava em estado psíquico bastante alterado. Disse ao médico que se a cirurgia não fosse realizada, ela se mataria. Teria sido essa ameaça a mola propulsora da aceitação do doutor para intervir cirurgicamente no corpo da paciente, e ainda fazê-lo no dia seguinte àquela primeira consulta.

Ao defender tecnicamente o procedimento, foi dito que a cirurgia era extremamente simples, e que um problema na pele da paciente teria resultado na impossibilidade de suturar o corte. Tal problema de pele é raro e completamente imprevisível, não havendo qualquer exame prévio capaz de diagnosticá-lo. Arremata dizendo: "L'opération a été faite suivant les règles de l'art". (A cirurgia foi feita segundo as regras da arte).

Há, ainda, uma última exposição, defendendo, de forma contundente, a inabilidade técnica de um tribunal para julgar atos e procedimentos médicos, o que, por si só, inviabilizaria qualquer análise desse caso concreto[9]:

> Como os magistrados serão juízes dessa experiência? Como eles saberão que houve imprudência? Como se está questionando atividade diversa, o médico deverá, para justificar seu método, fazer diante do tribunal um verdadeiro curso de medicina?
> [...]
> Mas, mesmo assim, vós quereis encontrar um culpado! E

9 SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p. 297-306. v. 21, no original:"Comment les magistrats seront-ils juges de cette expériorience? Comment sauront-ils y a eu imprudence? Est-ce que, comme on vient de vous le demander de l'autre côte de la barre, le médicin devra, pour disculper as méthode, faire devant le tribunal um véritable cours de médicin?[...]Mais, tout de Même, prenez-vous em à um coupable! Et vous, juges, quand vous avez à decider si un homme est coupable, soyez-em sûrs! Vous ne pouvez pas, Messieurs, vous n'em savez rien –pas plus que mon confère et moi qui ne faisons que répéter ce que nous ont dit nos clients – vous ne pouvez pas dire que le Docteur Dujarrier a mal opéré! Vous ne pouvez pas savoir s'il a ficelé la jambe à la façon d'um saucisson!"

> vós, juízes, quando vós tiverdes de decidir se um homem é culpado, estejais certos! Vós não podeis, senhores, vós não sabeis nada -não mais que meu colega e eu, que não fazemos senão repetir o que nos disseram nossos clientes - vós não podeis dizer que o doutor Dujarrier operou mal! Vós não podeis saber se ele amarrou a perna como se fosse uma salsicha!

O Tribunal do Sena, ainda embalado pelo medo de tecer comentários sobre técnica médica, e sem institucionalizar o auxílio de peritos, reconheceu sua impossibilidade de julgar as condições em que a cirurgia ocorreu. Não haveria como averiguar a real influência dos fatos naturais no curso e após a operação estética.

Mesmo assim, entendeu ser o doutor Dujarrier culpado, pois este havia cedido a caprichos da vaidade da vítima, e submetido a um procedimento cirúrgico um corpo que não apresentava qualquer moléstia ou anomalia considerável. A possível ameaça de suicídio não podia ter surtido efeito em um médico de tão larga experiência e sabedoria. Ele poderia ter-se valido de vários pretextos para, pelo menos, adiar um pouco a operação. Com o tempo, acabaria convencendo-a da inutilidade da reparação e, principalmente, dos riscos que existem em toda intervenção desse tipo.

Ademais, a cirurgia estética, segundo ainda entendimento do tribunal, deve ser direcionada apenas a reparações como, por exemplo, reconstrução de narizes e orelhas de soldados feridos em combate. Jamais poderia ser admitida intervenção para satisfazer a meros interesses de beleza e moda, pois seria absurdo, sobre ir de encontro à moral que deve existir na conduta médica. Houve, portanto, condenação do médico Dujarrier ao pagamento de 500.000 fr a Madame Le Guen e seu esposo. O Tribunal assim se posicionou[10]:

10 SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p. 317, v. 21, no original:"Attendu, dès lors – quelles que soient la conscience et la haute valeur profissionnelle de Dujarrier et la désintéressement dont il a fait preuve em ne réclamant pas d'honoraires – que le fait même d'avoir entrepis une opération comportant des risques d'une réelle gravité sur un membre sain, dans le seul but d'en corriger la ligne et sans que cette intervention soit imposée par une nécessité thérapeutique ni même qu'elle puisse présentet une utilité quelconque pour la santé de l'opérée, constitue à lui seul une faute de nature à entrainer la responsabilité du chirurgien ; que cette faute se déduit de la seule applications des principes du droit commun, abstraction faite de toute consideration médicale et sans qu'il soit besoin pour l'établir de recourir aux lumières des hommes de l'art "

> Àqueles que tenham a consciência e o alto valor profissional do doutor Dujarrier e o despojamento que ele fez prova ao não reclamar os honorários – que o fez mesmo ter tentado uma operação, comportando os riscos de real gravidade, sobre um membro são, com a única meta de corrigir a linha e sem que essa intervenção seja imposta por uma necessidade terapêutica, nem mesmo que ela possa representar uma utilidade qualquer para a saúde da operada, constitui, por si só, uma falta de natureza a acarretar responsabilidade do cirurgião; que essa falta se deduz apenas da aplicação dos princípios de direito comum, abstraindo todas as considerações médicas e sem que haja necessidade de, para demonstrá-la, recorrer às luzes dos homens da arte.

Esse caso demonstra, claramente, qual o posicionamento dos tribunais do início do século passado acerca da cirurgia plástica meramente estética, que seria um procedimento imoral, pois não seria possível aceitar passivamente a submissão de um corpo são a um procedimento cirúrgico, que traz riscos, sem haver uma anomalia que o justifique.

Hoje, o entendimento dos tribunais já difere bastante. Além da flagrante licitude do procedimento estético, aplica-se a idéia de que o julgador, obviamente auxiliado por um perito, é plenamente capaz de adentrar na seara da ciência médica, e considerar correto ou errado determinado procedimento.

No caso, verifica-se se houve exame prévio, se, conforme os costumes médicos vigentes, o procedimento era indicado, se foram utilizadas as técnicas apropriadas, se houve assistência no pós operatório etc.

Quanto à cirurgia meramente estética, houve evolução ainda mais considerável, pois, como visto previamente, passou-se a aceitar, como razão para a intervenção, o desequilíbrio psicológico causado pelo descontentamento com o próprio corpo. Às vezes, até a declaração explícita do paciente de que está querendo apenas seguir um novo ditame do mundo da moda já é suficiente para que os médicos o submetam à intervenção.

Por igual, essa maior aceitação é fruto da evolução da Medicina, pois hoje os procedimentos são menos dolorosos, com pós-operatórios mais

tranqüilos, sob riscos pequenos de complicações. Alguns, como a pequena lipoaspiração, já foram incluídos no rol de cuidados estéticos periódicos dos indivíduos mais vaidosos, ao lado do corte de cabelo e limpeza das unhas.

Portanto, se o caso da Madame Le Guen fosse novamente julgado, sob as luzes do direito e da jurisprudência hodiernos, o doutor Dujarrier seria mais uma vez condenado, não porque interveio cirurgicamente em um corpo são, mas porque não examinou previamente a paciente, submetendo-a a uma cirurgia de alto risco sem cuidados e sem a devida informação acerca das possíveis conseqüências.

De tudo isso, resta o entendimento de que a responsabilidade do médico, apesar de gozar de certas regras que traçam as linhas mestras, deve ser sempre analisada de forma eminentemente casuística. Como auxílio nessa tarefa, deverão ser observados os entendimentos dos tribunais brasileiros e estrangeiros, além de não se poder olvidar a repercussão social da conduta objeto do litígio.

3.2 APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A responsabilidade do médico na cirurgia plástica estética é, consoante já exaustivamente demonstrado, oriunda de uma obrigação de resultado. O profissional realiza intervenção cirúrgica em um corpo são com a única finalidade de atingir determinado resultado. Quando esse fim não é alcançado, advém, ao médico, a responsabilidade pelos danos causados, tanto materiais como morais.

As linhas mestras da responsabilidade civil são tratadas no art.186 do atual Código Civil. Mas, além desse regramento geral, há artigo específico sobre a responsabilidade civil do médico, *in verbis*:

> Art. 951.O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Para melhor entendimento, esclareça-se que o art. 948 trata do homicídio, o art.949 trata de lesão ou ofensa à saúde, e o art. 950 trata de defeito que impeça o indivíduo de exercer suas normais atividades.

Outro artigo, presente no capítulo que versa sobre o direito das pessoas naturais, estabelece parâmetros axiológicos para as intervenções cirúrgicas, *in verbis*:

> Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

O dispositivo acima transcrito, como outros tantos desse novo código, regulou a conduta de forma extremamente abstrata. Como as cirurgias plásticas estéticas importarão sempre em diminuição permanente da integridade física, tenha-se como exemplo a diminuição das mamas, passou a ser essencial à sua realização a formalização de exigência médica.

Todavia, como não é possível exercer controle rígido sobre a subjetividade do médico, principalmente no que diz respeito ao seu entendimento sobre o que é certo ou errado, o artigo já nasce sem grande utilidade prática.

Da mesma forma, a vinculação da possibilidade de dispor do próprio corpo aos bons costumes tem caráter meramente indicativo, pois, objetivamente, não é possível mensurar o que está de acordo ou não com os costumes vigentes. Ressalte-se que, em razão da natural mutação dos costumes, a aplicação desse artigo está umbilicalmente ligada ao entendimento majoritário dos tribunais.

A abrangência e o caráter lacônico desse dispositivo já vêm sendo adotados em outros normativos. A título de exemplo, cita-se a Resolução nº1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina, publicada no Diário Oficial da União de 2 de dezembro de 2002, regulamentando a cirurgia de transgenitalismo.

Essa cirurgia, como não tem o condão de reverter aberrações anatômicas prévias, não pode ser considerada reparadora, devendo, pois ser enquadrada no rol dos procedimentos cirúrgicos meramente estéticos. No artigo 3º dessa resolução, estão estabelecidos os critérios necessários para

que seja realizada a intervenção, *in verbis*:

> Art. 3º. Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:
> Desconforto com o sexo anatômico natural;
> Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
> Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
> Ausência de outros transtornos sexuais.

A leitura superficial é suficiente para perceber o quão difícil será objetivar esses critérios e julgar se determinado caso concreto está de acordo com eles.

A existência desses artigos que tratam especificamente da responsabilidade dos profissionais de saúde, no Código Civil, quando em nossa sociedade existem incontáveis profissões e atividades, deixa transparecer a grande repercussão social dos atos dos médicos e seus auxiliares.

Contudo, a aplicação dos dispositivos civilistas deve ser meramente subsidiária, porquanto a atividade médica se enquadra nos moldes estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, pelo que deve ser este o diploma a regular mais diretamente a atividade desses profissionais, dado que é a norma mais especial.

O artigo que trata mais especificamente da responsabilidade do médico do CDC é o art. 14, § 4º. Nele, foi preservada a apuração da responsabilidade mediante verificação de culpa:

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

Desta forma, enquanto a regra geral do CDC é a desconsideração da culpa, os profissionais liberais ainda gozam da prerrogativa de só serem responsabilizados se provado o dolo, a negligência, a imprudência ou a imperícia.

No caso da cirurgia plástica estética, deverá ser demonstrada a culpa do profissional em não alcançar o resultado acordado. Em uma mamoplastia com a finalidade de aumentar as mamas, por exemplo, se a cicatriz ficou maior do que a esperada, será essencial a demonstração de ter havido culpa do médico, já que fatores externos e totalmente imprevisíveis podem ter acarretado a conseqüência indesejada.

Nesses procedimentos, há grande expectativa quanto ao resultado. É ilógico imaginar que um indivíduo submete seu corpo são a uma intervenção cirúrgica sem importar-se efetivamente com o completo êxito. Isso é da própria essência da reparação estética. A diferença entre as cirurgias meramente estéticas e as outras consiste, justamente, na intenção clara de obtenção de um fim específico, que as primeiras oferecem, ou seja, existe obrigação de resultado.

O resultado é, no caso da cirurgia plástica estética, o êxito, a melhora de determinada parte do corpo do paciente. Como a palavra melhora traz em si considerável carga de subjetividade, pois é difícil objetivar se, por exemplo, um rosto está ou não mais bonito, será extremamente importante averiguar o acordo prévio entre as partes, para haver a possibilidade de afirmar se o resultado foi alcançado ou não.

É evidente que, havendo deformação, mutilação ou outra conseqüência desastrosa, a análise do acordo prévio perde significativa parcela de importância. Só haverá sentido nessa investigação quando a vítima alegar que, apesar de não haver qualquer desastre aparente, o resultado esperado não foi alcançado.

Essa obrigação de resultado, da parte do cirurgião esteta, acarreta responsabilidade subjetiva, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor. Destarte, quando esse resultado contratado não for efetivamente alcançado, e provada a culpa do profissional, poderá este ser chamado a responder civilmente pela falta de êxito.

Em uma rinoplastia, plástica de nariz, basta o resultado não sair de acordo com o prometido pelo profissional, para que haja sua responsabilização. É claro, contudo, que deverá ser provada a culpa, mas, nesse caso, o ônus da prova sobre a diligência do procedimento recairá imediatamente sobre esse profissional.

No campo doutrinário, é clara a distinção entre essas modalidades de

obrigação, que faz o até bastante sentido lógico. Mas, na verdade, essa discussão teria maior relevância prática se a responsabilidade do cirurgião fosse objetiva. Todavia, como será sempre subjetiva, o fato de ser a obrigação de meio ou de resultado perde parte de sua importância no campo prático.

A título de exemplo, tome-se, novamente, a rinoplastia. Para que possa haver imputação de responsabilidade ao profissional, deverá restar demonstrado que o resultado não foi atingido por negligência, imprudência ou imperícia do médico. Ora, se o médico agiu com incidência em uma dessas espécies, obviamente deixou de empregar os meios necessários e importantes à obtenção do êxito.

A prova de descumprimento de uma obrigação de resultado, quando apurada culposamente, muito se assemelha à apuração da responsabilidade oriunda de uma obrigação de meio. A única distinção é que, no primeiro caso, deve ser frisado e demonstrado que o êxito, entenda-se resultado, não foi obtido, enquanto no segundo caso, o fracasso fica subtendido.

O único ponto de destaque é, portanto, a inversão mais abrangente do ônus da prova em desfavor do médico, quando a obrigação é de resultado. Essa peculiaridade não está prevista em lei, mas é a decorrência natural da adoção dessa modalidade obrigacional. No caso das obrigações de meio, permanece a regra que estabelece ser do paciente o ônus da prova, a não ser que o julgador, valendo-se da faculdade prevista no CDC, inverta esse ônus.

Na obrigação de resultado, recairá sobre o profissional a presunção de culpa, que poderá ser elidida em face da comprovação de causa diversa, ou melhor, da comprovação de alguma excludente de responsabilidade.

Dessa forma, ao contrário do que possa *prima facie* parecer, a consideração dessa atividade como obrigação de resultado não sobrecarrega o profissional da Medicina, já que, além das razões acima, este poderá continuar a valer-se das excludentes de responsabilidade.

4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

O dever de indenizar, consoante anteriormente discutido, pressupõe três elementos: ato voluntário do agente, dano sofrido pela vítima e o nexo

causal entre ambos. Dessa forma, basta não ser provado algum desses elementos, para não haver dever de indenização.

As excludentes de responsabilidade são circunstâncias que revelam não ter existido nexo causal. Serão tratadas, neste trabalho, somente as excludentes que, de alguma forma, relacionam-se com a responsabilidade do médico, quais sejam: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior.

A culpa exclusiva da vítima se dá quando a seqüência danosa é desencadeada pelo mesmo indivíduo que sofreu as conseqüências. Quando há culpa concorrente entre vítima e agente, a responsabilidade e, por conseguinte, a indenização, serão suportadas de forma proporcional à participação de cada um no resultado. De acordo com esse raciocínio, se as culpas forem consideradas iguais, o agente somente arcará com metade do valor da reparação.

Todavia, nas relações de consumo, a culpa concorrente não exime o fornecedor do dever de indenizar a vítima. Isto, porque o CDC, ao enumerar as excludentes no § 3º do art. 12 e no § 3º do art. 14, fez previsão apenas da culpa exclusiva da vítima. Portanto, apenas quando o fornecedor conseguir provar culpa exclusiva da vítima – frise-se que o ônus dessa prova é expressamente do fornecedor – não haverá dever de reparar os danos.

Os institutos do caso fortuito e da força maior, por sua vez, não são conceituados de forma uniforme pela doutrina. A maioria, contudo, faz a seguinte distinção: o caso fortuito seria o ato oriundo das forças da natureza, como enchentes, terremotos, incêndios naturais, epidemias etc. Ressalte-se que deve haver a marca indelével da imprevisão. Devem ser eventos incomuns, cujos efeitos não poderiam ser evitados. Tempestade que ocorre todo ano, na mesma intensidade, havendo negligência das autoridades em estabelecer procedimentos de segurança nessa época, não pode ser considerada caso fortuito. Da mesma forma, infecção hospitalar, ocasionada por bactéria comum em todo ambiente dessa natureza, não pode ser considerada caso fortuito, pois o estabelecimento tem o dever de impedir a proliferação do microrganismo causador da moléstia.

A força maior, de acordo com o entendimento majoritário, é bastante similar ao caso fortuito, já que ambos são inevitáveis. A diferença consiste em a força maior ser resultado de ação humana, como determinações de governantes e autoridades, greves, revoluções etc.

Parte minoritária da doutrina entende de forma exatamente contrária, atribuindo à expressão força maior os eventos naturais e, ao caso fortuito, ação humana.

O maior problema, contudo, vem a ser a vertente que não distingue os dois institutos, dizendo que tanto a ação humana como a natural poderão ser chamadas de caso fortuito, ou força maior, tratando como se fossem sinônimas as denominações. Essa corrente, antes tão desacreditada, ganhou novo fôlego com a redação defeituosa do parágrafo único, do art. 393 do Código Civil em vigor:

> Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
> Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Como fato necessário será somente o fato oriundo das forças da natureza, porque a ação humana, em tese, sempre pode ser impedida, o novo diploma igualou os dois institutos. Caberá, portanto, à jurisprudência aclarar esse dispositivo.

A aplicação concreta dessas excludentes ocasiona decisões judiciais díspares. Afinal, cada julgador é dotado de visão de mundo muito peculiar, que interferirá diretamente na sua interpretação do que é inevitável ou não. Exemplificando essa diversidade de julgados, transcrevemos as decisões abaixo, que impõem, ao mesmo caso concreto, soluções diametralmente opostas, *in verbis*:

> Não se considera caso fortuito o rompimento do 'burrinho' dos freios do veículo (RT 431/74).
> A ruptura da 'borrachinha' dos freios é totalmente imprevi-

> sível ao motorista, que só a constata quando da inoperância daqueles. (RT 351/362).

Desse modo, os julgadores devem buscar o equilíbrio na aplicação dessas circunstâncias excludentes, a fim de que nem haja aplicação excessiva - o que seria grande injustiça com as vítimas de eventos danosos -, nem ausência de aplicação - o que atribuiria, de forma desarrazoada, a determinado indivíduo o dever de reparar prejuízo ao qual não deu causa.

É mister, ainda, distinguir a excludente de ilicitude da excludente de responsabilidade.

As excludentes de ilicitude, enumeradas no art. 23 do Código Penal, são, *in verbis*:

> Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:
> I – em estado de necessidade;
> II – em legítima defesa;
> III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

A lei reconheceu que fatos típicos, cometidos nesses exatos limites, não podem ser criminalmente punidos, pois havia relevante razão para sua prática. Mais do que isentar de pena, o legislador excluiu a própria configuração de crime, minando um de seus elementos essenciais: a ilicitude. Essa é a idéia da adequação social já mostrada por Mirabete[11], *in verbis*:

> No positivismo sociológico, estabeleceu-se um conceito material de antijuridicidade, em que, uma ação concreta, apesar de adequada ao tipo legal, será lícita se constituir um meio justo para um fim justo, ou seja, se for adequada socialmente.

Na prática, no âmbito penal, o reconhecimento de uma dessas excludentes impede que o autor sofra qualquer cerceamento de liberdade, ou qualquer penalidade pecuniária.

Essas excludentes também estão presentes na lei civil, mediante redação similar:

11 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado.** São Paulo: Atlas, 1999. p.190.

> Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
> I– os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
> II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.
> Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Aqui, essas excludentes de ilicitude poderão ou não eliminar a responsabilidade, como será em seguida analisado.

Em regra, um ato cometido em legítima defesa excluiu não só o crime, mas o dever de indenizar. Todavia, se o indivíduo extrapola os meios utilizados, ao repelir a agressão, deverá responder pelo excesso, tanto no âmbito penal como no civil.

A distinção entre os dois ramos vai residir na hipótese de o indivíduo atingir direito de terceiro no ato de impedir a agressão injusta. Nesse caso, enquanto vai inexistir qualquer responsabilidade penal, o agente não se eximirá do dever de reparar civilmente o dano, podendo, contudo, mover ação regressiva contra o seu agressor, com o fito de reaver a quantia despendida.

Da mesma forma, em casos de estado de necessidade e exercício regular de direito, o agente não estará praticando crime, mas, desde que atinja direitos de indivíduos que não deram causa ao evento, ou não sejam obrigados a cumprir determinação legal, persistirá incólume o dever de indenizar os danos sofridos. Fica evidente, por conseguinte, que nem sempre a excludente de ilicitude será hábil para excluir a responsabilidade. Esse é o entendimento que pode ser extraído dos arts. 929 e 930 do Código Civil.

As excludentes de responsabilidade, já mencionadas antes, são aplicadas, também, às cirurgias estéticas. Assim, se for demonstrado que o resultado não foi obtido por culpa exclusiva da vítima, o profissional não arcará com qualquer indenização. Da mesma forma, se tiver havido caso fortuito, ou de força maior, entendidos como eventos não necessa-

riamente imprevisíveis, mas inevitáveis, o médico não será forçado pelo Estado a reparar o dano.

5 CONCLUSÃO

Nas cirurgias plásticas meramente estéticas, a obrigação do médico é de resultado, ou seja, deve ser alcançado o fim específico acordado pelas partes. Mesmo que tenham sido utilizados todos os meios lícitos e possíveis, se o resultado pactuado não for conseguido, o acordo não terá sido validamente adimplido, podendo acarretar as sanções cabíveis por descumprimento do obrigado.

De acordo com previsão do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do profissional médico deve ser apurada do ponto de vista subjetivo. Contudo, nos casos em que há obrigação de resultado, deve haver aplicação mais abrangente do instituto da inversão do ônus da prova, a fim de que o médico demonstre a diligência de sua conduta.

REFERÊNCIAS

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.

FRANÇA, Genival Veloso, **Medicina Legal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOPES, Miguel Maria Serpa, **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966. v. 2.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. v. 21.

SILVA, Beatriz Regina Tavares da. **Novo Código Civil Comentado coordenado por Ricardo Fiúza**. São Paulo: Saraiva, 2002.