

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

Gustavo Silveira Borges

**ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS:
compreensão do fenômeno da metamorfose da pessoa em paciente
para além das fronteiras jurídicas**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial à obtenção do título de
Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos
Santolim

Porto Alegre

2013

GUSTAVO SILVEIRA BORGES

**ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS:
compreensão do fenômeno da metamorfose da pessoa em paciente
para além das fronteiras jurídicas**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial à obtenção do título
de Doutor em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca examinadora:

Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim
(Orientador)

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

*Ao meu **avô** (in memoriam), João Ottoni Silveira,
pelo exemplo de dedicação aos estudos.*

*Especialmente, dedico a minha esposa **Letícia**,
amor da minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Este é o momento mais especial e delicado de toda a caminhada acadêmica. Delicado pelo risco de se olvidar de alguém que tenha contribuído decisivamente, ainda que com um sorriso amigo, para o estímulo deste trabalho.

Primeiramente, agradeço aos professores do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e, de modo muito especial e sincero, ao meu orientador, Professor Doutor **Cesar Viterbo Matos Santolim**, por confiar e ter acreditado, desde o início, na realização desta pesquisa, por sua irretocável postura científica, de incentivo, disponibilidade e dedicação, marca indelével que pauta sua vida acadêmica. Não só isso, agradeço-lhe como pessoa, pois a nossa convivência me permitiu estreitar laços de amizade e conhecer a amabilíssima pessoa que é.

Aos colegas do curso de Mestrado/Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em especial aos colegas **Fernando Santos Arenhart** e **Manoel Gustavo Neubarth Trindade**, que contribuíram diretamente para a realização desta empreitada.

Aos Funcionários da Secretaria da Faculdade de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em especial **Rosmari de Azevedo**, **Denise Dias de Souza** e **Fabiane Dias Pacheco Borges**, pelo incansável auxílio, gentileza e atenção dispensadas em diversas oportunidades.

Aos Professores Doutores **José Tadeu Neves Xavier** e **Cristiano Heineck Schmitt**, por toda a atenção desde o início da pesquisa e todas as magníficas e precisas sugestões prestadas no exame de qualificação. Ainda, aos Professores Doutores **Claudia Lima Marques**, **Bruno Miragem**, **Eugênio Battesini**, **Cássio Cavalli** e **José Antônio Peres Gediél**, pelos memoráveis ensinamentos que levarei para a vida toda e por terem me estimulado incansavelmente na gestação e durante toda a caminhada.

Por se tratar de uma pesquisa que tem impressa a chancela da interdisciplinaridade, ao sair humildemente da “*zona de conforto*” jurídica, para além das fronteiras jurídicas, tive o prazer do convívio intenso e de ter sido amparado, face as dificuldades de enfrentamento da temática, muito amavelmente, por professores de distintos ramos do saber, cujos conhecimentos transbordam, abundantemente, tais limites: na *Medicina*, em especial nas cirurgias plásticas, os professores Doutores ***Carlos Oscar Uebel, Maria José Azevedo de Brito Rocha e Dione Batista Vila-Nova da Silva*** e; na *Psicanálise*, os professores Doutores ***José Outeiral, Luciano Mattuella*** e a professora ***Vânia Mercer***.

Ao meu tio, ***Paulo Rondelli Silveira***, pelo exemplo de pessoa e inestimável colaboração.

Aos meus pais, ***Sérgio e Virginia***, por terem investido em minha formação profissional.

Finalmente, o agradecimento à pessoa mais importante da minha vida.

À minha esposa, ***Letícia***, que ilumina todos os dias minha vida, tornando-a plena de amor e de sentido.

Da *Psicanálise*:

“O ego, antes de tudo, é corporal.”
Sigmund Freud, *O ego e o Id*

Da *Antropologia*:

“A alma caiu dentro de um corpo que a aprisiona.”
David Le Breton, *Adeus ao corpo*

Da *Cirurgia Plástica*:

“A moda passa, mas as cicatrizes ficam.”
Ivo Pitanguy, *cirurgião plástico em entrevista*

Da *Psiquiatria*:

“As fronteiras da psiquiatria continuam a se expandir; a esfera do normal está encolhendo.”
Allen Frances, *responsável pela quarta edição do DSM, em carta ao jornal The New York Times*

Do *Direito*:

“Não é possível estabelecer, tal-qualmente em direito não o é, um padrão de resultado uniforme em todos os pacientes.”
Carlos Alberto Menezes Direito, *A responsabilidade civil em cirurgia plástica*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMB	Associação Médica Brasileira
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
Art.	Artigo
ASAPS	American Society of Aesthetic Plastic Surgery
CC/02	Código Civil Brasileiro de 2002
CDC	Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor
CEM	Código de Ética Médica
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNRM	Comissão Nacional de Residência Médica
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
Des.	Desembargador
INCA	Instituto Nacional de Câncer
ISAPS	International Society of Aesthetic Plastic Surgeons
MEC	Ministério da Educação
Min.	Ministro
nº	número
op. cit.	obra citada
p.	página
SBA	Sociedade Brasileira de Anestesiologia
SBCP	Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica
TDC	Transtorno Dismórfico Corporal
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
STF	Supremo Tribunal Federal

STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

RESUMO

Esta tese destina-se a ser uma contribuição para o estudo da responsabilidade civil médica, em especial, nas cirurgias plásticas, a partir de um enfoque interdisciplinar, da Psicanálise, da Medicina e da Bioética, para compreensão do processo de percepção corporal da pessoa, sua conversão em paciente até a judicialização nos casos de erro médico. A hipótese da pesquisa parte de uma análise inter-relacional com diferentes ramos do saber, notadamente com a abordagem de elementos da psicanálise como instrumento de (re)leitura das subjetividades na produção da homogeneidade da imagem corporal, objetivando-se a explicação do aumento do número de cirurgias plásticas e, como consequência, do volume de demandas judiciais que tem como pedido a reparação de danos decorrente de erro médico. A pesquisa é conduzida a partir do questionamento sobre o fenômeno da metamorfose da pessoa em paciente e seus reflexos jurídicos. Inicialmente, buscou-se investigar, tomando-se como base as reflexões sobre o mal-estar produzido pelas novas formas de subjetividade na busca pela beleza corporal e da homogeneidade das identidades corporais, como ocorre a transformação da pessoa em paciente, os transtornos mentais com representações corporais e a relação deste processo como fenômeno jurídico. Na segunda parte da tese, exploraram-se os fundamentos jurídicos da relação médico-paciente, bem como a vinculação jurídico-obrigacional, examinando-se os deveres jurídicos essenciais que devem ser observados na relação cirurgião plástico-paciente. Por fim, a investigação termina com o exame dos fundamentos da responsabilidade civil médica nas cirurgias plásticas e a análise do tratamento jurídico da jurisprudência pátria para esta situação.

Palavras-chave: Responsabilidade civil médica. Código Civil. Código de Defesa do Consumidor. Diálogo das Fontes. Cirurgia Plástica. Psicanálise.

ABSTRACT

This thesis is aimed at being a contribution to the study of civil liability in the area medicine, specifically with a focus on plastic surgery. This will involve an interdisciplinary focus in Psychoanalysis and Medicine and Bioethics, for a better understanding of the process of an individual's corporal perception in his participation as a patient up to the point of judicial intervention via cases of medical malpractice. The hypothesis of this research is part of an interrelated analysis with different sources of knowledge, notably with an approach using psychoanalysis elements as an instrument of (re)reading the subjectivities in the creation of homogeneity of the corporal image, with the objective of explaining the increase in the number of plastic surgeries, and the consequent increase in judicial actions pleading damages from a medical error. The study is conducted from the inquisition about the phenomenon of metamorphosis of an individual from patient to legal party. Initially, the study sought to investigate, using the negative effects produced by new forms of subjectivity in the search of physical beauty and homogeneity in physical identity as the base, the transformation of a person as a patient, the mental disturbances with physical manifestations, and the relationship of this process as a judicial phenomenon. The second part of this thesis explores the legal foundations of the doctor-patient relationship, such as a legal-obligatory link, and the essential legal duties that should be observed in the plastic-surgeon patient relationship. Finally, the investigation ends with an examination of the fundamental responsibilities of medical liability in plastic surgeries, and an analysis of the legal treatment in national jurisprudence for this situation

Key words: Responsibility. medical liability. Civil Code. Code of Consumer Defense. Dialogue of Sources. Plastic Surgery. Psychoanalysis.

RIASSUNTO

Questa tesi ha come propria finalità essere una contribuzione per lo studio su la responsabilità civile medica, in particolare, nelle chirurgie plastiche, da un'approccio interdisciplinare della Psicoanalisi, della Medicina e della Bioetica, per la comprensione del processo di percezione corporale della stessa persona, la sua conversione in paziente fino la trasposizione giuridica nei casi di sbaglio medico. L'ipotesi della ricerca parte da un'analisi inter-relazionale con i diversi rami del sapere, più chiaramente con l'avvicinarsi di elementi della psicoanalisi come strumento di (ri)lettura delle soggettività nella produzione dell'omogeneità dell'immagine corporale, obbiettivandosi una spiegazione dell'aumento del numero di chirurgie plastiche e, come conseguenza del fatto stesso, il volume del contenzioso con richiesta di risarcimento dei danni che si seguono dello sbaglio medico. L'indagine è condotta a contare della riflessione sul fenomeno della metamorfosi della persona in paziente e la sua conseguenza giuridica. Inizialmente si cerca l'investigazione prendendosi come basi la riflessione sul malessere prodotto dalle nuove forme di soggettività nella ricerca per la bellezza corporale e dell'omogeneità delle identità corporali, come occorre la trasformazione della persona in paziente, i disturbi mentali con rappresentazione corporali e la relazione di questo processo come fenomeno giuridico. Nella seconda parte della tesi, si esplorano i fondamenti giuridici della relazione medico-paziente, così come la vincolazione giuridico-obbligazionale, esaminandosi i doveri giuridici essenziali che devono essere osservati nella relazione chirurgo plastico-paziente. Alla fine, l'investigazione finisce con l'esame dei fondamenti di responsabilità civile medica nelle chirurgie plastiche e l'analisi del trattamento giuridico della giurisprudenza patria per questa situazione.

Parole-chiavi: Responsabilità civile medica. Codice Civile. Codice del Consumo. Dialogo tra le Fonti. Chirurgia Plastica. Psicoanalisi.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	18
PARTE I – COMPREENSÃO DO MAL-ESTAR PRODUZIDO PELA SUBJETIVIDADE NA INATINGÍVEL BUSCA PELA BELEZA CORPORAL: METAMORFOSE DA PESSOA EM PACIENTE .28	
1 A SUBJETIVIDADE E O MAL-ESTAR	28
1.1 SUBJETIVIDADE, FORMAÇÃO DA IDENTIDADE E MAL-ESTAR: NA TRILHA DA MODERNIDADE À PÓS-MODERNIDADE	29
1.1.1 MAL-ESTAR NA CIVILIZAÇÃO	29
1.1.1.1 Da estaticidade ao fluxo da pós-modernidade: deslocamento do eixo e ruptura de paradigmas	30
1.1.2 MAL-ESTAR CONTEMPORÂNEO	34
1.1.2.1 Crise das certezas, descentramento do sujeito e os reflexos na subjetividade	35
1.1.2.2 A subjetividade e o corpo na perspectiva da pós-modernidade.....	39
1.2 A CONSTITUIÇÃO DA IDENTIDADE, AS NOVAS FORMAS DE SUBJETIVAÇÃO E AS CIRURGIAS PLÁSTICAS COMO UM DOS MECANISMOS DE CONTRIBUIÇÃO PARA CONSTRUÇÃO DE SENTIDO CORPORAL INDIVIDUAL.....	42
1.2.1 A FORMAÇÃO DA IDENTIDADE, O FENÔMENO PSICOLÓGICO E A SUBJETIVIDADE.....	44
1.2.1.1 Desamparo, desejos e pulsões	47
1.2.1.2 A psicanálise como instrumento de leitura dos perfis de subjetividade e a necessidade do diálogo interdisciplinar entre psicanálise, medicina e direito para compreensão dos transtornos mentais decorrentes de distorção da imagem corporal.....	51
1.2.2 AS NOVAS FORMAS DE SUBJETIVAÇÃO E O ANSEIO PELA HOMOGENEIDADE DAS INDIVIDUALIDADES NA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA	55

1.2.2.1	Individualidade, assimetria corporal e o ímpeto de uniformização corporal por meio das cirurgias plásticas	61
1.2.3	A CIRURGIA PLÁSTICA COMO PARTE DE UM PROCESSO DE CONSTRUÇÃO IDENTITÁRIA: CONSTITUIÇÃO SUBJETIVA EM BUSCA DE SENTIDO E BEM-ESTAR MENTAL	63
2	A BUSCA PELA BELEZA, O CORPO ADOECIDO E A METAMORFOSE DA PESSOA EM PACIENTE.....	65
2.1	EXPERIÊNCIA ESTÉTICA E BELEZA	65
2.2	CORPO COMO EXPERIÊNCIA DO SUJEITO, DISTORÇÕES DA IMAGEM CORPORAL E OS TRANSTORNOS MENTAIS.....	70
2.2.1	SIGNIFICADO DO CORPO.....	72
2.2.2.1	Ruptura da dicotomia corpo-alma	73
2.2.3	CONCEPÇÃO PÓS-MODERNA DO CORPO-IMAGEM, AUTOIMAGEM E IMAGEM CORPORAL: DISTORÇÕES NA SOCIEDADE DO CONSUMO.....	76
2.2.3.1	Excessos e narcisismo	82
2.2.4	OS TRANSTORNOS MENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES CORPORAIS	83
2.3	A PESSOA E SUA CONVERSÃO EM PACIENTE	88
2.3.1	ESTADO PSÍQUICO DO PACIENTE E A RELAÇÃO COM O MÉDICO: POSIÇÕES PARANOIDE, MASOQUISTA, HIPOCONDRIACA E DEPRESSIVA	90
PARTE II –	CONTORNOS DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE, REFLEXOS NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS E A VINCULAÇÃO JURÍDICO-OBRIGACIONAL A PARTIR DA VISÃO PROTETIVA DA PESSOA HUMANA	92
3	ELEMENTOS DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A CIRURGIA PLÁSTICA: PARA ALÉM DO HORIZONTE NORMATIVO.....	92
3.1	FUNDAMENTOS DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	93
3.1.1	A MASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS MÉDICOS E A BUSCA DE HORIZONTALIZAÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	96
3.1.2	A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO	98
3.1.3	A BIOÉTICA COMO UM DOS INSTRUMENTOS DE RELEITURA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	100
3.1.3.1	A bioética, seu alicerce e a conexão com o direito.....	101
3.1.3.2	Consentimento informado	105

3.1.4	DISCRICIONARIEDADE MÉDICO-CIENTÍFICA, ESCOLHAS EFICAZES E OS RISCOS ENVOLVIDOS NESTE PROCESSO DECISÓRIO.....	116
3.2	DIRETRIZES NORMATIVO-DEONTOLÓGICAS, RESPONSABILIDADE ÉTICO-PROFISSIONAL DO MÉDICO EM GERAL E O PANORAMA ÉTICO ENVOLVENDO A PRÁTICA DAS CIRURGIAS PLÁSTICAS.....	121
3.2.1	PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS AOS MÉDICOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS	123
3.3	A CIRURGIA PLÁSTICA E AS SUAS ORIGENS	128
3.3.1	ATO MÉDICO E ATO CIRÚRGICO	130
3.3.1.1	Intervenções cirúrgicas nas cirurgias plásticas e a decisão do paciente de se submeter a elas	132
3.3.2	REQUISITOS TÉCNICOS PARA SE TORNAR UM CIRURGIÃO PLÁSTICO E OS PRINCÍPIOS TÉCNICO-CIRÚRGICOS DA CIRURGIA PLÁSTICA.....	135
3.3.2.1	Conceito de cirurgia plástica	139
3.3.2.1.1	Diferenciação entre cirurgia plástica estética e reparadora	144
3.3.3	A CIRURGIA PLÁSTICA NO CONTEXTO BRASILEIRO	148
3.3.4	DIRETRIZES MÉDICAS E (POSSÍVEIS) INTERCORRÊNCIAS DURANTE TODO O PROCESSO DA CIRURGIA PLÁSTICA.....	149
3.3.4.1	Fase pré-operatória	150
3.3.4.2	Fase transoperatória	153
3.3.4.3	Fase pós-operatória.....	155
3.3.4.4	Intercorrências cirúrgicas: o exemplo da lipoaspiração	158
3.3.5	DESFECHO CIRÚRGICO: EUFORIAS OU FRUSTRAÇÕES	159
3.3.6	LIMITES IMPEDITIVOS DA REALIZAÇÃO DA CIRURGIA PLÁSTICA	161
4	LINEAMENTOS JURÍDICOS DA RELAÇÃO CIRURGIÃO PLÁSTICO-PACIENTE E SEUS REFLEXOS.....	163
4.1	O PACIENTE E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE MENTAL	163
4.1.1	O BEM-ESTAR MENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DA PESSOA HUMANA	164
4.1.1.1	A cirurgia plástica como forma de promoção do bem-estar mental e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana	168
4.1.1.1.1	A eclosão legislativa com a questão da cirurgia plástica e com o bem-estar mental.....	172
4.2	VÍNCULO JURÍDICO-OBIGACIONAL E A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO CIRURGIÃO PLÁSTICO-PACIENTE	176

4.2.1	OBRIGAÇÕES DE MEIOS E OBRIGAÇÕES DE RESULTADOS: ORIGENS, CONCEPÇÕES E DISTINÇÕES	179
4.2.1.1	Exame das obrigações de meios e de resultados na relação médico-paciente e nas especialidades da medicina em geral	181
4.2.1.2	Identificação e delimitação das obrigações de meios e de resultados nas cirurgias plásticas (estéticas e reparadoras).....	183
4.2.1.2.1	Concepções atuais das cirurgias plásticas estéticas como obrigações de resultados	184
4.2.1.2.2	Novo cenário de compreensão acerca das cirurgias plásticas (estéticas e/ou reparadoras) como obrigações de meios: anamnese, diagnóstico e prognóstico	187
4.3	DEVERES JURÍDICOS ESSENCIAIS DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS	196
4.3.1	DEVERES DE INFORMAÇÃO E ESCLARECIMENTO	200
4.3.2	DEVERES DE TÉCNICA E PERÍCIA	206
4.3.3	DEVERES DE CUIDADO E DILIGÊNCIA	208
4.4	DEVERES JURÍDICOS DOS PACIENTES	209
4.4.1	DEVERES DE COLABORAÇÃO	209
4.5	A RELAÇÃO CONTRATUAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS DE CIRURGIA PLÁSTICA COMO PROCESSO OBRIGACIONAL.....	210
4.5.1	RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL	212
4.5.2	RELAÇÃO CONTRATUAL	214
4.5.2.1	A eficácia vinculante da oferta, as expectativas legítimas e a transformação em obrigações de resultados	217
4.5.3	RELAÇÃO PÓS-CONTRATUAL	219
	PARTE III – FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS	221
5	FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA....	221
5.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	221
5.2	DIMENSÕES CONCEITUAIS E A NATUREZA JURÍDICA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	227
5.2.1	RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES JURÍDICOS CONTRATUAIS E EXTRA CONTRATUAIS	228
5.3	TRATAMENTO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO DIREITO BRASILEIRO.....	235

5.3.1	SISTEMAS JURÍDICOS APLICÁVEIS À RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O NECESSÁRIO DIÁLOGO DAS FONTES.....	237
5.3.1.1	Paciente considerado como hipervulnerável em sua relação com o médico	243
5.3.1.2.1.1	Diálogo (necessário) das fontes como método de interpretação sistemática protetiva do paciente hipervulnerável.....	246
5.3.2	PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS	250
5.3.2.1	Dano estético	257
5.3.2.2	Culpa médica	258
5.3.2.2.1	A caracterização e os critérios de avaliação da culpa médica nas cirurgias plásticas	261
5.3.2.2.2	A evolução e o atual posicionamento jurisprudencial brasileiro acerca da culpa médica nas cirurgias plásticas	265
5.3.2.3	O ônus da prova e a sua distribuição na prova da culpa do cirurgião plástico.....	268
5.3.2.4	A prescrição das ações médicas.....	277
5.4	CAUSAS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS	278
5.4.1	EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	278
5.4.2	OUTRAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	281
5.5	O DIREITO DOS MÉDICOS E A MEDICINA DEFENSIVA.....	287
6	ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS.....	292
6.1	CARACTERIZAÇÃO DO ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS....	292
6.1.1	FALIBILIDADE HUMANA, O RISCO INERENTE DA ATIVIDADE MÉDICA E OS LIMITES DE CONTATO COM O ERRO MÉDICO	293
6.1.1.1	A culpa e o erro profissional.....	296
6.1.2	DELIMITAÇÃO JURÍDICO-CIVIL E AS CONSEQUÊNCIAS DO ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS	299
6.1.3	CLASSIFICAÇÃO DOS TIPOS DE ERRO MÉDICO.....	305
6.1.4	ERRO MÉDICO E IATROGENIA.....	311

CONCLUSÕES ALCANÇADAS	314
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	333
LEGISLAÇÃO CONSULTADA	371
JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA	377

INTRODUÇÃO

Esta tese tem por objeto de pesquisa a responsabilidade civil médica, assim como os danos decorrentes do erro médico nas cirurgias plásticas, a partir de uma abordagem da relação médico-paciente. Seu objetivo consiste em estudar a responsabilidade civil médica nas cirurgias plásticas, sob um enfoque interdisciplinar, com o diálogo e a contribuição dos instrumentais de outras áreas do conhecimento, notadamente da Psicanálise, da Medicina e da Bioética, para compreender o processo de percepção corporal da pessoa, bem como sua conversão em paciente até a judicialização nos casos de erro médico.

Desde os primórdios da humanidade, a saúde é alvo de atenção social, no sentido de se combater os males inerentes e que afligem a própria condição humana. Porém, por muito tempo, o ser humano não se ocupou com o estudo das doenças, eis que voltado unicamente para a busca da cura.

A evolução das ciências biomédicas e das tecnologias aplicadas à área da saúde, especialmente a partir do século XX, possibilitou o surgimento de inúmeras possibilidades de intervenções nessas áreas. A constante aceleração e as inovações tecnológicas da sociedade produziram novos conceitos em vários setores, mais detidamente na Medicina voltada para as cirurgias plásticas.

O corpo e a sua imagem, por conseguinte, tornaram-se protagonistas dos processos de sociabilidade cultural. Na área médica, um dos maiores fenômenos contemporâneos é o aumento da procura por cirurgias plásticas. De acordo com pesquisa realizada no ano de 2011, em 25 países, sobre os procedimentos estéticos cirúrgicos e não cirúrgicos, foram realizados 14.707.827.34 de procedimentos estéticos cirúrgicos e não cirúrgicos.¹

¹ Nesta pesquisa, foram entrevistados cerca de 20.000 cirurgiões plásticos, sendo realizada pela Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica (ISAPS), com colaboração da Sociedade Americana de Cirurgia Plástica Estética (American Society of Aesthetic Plastic Surgery - ASAPS) e da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. INTERNATIONAL SOCIETY OF AESTHETIC PLASTIC SURGEONS. *Procedures performed in 2011*. Disponível em: <<http://www.isaps.org/files/html-contents/ISAPS-Procedures-Study-Results-2011.pdf>> Acesso em 17.02.2013.

O Brasil ocupa o segundo lugar no mundo do número de realização de cirurgias plásticas por ano. Só em 2011, ocorreram 1.447.213 procedimentos estéticos, cirúrgicos e não cirúrgicos, no Brasil. Deste total, 905.124 procedimentos cirúrgicos e 542.090 procedimentos não cirúrgicos, só perdendo para os Estados Unidos, que realizou o total de 3.105.246 procedimentos anuais.² No Brasil, o Estado de São Paulo é onde mais ocorre este tipo de intervenção cirúrgica. Estes dados são comprovados pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica³ (SBCP) que, em decorrência deste crescente interesse, já se tornou a segunda maior associação de cirurgia plástica do mundo.

Paralelamente a este fenômeno, pode-se observar a exponencial ampliação no número de demandas no Poder Judiciário brasileiro movidas por pacientes em face de profissionais da saúde, especialmente médicos⁴, tendo diversas destas como fundamento pedidos de reparação civil em razão de *erros médicos (medical malpractice)* e danos causados em decorrência da vinculação médico-paciente.

A especialidade médica da cirurgia plástica está em terceiro lugar dentre todas as áreas médicas mais envolvidas nas ações de responsabilidade civil por erro médico.^{5,6,7,8}

² O ranking dos cinco países que mais realizaram procedimentos estéticos, cirúrgicos e não cirúrgicos, é composto por: 1º) Estados Unidos, com 3.105.245; 2º) Brasil, com 1.447.213; 3º) China, com 1.050.860; 4º) Japão, com 952.650 e; 5º) México, com 794.566. INTERNATIONAL SOCIETY OF AESTHETIC PLASTIC SURGEONS. *Procedures performed in 2011*. Disponível em: <<http://www.isaps.org/files/html-contents/ISAPS-Procedures-Study-Results-2011.pdf>> Acesso em 17.02.2013.

³ SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. *País registra 2.100 plásticas ao dia*. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=101:país-registra-12-mil-plasticas-ao-dia&catid=42:saiu-na-midia&Itemid=87>. Acesso em 16.01.2013.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Processos por erro médico no STJ aumentaram 200% em seis anos*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89920&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=erro médico](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89920&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=erro%20médico)> Acesso em: 13.02.2013.

⁵ Tal aumento de demandas não só é detectado no âmbito da doutrina jurídica, como também muito pesquisado na literatura médica: SILVA, Dione Batista Vila-Nova da; NAHAS, Fabio Xerfan; *et al.* The increasing growth of plastic surgery lawsuits in brazil. *Aesthetic Plastic Surgery*, v.34, 2010, pp. 541-542; PATANÉ, J; PATANÉ, C. V. Legal responsibility of the plastic surgeon. *Revista Argentina de Cirurgia Plástica*, v.2, 1996, pp. 123-127.

⁶ Tais dados são confirmados na pesquisa realizada pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, que elaborou um conjunto de estudos para diagnosticar a situação dos médicos paulistas junto ao Poder Judiciário brasileiro, especialmente para conhecer como a Justiça paulista vem tratando as denúncias relacionadas com a prática profissional do médico. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *O médico e a justiça*. Coordenação Institucional de Nacime Mansur e Reinaldo Ayer de Oliveira. São Paulo: 2006.

⁷ SILVA, Dione Batista Vila-Nova da. *Custas e fatores do desfecho de processos judiciais em cirurgia plástica no rio grande do sul*. Dissertação apresentada à Universidade Federal de São Paulo – Escola Paulista de Medicina para obtenção do Título de Mestre em Ciências pelo programa de pós-graduação em Cirurgia Plástica, 2011, p. 10.

⁸ Conforme estudo realizado pelo CREMESP, entre as especialidades médicas especificadas nas decisões mais recorrentes nos pedidos de erro médico, a cirurgia plástica está em terceiro lugar, atrás da ginecologia (18,5%); obstetrícia (18,5%), com 13,7%. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO

A taxa média de condenações de cirurgiões plásticos brasileiros, nos últimos anos, conforme pesquisa, é de 55%, chegando a Estados com taxa de 85%.⁹

Este incremento das demandas de responsabilidade civil médica se tornou questão de extrema importância para a pesquisa, não só no ocidente, como no oriente, conforme demonstra a literatura médica de diversos países, como: *Estados Unidos*^{10,11}, *Europa*^{12,13}, *Honk Kong*¹⁴, *China*¹⁵, *Emirados Árabes*¹⁶, *Taiwan*¹⁷, *Japão*¹⁸, dentre outros tantos. A inquietação em face das demandas por erro médico no mundo é tamanha que foi realizada pesquisa para estimar o “tempo perdido” por um médico diante de um processo ainda não resolvido, chegando-se a conclusão de que são perdidos cerca de 11% do seu tempo, ao longo de uma carreira de 40 anos, como um “*unresolved, open malpractice claim*”.¹⁹

ESTADO DE SÃO PAULO. *O médico e a justiça*. Coordenação Institucional de Nacime Mansur e Reinaldo Ayer de Oliveira. São Paulo: 2006, p. 89.

⁹ Doncatto apresenta estudo realizado a partir da análise de 100 acórdãos obtidos nos Tribunais de Justiça de Brasília, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo, em casos alegados envolvendo erros em cirurgia plástica estética. Este estudo retrospectivo foi realizado no período de julho de 2010 a agosto de 2012, em um universo de 3.427 cirurgiões plásticos. Foram avaliadas as causas mais frequentes das ações e os principais elementos probatórios que levaram à condenação ou absolvição dos casos. DONCATTO, Léo Francisco. Uso do termo de consentimento informado em cirurgia plástica estética. *Revista Brasileira de Cirurgia Plástica*, vol.27, núm.3, 2012, p. 356.

¹⁰ Em estudo no qual foram acompanhados mais de 40 mil médicos, de 25 especialidades, de todos os Estados americanos, os autores concluíram que, estimando-se a idade de 65 anos, a possibilidade dos americanos sofrerem demanda por *medical malpractice* varia de 75% para as especialidades com menor risco, como psiquiatria, até 99% nas especialidades de maior risco, como neurocirurgia e cirurgia cardíaca. JENA, Anupam B; SEABURY, Seth; *et. al.* Malpractice risk according to physician specialty. *The New England Journal of Medicine*, vol.365, núm.07, 2011, pp. 629-636.

¹¹ BAL, B. Sonny. An introduction to medical malpractice in the united states. *Clinical orthopaedics and related research*, vol.467, 2009, pp. 339-47.

¹² KOCH, Bernhard A. Medical liability in europe. *Medizinrecht*, vol.30, 2012, pp.703-704.

¹³ Amaral-Garcia trabalha a temática sob a perspectiva comparatista, com o olhar da análise econômica do direito, analisando algumas das consequências de ter dois subsistemas separados (administrativo e civil) coexistindo dentro do mesmo sistema legal, o que é comum em países de tradição da Civil Law, com a saúde pública nacional, (como Espanha, França e Portugal). Estuda, ainda, a evolução do pagamento de prêmios de seguros aumentaram 2001-2008. AMARAL-GARCIA, Sofia Isabel de Carvalho. *Quantifying the economics of medical malpractice – a view from a civil law perspective*. Tese apresentada à Erasmus University of Rotterdam, no curso de European Doctorate in Law and Economics, 2011.

¹⁴ CHAN, Zenobia C. Y. Medical misconduct in Hong Kong: implications for medical education around the world. *Medical Education*, vol.46, 2012, pp. 1009-1016.

¹⁵ HARRIS, Dean M; WU, Chien-Chang. Medical malpractice in the people's republic of china: the 2002 regulation on the handling of medical accidents. (medical malpractice: u.s. and international perspectives). *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Fall, vol.33, 2005, pp. 456-477.

¹⁶ BENOMRAN, Fawzi. Medical responsibility in the united arab emirates. *Journal of Forensic and Legal Medicine*, vol.17, 2010, pp. 188-193.

¹⁷ CHIU, Yu-chan. What drives patients to sue doctors? the role of cultural factors in the pursuit of malpractice claims in taiwan. *Social science & medicine*, vol.71, 2010, pp. 702-707.

¹⁸ LEFLAR, Robert B. The regulation of medical malpractice in japan. *Clinical orthopaedics and related research*, vol.467, 2009, pp. 443-449.

¹⁹ Conforme Cantlupe, os médicos despendem 11% do seu tempo ao longo de uma carreira de 40 anos com um típico “*unresolved, open malpractice claim*.” O médico tem diversas tarefas, como visitar os doentes, utilizar os sistemas de prontuários eletrônicos, e descobrir os caprichos políticos de seus próprios

No que pertine à temática da responsabilidade civil médica e os danos causados nas *cirurgias plásticas*²⁰, da mesma forma, a preocupação acadêmica e da classe médica é patente em diversos locais, como, por exemplo, *Inglaterra*²¹, *Itália*²², *França*²³, *Porto Rico*²⁴, *Austrália*²⁵, além de vários outros.

Este acréscimo dos processos movidos em face dos médicos é característica presente em diversos países, como demonstrado. Em razão das novas tecnologias da área da saúde, aplicadas às cirurgias plásticas, diminuiu o número de complicações nos pacientes nos últimos anos e, paradoxalmente, aumentou exponencialmente o número de demandas.²⁶

Este dado foi o que mais se evidenciou.

Ora, se não encontramos explicação para respostas dos problemas no campo jurídico, entende-se que para a realização da pesquisa é necessário derrubar os muros disciplinares para entender o trajeto constitutivo da subjetividade, da formação da personalidade, constituição da imagem com as lentes focadas na busca do real motivo das questões que movem os seres humanos a buscarem as cirurgias plásticas e, posteriormente, judicializar a relação médico-paciente, muitas delas, sob o fundamento de erro médico.

Os dados que tomamos conhecimento para principiar a pesquisa foram colhidos, especialmente, da conclusão do trabalho que menciona que os pacientes candidatos à abdominoplastia, rinoplastia e ritidoplastia apresentaram alta prevalência de sintomas do

estabelecimentos de saúde e, além disso, passa a se preocupar com o dia-a-dia da possibilidade de cometer uma imperícia. Os médicos passam muito tempo lidando com casos de negligência. CANTLUPE, Joe. Malpractice cases gobble 11% of doctors' time. *The doctor's office*, abril, vol.32, 2013, p. 03.

²⁰ Utiliza-se a terminologia *cirurgias plásticas* para tratar ao longo do texto, tanto de *cirurgias plásticas estéticas*, quanto de *cirurgias plásticas reparadoras*, pois se entende que as duas espécies, em verdade, são inter-relacionadas, imbricadas, como será explanado mais adiante.

²¹ MEHTA, S; *et al.* A. A review of litigation in plastic surgery in England. Lessons learned. *Journal of Plastic, Reconstructive & Aesthetic Surgery*, 2010, vol.63, pp. 1747-1748.

²² MARCHESI, A, *et al.* Mammoplasties and medicolegal issues: 50 cases of litigation in aesthetic surgery of the breast. *Aesthetic Plastic Surgery*, vol.36, 2012, pp. 122-127.

²³ DELAY, Emmanuel, *et al.* Patient information before aesthetic lipomodelling (lipoaugmentation): a french plastic surgeon's perspective. *Aesthetic Surgery Journal*, 2009, vol.29, pp. 386-395.

²⁴ CRAMER, Britt. Puerto Rico creates legal precedent for regulation of aesthetic medicine. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Summer, vol.40, 2012, pp. 418-422.

²⁵ BISMARCK, Marie M., *et al.* Legal disputes over informed consent for cosmetic procedures: a descriptive study of negligence claims and complaints in australia. *Journal of Plastic, Reconstructive & Aesthetic Surgery*, vol. 65, 2012, pp. 1506-1512.

²⁶ SILVA, Dione Batista Vila-Nova da; NAHAS, Fabio Xerfan; *et al.* *Aesthetic Plastic Surgery*, pp. 541-542.

Transtorno Dismórfico Corporal (TDC), chegando a quase 60% dos casos.²⁷ O paciente, neste caso, projeta conflito psíquico naquela região corporal através de um fenômeno intrapsíquico de distorção da imagem.

Com o progressivo aumento das cirurgias plásticas²⁸ e, em muitas vezes, seu uso indiscriminado, dando a esses procedimentos a caracterização de verdadeiros “produtos”, já que vendidos até mesmo através de meios eletrônicos, aumentam nos tribunais demandas nas quais se encontram em lados opostos médicos e pacientes²⁹, demonstrando o atual desequilíbrio desse vínculo, razão pela qual se torna relevante e necessário analisar a questão sobre o prisma da responsabilidade civil médica, assim como dos danos que podem ser originados quando da pessoa transformação em paciente e se submete a este tipo de procedimento. A relação médico-paciente é um tema que vem sendo (re)discutido desde há muito, e sua análise esta sujeita a aspectos culturais e históricos de cada sociedade, sobretudo quando se leva em conta qual a visão científica e o tipo de sistema de saúde para realizar-se um exame adequado desse vínculo.

Diante dessa problemática do aumento das demandas tendo como embasamento o erro médico nas cirurgias plásticas que estão sendo levadas a cabo nos tribunais, afloram diversos questionamentos que dividimos em três grandes partes.

Os problemas abordados na Parte I são os seguintes: É possível se desenhar uma cartografia do mal-estar produzido pela subjetividade, desde a modernidade até a pós-modernidade? A constituição da identidade e as novas formas de subjetivação podem ser consideradas como uma das causas da crescente busca de sentido individual pela realização de cirurgias plásticas? A Psicanálise pode auxiliar na leitura dos perfis das subjetividades para a compreensão dos transtornos psicológicos decorrentes das deformidades físicas ou distorções de imagem corporal e quais as consequências nas

²⁷ A prevalência de sintomas do TDC nos pacientes foi, na abdominoplastia, de 57%, na rinoplastia 52% e na ritidoplastia foi de 42%. BRITO, Maria José Azevedo de. *Prevalência de sintomas do transtorno dismórfico corporal em abdominoplastia, rinoplastia e ritidoplastia*. Tese apresentada à Universidade Federal de São Paulo, na Escola Paulista de Medicina – UNIFESP, para obtenção do título de Doutor em Ciências. São Paulo-SP, 2011, p. 125.

²⁸ Como observa Kfoury Neto, “*não há dúvida de que uma das causas do aumento da quantidade de demandas contra profissionais da medicina é a gradativa deterioração dos serviços médicos*”. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado, responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

²⁹ Preocupados com o aumento de demandas que envolvem cirurgias plásticas e, frente ao crescente aumento de reclamações nos Conselhos Regionais de Medicina (CRM), o Conselho Federal de Medicina (CFM), através de sua Câmara Técnica de Cirurgia Plástica, em conjunto com a SBCP, elaborou e aprovou recentemente – plenário aprovou em abril de 2011 – um conjunto de normas informativas para compartilhar com os cirurgiões plásticos todos os deveres médicos. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Normas informativas compartilhadas em cirurgia plástica*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/cfm_normas.pdf>. Acesso em: 03.02.2013.

ações de responsabilidade civil que suscitam erro médico nas cirurgias plásticas? É possível identificar na construção destas novas subjetividades o desígnio de homogeneização das individualidades em razão de um ímpeto de se identificar corporalmente através do procedimento de cirurgias plásticas? As cirurgias plásticas podem ser consideradas como instrumento da constituição subjetiva de sentido corporal que propicie a promoção e o acesso ao bem-estar mental? Os transtornos mentais são capazes de gerar distorções em relação à própria imagem corporal? O estado psíquico do paciente tem influência na sua relação com o médico?

Já as indagações que serão respondidas na Parte II são as que seguem: Como deve ser compreendida a relação médico-paciente com a massificação dos serviços médicos, no contexto da pós-modernidade? A bioética, como instrumento de releitura da relação médico-paciente, pode auxiliar na diminuição de demandas, através do consentimento informado? Qual a extensão da discricionariedade médico-científica nas escolhas eficazes diagnóstico-terapêuticas e os riscos envolvidos neste processo decisório? Qual a diferença entre a cirurgia plástica estética e a reparadora, ou reconstrutiva, e as suas consequências nas decisões judiciais em relação às espécies de obrigações que assumem o médico? A cirurgia plástica pode ser considerada como um instrumento de promoção do bem-estar mental e um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana? A cirurgia plástica deve ser enquadrada como obrigações de meios ou de resultados e quais os efeitos jurídicos daí decorrentes? Quais são os deveres essenciais dos médicos e dos pacientes nessa relação?

Por derradeiro, na Parte III, tratamos de enfrentar as seguintes questões: Qual(is) o(s) estatuto(s) jurídico(s) aplicável(is) para a responsabilidade civil médica dos profissionais liberais no Direito Brasileiro? Pode-se estabelecer, em matéria de responsabilidade civil médica, o diálogo das fontes entre o CC/02, o CDC e o CEM? Pode o paciente ser considerado hipervulnerável e, por isso, necessário um diálogo *favor debilis*? Como se estabelece a culpa médica na cirurgia plástica e quais são os seus critérios de avaliação? Qual é o posicionamento jurisprudencial brasileiro acerca da culpa médica nas cirurgias plásticas e como deve se compreender a culpa médica nas cirurgias plásticas? Como deve ser realizada a distribuição na prova da culpa médica no caso de cirurgia plástica?

A relevância, tanto teórica, quanto pragmática da pesquisa reside no fato de se detectar o incremento substancial das demandas movidas tendo como fundamento a responsabilidade civil médica por consequência das cirurgias plásticas, além de não se encontrarem referências na literatura acerca desta abordagem. A escassa bibliografia não é conclusiva no oferecimento de instrumental para lidar com as complexas situações diárias da prática dos profissionais da área da saúde, especialmente aquelas provenientes das cirurgias plásticas.

Partiram-se, para tanto, das seguintes hipóteses que foram as diretrizes no enfrentamento dos problemas referidos: (i) a formação da identidade social e as novas formas de subjetividade são uma das causas da crescente procura por cirurgias plásticas; (ii) as novas formas de subjetivação na pós-modernidade pode ser considerada como uma das causas desse ímpeto de uniformização corporal; (iii) Os fatores psicológicos podem causar uma falsa percepção da pessoa sobre sua imagem corporal, originando alegadamente danos resultantes da realização de cirurgia plástica e o aumento das ações por erro médico; (iv) a pessoa, quando se converte em paciente, altera substancialmente seu estado psíquico; (v) A bioética, especialmente através do seu instrumental denominado consentimento informado, pode auxiliar na diminuição de demandas de responsabilidade civil por erro médico; (vi) A relação médico-paciente exige intensa comunicação entre ambos e a falha das informações pode ocasionar danos ao paciente; (vii) o transcurso da relação médico-paciente obedece paralelamente os contornos do processo jurídico-obrigacional; (viii) a cirurgia plástica deve ser considerada como obrigação de meio, em face da impossibilidade de o galeno ter acesso a todas as informações do paciente para a convicção sobre suas decisões diagnóstico-terapêuticas; (ix) a cirurgia plástica pode ser considerada como uma forma de promoção do bem-estar mental e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana; (ix) a relação médico-paciente deve obedecer a mesma lógica do processo obrigacional aplicável às normas jurídico-civis e; (x) o paciente deve ser considerado com hipervulnerável na sua relação com o esculápio e, por isso, deve-se realizar interpretação de forma a protegê-lo.

Nesse contexto, exsurge a importância do estudo dos aspectos jurídicos da responsabilidade civil³⁰ por erro médico nas cirurgias plásticas, partindo-se de uma abordagem metodológica interdisciplinar, uma vez que na temática estão presentes diversos componentes de variados setores de atividades conexas com a vida e a saúde, tendo como objetivo esclarecer tais questionamentos, principalmente numa (re)leitura da responsabilidade civil por erro médico e as consequências jurídicas dela decorrentes.

O trabalho foi desenvolvido a partir de uma aproximação e diálogo interdisciplinar, já que os setoriais ramos do saber sozinhos não são capazes e aptos a dar respostas às questões advindas da pós-modernidade. Desenvolvemos, então, esta tese, tendo em vista a exigência do objeto pesquisado, sobre as matrizes constitutivas do diálogo entre o Direito com o instrumental teórico que outras áreas do conhecimento nos oferecem, especialmente a Psicanálise, a Medicina e a Bioética, sem em nenhum momento perder de vista o porto jurídico de onde se parte e para onde se regressa ao final. Da Psicanálise, utilizou-se como ferramenta para buscar a compreensão mal-estar produzido pela subjetividade na inatingível busca pela beleza corporal; da Medicina foram retirados os conceitos importantes da literatura médica para o correto discernimento sobre os procedimentos cirúrgicos plásticos; e da Bioética, extraíram-se os subsídios para a resolução dos dilemas ético-jurídicos, especialmente o consentimento informado. Por fim, o enfoque do trabalho é o da relação privada cirurgião plástico-paciente, ainda que sejam apresentados dados relevantes das cirurgias plásticas no âmbito do Sistema Único de Saúde.

O empenho original da tese reside na análise da responsabilidade civil médica nas cirurgias plásticas, a partir de um enfrentamento interdisciplinar, melhor dizendo, *indisciplinar*³¹, na melhor acepção que este termo merece, para apreender um concreto diagnóstico dessa intensificação da procura pelas cirurgias plásticas.

³⁰ Como bem diz Schreiber, a responsabilidade civil tornou-se “*uma verdadeira loteria de indenizações, eis que teria se tornado, na opinião de Patrick Atiyah, a responsabilidade civil contemporânea. Os resultados das ações judiciais de reparação desafiam, diariamente, as previsões de advogados e especialistas. As cortes distanciam-se, cada vez mais, das bases teóricas do instituto. A aleatoriedade dos julgados converte o ensino da responsabilidade civil em uma espécie de ‘fábula’; ao mesmo tempo em que o misonéismo dos manuais conserva estudantes e professores em um isolamento inaceitável do cotidiano judicial. O diálogo entre doutrina e jurisprudência lembra, nesta matéria, uma babel de idiomas desconexos, em que não se chega a qualquer resposta por total desacordo sobre as perguntas*”. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5.ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 04.

³¹ No sentido utilizado mais adequado para abordar a análise das principais tendências sociais expressado na obra de Pércio, tomando o prefixo *in* no sentido de “*inserir*”, a partir da própria disciplina se trata de entrar, meter-se, inserir-se nas outras disciplinas. Por sua vez, seguindo com o mesmo sentido de prefixo, diz respeito também a incorporar elementos, métodos e conhecimentos específicos das outras disciplinas

O eixo condutor deste processo de investigação, que articula as seções, é a releitura da relação médico-paciente nas cirurgias plásticas e seus contornos jurídicos.

Para consecução dos objetivos propostos, a tese foi fracionada em três partes.

A Parte I (*Compreensão do mal-estar produzido pela subjetividade na inatingível busca pela beleza corporal: metamorfose da pessoa em paciente*), é dividida em duas Seções. A Seção 1 (*A subjetividade e o mal-estar*) e a Seção 2 (*Beleza, corpo adoecido e a metamorfose da pessoa em paciente*). Nesta parte, objetiva-se estudar, a partir de reflexões sobre a construção da identidade e as novas formas de subjetivação, o mal-estar produzido, partindo-se da trilha da modernidade até a pós-modernidade, verificando-se as alterações da imagem corporal, a formação da homogeneidade das identidades corporais e da beleza. Partiu-se de um diálogo interdisciplinar entre o Direito, a Medicina e a Psicanálise para analisar o corpo como experiência do sujeito, sua significação e a noção pós-moderna de corpo-imagem, assim como as suas distorções, mormente dos transtornos mentais que apresentam reflexos corporais. Por fim, tratou-se da questão da pessoa, a sua conversão em paciente e o seu estado psíquico em consultas médicas, assim como nos procedimentos cirúrgicos estéticos.

A Parte II (*Contornos da relação médico-paciente, reflexos nas cirurgias plásticas e a vinculação jurídico-obrigacional a partir da visão protetiva da pessoa humana*), é dividida em duas Seções. A Seção 3 (*Elementos da relação médico-paciente e a cirurgia plástica: para além do horizonte normativo*) e a Seção 4 (*Lineamentos jurídicos da relação médico-paciente e seus reflexos*). Inicia-se o enfrentamento das questões jurídicas, focando-se nos fundamentos da relação médico-paciente e a massificação dos serviços médicos, assim como se reflete sobre a bioética como instrumento de releitura deste vínculo. São traçadas as diretrizes normativo-deontológicas da profissão médica em geral e dos cirurgiões plásticos, adentrando-se nas questões específicas da cirurgia plástica e seus conceitos fundamentais. Mais adiante, enfrenta-se a questão dos lineamentos jurídicos da relação médico-paciente, em especial o bem-estar mental como direito fundamental ao livre desenvolvimento da

na própria. Por último, tomando o prefixo *in* como negação, que pertine a negar a disciplina no sentido etimológico do termo. A coerção que exerce a disciplina entendida como chicote (tal é sua etimologia) impede a inteligência de implantar plenamente suas potencialidades. A disciplina assim entendida leva a sobrevalorizar o método, sob o pretexto de preservar o rigor científico. Essa supervalorização do método é uma das razões pela qual faz décadas que não há inventos sérios no terreno das ciências exatas, nem teorias explicativas e propositivas válidas, no terreno das ciências sociais. PÉRCIO, Enrique Del. *La condición social: consumo, poder y representación*. 2.ed. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2010, p. 23.

personalidade da pessoa humana, a relação jurídica entre médico paciente, bem como os deveres que dela decorrem.

Por derradeiro, a Parte III (*Fundamentos da responsabilidade civil médica e o erro médico nas cirurgias plásticas*), é decomposta em duas Seções. A Seção 5 (*Fundamentos da responsabilidade civil médica*) e a Seção 6 (*Caracterização do erro médico nas cirurgias plásticas*). Posteriormente à avaliação de todos os elementos jurídico-obrigacionais da relação médico-paciente, aprofundam-se os fundamentos da responsabilidade civil, em especial os sistemas jurídicos aplicáveis à responsabilidade civil médica, a partir da análise da incidência do CC/02 e do CDC. Realizou-se pesquisa da caracterização do erro médico e seus tipos, assim como do tratamento jurisprudencial da responsabilidade civil por médica nas cirurgias plásticas.

Na conclusão do presente trabalho, retomam-se todos os elementos desenvolvidos, buscando responder as indagações postas tendo em vista a testagem das hipóteses como orientação do enfrentamento dos problemas.

Por fim, no tocante aos aspectos metodológicos manejados na construção deste trabalho, serão adotados como métodos de trabalho o método dedutivo, indutivo e comparado. Para tanto, empregou-se pesquisas de legislação, doutrina, jurisprudência, livros, periódicos, revistas jurídicas, nacionais e estrangeiras, participação em eventos das outras áreas do conhecimento na condição de assistente, assim como outras contribuições de valor relevante ao tema tratado de diferentes segmentos estudados para além do Direito, como a Psicanálise, a Medicina e a Bioética.

**PARTE I – COMPREENSÃO DO MAL-ESTAR PRODUZIDO PELA
SUBJETIVIDADE NA INATINGÍVEL BUSCA PELA BELEZA CORPORAL:
METAMORFOSE DA PESSOA EM PACIENTE**

1 A SUBJETIVIDADE E O MAL-ESTAR

O fenômeno da crescente busca pelas cirurgias plásticas no desejo de atingir a beleza corporal, seus complexos aspectos psíquicos envolvidos e os reflexos no âmbito jurídico, podem ser compreendidos, a partir da perspectiva *interdisciplinar*³², inicialmente, se traçarmos um uma *cartografia*³³ desta espécie de *mal-estar*^{34,35} que assola a sociedade contemporânea, na qual a fragmentação da subjetividade ocupa posição fundamental.³⁶

³² Utiliza-se no trabalho o conceito de *interdisciplinaridade* no sentido de necessidade de integração e diálogo permanente entre os diferentes ramos do saber. Sobre as discussões acerca de *multidisciplinar, interdisciplinar e transdisciplinar*, sugerem-se as seguintes leituras: NICOLESCU, Basarab. A prática da transdisciplinaridade. In: NICOLESCU, Basarab et al. (org). *Educação e transdisciplinaridade*. Tradução de Judite Vero. Brasília: Unesco, 2000, pp. 139-152; PAVIANI, Jayme. Disciplinaridade e interdisciplinaridade. In: *Revista de Estudos Criminais 12*. Editora Notadez, 2003, pp. 59-85; PAVIANI, Jayme; BOTOMÉ, Sílvio Paulo. *Interdisciplinaridade: disfunções conceituais e enganos acadêmicos*. Caxias do Sul: EDUCS, 2005 e; ARMANI, Carlos Henrique. Tempo, história e interdisciplinaridade. In: CANCELLI, Elizabeth; GAUER, Ruth M. Chittó. *Sobre interdisciplinaridade*. Caxias do Sul: EDUCS, 2005, pp. 66-67.

³³ Conforme Guattari e Ronlik, “*não há subjetividade sem uma cartografia cultural que lhe sirva de guia; e, reciprocamente, não há cultura sem um certo modo de subjetivação que funcione segundo seu perfil. A rigor, é impossível dissociar essas paisagens*”. GUATTARI, Felix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica – Cartografias do desejo*. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 40.

³⁴ Birman, autor que se utiliza como referência para tratar das questões do *mal-estar na atualidade*, utiliza a expressão *mal-estar na atualidade*, tomando-a do que Freud anunciou no final dos anos 20 como sendo *O mal-estar na civilização*, em sua obra: FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*, 1997.

³⁵ Para Freud, o ser humano vive entre o antagonismo das exigências pulsionais mais primitivas de um lado, e de outro, são-lhe impostas restrições pela civilização. Acerca desse antagonismo, Freud refere que o homem age dentro da relação do amor com a vontade de viver (*princípio do prazer x princípio da realidade*). Segundo o autor, “*o que decide o propósito da vida é o programa do princípio do prazer. Esse princípio domina o funcionamento do aparelho psíquico desde o início.*” Apesar de o amor e a dor serem sentimentos distintos, Freud aponta sua forte e estreita ligação. A civilização, nesse sentido, provoca muita dor na medida em que impõe bloqueios, desde a mais tenra idade, às pulsões sexuais. Essa extensão da dor provocada pela repressão aparece sobremaneira nos dias atuais pela explosão de seitas, religiões criadas, muitas vezes, para suprir estes sentimentos de *desamparo*. Desse modo, a civilização cria uma espécie de *segurança* às custas da restrição da sexualidade e da agressão intrínsecas ao próprio ser humano. FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*, p. 24.

³⁶ Contrariamente ao *bem-estar*, o *mal-estar* é tido como a produção do sofrimento no indivíduo, ou, nas individualidades, e está inscrito no campo da subjetividade. BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*. 5.ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 23.

Constata-se isso, a partir da perene (con)vivência nossa de cada dia num mundo conturbado³⁷, irresoluto, que nos alija por completo de acompanhar a rapidez com que os acontecimentos se propagam, e mais, deixa-nos compassados da possibilidade de interpretação deles. Desta forma, para assim aventurar-se a compreender esse *mal-estar contemporâneo*, faz-se necessário pensar nos *destinos do desejo* na atualidade, já que esta orientação possibilita fornecer subsídios capazes de captar o conteúdo atual das *subjetividades*.^{38,39,40,41}

Iniciamos, no intento de atingir tais objetivos de compreensão deste mal-estar a partir da abordagem da subjetividade, principiando-se da modernidade, na sociedade ocidental.

1.1 SUBJETIVIDADE, FORMAÇÃO DA IDENTIDADE E MAL-ESTAR: NA TRILHA DA MODERNIDADE À PÓS-MODERNIDADE

1.1.1 MAL-ESTAR NA CIVILIZAÇÃO

O ser humano vem se questionando desde há muito tempo acerca de sua existência. Na Idade Média, especialmente na sociedade ocidental, havia completa inexistência de identidade e não se pensava, naquele período, em projetos para o futuro.

No início da modernidade, a subjetividade tinha seus eixos constitutivos nas noções de interioridade e reflexão sobre si mesma.⁴² O homem medieval estava centrado unicamente para uma vida que caminhava exclusivamente em direção à morte, já que esta não era vista como um fim da existência, mas como um tempo de passagem. Seus intentos se direcionavam a uma '*vida pós-morte*', tanto que nos frentes de batalha,

³⁷ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 15.

³⁸ A *subjetividade* é o modo como a pessoa interpreta a realidade, sua maneira de pensar única e exclusivamente sobre suas experiências.

³⁹ A problemática da subjetividade, ou do *eu*, é colocada, já que Birman sustenta ser impossível falar de mal-estar sem que se fale do próprio sujeito, o sofrente, aquele que é assolado com este mal-estar.

⁴⁰ A *subjetividade* é conceituada como o caráter de todos os fenômenos psíquicos, enquanto fenômenos de *consciência*, que o sujeito relaciona consigo mesmo e chama de "meus". ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 4.ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 922.

⁴¹ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 16.

⁴² BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 23.

numerosos homens caminhavam ao encontro de sua inexorável extinção, mas sempre em busca de um ideal. A morte, paradoxalmente, dava total e completo sentido à vida.⁴³

Naquele período, o tempo social era cíclico, não aberto, o que reproduzia fielmente uma ordem das pessoas e das coisas. As representações sociais eram hierárquicas, sendo todos ocupantes de um papel de representação social que lhes carregavam desde o nascimento. Era, portanto, uma sociedade estamentada, permeada por traços de consanguinidade, com características de fixidez, fragmentariedade e hierarquização. A reflexão naquele período estava voltada para o Deus no céu. Assim, nessa cosmovisão medieval, o homem se relacionava estritamente em comunidade, através de puros laços de natureza pessoal.

1.1.1.1 Da estaticidade ao fluxo da pós-modernidade: deslocamento do eixo e ruptura de paradigmas

Foi Hobbes quem apresentou a primeira variante, no século XVI, do que seria denominada, em substituição à comunidade, uma *sociedade de indivíduos*⁴⁴, fundante do início do porvindouro aparato jurídico.

Já o século XVII foi, nas palavras de Baumer⁴⁵, o primeiro século genuinamente moderno, que tomou dimensões e ares de novidade. O marco (móvel) do início da modernidade foi o Renascimento, ocorrendo ali o rompimento de *paradigmas*⁴⁶ e o *devenir*, enquanto movimento, ímpeto voltado para o futuro, que sobrepujou o ser.⁴⁷

⁴³ BORGES, Gustavo Silveira. *Os comitês de bioética e as vias de acesso à justiça criminal*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Área de concentração Sistema Penal e Violência, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre/RS, 2007, p. 19.

⁴⁴ A partir de Elias, com suas ideias de indivíduo e de sociedade, pode-se dizer que o surgimento do indivíduo moderno como uma categoria social funda o pensamento jurídico moderno. Não só isso, alude o autor que “*a sociedade não apenas produz o semelhante e o típico, mas também o individual*”. Especificamente a partir do séc. XVII se consolidam as qualidades para a impessoalização e, como consequência, o surgimento de códigos contemporâneos. ELIAS, Nobert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 56.

⁴⁵ BAUMER, Franklin L. *O pensamento moderno europeu*. Vol. I. Séculos XVII e XVIII. Rio de Janeiro: Edições 70, 1990, p. 43.

⁴⁶ Thomas Kuhn empregou a expressão *paradigma* no seguinte sentido: “*um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma*”. O termo *paradigma*, nesta pesquisa, ganha conotação mais ampliada, não só no sentido de uma comunidade científica ou de determinada época, mas diz respeito às diversas mutações do pensamento ocidental. KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 221.

⁴⁷ BAUMER, Franklin L. *O pensamento moderno europeu*. Vol. I. Séculos XVII e XVIII, p. 37.

Houve, nesse período, muitos deslocamentos de limites territoriais em decorrência das navegações. Deste modo, no contexto da *modernidade*⁴⁸, o homem passou a direcionar seu olhar para o futuro e para o presente com pretensões de progresso, o que gerou autonomia de sua personalidade e maior liberdade. As pessoas passaram a se ver como *modernas*⁴⁹ – principalmente na condição de diferença em relação à forma anterior de se pensar no mundo, como inovação – em comparação às pessoas e às ideias da Idade Média.

Neste momento histórico moderno que se desenvolveu o aparato jurídico, com o desenvolvimento do positivismo e do subjetivismo no Direito, notadamente com as ideias de Guilherme de Occam, tido como o fundador da *teoria subjetiva* do direito, que é, de fato, a teoria moderna do direito.⁵⁰ A construção do Estado moderno se desenvolveu em cima do paradigma da razão e das categorias: igualdade, solidariedade e fraternidade. A igualdade foi o sustentáculo para o nascedouro da impessoalidade, o que propiciou a criação de leis abstratas. Há, então, o nascimento de estruturas burocráticas denominadas Estados-Nação, que são a semente das democracias hodiernas, fazendo com que o cidadão se libertasse de um lado, entretanto, de outro, passasse a se ancorar e depender dos labirintos da máquina estatal.

Na modernidade desenvolveu-se, também, o conceito da *individualidade*. A categoria do *indivíduo*^{51,52,53} passa a ganhar força principalmente após a valorização da

⁴⁸ Explica Gauer, falando sobre esta nova cosmovisão, que “na modernidade, a vinculação do conhecimento ao modelo galilaico-newtoniano e a consideração da ciência como campo privilegiado para a revelação da verdade fundam a matriz de conhecimento mais relevante da tradição ocidental moderna”. GAUER, Ruth M. Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 198.

⁴⁹ Baumer refere acerca do termo *moderno* que remete a “um conjunto de ideias e atitudes específicas, conotadas na nova visão de mundo que ajudou a consolidar e que, mais tarde, tornou-se uma força dominante na civilização europeia”. BAUMER, Franklin L. *O pensamento moderno europeu*. Vol. I. Séculos XVII e XVIII, p. 44.

⁵⁰ DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985, p. 78.

⁵¹ Visando a estabelecer, sob a perspectiva da antropologia social, um estudo acerca do conjunto das ideias e valores característicos da modernidade, Dumont, que em sua obra analisa como se deu o descolamento do indivíduo no cristianismo, considerado ‘*fora-do-mundo*’, para o indivíduo autônomo, em harmonia com a sociedade ao seu redor, ou seja, ‘*no mundo*’, alude que: “‘*indivíduo*’ se refere a duas coisas ao mesmo tempo: um objeto fora de nós e um valor. De um lado, há o sujeito empírico que ‘fala, pensa e quer a amostra individual da espécie humana, tal como a encontramos em todas as sociedades’). Do outro, o ‘*ser moral*’, independente, autônomo e, conseqüentemente, não-social em sua essência, portando nossos valores supremos, e que se encontra em primeiro lugar em nossa ideologia moderna do homem e da sociedade.” DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*, p. 37.

⁵² Bauman alude que o termo *indivíduo*, na sociedade Ocidental, surgiu na era moderna, representando um atributo de *indivisibilidade*, e ao fundamento de que se a população humana fosse dividida em partes constituintes menores, não conseguiriam ultrapassar a unidade de uma pessoa. A característica de singularidade, de ser “diferente dos demais” foi acrescentada mais tarde, a partir de reflexões posteriores.

igualdade que foi a catapulta para a criação do Direito Natural Moderno, através da utilização do critério da impessoalidade. O advento do individualismo, portanto, distingue sobremaneira a cultura moderna das demais. A modernidade, conseqüentemente, marcou a mudança radical do estatuto do indivíduo, que passou a ser reconhecido por si mesmo, independentemente de sua inscrição em grupos ou coletividades, com os primeiros anúncios da subjetividade moderna.

A predominância da ciência, especialmente nos séculos XVII e XVIII, deu-se nos moldes iluministas de sistema⁵⁴ fechado, e na crença da possibilidade de apreensão total da realidade, fortalecida pelo *racionalismo*, em substituição ao dogmatismo medieval. A economia do dinheiro, na expressão de Simmel, se inseriu fortemente entre a coisa e o homem, alterando o que ocorria na Idade Média, na qual existia uma sobreposição imediata das coisas às pessoas, ou seja, uma forma pessoal de posse.⁵⁵ Desse modo, passou a haver possibilidade real uma posse a distância. Assim, o que marca a diferença do pensamento europeu medieval em relação ao pensamento europeu moderno é principalmente a questão do movimento.

A partir do século XVIII, houve uma grande explosão das ciências, foi ampliativamente concedida liberdade ao homem, fazendo com que ele “*pudesse passar do estado em que se adaptava ao seu ambiente para aquele em que adaptava o ambiente.*”⁵⁶ O método científico da modernidade – que exigia comprovação laboratorial – fez com que se passasse a acreditar que o homem iluminado resolveria todos os problemas da humanidade. O homem racional, então, pregava, através do

BAUMAN, Zigmunt. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, pp. 29-30.

⁵³ RENAUT, Alain. *O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito*. Tradução de Elena Gaidano. – 2.ed. – Rio de Janeiro: DIFEL, 2004.

⁵⁴ Canaris refere em relação à abertura do ‘*sistema científico*’ enquanto incompletude do conhecimento científico, especialmente da ciência do direito, que “*a abertura do sistema significa a incompletude e a provisoriidade do conhecimento científico. (...) Cada sistema científico é, assim, tão só um projeto de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo; por isso e necessariamente, ele não é nem definitivo nem fechado, enquanto, no domínio em causa, uma reelaboração científica e um progresso forem possíveis.*” Sobre o conceito de *sistema* e o significado *abertura do sistema* para as possibilidades do pensamento sistemático e da formação do sistema da ciência do direito, bem como sua metodologia ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1991, pp. 106-112; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6.ed. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1991.

⁵⁵ SIMMEL, Georg. O dinheiro na cultura moderna. (1896), In: ÖELZE, Jessé Souza Berthold (Org.). *Simmel e a modernidade*. 2.ed. Brasília: UNB, 1998, p. 25.

⁵⁶ RAUX, Jean-François. Prefácio: Elogio da filosofia para construir um mundo melhor. In: MORIN, Edgar e PRIGOGINE, Ilya (org.) *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Tradução de Luis M. Couceiro Feio, Lisboa, Piaget, 1996, p. 12.

*método cartesiano*⁵⁷, a possibilidade de apreensão do todo através de sua decomposição em partes, ou seja, a divisão do complexo em categorias simples, e o aporte na *verdade absoluta*. Só se considerava como *verdade absoluta* aquilo que pudesse ser comprovado e chancelado pela ciência. Assim sendo, o *sujeito cartesiano* pode ser conceituada como um método proposto de um sistema que se reputava correto e perfeito para explicar as coisas a partir de uma redução dos seus elementos essenciais à quantidade mínima de elementos e, então, aos elementos irreduzíveis, para conhecer a essência das coisas.⁵⁸ Em suma, um sistema de pensamento com afeição totalitária, que muito influenciou o pensamento científico que o incorporou, de modo que, em determinado momento, a clarividente pretensão era a de busca de uma “*verdade*”⁵⁹, por meio de uma tentativa e compreender a história humana e dominá-la. Todavia, apesar de seu caráter eminentemente reducionista – já que o homem pretendia através de uma tentativa de decompor a realidade e, através disso, controlar a natureza – a tarefa, aos poucos foi se desvelando inalcançável em face da complexidade do universo. Deste modo, ambicionista esse racionalismo que pretendeu remover o principal componente humano, a *emoção*⁶⁰, para, assim, a partir da decomposição e dominação da natureza, o homem estava imbuído da pretensão de caminhar rumo ao paraíso terrestre.

A ruptura da modernidade com o anúncio de Freud de que não haveria uma fórmula universal da *felicidade*⁶¹, mas só individualmente através das economias pulsionais, afrontou o projeto iluminista de bem-estar para a civilização. Tais movimentos geraram o que Freud denominou de *mal-estar na civilização*, referindo que “*nossa civilização é em grande parte responsável por nossa desgraça e que seríamos muito mais felizes se a abandonássemos e retornássemos às condições primitivas.*”⁶²

⁵⁷ Ver sobre o tema: DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Maria Ermantina Gaivão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵⁸ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva, Guacira Lopes Louro. 10.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 27.

⁵⁹ Não se pretende trabalhar com o conceito de *verdade* tentando esgotá-lo, mas, tão-somente, situá-lo no contexto da modernidade. Sobre o tema, apresentam-se os dizeres de Martins, que refere: “*a simples evidência não é suficiente para afirmar a verdade dos fatos, ainda que exista uma proximidade forte entre evidência e verdade.*” MARTINS, Rui Cunha. Modos da verdade. In: *Revista de História das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra*. V. 23, 2002, pp. 15-39.

⁶⁰ Sobre a questão da tentativa, em determinado momento de se retirar do ser humano a emoção e diferenciá-la da razão, ver a obra: DAMÁSIO, Antônio. *O erro de descartes: emoção, razão e cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. Lisboa: Editora Europa-América, 1994.

⁶¹ Sobre os diferentes momentos da história nos quais se buscou conquistar a plenitude da felicidade, veja-se: MINOIS, Georges. *A idade de outro: história da busca pela felicidade*. Tradução de Christiane Fonseca Gradwohl Colas. – São Paulo: Editora Unesp, 2011.

⁶² Freud alude que a civilização é construída com base na coerção e do recalçamento das pulsões, apontando também o papel essencial da sublimação na construção das obras civilizadoras. FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*, p. 38.

Trata-se da descoberta de que uma parcela de natureza é inconquistável e esta parcela diz respeito a nossa própria constituição psíquica.⁶³

Esta concepção de civilização é constituída no Ocidente, a partir de uma perspectiva evolucionista, desde a metade do século XIX.⁶⁴ Ainda, neste século, os homens já estavam muito mais cientes do ambiente de aceleração que os cercava do que seus antecessores, e de que na vida moderna há realmente uma alteração do eixo cósmico da terra para a luz (velocidade).

O ser humano, então, começa a voltar sua atenção para a vida terrena e dar-se conta da aceleração que o cerca. Entretanto, essa nova cosmovisão somente passou a ser percebida a partir das primeiras décadas do século XX, diante das novas identidades, da fragmentariedade dos indivíduos modernos, até então entendidos como unificados, e o *esfacelamento de uma totalidade de sentido*.⁶⁵ Portanto, no início da modernidade, a subjetividade tinha seus eixos constitutivos nas noções de interioridade, introspectividade e estava, tão somente, voltada para a reflexão sobre si mesma.⁶⁶

1.1.2 MAL-ESTAR CONTEMPORÂNEO

Surgiu, a partir de dois eventos sociais – a biologia darwiniana e o surgimento das novas ciências sociais – uma inovação conceitual *social* do sujeito, na qual este passou a ser visto como localizado no interior de grandes estruturas e formações sustentadoras da sociedade moderna.⁶⁷ O sujeito passa, então, a assumir diversas identidades em momentos distintos. Contemporaneamente passa a conviver em uma época de enormes transformações que marcam o final de um período, nas palavras de Raux “*este fim desdobra-se em três componentes essenciais: das certezas, das ilusões e dos determinismos.*”⁶⁸

⁶³ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*, p. 38.

⁶⁴ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 38.

⁶⁵ Para Souza a ruptura do século XX talvez seja a mais dolorosa da história. Alude o filósofo acerca do estado de desagregação advindo do esfacelamento da totalidade de sentido que: “*trata-se da ruptura de todo um universo de sentido, de toda uma Razão de Ser, de toda uma Totalidade*”. SOUZA, Ricardo Timm de. *O tempo e a máquina do tempo: estudos de filosofia e de pós-modernidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 130.

⁶⁶ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 23.

⁶⁷ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*, p. 30.

⁶⁸ RAUX, Jean-François. Prefácio: Elogio da filosofia para construir um mundo melhor. In: MORIN, Edgar e PRIGOGINE, Ilya (org.) *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*, p. 11.

O indivíduo e a sociedade estão indissociavelmente imbricadas, de modo que a questão do mal-estar se manifesta pela perturbação psíquica ou por meio da violência. O produtor do mal-estar são as impossibilidades de o sujeito poder expansivamente potencializar e externar, de forma inconsciente, a sua experiência erótica e também exteriorizar a crueldade que os habita, presente em todas as pessoas.

1.1.2.1 Crise das certezas, descentramento do sujeito e os reflexos na subjetividade

Em meados do XX, essa crise atinge o ideário humano, refletindo uma forte crise de sentido e de representação. Passou-se a questionar acerca do real sentido da ciência, o que desencadeia uma *crise epistemológica*.⁶⁹ Ocorre o que Hall denominou de *descentramento do sujeito*⁷⁰, abrindo-se, então, discussão sobre o poder destrutivo perpetrado à valoração do saber científico obtido através da razão, e a violência que é capaz de causar o racionalismo totalitário. Portanto, o modelo galilaico-newtoniano físico – como o de que dois corpos não ocupam o mesmo lugar no espaço – com suas regras estanques de explicação causal da natureza estão superados diante das

⁶⁹ Apresentam-se as ideias de Japiassu de que a *epistemologia* se constitui como uma “*disciplina que se interessa menos em descrever os métodos, os resultados ou a linguagem ‘da’ ciência ou da ‘razão’ nas ciências, do que em elaborar uma reflexão crítica permitindo-nos descobrir e analisar os problemas tais como eles se colocam ou se omitem, se resolvem ou desaparecem, na prática efetiva dos cientistas (...) Trata-se de uma disciplina permitindo-nos submeter a prática científica a uma reflexão que, diferentemente da filosofia clássica da ciência, aplica-se, não à ciência feita, acabada, verdadeira, de que deveríamos estabelecer as condições de possibilidade e de coerência, de que deveríamos fornecer todos os seus títulos de legitimidade, mas às ciências em vias de se fazerem, em seu desenvolvimento histórico, vale dizer, em sua processualidade.*” JAPIASSU, Hilton. *Questões epistemológicas*. Rio de Janeiro: Imago, 1981, p. 188.

⁷⁰ De acordo com Hall, “houve o ‘*descentramento do sujeito*’ – aquelas pessoas que sustentavam a identidade moderna – com a ‘*modernidade tardia*’, a partir de cinco principais rupturas nos discursos do conhecimento moderno: I) *Pensamento marxista – Marx*, a partir da afirmação ‘*homens (sic) fazem a história, mas apenas sob as condições que lhe são dadas*’, proporcionaram releituras como a de que os indivíduos não são agentes da história, uma vez que há limitação do seu agir com base em condições históricas criadas por outros e sob as quais eles nasceram; II) *Descoberta do Inconsciente humano – Freud* referiu que nossa sexualidade e a estrutura de nossos desejos não são formados com base em processos psíquicos e simbólicos do inconsciente, que funciona de acordo com uma ‘*lógica*’ muito diferente da razão, destruindo por completo o conceito de sujeito racional, ou seja, a subjetividade é o produto de processos psíquicos inconscientes. Por fim, refere acerca do antagonismo entre as exigências pulsionais e as restrições da civilização; III) *A Linguística Estrutural – Saussure* referia que não somos, em nenhum sentido, os ‘*autores*’ das afirmações que se faz e dos significados que expressa. A língua é um sistema social, e não individual e, portanto, preexiste; IV) *Foucault*, ao estudar a ‘*genealogia do sujeito moderno*’, destaca o ‘*poder disciplinar*’ a forma de regulação, vigilância da espécie humana e, em segundo lugar, do indivíduo e do corpo e; V) *O Feminismo* - nos anos sessenta, para o autor, foi o marco da ‘*modernidade tardia*’”. HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*, pp. 34-46.

tecnologias do século XX, que permitem, por exemplo, uma pessoa estar em simultâneos lugares ao mesmo tempo.⁷¹

Houve, desta forma, uma brusca transição na passagem da modernidade para a *pós-modernidade*⁷² em relação à ordem do sujeito e do desejo. A modernidade pautou-se pelos ideais de *revolução* e da crença no sujeito coletivo. Neste momento de crise, chegou-se a cogitar o *fim da história*.⁷³

Contemporaneamente, coexistimos em um mundo permeado pela *globalização*.⁷⁴ Os avanços tecnológicos ditados por ela atingem a todos indistintamente. No momento atual, o tempo exerce influência em tudo. O anseio do homem não é mais aquele de um trabalho longo – como na sociedade fordista – mas passou a ser o de consumidor inserido na *sociedade de consumo*.^{75,76} Assistimos a tirania do efêmero, do líquido, do esgotável. A indústria cultural, apoiada na *mass media*, se fortalece num momento em que é preciso homogeneizar as necessidades e os desejos do consumidor, para tornar viáveis o sistema e a ideologia capitalista. A publicidade surge para *nomear, classificar e situar* o indivíduo em um grupo de consumo, persuadindo-o à compra e ao uso de objetos que representem essa *tribo*.⁷⁷ Assim, como observa Baudrillard, o que consumimos é apenas a representação dos objetos, “*os quais a publicidade (e o restante da mass media) não nos ilude: encontra-se para lá do verdadeiro e do falso, como também a moda está para lá do feio e do belo, ou como o objeto moderno, na sua função de signo, se situa para lá do útil e do*

⁷¹ Basta pensarmos na hipótese de alguém em movimento real numa viagem de trem e, ao mesmo tempo, falando ao telefone e conectado na rede mundial de computadores pela internet.

⁷² Adota-se o termo *Pós-Modernidade* neste trabalho, conforme Boaventura de Souza Santos, Zigmunt Bauman, dentre outros, muito embora seja importante destacar, como coloca Hall, que outros autores se utilizam de outras expressões conhecidas para tratar da questão, como: Modernidade Tardia (Stuart Hall), Segundo Estágio Moderno (Beck), Estágio Final Moderno (Giddens), Supramoderno (Balandier), Hipermodernidade (Lipovetsky), mas cientes de que, como refere Bhabha, não há uma superação ou progresso de um período histórico em relação ao outro em direção ao paraíso terrestre.

⁷³ Sobre esta temática, veja-se: FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Tradução de Aulyde S. Rodrigues. Rio de Janeiro, Rocco, 1992; ANDERSON, P. *O fim da história: de Hegel a fukuyama*. Tradução de Álvaro Cabral. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1992.

⁷⁴ Alude Bauman que “*o significado mais profundo transmitido pela ideia de globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle. De uma comissão diretora, de um gabinete administrativo*”. BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 67.

⁷⁵ BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel, p. 86.

⁷⁶ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Rio de Janeiro: Elfos, 1995.

⁷⁷ Nesse sentido, conferir: MAFFESOLI, Michel. *O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa*. Tradução de Maria de Lourdes Menezes Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

inútil.”⁷⁸ O prazer, então, se restringe, única e exclusivamente, ao ato de consumir. Não há mais deleite na ideia de durabilidade, mas, tão-somente, a fantasia de consumir e esgotar no menor tempo possível, com a maior extensão possível.

Ao se referir acerca do *infantilismo* da sociedade contemporânea, Bruckner⁷⁹ destaca, como reflexo da globalização, a supervalorização do dinheiro e o aumento do desejo, pois foi despertada a criança que existe dentro de todos nós a partir da publicidade, do *crédito*⁸⁰, da *técnica*⁸¹ e do divertimento – que aparecem como *solução* aos problemas e frustrações, enquanto forma de *integrar* a sociedade, entretanto, na verdade, seu poder é *desintegrador*.

O domínio, nos tempos pós-modernos, da física sobre a metafísica está criando novos conceitos e novos paradigmas (destrutivistas) de pensar, que culminaram no que Santos denomina de *crise de paradigma*.⁸² Existe uma crescente tendência de compressão espaço-temporal, tendo como principal vetor a velocidade e a instantaneidade de deslocamento. Essa alteração estrutural tem o condão de desfigurar o padrão e a escala de organização social⁸³, em decorrência da dinamicidade do mundo atual, pois não mais sobrevive àquela estrutura planetária estática de outrora. Esse caminhar tecnológico causou, na antevisão de Virilio, no início dos anos 90, *aceleração à sociedade*.⁸⁴ Essa tecnologia propicia, cada vez mais, a imobilidade, conseguida através dos deslocamentos virtuais instantâneos e a *telepresença* – proporcionados através dos meios de transmissão. Por meio dessa rede, a sociedade se desloca

⁷⁸ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*, pp. 134-135.

⁷⁹ BRUCKNER, Pascal. Filhos e vítimas: o tempo da inocência. Tradução de Luís M. Couceiro Feio. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (orgs.). *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa, Piaget, 1996, p. 54.

⁸⁰ Bruckner diz que “o crédito é uma forma de rompimento temporal da barreira entre o desejo e a sua satisfação, já que propicia acesso instantâneo ao bem a ser consumido”. BRUCKNER, Pascal. Filhos e vítimas: o tempo da inocência. Tradução de Luís M. Couceiro Feio. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (orgs.). *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*, p. 56.

⁸¹ Sobre a técnica refere Bruckner que “atualmente, a extrema elaboração da tecnologia e da ciência dão resposta a desejos fundamentais da humanidade, decuplicando as limitações das forças que dispomos. É interessante notar, paradoxalmente, que não sentimos qualquer gratidão em relação ao progresso: não o consideramos como um milagre permanente mas como algo que nos é devido”. BRUCKNER, Pascal. Filhos e vítimas: o tempo da inocência. Tradução de Luís M. Couceiro Feio. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (orgs.). *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*, p. 56.

⁸² SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4.ed., Rio de Janeiro: Edições Graal, 1989, p. 17.

⁸³ BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel, p. 09.

⁸⁴ VIRILIO, Paul. *Inércia polar*. Tradução de Ana Luísa Faria. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993.

hiperaceleradamente e, paradoxalmente, migra para a inércia domiciliária.⁸⁵ Portanto, a velocidade passa a ser vista inclusive como uma forma de *poder*^{86,87,88}, sendo o poder da soberania substituído, gradativamente, pelo *poder disciplinar*.⁸⁹

A tecnologia pode ser considerada a mola propulsora do *tempo social dinâmico* que compartilhamos contemporaneamente na complexa sociedade pós-moderna. Temos que ter consciência que a própria vida flui nesse tempo.⁹⁰ O homem só vê a matéria,

⁸⁵ Virilio alude que “a ‘era do tempo intensivo’ já não é a era do meio de transporte físico. É, contrariamente ao ‘tempo extensivo’ de outrora, o domínio exclusivo do meio de telecomunicação, ou por outras palavras, a ‘era da imobilidade e da inércia domiciliária’.” VIRILIO, Paul. *Inércia polar*, p. 39.

⁸⁶ Foucault refere acerca do poder como uma dicotomia entre situação central ou periférica e um nível macro ou micro de exercício. A questão do poder em Foucault surge a partir do exercício de uma arqueologia do saber pelo projeto de uma genealogia do poder. Para ele, essas microformas de exercício de poder não se constituem em extensão do poder do Estado, não são por ele criadas e controladas; tampouco são fruto da difusão e imanência do poder estatal, mas, senão, possuem existência própria, instituindo suas próprias relações de poder a partir de suas articulações. Mais do que isso, seria essa articulação dos micropoderes que permitiria a atuação e eficácia do Estado, ou seja, o próprio exercício do poder pelo Estado resta condicionado à articulação dessas microformas de poder que os poderes estão diretamente relacionados com a produção de determinados saberes e os micro-poderes se relacionam com o nível mais geral do poder constituído pelo aparelho de Estado. Alguns dos saberes modernos, para o filósofo, se instituíram fora do Estado. Os poderes não estão localizados na estrutura social. São uma rede de dispositivos que ninguém escapa e que não existem limites. O poder, rigorosamente não existe, o que existe são práticas ou relações de poder. Sobre a questão do *poder ver*: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

⁸⁷ Segundo Foucault, deve-se compreender o poder, primeiro, como a multiplicidade de correlações de forças imanentes ao domínio onde se exercem e formam, estabelecem sua organização; o jogo que, através de lutas e afrontamentos incessantes as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações de forças encontram umas nas outras, formando cadeias ou sistemas ou, ao contrário, as defasagens e as contradições que as isolam entre si; enfim, as estratégias que se originam e cujo esboço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais na formulação da lei, nas hegemonias sociais. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1993, pp. 88-89.

⁸⁸ A mecânica de poder se expande por toda a sociedade, assumindo Instituições, tomando corpos em técnicas de dominação, podendo ser caracterizado como um micro-poder. Foucault denominou de microfísica do poder para significar tanto um deslocamento do espaço da análise quanto do nível em que esta se efetua. O poder para Foucault não deve ser procurado em um ponto central, em um único foco, pois deriva de uma relação de forças móveis, contínuas, mas estáveis. O poder está em toda parte; não porque englobe tudo e sim porque provém de todos os lugares. E o poder, no que tem de permanente, de inerte, de auto-reprodutor, é apenas efeito de conjunto, esboçado a partir de todas essas mobilidades, encadeamento que se apoia em cada uma delas e, em troca, procura fixá-las. Sem dúvida, o poder não é uma instituição e nem uma estrutura, não é uma certa potência de que alguns sejam dotados: é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, p. xv.

⁸⁹ Conforme refere Foucault, o poder da soberania é substituído, gradativamente, pelo poder disciplinar, o que, aos poucos, converteria monarquias soberanas em futuras sociedades disciplinares. O poder disciplinar, diferentemente do poder soberano, é infligido nos corpos dos sujeitos individualizados por técnicas disciplinares; encontra-se distribuído por todos os lugares ao mesmo tempo; mantém-se, todavia, na invisibilidade para funcionar; não se detém como objeto, nem pode ser transferido, como bem material: o poder disciplinar é, com efeito, um poder que, em vez de se apropriar e retirar, tem como função maior “adestrar” ou, sem dúvida, adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor, aumentando as utilidades, as habilidades e as aptidões do indivíduo, consequentemente, fonte de lucro. FOUCAULT, Michel *Vigiar e Punir*. Petrópolis - Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

⁹⁰ Segundo Elias, “os relógios são processos físicos que a sociedade padronizou, decompondo-os em seqüências-modelo de recorrência regular, como as horas ou os minutos. (...) Numerados, os meses e dias do calendário passam então a representar estruturas recorrentes, no interior de um devir que não se

mas o tempo precisa ser constatado. Há uma enorme confusão entre matéria e tempo, tanto é que se utiliza frequentemente a expressão *espaço de tempo*. O passado de fato não existe, o futuro da mesma forma, vivemos no presente, que é um hiato entre esses dois tempos. O futuro não é dado – pois do contrário seria um presente – mas se trata de um porvir e, assim, do mesmo modo não existe. O presente dura para sempre, não desaparece, apenas aparece através de conteúdos diferentes. O que vivemos, então, são momentos do agora. Se o tempo é presente, ele se faz necessário. Não se trata de o passado não mais poder voltar, mas, sim, do presente não poder mais se repetir.⁹¹

1.1.2.2 A subjetividade e o corpo na perspectiva da pós-modernidade

Diante desse horizonte pós-moderno, para alcançar a amplitude do contexto de como o mal-estar e a as *novas formas de subjetivação*⁹² se apresentam, pode-se desenhar uma nova cartografia, a partir das descrições de psicanalistas e psiquiatras dos relatos de seus pacientes, que destoam sobremaneira da época de Freud, na qual algumas categorias do pensamento são exaltadas, em especial, o corpo.

Mal-estares atuais situam-se e se manifestam no plano corporal, como o estresse, por exemplo, assim como o crescimento das patologias psicossomáticas.⁹³

repete (...) O que chamamos de tempo, nada mais é do que o elemento comum a essa diversidade de processos específicos que os homens procuram marcar com a ajuda de relógios e calendários. Mas, como a noção de 'tempo' pode servir para determinar o antes e o depois, processos muito variados, os homens têm a impressão de que o 'tempo' existe independentemente de qualquer sequência de referência socialmente padronizada, ou de qualquer relação com processos específicos (...) Esse fetichismo do 'tempo' é ainda mais reforçado na percepção humana pelo fato de que sua padronização social, sua institucionalização, inscreve-se na consciência individual tão mais sólida e profundamente quanto mais a sociedade se torna complexa e diferenciada, levando todos a se perguntarem cada vez mais, incessantemente, 'que horas são?', ou 'que dia é hoje?'. ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, 84-85.

⁹¹ COMTE-SPONVILLE, André. *O ser-tempo*. Tradução de Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes Editora, 2000, p. 15.

⁹² Adota-se esta terminologia das *novas formas de subjetivação* do conceito retirado de Birman, ao ensinar que é possível detectar, a partir das descrições de psicanalistas e psiquiatras, uma nova cartografia de como o mal-estar e a subjetividade se apresentam, diferentemente da época de Freud, formando novas formas de subjetivação, assim como algumas categorias do pensamento são exaltadas, como o corpo, causando mal-estares no plano corporal. BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, 2005.

⁹³ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 15.

Atualmente há uma tendência a desterritorialização, ou seja, a convergência é não pensar mais em espaços estanques, todavia, as fronteiras estão sendo, em muito, ultrapassadas. Isso tudo é fruto da velocidade que passou da máquina a vapor da sociedade fordista à velocidade da luz das comunicações atuais. No dizer de Bauman, “*no ciberespaço, os corpos não interessam – embora o ciberespaço interesse, de forma decisiva e inexorável, para a vida dos corpos.*”⁹⁴

Vivemos, então, numa zona desconhecida, cinzenta, na fronteira do *presente*, ou, como alude Bhabha, no *entre-lugar*.⁹⁵ O autor diz que tem havido a tentativa de se impor, através da limitação do prefixo *pós*, uma ideia de superação, progresso, por isso, surgiram desmesuradamente termos como: *pós-modernismo*, *pós-feminismo*, etc. Estamos, de tal modo, inseridos no período da *Pós-Modernidade*, que é um tempo complexo e instável, com a imposição de um forte ritmo social de tempo imprimido. Como referido, ainda incipiente na convivência com a complexidade e a fluidez⁹⁶, a sociedade pós-moderna migra do deslocamento para a fixação no espaço; contudo, ao revés, mostra-se cada vez mais capaz de vagar velozmente no tempo, sendo a internet um claro exemplo disso.

O planeta passa a viver, nas palavras de Bauman, refletindo sobre o cenário atual em que se encontra o mundo, “*uma crise aguda da indústria de remoção de refúgio humano.*”⁹⁷ Os seres humanos são “*declarados ‘refúgio’ – tal como a garrafa de plástico vazia e não retornável, ou a seringa usada, uma mercadoria desprovida de atração e de compradores, um produto abaixo do padrão, ou manchado, sem utilidade, retirado da linha de montagem pelos inspetores de qualidade. (...) O destino do refúgio é o depósito de detritos, o monte de lixo.*”⁹⁸ Há, nesse contexto, a produção de *refúgio humano*, seres humanos que não podem e não obtêm permissão para viver em sociedade, como efeito do *progresso* econômico. Assim, residimos na civilização do *excesso*, da *superfluidade*, do *refúgio* e da *remoção*, e os cárceres funcionam como verdadeiras fábricas de depósito do *refúgio humano*, uma vez que não cumprem sua função que seria a de ‘*reciclar*’ os delinquentes.⁹⁹

⁹⁴ BAUMAN, Zigmunt. *Vidas desperdiçadas*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 27.

⁹⁵ Sobre o *entre-lugar* e a questão da cultura colocada na esfera do *além*, consultar a obra: BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. Tradução de Myriam Ávila. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2005.

⁹⁶ BAUMAN, Zigmunt, *Vidas desperdiçadas*, p. 26.

⁹⁷ BAUMAN, Zigmunt. *Vidas desperdiçadas*, p. 13.

⁹⁸ BAUMAN, Zigmunt. *Vidas desperdiçadas*, p. 20.

⁹⁹ Bauman afirma que “*as prisões, como tantas outras instituições sociais, passaram da tarefa de reciclagem para a de depósito de lixo. Foram realocadas para a linha de frente a fim de resolver a crise*

A *estética*¹⁰⁰ tem seu lugar de destaque no processo seletivo das relações humanas. Ser *feio*¹⁰¹ significa estar inexoravelmente fadado ao depósito de lixo, pois não há espaço nesse *império da beleza*. A estética é consumida nesse mundo esvaziado de arte. Houve, sobremaneira, a imposição da *beleza*, assim, pessoas desprovidas de algum valor estético corporal – veja-se o aumento dos corpos modelados em academia, maquiagens, etc. – não têm espaço no mundo. Essa mudança ocasionada pela globalização trouxe, conforme Hall, três possíveis consequências do que ele denomina de identidade cultural:

as identidades nacionais estão se ‘*desintegrando*’, como resultado do crescimento da homogeneização cultural e do ‘*pós-moderno global*’; as identidades nacionais e outras identidades ‘*locais*’ ou particularistas estão sendo reforçadas pela resistência à globalização, ou ainda; as identidades nacionais estão em declínio, mas ‘*novas*’ identidades – híbridas – estão tomando seu lugar.¹⁰²

Freud afirma que os três pilares que seriam as fontes do sofrimento são: o nosso próprio corpo, o mundo externo e os relacionamentos com os homens¹⁰³. O corpo passa a ser a válvula de escape das mudanças, já que não se podem mais mudar as condições de existência, muda-se o corpo. Estão à venda nas gôndolas psicotrópicos para o humor, hormônios para aumentar a massa muscular, regimes alimentares, *piercings*, tatuagens, e toda a sorte de *produtos* para a mutação corporal do indivíduo proprietário de uma identidade efêmera. Como refere Le Breton, “*a interioridade do sujeito é um constante esforço de exterioridade, reduz-se à superfície. É preciso se colocar fora de si para se tornar si mesmo.*”¹⁰⁴ Ainda registra

que atingiu a indústria da remoção do lixo, em consequência do triunfo global da modernidade e da nova plenitude do planeta. Todo lixo é em potencia venenoso – ou pelo menos definido como lixo, está destinado a ser contagioso e perturbador da ordem adequada das coisas. Se reciclar não é mais lucrativo, e suas chances (ao menos no ambiente atual) não são mais realistas, a maneira certa de lidar com o lixo é acelerar a ‘biodegradação’, e decomposição, ao mesmo tempo isolando-o, do modo mais seguro possível, do habitat humano comum.” BAUMAN, Zigmunt. *Vidas desperdiçadas*, p. 108.

¹⁰⁰ Emprega-se o termo *estética*, ao longo do texto, como sinônimo de beleza e imagem corporal, mas tendo ciência de que para a filosofia tem um significado muito mais abrangente, ligado às Artes.

¹⁰¹ Eco desenvolve excelente trabalho sobre a *feiúra*. Analisa no sentido do modelo clássico e dicotômico no qual o belo é aquilo que se expressa sob formas harmônicas e proporcionais, e o feio, por sua vez, é aquilo que não é o belo. E aquilo que não é belo, torna-se intolerável, pois não possui nenhum valor que seja intrinsecamente seu. Neste sentido, veja-se a obra: ECO, Umberto. *História da feiúra*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2007.

¹⁰² HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*, p. 73.

¹⁰³ CUNHA, Maicon Pereira da. *Freud e o mal-estar na modernidade*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria Psicanalítica, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro-RJ, 2012, p. 33.

¹⁰⁴ LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 28-29.

há um jogo entre o homem e seu corpo no duplo sentido do termo. Uma versão moderna do dualismo não opõe mais o corpo ao espírito ou à alma, porém, mais precisamente ao próprio sujeito. O corpo não é mais apenas, em nossas sociedades contemporâneas, a determinação de uma identidade intangível, a encarnação irreduzível do sujeito, o *ser-no-mundo*, mas uma construção, uma instância de conexão, um terminal, um objeto transitório e manipulável suscetível de muitos emparelhamentos. Deixou de ser identidade de si, destino da pessoa, para se tornar um *kit*, uma soma de partes eventualmente destacáveis à disposição de um indivíduo apreendido em uma manipulação de si e para quem justamente o corpo é a peça principal da afirmação pessoal.¹⁰⁵

Portanto, diante da falta de projetos sociais a serem compartilhados nas relações inter-humanas, o que resta para as subjetividades são pactos da possibilidade de extração do gozo do corpo do outro, a qualquer custo¹⁰⁶, de modo que a cirurgia plástica permite este tipo de maleabilidade corporal através de intervenções.

1.2 A CONSTITUIÇÃO DA IDENTIDADE, AS NOVAS FORMAS DE SUBJETIVAÇÃO E AS CIRURGIAS PLÁSTICAS COMO UM DOS MECANISMOS DE CONTRIBUIÇÃO PARA CONSTRUÇÃO DE SENTIDO CORPORAL INDIVIDUAL

O mundo em que vivemos hoje é transtornado frente a nossos instrumentos interpretativos, que ficam bem aquém da agudeza e rapidez dos acontecimentos.¹⁰⁷ A defasagem de nossos instrumentos interpretativos é nítida no que concerne às novas modalidades de inscrição das subjetividades no mundo da atualidade.¹⁰⁸

A investigação dos *destinos do desejo nos anseios da subjetividade*¹⁰⁹, na contemporaneidade, permite repensar os fundamentos da leitura deste momento, assim como nos aproximarmos do que há de sofrimento nas *novas formas de subjetivação*¹¹⁰ da atualidade, com o olhar na compreensão do *mal-estar contemporâneo*.¹¹¹

¹⁰⁵ LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*, p. 28.

¹⁰⁶ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 25.

¹⁰⁷ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 15.

¹⁰⁸ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 16.

¹⁰⁹ Conforme Severiano, as subjetividades se constituem a partir de referenciais ociais, no sentido de que novas formas societárias implicam sempre a gestação de novas formas de organização de identidades. Cada sociedade estimula aqueles traços de personalidade mais adequados à sua manutenção. SEVERIANO, Maria de Fátima Vieira. *Narcisismo e publicidade: uma análise psicossocial dos ideais de consumo na contemporaneidade*. São Paulo: Annablume, 2001, p. 19.

¹¹⁰ Foucault, ao investigar a história de como são compostas as maneiras de existir do sujeito, inicialmente perseguiu essa noção de *formas de subjetividade*, especialmente na sua obra “*Sujeito e Poder*”, na qual ele refere: “*Eu gostaria de dizer, antes de mais nada, qual foi o objetivo do meu trabalho nos últimos vinte anos. Não foi analisar o fenômeno do poder nem elaborar os fundamentos de tal análise. Meu objetivo, ao contrário, foi criar uma história dos diferentes modos pelos quais, em nossa cultura, os*

A característica dessa *sociedade de consumidores* é a transformação destes em mercadorias, ou seja, sua *subjetividade*¹¹², enquanto estado do sujeito, está atrelada à sua vendabilidade enquanto mercadoria. No que pertine à subjetividade nessa sociedade de consumidores, é possível comprar e vender os símbolos aplicados na construção da identidade.¹¹³ Como alude Bauman, “*a ‘subjetividade’ dos consumidores é feita de opções de compra – opções assumidas pelo sujeito e seus potenciais compradores; sua descrição adquire a forma de uma lista de compras. O que se supõe ser a materialização da verdade interior do self é uma idealização dos traços materiais – ‘objetificados’ – das escolhas do consumidor.*”¹¹⁴ Ainda, segue aludindo

nas lojas, as mercadorias são acompanhadas por respostas para todas as perguntas que seus potenciais compradores poderiam desejar fazer antes de tomarem a decisão de adquiri-las, mas elas próprias se mantêm educadamente silenciosas e não fazem perguntas, muito menos embaraçosas. As mercadorias confessam tudo que há para ser confessado, e ainda mais – sem exigir reciprocidade. Mantêm-se no papel de “objeto” cartesiano – totalmente dóceis, matérias obedientes a serem manejadas, moldadas e colocadas em bom uso pelo onipotente sujeito. Pela simples docilidade, elevam o comprador à categoria de sujeito soberano, incontestado e desobrigado – uma categoria nobre e lisonjeira que reforça o ego. Desempenhando o papel de objetos de maneira impecável e realista o bastante para convencer, os bens do mercado suprem e reabastecem, de forma perpétua, a base epistemológica e praxiológica do “fetichismo da subjetividade”. (...) Para completar a versão popular e revista do cogito de Descartes, “Compro, logo sou...”, deveria ser acrescentado “um sujeito”.¹¹⁵

seres humanos tornam-se sujeitos.” RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert L. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Tradução de Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 231.

¹¹¹ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 16.

¹¹² Conforme alude Bauman, “*Na maioria das descrições, o mundo formado e sustentado pela sociedade de consumidores fica claramente dividido entre as ‘coisas a serem escolhidas’ e ‘os que as escolhem’; as mercadorias e seus consumidores: as coisas a serem consumidas e os seres humanos que as consomem. Contudo, a sociedade de consumidores é o que é precisamente por não ser nada desse tipo. O que a separa de outras espécies de sociedade é exatamente o ‘embaraço’ e, em última instância, a ‘eliminação’ das divisões citadas acima. Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A “subjetividade” do “sujeito”, e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, e permanecer, uma mercadoria vendável. A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a ‘transformação dos consumidores em mercadorias’; ou antes, sua dissolução no mar de mercadorias.*” BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 20.

¹¹³ Como refere Bauman, a expressão supostamente pública do ‘self’ que na verdade é o *simulacro* de Jean Baudrillard, colocando a *representação* no lugar daquilo que ela deveria representar -, a serem eliminados na aparência do produto final. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, pp. 23-24.

¹¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, pp. 23-24.

¹¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, p. 26.

Desta forma, é pela alta taxa de desperdício, e pela decrescente distância temporal entre o brotar e o murchar do desejo, que o fetichismo da subjetividade se mantém vivo e digno de crédito, apesar da interminável série de desapontamentos que ele causa.¹¹⁶

1.2.1 A FORMAÇÃO DA IDENTIDADE, O FENÔMENO PSICOLÓGICO E A SUBJETIVIDADE

A construção do *sentimento de identidade*^{117,118,119} origina-se do reconhecimento e da elaboração de diversas identificações parciais, que se dão desde os mais primitivos desenvolvimentos e vão sendo, aos poucos, absorvidos pelo sujeito através da internalização do código de valores transmitidos pelos pais e pela *cultura da sociedade*. Trata-se de um movimento *transgeracional*, já que os pais apresentam aspectos e traços dos seus respectivos pais, através de gerações e criando a identidade em três níveis: *identidade pessoal*¹²⁰, *identidade grupal* e *identidade social*.^{121,122} Como referem

¹¹⁶ BAUMAN, Zigmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, p. 31.

¹¹⁷ Conforme MOORE & FINE, *identidade* é “*experiência do ‘self’ – relativamente duradoura, mas não necessariamente estável – como uma entidade única e coerente através do tempo. O ‘senso de identidade’, uma experiência subjetiva, começa pela percepção que a criança tem de que existe como indivíduo em um mundo com objetos externos semelhantes, mas que ela tem seus próprios desejos, pensamentos, lembranças e aparência distintos dos outros. (...) O desenvolvimento da imagem corporal acha-se no cerne da formação da identidade, a qual adquire ímpeto à medida que o processo de separação-indivuação se desdobra, mas só se completa depois da adolescência. Pode-se pensar nos estágios iniciais como sendo evolução de um self psicológico, enquanto que a identidade é alcançada mais tarde, uma vez que o indivíduo tenha definido em uma variedade de contextos sociais. (...) ‘Personalidade’ é a impressão que os outros percebem da aparência física, expressões afetivas, modos de falar e comportamento do indivíduo. Ela pode de certas maneiras diferir do modelo interno operante que a pessoa tem de sua identidade.*” MOORE, Burness E.; FINE, Bernard D. *Termos e conceitos psicanalíticos*. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. – Porto Alegre: Artes Médicas, 1992, pp. 96-97.

¹¹⁸ SILVA, Flávia Gonçalves da. Subjetividade, individualidade, personalidade e identidade: concepções a partir da psicologia histórico-cultural. *Psicologia da educação*, núm.28, 2009, pp. 169-195; BOCK, Ana Mercês Bahia. A perspectiva histórica da subjetividade: uma exigência para la psicologia atual. *Psicología para América Latina*, n.1, 2004, pp. 01-10.

¹¹⁹ Segundo Medeiros, a *identidade* é vista como um processo dinâmico em que o indivíduo se constrói sempre em relação ao outro e está condenado a se constituir entre o singular e o plural. MEDEIROS, Marília Salles Falci. *Sociedade e Estado*, p. 421.

¹²⁰ A *identidade pessoal* do sujeito humano é uma construção dinâmica da unidade da consciência de si, através das relações intersubjetivas, das comunicações de linguagem e das experiências sociais. É um processo ativo, afetivo e cognitivo de representação de si no meio que o rodeia, associado a um sentimento subjetivo de permanência. O que permite perceber a sua vida como uma experiência que tem uma continuidade e uma unidade, e agir em consequência. A identidade satisfaz as necessidades inter e intrapessoais de coerência, de estabilidade e de síntese, que asseguram uma permanência na existência. Estas funções de regulação são indispensáveis para permitirem a adaptação às mudanças e para evitar o aparecimento das perturbações da personalidade ligadas à confusão e à difusão da identidade, ou ao seu

Guattari e Ronlik, “os indivíduos são o resultado de uma produção de massa. O indivíduo é serializado, registrado, modelado”.¹²³

O prelúdio da construção identitária se estabelece com a relação originária de confiança entre a criança e a mãe, iniciando-se uma separação com a mãe e uma individuação, quando começam os primeiros passos na construção de um sentimento de identidade própria.¹²⁴ Quando esta identificação primitiva é patogênica, o *sentimento de identidade*, mais tarde, resultará inevitavelmente em algum tipo de complicação. Depois, a adolescência se caracteriza por inúmeros elementos, dos quais: a perda do corpo infantil e da identidade infantil e a da apropriação de um novo corpo.¹²⁵ A identidade, portanto, é construída sobre as bases da subjetividade, que forma a maneira como a pessoa interpreta a realidade, seu modo único de pensar única e sobre suas experiências, e das relações sociais.

A *subjetividade* que toca ao indivíduo, ao seu psiquismo ou a sua formação, algo que lhe é interno, íntimo, numa relação dialética com a objetividade, refere-se a questões externas, localizado de forma exterior.¹²⁶ É o elemento estruturante para a compreensão do psiquismo, e pode ser definida como “*um sistema complexo capaz de expressar através dos sentidos subjetivos a diversidade de aspectos objetivos da vida social que concorrem em sua formação*”.¹²⁷ Constrói-se a partir do *fenômeno psicológico*, que é a edificação no nível individual do mundo simbólico que é social e

desmembramento. (...) A identidade pessoal é sexuada: a maneira de habitar o seu corpo e de assumir a sua identidade de gênero depende da sua incorporação dos objetos libidinais, mas também dos efeitos de atribuição socioculturais dos papéis masculino e feminino. DORON, Roland; PAROT, Françoise. *Dicionário de psicologia*. Portugal: Climepsi Editores, 2001, p. 398.

¹²¹ A *identidade social* é um processo de atribuição, de intervenção e de posicionamento no meio ambiente, que é exprimida através da participação em grupos ou em instituições. A identidade social é estruturada por referências identificatórias ligadas às experiências partilhadas com outros atores, que atualizam segundo o lugar dos indivíduos, uma atribuição e uma estimativa de imagens de si, variáveis segundo os grupos que pertença. (...) A nível individual, a identidade social é o produto e o lugar de síntese das relações dialéticas entre o meu, o eu e o si, implicados em qualquer relação com outrem. DORON, Roland; PAROT, Françoise. *Dicionário de psicologia*, p. 398.

¹²² ZIMERMANN, David E. *Psicanálise em perguntas e respostas: verdades, mitos e tabus*. - Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 102.

¹²³ GUATTARI, Felix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica – Cartografias do desejo*, p. 40.

¹²⁴ ZIMERMANN, David E. *Psicanálise em perguntas e respostas: verdades, mitos e tabus*, p. 102.

¹²⁵ OUTEIRAL, José. *Adolescência: modernidade e pós-modernidade*. Disponível em: <<http://www.joseouteiral.com.br/artigos.html>> Acesso em: 06.03.2013.

¹²⁶ SILVA, Flávia Gonçalves da. *Psicologia da educação*, p. 170.

¹²⁷ Como refere Rey, “*a subjetividade representa um macroconceito orientado à compreensão da psique como sistema complexo, que de forma simultânea se apresenta como processo e como organização. O tema da subjetividade nos conduz a colocar o indivíduo e a sociedade numa relação indivisível, em que ambos aparecem como momentos da subjetividade social e da subjetividade individual.*” REY, Fernando Luis González. *A pesquisa e o tema da subjetividade em educação*. 24ª Reunião Anual da ANPEd - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação, 2001. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/reunioes/24/te.htm>> Acesso em: 15.02.2013.

concebida como algo que se constitui na relação com o mundo material e social, mundo este que só existe pela atividade humana. Subjetividade e objetividade se estabelecem, neste sentido, uma à outra sem se confundirem.¹²⁸

A partir da constituição da identidade e da *individualidade*¹²⁹, forma-se a *personalidade*¹³⁰, que se refere à complexificação da individualidade.¹³¹ A ‘*personalidade*’ é entendida como a impressão que os outros percebem da aparência física, expressões afetivas, modos de falar e comportamentos do indivíduo, ou seja, como a pessoa é. Ela pode, de certa maneira, diferir do modelo interno operante que a pessoa tem de sua própria identidade.¹³² Conforme refere Trindade, a personalidade é “*um conjunto biopsicossocial dinâmico que possibilita a adaptação do homem consigo mesmo e com o meio, numa equação de fatores hereditários e vivenciais.*”¹³³

Neste processo de *construção identitária*,¹³⁴ as cirurgias plásticas reparadoras e estéticas ajudam os portadores de marcas depreciativas, de deformidades corporais, a realizarem o desejo de se tornarem indivíduos mais identificados com os demais, promovendo o bem-estar por meio de uma aproximação de uma representação de beleza e saúde por eles idealizada. Esta personalidade constitui-se e diferencia-se de diversas formas de identificações com determinadas figuras¹³⁵. A partir da assimilação, seja total

¹²⁸ BOCK, Ana Mercês Bahia. *Psicología para América Latina*, p. 06.

¹²⁹ A *individualidade* é formada e caracterizada pelas ações e decisões tomadas pelos sujeitos. São as características peculiares e únicas de uma pessoa que a torna e a faz pensar de modo diferente na sociedade. O termo *individualidade*, assim como *subjetividade*, alude ao indivíduo. Para Leontiev, a constituição desse indivíduo ocorre por meio de elementos da *filo* e da *ontogênese*, da integração e do desenvolvimento de características herdadas geneticamente e adquiridas socialmente desde os primeiros dias de vida. LEONTIEV, A. N. *Actividad, consciencia y personalidad*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1981, pp. 66-10.

¹³⁰ A *personalidade*, etimologicamente, surge da ideia de *persona*, advinda do latim, da justaposição entre a preposição *per* e o substantivo *sona*. Ainda, em outras formas, surge da expressão *per se una*, ou ainda, *una por si*, advinda do teatro grego, que sugere que a personalidade brota por detrás da máscara do sujeito, de seu mundo interno. TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 6.ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 69.

¹³¹ Conforme Silva, a *individualidade* é a herança biológica de toda pessoa, que é a base para o processo de subjetivação e construção de todo o psiquismo. SILVA, Flávia Gonçalves da. *Psicologia da educação*, p. 176.

¹³² MOORE, Burness E; FINE, Bernard D. *Termos e conceitos psicanalíticos*. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. – Porto Alegre: Artes Médicas, 1992, p. 96.

¹³³ TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*, p. 69.

¹³⁴ Conforme Medeiros, identificam-se por dois movimentos: “a “*identificação*”, processo pelo qual o indivíduo se integra dentro de um conjunto mais vasto ao qual ele tende a se fundir; e a “*identização*”, processo pelo qual o indivíduo tende a se diferenciar, a tornar-se autônomo, a entrar num movimento de totalidade e se afirmar pela separação.” MEDEIROS, Marília Salles Falcí; MEDEIROS, Marília Salles Falcí. *Sociedade e Estado*, p. 422.

¹³⁵ Zimerman alude que a identificação pode ser: “1. Com a figura ‘amada’ e ‘admirada’ - é a forma que estabelece as identificações mais sadias, estáveis e harmônicas. 2. Com a figura ‘idealizada’ - costuma ser frágil, custa ao sujeito um preço de um esvaziamento de suas capacidades e uma pequena tolerância às frustrações. 3. Com a figura ‘odiada’ - configura o que se conhece como “*identificação com o agressor*”. 4. Com a figura ‘perdida’ - é a base dos processos melancólicos. 5. Com a figura ‘atacada -

ou parcial, de atributos ou traços das pessoas mais íntimas que o cercam, o sujeito se constitui e se modifica no denominado *fenômeno da identificação*.¹³⁶

Deste modo, a singularidade é o traço fundamental que distingue uma pessoa das demais, é o que a torna única na ontogênese humana. Conforme a complexidade e a dinâmica do modo pelo qual são estabelecidas as relações – que foram perdendo, ao longo do tempo, o caráter imediato para mediato – o indivíduo passou a se distanciar das proximidades, apropriando-se e internalizando estas mediações e, por consequência, objetivando seus relacionamentos. É por isso que as pessoas só se individualizam, por meio da subjetividade, na relação interpessoal.

1.2.1.1 Desamparo, desejos e pulsões

Desde os iniciais meses de vida, o bebê, em razão de lhe faltar um sistema nervoso desenvolvido, mergulha profundamente em uma sucessão de percepções e estímulos completamente desordenados de sons, formas, cores e odores, sem saber da figura de si, separadamente como “eu”, no que a psicanálise designa de “*vivência oceânica*”. Aos poucos começa a adquirir a consciência reflexiva com a aquisição da linguagem e paulatinamente firma o seu “eu” como um ser distinto do resto do mundo.¹³⁷

Esse estado original de *desamparo*^{138,139} do bebê, coloca-o, desde o elementar instante de vida, em uma relação de absoluta dependência maternal, já que dali extrai a satisfação de suas primeiras necessidades, que abrandam e suavizam suas pulsantes tensões internas.¹⁴⁰ O desamparo humano é a posição de fragilidade estrutural do

o que, particularmente, eu denomino como “*identificação com a vítima*”. 6. Com os valores que foram ‘impostos’ pelos pais e educadores em geral.” ZIMERMAN, David E. *Psicanálise em perguntas e respostas: verdades, mitos e tabus*, p. 102.

¹³⁶ ZIMERMAN, David E. *Psicanálise em perguntas e respostas: verdades, mitos e tabus*, p. 102.

¹³⁷ DUARTE JÚNIOR, João-Francisco. *O que é beleza*. São Paulo: Brasiliense, 2009, pp. 20-21.

¹³⁸ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, 2005.

¹³⁹ Laplanche e Pontalis definem *desamparo* ou *détresse*, como sendo “*terme de la langue commune qui prend dans la théorie freudienne un sens spécifique: état du nourrisson qui, dépendant entièrement d’autrui pour la satisfaction de ses besoins (soif, faim), s’avère impuissant à accomplir l’action spécifique propre à mettre fin à la tension interne. Pour l’adulte, l’état détresse est le prototype de la situation traumatique génératrice d’angoisse.*” LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean Bertrand. *Vocabulaire de la psychanalyse*. Paris: PUF, 2002, p. 122.

¹⁴⁰ FERNANDES, Maria Helena. *Corpo*. 4.ed. – São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011, p. 117.

sujeito¹⁴¹, ao relacioná-lo à sua corporeidade, às ameaças da natureza e aos horrores gerados nas relações ambivalentes com os outros. Este desamparo do sujeito baseia-se na *pulsão*^{142,143,144,145} de morte que advém do psiquismo humano.

Essa posição de desamparo originária, que Freud denominou de *feminilidade*¹⁴⁶, é o estado de amplo tensionamento em que se encontra o sujeito premido pelas forças pulsionais que atuam sobre ele em todos os sentidos. Esta pulsão é produtora, incessantemente, de angústia. O registro psíquico do desamparo é algo de ordem *originária*, que marca a subjetividade humana para todo o sempre, de maneira indelével e insofismável. O sujeito é desamparado por vocação, não por acidente histórico-evolutivo.¹⁴⁷ O que caracteriza essa posição da subjetividade é o reconhecimento de que ela é insuperável, não sendo pois ultrapassada por nenhuma técnica adquirida pelo desenvolvimento psicogenético da criança.

¹⁴¹ Freud assevera que o desamparo é originário, portanto, de ordem estrutural. Os seres humanos guardam um grande ressentimento em relação ao processo civilizatório, que expressam por meio da agressividade, uma vez que a repressão dos impulsos agressivos determina a perda da felicidade e o aumento do sentimento de culpa. FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*, p. 84.

¹⁴² As *pulsões* são definidas como um impulso exercido pelo somático, que se impõe ao aparelho psíquico. É um impulso que faz tender a ação e tem origem (somatopsíquica), um fim que induz a satisfação e a descarga de energia que está investida e um objeto em relação ao qual o fim pode ser atingido. Caso o objeto não for encontrado ou o fim não for atingido, eclode a frustração, assim como um aumento na tensão, que é sentida através do desprazer. DORON, Roland; PAROT, Françoise. *Dicionário de psicologia*, p. 630.

¹⁴³ Conforme Moore & Fine, as *pulsões* são “representações psíquicas (conscientes, pré-conscientes e inconscientes) de estilos que se originam em processos fisiológicos, ela não implica – como o faz a definição de instinto – um padrão específico de reação. (...) Freud presumiu que os ‘Triebe’ baseavam-se em dados inatos, potenciais determinados por genes presentes desde o nascimento. (...) Ele acabou por distinguir entre duas tendências muito gerais, a que se referiu como ‘libido’ ou ‘Eros’, por outro lado, e ‘agressão’, a qual formulou em termos do ‘instinto de morte’ (Tânatos), por outro. (...) Elas passam por ‘fusão muito cedo na vida, e por ‘defusão’ como fenômeno regressivo em situações especiais”. MOORE, Burness E; FINE, Bernard D. *Termos e conceitos psicanalíticos*, pp. 175-177.

¹⁴⁴ Conforme Freud, a *pulsão* é “um instinto (Trieb) (...) aparece-nos como um conceito situado na fronteira entre o mental e o somático, como o representante físico dos estímulos que se originam de dentro do organismo e chegam à mente, como medida de exigência de sua conexão com o corpo” FREUD, Sigmund. *Instincts and their vicissitudes*. SE, 1915, pp. 121-122.

¹⁴⁵ Laplanche e Pontalis conceituam *pulsão*, *impulso* ou *pulsion* como: “processus dynamique consistant dans une poussée (charge énergétique, facteur de motricité) qui fait tendre l’organisme vers un but. Selon Freud, une pulsion a sa source dans une excitation corporelle (état de tension); son but est de supprimer l’état de tension qui régné à la source pulsionnelle; c’est dans l’objet ou grâce à lui que la pulsion peut atteindre son but.” LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean Bertrand. *Vocabulaire de la psychanalyse*, p. 359.

¹⁴⁶ A *feminilidade* trata-se da posição originária de desamparo. Apesar da nomenclatura, não está ligada ao registro psíquico das mulheres, mas feminilidade quer dizer algo que excede a diferença sexual, já que não se identifica com a sexualidade feminina nem masculina, já que tanto homens quanto mulheres teriam horror à feminilidade pois neste registro psíquico não há qualquer referência ao falo. Sobre a *feminilidade*, veja-se: FREUD, Sigmund. Análise com fim e análise sem fim [1937]. In: FREUD, Sigmund. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1980. vol. XXIII.

¹⁴⁷ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 37.

Para fugir dessa condição angustiante, o sujeito, então, procura constituir um palco de objetos que lhe possam ofertar a potencialidade da satisfação. Tal conflito se passa pois o sujeito se encontra na posição da *angústia do real*, que lhe acarreta enorme trauma se não transmuta-la em *angústia do desejo*.¹⁴⁸ Desta forma, o desamparo (*feminilidade*) pressiona as forças pulsionais excessivamente na busca de satisfação, prazer e, ao passar-se da angústia do real para angústia do desejo, assume-se uma *posição masoquista*^{149,150} ofertando o corpo a outro, a fim de evitar o trágico.

A perda das relações do homem com o saber e a verdade, faz com que transpareça o que se denomina de *face contemporânea do desamparo*.¹⁵¹

Partindo-se do conceito de que a forma como o indivíduo percebe e representa a realidade possibilita a construção e a atribuição de significado às suas apropriações e objetivações,¹⁵² passamos à compreensão de como o desamparo humano, que é parte da condição humana, provocado pelo fim das utopias modernas, aumentou o desespero e a busca por soluções que aliviem a individualidade,¹⁵³ o que, por via de consequência, desaguou na incessante busca pela homogeneização da imagem corporal.

Este modo de subjetivação psicopatológico masoquista, a partir da noção de desamparo elaborada por Freud, proporciona a produção de intenso sofrimento psíquico que remete à revivescência do sentimento mais primitivo de desamparo.¹⁵⁴ Birman, ao falar dos assassinatos da alma, os divide em dois, sendo um deles a construção masoquista e a perversa. Sobre a posição masoquista, adverte o psicanalista que

¹⁴⁸ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 44.

¹⁴⁹ MILMANIERE, José E. La persona y su conversión en paciente. El rol y la función del médico. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo I*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 05.

¹⁵⁰ Freud apresenta o masoquismo em três formas: a primeira, em relação ao erógeno, identificando um prazer-derivado-da-dor, sendo este o influenciador das demais formas. Sobre masoquismo, veja-se: FREUD, Sigmund. *O problema econômico do masoquismo (1924)*. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, 1980; FORTES, I. *Masoquismo e desamparo no sofrimento contemporâneo*. Revista de Psicanálise, São Paulo, ano 21, n.4, dez., 2008, pp. 27-38; PAMPLONA, C; DIAS, H. M.; MOREIRA, A. C. Masoquismo e a noção de desamparo na clínica com mulheres. In: *Colóquio Internacional sobre Método Clínico*, 2009, São Paulo. Disponível em: <http://www.psicopatologiafundamental.org/uploads/files/coloquios/coloquio_metodo_clinico/mesas_redondas/masoquismo_e_a_nocao_de_desamparo_na_clinica_com_mulheres.pdf> Acesso em: 15.02.2013.

¹⁵¹ KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. – São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 52.

¹⁵² SILVA, Flávia Gonçalves da. *Psicologia da educação*, pp. 170-172.

¹⁵³ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 35.

¹⁵⁴ PAMPLONA, C; DIAS, H. M.; MOREIRA, A. C. Masoquismo e a noção de desamparo na clínica com mulheres. In: *Colóquio Internacional sobre Método Clínico*, 2009, São Paulo. Disponível em: <http://www.psicopatologiafundamental.org/uploads/files/coloquios/coloquio_metodo_clinico/mesas_redondas/masoquismo_e_a_nocao_de_desamparo_na_clinica_com_mulheres.pdf> Acesso em: 15.02.2013.

na posição masoquista, o sujeito se agarra e se cola a um outro, oferecendo a este, em contrapartida, seu corpo como objeto de gozo, para assim evitar, custe o que custar, a tragicidade da experiência do desamparo. A solidão que esta experiência implica é insuportável para essas individualidades, de forma que elas preferem se agarrar à fábula fálica do outro do que suportar o real da angústia. Portanto, o que caracteriza a subjetividade masoquista não é o desejo primário de ser humilhado, ou tampouco o desejo de sentir dor. Esses são desejos que o perpassam, sem dúvida, mas de maneira secundária, derivações que são da impossibilidade de suportar o desamparo. Com isso, o masoquismo é o oposto da angústia, sua contrapartida mais rigorosa, pois prefere-se a posição masoquista justamente para que a angústia do real seja afastada. Não é por acaso que a problemática do masoquismo assumiu a posição de centralidade no final do discurso freudiano. Isso porque, como presença quase obrigatória em todas as estruturas clínicas, o masoquismo evidencia a repulsa do sujeito ao desamparo, na qual este ocupa a posição de *servidão* face ao outro para evitar a dor e a solidão da experiência da feminilidade. Enfim, no masoquismo o sujeito busca um *senhor* e um *mestre* para se colar e se fundir com o intuito de evitar a dor do desamparo, mesmo que para isso se transforme em servo do outro.¹⁵⁵

Ao analisar os destinos do desejo na atualidade, já que destinos nos permitem captar o que se passa na subjetividade, situamos o mal-estar na atualidade no campo da subjetividade, este que é produtor do sofrimento psíquico em contraposição ao bem-estar.

Assim, em suma, esta fragmentação da subjetividade na sociedade ocidental é destacada pela condição trágica do sujeito pós-moderno, o desamparo. Diante dessa situação, com a *fetichização do corpo*¹⁵⁶ nesta sociedade do consumo, determinada por interesses econômicos por meio da *indústria da beleza do consumo*¹⁵⁷, buscam-se soluções imediatas para o alívio do sofrimento e, dentre elas, as novidades oferecidas pelas cirurgias plásticas, assim como os psicofármacos e calmantes instantâneos do mal-estar sentido.

¹⁵⁵ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 47.

¹⁵⁶ MENDES, Elizilaine Domingues; PROCHNO, Caio César S. C. Corpo e novas formas de subjetividade. *Psyche*, São Paulo, vol.8, n.14, 2004, p. 148.

¹⁵⁷ POLI NETO, P.; CAPONI, S. N. C. A medicalização da beleza. *Interface - Comunicação, Saúde, Educação*, v.11, n.23, set.-dez., 2007, pp. 569-84.

1.2.1.2 A psicanálise como instrumento de leitura dos perfis de subjetividade e a necessidade do diálogo interdisciplinar entre psicanálise, medicina e direito para compreensão dos transtornos mentais decorrentes de distorção da imagem corporal

A *psicanálise*^{158,159,160,161}, conforme Birman, ainda é o saber mais consistente, construído pelo Ocidente, para indagar as relações turbulentas do sujeito com seus desejos.¹⁶² Freud, com sua obra, deu origem à construção de todo o discurso psicanalítico.¹⁶³ Conforme referiu Freud, ao tratar de sua teoria estrutural, trata-se do *momento em que a carne se faz verbo*, ou seja, o *id* se transforma em *ego* (ou isso se transforma em mim).¹⁶⁴ É, portanto, o lugar de criação permanente que tem o psicanalista como espectador privilegiado.

Na modernidade, houve uma cisão entre corpo e psiquismo, a partir da psicanálise, possibilitando com que a medicina, especialmente a psiquiatria, se apropriasse do corpo, ficando a psicanálise com a subjetividade.¹⁶⁵ A Psicanálise deixou que a Medicina e a Psiquiatria cuidassem do corpo, ficando ela com a parte nobre, o psiquismo, versão científica da alma. A Psicanálise, enquanto espaço do conhecimento, está também inserida nesse novo contexto da complexidade atual. Freud, ao dar

¹⁵⁸ Segundo Zimerman, Freud, ao cunhar o termo *Psicanálise*, inspirou-se na química, já que a palavra *análise* deriva dos étimos gregos do gregos *aná* (*partes*) + *lysis* (*decomposição*). Através da decomposição das partes se chegar ao conhecimento da psique. ZIMERMAN, David E. *Psicanálise em perguntas e respostas: verdades, mitos e tabus*, p. 59.

¹⁵⁹ Conforme Zimerman, a *psicanálise* pode ser definida como: “1. Um procedimento para ‘investigação’ dos processos mentais que, de outra forma, são praticamente inacessíveis. 2. Um método baseado nessa investigação para o ‘tratamento’ de transtornos neuróticos. 3. Uma série de concepções psicológicas adquiridas por esse meio e que se somam, umas às outras, para formar progressivamente uma nova ‘disciplina científica’. 4. Posteriormente, ele sublinhou que os seus pilares teóricos e técnicos imprescindíveis eram: a existência do inconsciente dinâmico, o complexo de Édipo, a repressão, a resistência, a transferência e a interpretação.” ZIMERMAN, David E. *Psicanálise em perguntas e respostas: verdades, mitos e tabus*, p. 60.

¹⁶⁰ Birman objetiva circunscrever, a partir do instrumental da psicanálise, a leitura e interpretação das novas formas de subjetivação no campo do que denomina de *mal-estar contemporâneo*, já que, para ele, Freud circunscreveu o mal-estar do sujeito no mundo moderno, dando a estrutura para que se desenvolvesse a construção o discurso psicanalítico. BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 17.

¹⁶¹ Refere o autor que não se trata de estudo linear, pois a psicanálise possui campos abertos, cegos, em que no campo clínico a tornam inoperante e negativa, sendo, portanto, um dos instrumentos de análise das subjetividades.

¹⁶² BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 26.

¹⁶³ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 17.

¹⁶⁴ EKSTERMAN, Abram. *Psicossomática: o diálogo entre a psicanálise e a medicina*. In: MELLO FILHO, Júlio (coord.). *Psicossomática hoje*. 2.ed. – Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 93.

¹⁶⁵ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 21.

dimensão científica à existência do inconsciente¹⁶⁶, demonstrou que o ser humano é, por natureza instintiva, agressivo.

A Psicanálise é regida por princípios fundamentais da Psicologia Profunda, os quais pregam que o sujeito se determina a partir de seu inconsciente, que comanda quase todas as suas ações. Já a identidade do sujeito estrutura-se em torno do Complexo de Édipo, assim como a personalidade se desenvolve nas fases de desenvolvimento oral, anal, genital e fálica.¹⁶⁷ Consequentemente, a psicanálise busca exatamente o rompimento das amarras narcísicas do *eu* no intento de proporcionar o encontro do sujeito com seus próprios e mais recônditos desejos,¹⁶⁸ propiciando, assim, uma leitura da sua subjetividade.¹⁶⁹

O território da psicanálise, desta forma, é marcado pela porosidade e o constante processo de deslocamento.¹⁷⁰ A aproximação da Psicanálise com a Medicina se deu aos poucos, paulatinamente, mormente por dois motivos: o primeiro é o de que os psicanalistas acompanharam e acolheram o indiscutível avanço da medicina, mais especificamente na seara da medicina psicossomática e; o segundo, pelo fato de muitos médicos começarem a se analisar, encontrando enormes benefícios para si e seus pacientes.¹⁷¹

O ser humano tende a resolver os conflitos entre si, através do emprego da violência e é o único animal capaz de planejar a extinção de sua própria espécie. Hiroshima e Nagasaki são exemplos vivos da destruição possível num conflito nuclear e também foram palco de demonstração do afã da violência do poder destrutivo humano. O homem vive, portanto, entre o antagonismo das exigências pulsionais de um lado, e de outro, são-lhe impostas restrições pela civilização. Refere Meller, em relação à agressão que “*o homem mata, agride, não apenas para sobreviver, mas também o faz por conveniência, intolerância e por prazer (...) Martírio do corpo, a dor e o sofrimento da carne são temas bíblicos e históricos que acompanham o homem desde sempre. São, pois, o testemunho de que a violência pertence à condição humana.*”¹⁷²

¹⁶⁶ Zimerman refere que “*não foi FREUD quem descobriu o inconsciente humano, muito antes dele, muitos filósofos, desde a Antiguidade, e literatos davam evidências claras da existência do inconsciente, porém coube a FREUD dar uma dimensão científica, com estudo sistematizado e com aplicação clínica*”. ZIMMERMAN, David E. *Psicanálise em perguntas e respostas: verdades, mitos e tabu*, p. 63.

¹⁶⁷ TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*, p. 29.

¹⁶⁸ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 170.

¹⁶⁹ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 17.

¹⁷⁰ BIRMAN, Joel. *Freud & a filosofia*. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 14.

¹⁷¹ ZIMMERMAN, David E. *Psicanálise em perguntas e respostas: verdades, mitos e tabus*, p. 293.

¹⁷² MELLER, Lores Pedro. A violência em freud. In: SOCIEDADE BRASILEIRA DE PSICANÁLISE DE PORTO ALEGRE. *Pensando a violência com freud*. Porto Alegre: SBPdePA, 2005, p. 26.

Toda essa repressão da civilização aos instintos primitivos causa efeitos diretos sobre a *psique*, não à toa é o aumento da procura nos dias de hoje pela psicanálise e dos profissionais da área *psi* na busca pela ajuda para cura das doenças e transtornos de cunho psicológico.

Diversas são as interseções entre a Psicanálise e a Medicina, tanto que há uma área específica desta denominada *Medicina Psicossomática* que teoricamente trata de questões envolvendo a mente e o corpo que, articulados produzem prazer, sofrimento, saúde, lesão ou doença.¹⁷³ Desse modo, o estudo do comportamento humano deve ser analisado dentro de uma perspectiva *biopsicossocial*.¹⁷⁴

Muitos males que demandam tratamento médico nos dias atuais são constituídos por doenças “iatrogênicas”, condições patológicas causadas por questões anteriores.¹⁷⁵ Assim sendo, especialmente no tratamento psicoterápico é inerente o ambiente de vulnerabilidade¹⁷⁶ em que estão envolvidos os pacientes, já que os profissionais da área *psi* têm acesso aos mais recônditos cantos do inconsciente humano. No tratamento, portanto, deve-se ter o cuidado de respeitar a *autonomia do paciente*¹⁷⁷, não permitindo

¹⁷³ EKSTERMAN, Abram. Psicossomática: o diálogo entre a psicanálise e a medicina. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*, p. 95.

¹⁷⁴ Segundo Gauer, “*certamente, é preciso compreender melhor a influência direta e a interação dos vários fatores biológicos, genéticos, ambientais, culturais e sociais para compreender o comportamento agressivo normal e patológico.*” GAUER, Gabriel J. C. Fatores biológicos associados à conduta agressiva. In: GAUER, Gabriel J. C. (coord.). *Agressividade: uma leitura biopsicossocial*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 32.

¹⁷⁵ BAUMAN, Zigmunt. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 107.

¹⁷⁶ Moraes alude a o que denomina de *vulnerabilidade neuropsicológica*, referindo-se a figura do consumidor. Trata-se de agressão, através de uma imensa variedade de estímulos no consumidor, visuais, auditivos, etc., a partir dos quais o ser humano experimenta revoluções no seu interior fisiológico e psíquico, que o influenciam na tomada de decisões. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. – 3.ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, e com os acréscimos relativos a internet, neuromarketing, conceitos psicanalíticos e questões tributárias. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 166.

¹⁷⁷ Este movimento de preservação da autonomia do paciente é corroborado pelo CFM, através da resolução que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.995/2012*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf> Acesso em: 21.05.2013.

¹⁷⁷ Nesta Resolução, que tratou de diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, no item IV.2, denominou-se de “*Consentimento livre e esclarecido - anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa.*” CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução nº 196/1996*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_96.htm> Acesso em: 21.05.2013.

qualquer manipulação para que se possa estabelecer adequada relação profissional da saúde mental-paciente.¹⁷⁸

Com o Direito, a afinidade é estreita em face das questões da rediscussão da relação médico-paciente e, de modo muito especial, na compreensão das repercussões psicológicas de deformidades físicas e *deturpações da autoimagem*¹⁷⁹ do paciente que se submete às cirurgias plásticas. O Direito estabelece parâmetros referentes às consequências jurídicas das condutas de profissionais da medicina, tanto na esfera da responsabilidade civil, quanto no campo ético. Faz-se necessário o diálogo interdisciplinar entre Medicina e Direito¹⁸⁰, tendo em vista a estreita relação existente entre as duas ciências aparentemente estanques. Nesse momento, o Direito recorre ao conhecimento científico acumulado pela Medicina e pela Psicanálise, ciências cuja missão é justamente a compreensão do comportamento e o próprio ser humano como ente biopsicossocial. Trindade alude que

a tendência tradicional dos juristas de fugir do encontro marcado com a metodologia científica e de tratar as ciências humanas através de uma abordagem secundarizada, geralmente remetida à história do próprio direito, instaurou uma fetichização do jurídico e levou a um desprezo pelos demais saberes não normatizantes. Esse afastamento do direito das demais ciências humanas, entretanto, fez o feitiço virar contra o feiticeiro, pois o jurista tem permanecido alijado dos embates científicos atuais e vem sendo pouco considerado quanto à sua própria ciência e arte, remetidas às técnicas de controle social, cuja real significância decorre apenas do poder concreto sobre a sociedade. Enquanto a vida flui a caminho do novo, o direito se opõe à transformação social em nome da segurança jurídica. (...) Apesar dos indicadores de convergência entre direito e psicologia no sentido da construção de uma área no espaço de tangência interdisciplinar, há aqueles que continuam a afirmar a impossibilidade da formulação psicojurídica, alegando que o direito e a psicologia pertencem a mundos muito diferentes: a psicologia, ao mundo do ser; o direito ao mundo do dever-ser; a psicologia assentada na relação de causalidade; o direito, no princípio da finalidade. Essa linha de

¹⁷⁸ LOCH, J. A. et. Al. Bioética, psiquiatria e o estudante de medicina. In: CATALDO NETO A. et. al. *Psiquiatria para estudantes de medicina*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 97.

¹⁷⁹ Conforme pesquisa sobre as características da personalidade e a percepção da autoimagem das pessoas que buscam a cirurgia plástica estética, Sante concluiu que os resultados encontrados sugerem que as mulheres que buscaram este tipo de cirurgia apresentam maior insatisfação com a própria aparência corporal, maior atitude defensiva e sensibilidade afetiva do que as mulheres que não buscaram por esse tipo de procedimento. Concluiu-se que se pode pensar nestas características como fatores motivadores à busca de modificação estética cirúrgica no próprio corpo. Tais resultados apontaram que as vivências psíquicas relativas à imagem corporal e as características de personalidade são elementos relevantes a serem considerados na avaliação clínica de solicitantes de cirurgia plástica estética. SANTE, Ana Beatriz. *Auto-imagem e características de personalidade na busca de cirurgia plástica estética*. Dissertação de Mestrado em Psicologia, apresentada a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-22122008-165526/>>. Acesso em: 21.05.2013.

¹⁸⁰ Como aduz Fachin, “no diálogo entre Direito e Medicina há longo caminho a percorrer sob a luz da interdisciplinaridade.” FACHIN, Luiz Edson. Luzes e sombras no diálogo entre direito e medicina. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 13.

pensamento, por vezes referenciada à distinção entre as ciências naturais e as ciências do espírito, esquece que o homem, na verdade, é cidadão dos dois mundos e pertence, simultaneamente, ao reino do ser e do dever-ser.¹⁸¹

A grande expectativa do homem como ser social seria a união do trinômio Ética, Medicina e Direito, desde os tempos mais primitivos, sob o temor humano de estar submetido aos desígnios dos deuses.¹⁸²

O funcionamento do Direito é excessivamente formal, desconhecendo por vezes o humanismo de seus efeitos. Desta forma, a conexão entre as áreas da Medicina e do Direito deve garantir a dignidade dos seres humanos, valorizando sempre os direitos globalmente já reconhecidos.¹⁸³ Conforme refere Trindade, “*porque a impermeabilidade característica do direito, e via de consequência dos juristas, muitas vezes dissociados do método científico, ocasiona produções essencialmente de compilação, inscrevendo um nível discursivo sobre fenômenos humanos.*”¹⁸⁴

A temática da cirurgia plástica, especialmente a responsabilidade civil, une Direito, Medicina e Psicanálise. Assim, é necessidade do diálogo interdisciplinar entre esses ramos do saber para compreensão dos transtornos mentais decorrentes de distorções da imagem corporal, principalmente porque inegavelmente a interdisciplinaridade provocou esta reformulação da relação médico-paciente, calcada na procura de igualdade do paciente em relação ao esculápio para que permita que emanem sua vontade, com respeito a sua autonomia bioética.

1.2.2 AS NOVAS FORMAS DE SUBJETIVAÇÃO E O ANSEIO PELA HOMOGENEIDADE DAS INDIVIDUALIDADES NA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA

O individualismo, ou *hiperindividualismo*¹⁸⁵, é característica marcante da sociedade pós-moderna, assim como a cultura da satisfação, na qual o prazer é a mola

¹⁸¹ TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*, pp. 30-31.

¹⁸² SOUTO, Yama Pinto. Medicina e direito. In: FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. *Direito médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 84.

¹⁸³ BARTOLOMEI, Carlos Emanuel Fontes; et al. Medicina e direito: atuação na integralidade destes dois saberes. *Diagnóstico e Tratamento*, jan.-mar., 2010, p. 39.

¹⁸⁴ TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*, p. 29.

¹⁸⁵ Lipovetsky refere sobre o homem contemporâneo “*nos tempos hipermodernos*” e seus novos valores, a cena social atual e a nova realidade onde estamos todos atuando, e questiona: “*hipercapitalismo, hiperclasse, hiperpotência, hiperterrorismo, hiperindividualismo, hipermercado, hipertexto – o que mais*

propulsora dos indivíduos, que encontram a causa e efeito no permanente intercâmbio entre bens e serviços.¹⁸⁶ Este *neo-individualismo* é decorado pelo *narcisismo*¹⁸⁷, ou seja, a paixão por si mesmo e o extremado cuidado com a aparência.¹⁸⁸ Nela experimentamos toda a sorte de rupturas das referências da sociedade moderna tradicional, sólida¹⁸⁹, calcada em um modelo *fordista*, motivando a produção do desamparo e, por consequência, o produto das individualidades homogeneizadas invadidas pelo masoquismo.

A grande característica hodierna da sociedade Ocidental, deste modo, é a fragmentação da subjetividade, destacando-se a condição trágica desse sujeito pós-moderno – o desamparo. O sujeito é forjadamente “*individual*”, despersonalizado, não possui características realmente exclusivas, privativas, mas é, paradoxalmente, ao mesmo tempo, essencialmente massificado. A subjetividade é essencialmente fabricada e modelada no registro do social, e é aí, no social, que o corpo vai se tornar um objeto a se moldar de acordo com um modelo ideal.¹⁹⁰

não é hiper? O que mais não expõe uma modernidade elevada à potência superlativa?” LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 53.

¹⁸⁶ BELL, Daniel. *Las contradicciones culturales del capitalismo*. Ed. Alianza, Madrid, 1996.

¹⁸⁷ Conforme Moore & Fine, conceituam como: “o ‘narcisismo normal’ deve ser distinguido do ‘narcisismo patológico’. O primeiro depende da integridade estrutural do self, da aquisição de constância objetal e do self, do equilíbrio entre derivados pulsionais libidinais e agressivos, da harmonia entre o self e as estruturas de superego, da capacidade de expressão egossintônica dos impulsos, da capacidade de receber, da gratificação recebida de objetos externos e de um estado de bem-estar físico. O narcisismo patológico envolve uma inflação defensiva do self, como uma falta concomitante de integração do conceito de self e a dissociação de representações agressivamente denominadas do self. O narcisismo normal leva a uma autoconsideração continuada e realista e aspirações e ideais maduros; ele se faz acompanhar pela capacidade de ter relações objetais profundas. O narcisismo patológico, pelo contrário, tem como acompanhantes exigências arcaicas do self, dependência desregrada de aclamação por parte de outros e relações objetais más ou deterioradas. Ele se manifesta por um senso de ter direito a tudo, uma perseguição incansável da autoperfeição e o prejuízo das capacidades de ter interesse, empatia e amor pelos outros.” MOORE, Burness E; FINE, Bernard D. *Termos e conceitos psicanalíticos*, pp. 129-130; Conforme KERNBERG é “um grau inusitado de auto-referência em suas interações com outras pessoas, uma grande necessidade de serem amados e admirados pelos outros, e uma curiosa contradição aparente entre um conceito muito inflado de si próprios e uma necessidade de receberem homenagens dos outros.” KERNBERG, O. F. Borderline personality organization. *Journal of the American Psychoanalytic Association*, 1967, p. 655.

¹⁸⁸ SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*. – São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 87.

¹⁸⁹ Utiliza-se esta terminologia a partir da obra de Bauman, ao tratar do sólido/líquido, especialmente de solidez para fazer da sociedade fordista, e *modernidade líquida* para falar da pós-modernidade, efêmero, do líquido, do esgotável. BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001; Também quando fala do *mal-estar moderno e pós-moderno*. BAUMAN, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, pp. 07-11; Por fim, BAUMAN refere que “numa sociedade líquido-moderna, as realizações individuais não podem solidificar-se em posses permanentes porque, em um piscar de olhos, os ativos se transformam em passivos, e as capacidades em incapacidades”. BAUMAN, Zigmunt. *Vida líquida*, p. 07.

¹⁹⁰ GUATTARI, Felix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica – cartografias do desejo*, p. 31.

Criam-se efêmeras relações que servem apenas para extrair o gozo do corpo do outro, custe o que custar.¹⁹¹ Esta catastrófica experiência do *desamparo* provoca o sujeito a se amparar no outro, ofertando-lhe seu corpo como objeto para o gozo, impedindo assim a solidão que o abandono poderia provocar. É preferível buscar alento na fábula fálica do outro do que ter que submeter-se ao real da angústia.

Esta posição é a denominada masoquista, não aquela da subjetividade primária de ser humilhado ou de sentir dores, mas secundariamente da impossibilidade de suportar o abandono, ou seja, esta *servidão* em relação ao outro evita a dor do desamparo na experiência da feminilidade.¹⁹² A posição masoquista acarreta a produção da *homogeneidade das individualidades*¹⁹³, uma das características da sociedade de massas, em razão da ruptura com as referências da sociedade moderna, fordista, a morte de Deus e a racionalidade social, o que produziu um desamparo original. Na sociedade de massas, não há singularidade nem estilo próprio de existência, marca que configura a busca por uniformidades de imagens corporais. A mídia também tem um desempenho capital na edificação e exposição de uma realidade homogênea,¹⁹⁴ com a crescente indústria de celebridades produtora de exageros de beleza, através de *reality shows*, como *Extreme Makeover* e *Dr. Hollywood*, que prometem transformações “*simples*” no corpo para a obtenção do “*corpo perfeito*”.¹⁹⁵ Assim, as pessoas, na tentativa de superar suas angústias, seus desconfortos existenciais, isolamentos, seus mais íntimos e complexos conflitos e inseguranças, recorrem a imitações ou identificações, com o fim de realçar seu *status* e configurar sua personalidade por meio do consumo, a fim de ter a almejada aceitação social. E as pressões supertribais podem ser consideradas como alguns fatores que contribuem para essa realidade.¹⁹⁶

¹⁹¹ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 25.

¹⁹² BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 47.

¹⁹³ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 48.

¹⁹⁴ BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

¹⁹⁵ SILVA, Liliane Cristina; MENDONÇA, Adriana Rodrigues dos Anjos. Medicalização da beleza: reflexão bioética sobre a responsabilidade médica. *Revista Bioética*, vol. 20, n.1, 2012, p. 134.

¹⁹⁶ Como alude Maltez, o homem é uma espécie de animal e existe certo padrão de comportamento que pode ser estudado e explorado, analisando-se certas características inatas passíveis de controle. MALTEZ, Rafael Tocantis. *Direito do consumidor e publicidade: uma análise jurídica e extrajurídica de publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 34-41.

A questão identitária surge somente com a exposição em “comunidades” e nos tornamos conscientes de que o “pertencimento” e a “identidade” não tem a solidez de uma rocha, são negociáveis e não se garantem perpetuamente para a vida toda.¹⁹⁷ Nesse contexto, são eliminadas todas as singularidades, reduzindo a existência do sujeito à figura de consumidor, de modo que a lógica do consumo, que não pode ser rompida, propicia que, para que esta engrenagem funcione, sejam necessários os mesmos desejos de consumo.¹⁹⁸

Nessa imersão hodierna na *cultura do narcisismo*¹⁹⁹ e na *sociedade do espetáculo*²⁰⁰, estes são instrumentos teóricos para a análise destas novas formas de subjetivação, já que o olhar do outro no campo social e mediático passa a ocupar uma posição ímpar no psíquico, por isso “*a subjetividade assume configuração decididamente estetizante.*”²⁰¹ Por outro lado, obsta as possibilidades de o sujeito se reinventar e criar sua própria identidade, já que a preocupação é a de “parecer ser” através de imagens produzidas para a cena social.²⁰² Esta nova forma pós-moderna de subjetivação faz com que se produza uma verdadeira indústria de medicalização e psiquiatrização do social, já que a cultura do narcisismo e a sociedade do espetáculo enfatizam a exterioridade, o exibicionismo, a auto-exaltação e o autocentramento. Num mecanismo circundante no “eu”, na subjetividade egoística, toda sua ética e estética são construídas para o “eu” e pelo “eu”.

Não é de se estranhar que a depressão seja o sintoma predominante do sofrimento psíquico no final do século XX e início do século XXI, como foi a histeria no final do século XIX. Trata-se de uma delegação pelo homem contemporâneo à competência médica e as intervenções químicas das questões fundamentais dos destinos das pulsões.²⁰³

¹⁹⁷ BAUMAN, Zigmunt. *Identidade: entrevista a benedetto vecchi*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2005, p. 17.

¹⁹⁸ NOVAES, Joana de Vilhena. *O intolerável peso da feiura: sobre as mulheres e seus corpos*. – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Garamond, 2006, p. 60.

¹⁹⁹ LASCH, Christopher. *The culture of narcissism*. New York, Warner Barnes Books, 1979.

²⁰⁰ Como refere Debord, “*o espetáculo não é um conjunto de imagens, mas uma relação social entre pessoas, mediada por imagens*”. DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. – Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 14.

²⁰¹ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 23.

²⁰² BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 167.

²⁰³ KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*, pp. 08-09.

A qualidade mais acentuada da subjetividade na cultura do narcisismo é a não apreciação da *Alteridade*^{204,205} em sua diferença, ainda que esta seja radical. O centramento é em si mesmo, não conseguindo o sujeito descolar-se de seu próprio umbigo. A alteridade é imprescindível na construção da subjetividade, pois o homem é, dentre todos os animais, o mais dependente, o mais desamparado, que necessariamente precisa do outro para sobreviver.²⁰⁶ A solidariedade seria o correspondente nas relações inter-humanas, fundamentando-se na alteridade. Birman reconhece que isso somente seria possível se o sujeito reconhecesse o *outro* na *diferença* e *singularidade*, que são atributos da alteridade²⁰⁷, mas não é o que ocorre. Seja em relação ao ego corporal como projeção de uma superfície ou ainda em relação à força pulsional, o outro sempre está na constituição do sujeito psíquico.²⁰⁸

A subjetivação desenvolve-se sem a permuta das relações inter-humanas, voltando-se para uma preocupação eminentemente biológica e psicofarmacológica, propulsora da explosão da atual violência.^{209,210} As trocas intersubjetivas são substituídas pelos desejos fortemente exibicionistas, com exaltação da individualidade e autocentrados, abandonando a solidariedade, que é o fundamento das relações inter-humanas fundadas na *alteridade*.²¹¹

O corpo, desta forma, é o grande cenário do mal-estar, a grande queixa. Estamos sempre aquém de nossa sanidade física. Sempre correndo atrás para melhorar a performance corporal, acentuando o cuidado corporal tendo em mira o medo e a proximidade da morte. O estresse toma conta do psiquismo, a autoestima se dissolve e o sentimento de insegurança psíquica assola o eu, esvaziando a possibilidade que o eu tinha de dar conta das relações entre o corpo e o mundo. Tanto o eu quanto o psiquismo

²⁰⁴ Souza diz que “a alteridade, então, é a condição de ‘outro’ em relação a mim.” SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento: uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004, p. 58.

²⁰⁵ Sobre a questão da *Alteridade*, veja-se: LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. 3.ed., Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

²⁰⁶ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*, 1997.

²⁰⁷ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 25.

²⁰⁸ FERNANDES, Maria Helena. *Corpo*, p. 119.

²⁰⁹ Birman se preocupa de forma igual com os processos de medicalização e psiquiatrização do social, que ficariam atenuados pelas neurociências e psicofarmacologia, levando a construção gigantesca do narcotráfico. BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, pp. 23-26.

²¹⁰ PAIM FILHO, Ignácio A. A ética e a violência: no interjogo do narcisismo e da alteridade. In: SOCIEDADE BRASILEIRA DE PSICANÁLISE DE PORTO ALEGRE. *Pensando a violência com Freud a Brasileira na Cultura*, Porto Alegre: SBPdePA, 2005, pp. 37-44.

²¹¹ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, pp. 24-25.

perdem sua potência, desaparecem os referenciais, ocorrendo uma espécie de “desposseção de si”.²¹²

As pessoas estão entregues ao jogo de suas próprias intensidades, excitações corpóreas, sem qualquer regulação, sem destino no campo do pensar. Há uma somatização ao corpo, a partir de uma hipocondria em face do temor da morte. Esta intensidade é extravasada no corpo. A eterna busca da imortalidade transforma-o em um corpo de encenação da obra de arte.²¹³ Assiste-se ao outro como um desfrute de seu espetáculo, encarando-o como um objeto para seu deleite. Engrandecer a própria *imagem* é o objetivo e o objeto de consumo do sujeito, assim como ver o outro como instrumento para alimentar sua autoimagem e descartá-lo quando ele não mais lhe serve nessa função abjeta.²¹⁴

Nessa sociedade de indivíduos, mesmo cada um sendo um indivíduo, são, paradoxalmente semelhantes aos outros pelo fato de seguirem as mesmas estratégias de vida, usar símbolos comuns. Não há escolha individual de “ser ou não ser”, mas a individualidade está presa ao “espírito de grupo” imposto.²¹⁵ Desta forma, os pacientes que buscam as cirurgias plásticas são pessoas não doentes, que objetivam mudar sua aparência, sua identidade, cambiando sua relação com o mundo através desta alteração simbólica imediata. Neste sentido, a medicina pós-moderna está fundada na crença de que o paciente tem pleno domínio de si e na busca por resultados instantâneos.²¹⁶

Mas não é desta forma que se deve encarar a questão, já que muitos pacientes encontram-se em posição de fragilidade e enfermidade. De modo que, pode-se perceber a desenfreada busca pelas cirurgias plásticas na tentativa igualá-los corporalmente, apostando assim, na diminuição do seu sofrimento de desamparo.

²¹² BIRMAN, Joel. *Arquivos do mal-estar e da resistência*. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 186.

²¹³ VILHENA, Junia de; NOVAES, Joana de Vilhena e ROCHA, Livia. *Comendo, comendo e não se satisfazendo: apenas uma questão cirúrgica? Obesidade mórbida e o culto ao corpo na sociedade contemporânea*. Revista Mal-Estar e Subjetividade, vol.8, n.2, 2008, pp. 384.

²¹⁴ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 25.

²¹⁵ BAUMAN, Zigmunt. *Vida líquida*, p. 26.

²¹⁶ LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*, p. 47.

1.2.2.1 Individualidade, assimetria corporal e o ímpeto de uniformização corporal por meio das cirurgias plásticas

Cada indivíduo é um ser uno, sem outro igual na humanidade, mesmo diante das similitudes anatômicas entre um corpo humano e outro. Cada um tem sua particularidade que o individualiza e o torna único na sociedade, ainda que todos tenham nariz, boca, lábio, olhos, orelhas, etc., anatomicamente parecidos, mas sempre com um aspecto que o torna peculiar, quer por diferenças orgânicas, quer por diferenças psíquicas.

A individualidade é caracterizada apenas por 0,01% dos genes que compõem os seres humanos, conforme avaliação do estudo denominado Projeto de Diversidade Genômica Humana, sendo 99,99% de semelhanças estruturais igualando todos os demais, de modo que cada um reage individualmente diante de uma substância reconhecida pelo organismo como “*estranha*”.²¹⁷

São dois dimídios que compõem o corpo humano, o lado direito e o lado esquerdo. Tais metades são desiguais, a assimetria corporal e as particularidades da face são presentes em todas as pessoas.²¹⁸ Inviabilizam, diante do obstáculo natural desta simetria inalcançável de cada organismo humano, a busca de um resultado cirúrgico perfeito idealizado pelo paciente já que fora do alcance da técnica científica. Estas assimetrias corporais não são somente características dos seres humanos, os animais apresentam seus órgãos internos de forma assimétrica e, da mesma forma, no reino vegetal são encontrados diversos quadros de assimetria.²¹⁹

²¹⁷ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*. – São Paulo: Hipócrates, 2000, pp. 239-244.

²¹⁸ AVELAR ilustra numerosos exemplos da diferença entre os dois dimídios: (1) só temos um coração que se localiza, normalmente, no lado esquerdo do tórax; (2) temos dois pulmões, sendo o direito maior, já que ao pulmão esquerdo estão alojados o coração e os grandes vasos; (3) temos um só fígado, normalmente localizado no lado direito do abdômen; (4) possuímos somente um estômago, localizado no lado esquerdo do abdômen; (5) o cérebro humano tem dois hemisférios, com enormes diferenças anatômicas; (6) somente temos um baço e um pâncreas, os quais se alojam no lado esquerdo do abdômen; (7) temos dois rins, sendo o direito situado mais abaixo que o esquerdo; (8) o homem têm dois testículos, sendo geralmente o esquerdo situado mais abaixo do que o direito, na bolsa escrotal; (9) as impressões digitais da região palmar da mão direita são diferentes da mão esquerda; (10) as manchas hiper cromáticas (pintas) não se reproduzem de igual modo nos dois lados. AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, pp. 269-273.

²¹⁹ Conforme elucida Avelar, “os órgãos internos de muitas espécies de outros mamíferos (equino, bovino, canino, etc.) apresentam semelhantes assimetrias (um só coração, fígado, estômago, etc.) em um corpo. Assim, uma metade do corpo é diferente da outra. (...) Ao analisar a folha de uma planta, por exemplo, nota-se a existência de muitos pontos assimétricos, de um lado em relação ao outro, assim com os troncos das árvores, da mesma espécie, não são iguais”. AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, pp. 289-292.

Mesmo diante das informações de que o corpo está condicionado a uma infinita assimetria, nesta tendência hodierna classificatória, pode-se perceber que há socialmente o estabelecimento de critérios de classificação em corpos simétricos e assimétricos. A simetria está ligada a questões de harmonia, da inclusão e da integridade corporal e, por outro lado, a assimetria, a características ruins, negativas, excludentes, de desarmonia.

Ao realizar uma cirurgia plástica, torna-se impossível a reprodução da imagem de um paciente tendo como parâmetro a imagem corporal alheia diante da peculiaridade individual de cada um. Há uma busca desenfreada aos cirurgiões plásticos para que “copiem” narizes de artistas, bocas de modelos, alimentados por fantasias que devem ser barradas pelo cirurgião ao detectá-las. Entretanto, não se pode “plagiar” a imagem de uma pessoa para a imagem projetada pelo paciente, uma vez que a expressão fisionômica é peculiar e única para cada pessoa. Muitos recorrem equivocadamente às cirurgias plásticas com ilusões vendidas pelos apelos da mídia ao imaginário coletivo do ocidente pós-moderno, que é permeado pela cultura narcísica, na qual o desejo de onipotência conduz a investir na busca do sucesso individual que atualmente tem a sua materialização no corpo.²²⁰

As características individualizadas de cada paciente permite dizer que não há doença, mas doentes tendo em vista que cada um exterioriza a enfermidade da sua forma, com reações únicas e manifestações patológicas heterogêneas.²²¹ Não só isso, pelo fato de os lados dos corpos reagirem e terem comportamentos diversos um em relação ao outro, da mesma forma ocorre em relação aos resultados das cirurgias plásticas em face da estrutura anatômica individual de cada ser humano.²²²

Destarte, a busca da correção das assimetrias corporais nos seres humanos é, sem sombra de dúvidas, o maior desafio dos cirurgiões plásticos. O campo de alcance da cirurgia plástica é, portanto, a busca incessante por esta correção, esforçando-se para harmonizar as características que se apresentam em desequilíbrio. Assim, o esforço da reprodução idêntica, na exata similitude dos lados do corpo, mostra-se impraticável ao cirurgião plástico com a técnica científica, uma vez que em tempo algum se conseguirá igualar os lados dos corpos, o que pode gerar repercussões emocionais significativas no

²²⁰ VASCONCELOS, Naumi A. de; SUDO, Iana e SUDO, Nara. Um peso na alma: o corpo gordo e a mídia. *Revista Mal-Estar e Subjetividade*, vol.4, n.1, 2004, pp. 65-93

²²¹ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 253.

²²² AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 288.

paciente. A limitação do cirurgião plástico, conseqüentemente, está em, unicamente, amenizar o aspecto físico do paciente na busca do equilíbrio corporal.

1.2.3 A CIRURGIA PLÁSTICA COMO PARTE DE UM PROCESSO DE CONSTRUÇÃO IDENTITÁRIA: CONSTITUIÇÃO SUBJETIVA EM BUSCA DE SENTIDO E BEM-ESTAR MENTAL

Pode-se detectar diversas formas de *percepções subjetivas*²²³ e *objetivas*²²⁴ que o sujeito tem do seu corpo, antes, durante e depois da cirurgia plástica. Talvez a mais poderosa seja a sensação de perda da “posse”, simbolicamente falando, da percepção de descontrole corporal, seja pelo envelhecimento ou seja pela doença. Neste sentido, a identidade do indivíduo se fragmenta, na representação “do que eu era” e “do que sou hoje”.²²⁵ Buscamos imagens de resgate da juventude perdida.

A intervenção resgata o domínio do corpo como se desafiasse o tempo e a lei da gravidade. Para isso, os pacientes constroem uma representação do galeno, como sendo capaz de resgatar a imagem perdida, através de uma máquina do tempo, capaz não só de vencer a natureza mas também as leis da gravidade.²²⁶ Portanto, a intervenção cirúrgica representa um resgate do comando sobre o corpo, desafiando o tempo e a lei da gravidade.

O esforço em direção oposta ao mal-estar mental é no sentido de silenciar esta manifestação perturbadora do corpo²²⁷, que produz sofrimento. A cirurgia plástica pode ser considerada um dos (re)condutores do sentimento de bem-estar mental, ajudando na diminuição da insegurança das relações afetivas, minimização de sofrimentos em face

²²³ São *percepções subjetivas* do indivíduo em relação ao seu corpo antes, durante e após a realização da cirurgia plástica: a imagem que o sujeito tem de seu corpo e sua deficiência; a imagem que a família tem de sua deficiência; o significado ou justificativa para a cirurgia; a produção no indivíduo de imensos sofrimentos e segregação e a necessidade do processo de *igualação*. MEDEIROS, Marília Salles Falci. *Sociedade e Estado*, pp. 425-432.

²²⁴ São *percepções objetivas* do indivíduo em relação ao seu corpo antes, durante e após a realização da cirurgia plástica: as experiências vividas pelo sujeito com sua imagem, ou seja, as interações positivas e negativas do sujeito na escola, no trabalho e em outros espaços públicos; indivíduos portadores de deformidades sofrem em razão de dificuldade de acesso a emprego e; no caso dos deficientes físicos, a sociedade ainda não o integra de modo efetivo. MEDEIROS, Marília Salles Falci. *Sociedade e Estado*, p. 425-432.

²²⁵ MEDEIROS, Marília Salles Falci. *Sociedade e Estado*, p. 424-428.

²²⁶ MEDEIROS, Marília Salles Falci. *Sociedade e Estado*, p. 424-428.

²²⁷ FLEIG, Mario. O mal-estar no corpo. In: TIBURI, Márcia; KEIL, Ivete (orgs.) *O corpo torturado*. – Porto Alegre: Escritos Editora, 2004, p. 137.

da segregação e auxiliando e promovendo (re)encontro com a sua imagem desejada na busca da felicidade.

O cirurgião plástico exerce, muitas vezes, um papel de responsabilidade social, em programas nacionais de saúde, por exemplo, para cuidar, tratar e reestabelecer as várias deformidades corporais em colaboração de instituições governamentais, Organizações Não Governamental (ONG) e cooperativas que prestam cuidados de saúde.²²⁸

A cirurgia plástica pode servir de instrumento para superar deformidades, buscando o reequilíbrio psíquico, a sociabilidade e melhorando a autoimagem, propiciando nova convivência social, sendo indiscutível a finalidade curativa da Cirurgia Plástica, pois a enfermidade transcende o processo patológico-degenerativo para abranger dimensão psicossocial.²²⁹ A abdominoplastia, por exemplo, promoveu *melhora da imagem corporal (autoimagem)*²³⁰, *qualidade de vida*²³¹ e *autoestima*²³², todos decorrentes do enriquecimento da saúde mental.²³³ Não só isso, estudos comprovam que a cirurgia plástica pode melhorar as funções sexuais.²³⁴

Tanto em sua forma reparadora, quanto na estética, a cirurgia plástica é importante instrumento para o processo de reconhecimento dos indivíduos, especialmente na sociedade que impõe um standard de beleza.²³⁵ Desta forma, sustenta-se que as cirurgias plásticas são um instrumento a subsidiar o processo de construção identitária na pós-modernidade, a partir das novas formas subjetividade, que se manifestam de forma corporal em busca da saúde e do bem-estar mental.

²²⁸ BHATT, Yogesh; *et. al.* Social responsibility of the plastic surgeon. *Indian Journal of Plastic Surgery*, vol.41, 2008, pp.128-132; UEBEL, Carlos Oscar. Voluntário da *Humanitarian mission to assist people of Haiti*, representando a ISAPS, em 2010.

²²⁹ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 173.

²³⁰ O instrumento para avaliação específica da imagem corporal foi o *Body Shape Questionnaire*, que é um questionário autoaplicativo que apresenta 34 perguntas.

²³¹ Com aplicação do questionário genérico de avaliação de qualidade de vida denominado *SF-36*.

²³² Instrumento para avaliação da auto estima denominado *Escala de Autoestima Rosenberg*.

²³³ BRITO, Maria José Azevedo de. *Body shape questionnaire, sf-36 e escala de auto-estima rosenberg - epm em pacientes submetidas a abdominoplastia*. Dissertação apresentada à Universidade Federal de São Paulo, na Escola Paulista de Medicina – UNIFESP, para obtenção do título de Mestrado em Ciências São Paulo-SP, 2007.

²³⁴ Pesquisando sobre os efeitos da abdominoplastia sobre a sexualidade feminina Alterações na região púbica, resultante do abdominoplasty pode ter um impacto psicosexual. Assim, é importante estudar a influência de mudanças físicas sobre a sexualidade de pacientes após a abdominoplastia. Concluíram que a mudança física e a nova posição do clitóris pode ter um impacto positivo sobre a sexualidade. BRITO, Maria José Azevedo de; NAHAS, Fabio Xerfan; *et al.* Effects of abdominoplasty on female sexuality: a pilot study. *The Journal of Sexual Medicine*, vol.9, núm.3, mar., 2012, pp. 918-926.

²³⁵ Trata-se da diferenciação entre *cirurgia plástica reparadora* e *cirurgia plástica estética* mais adiante.

2 A BUSCA PELA BELEZA, O CORPO ADOECIDO E A METAMORFOSE DA PESSOA EM PACIENTE

2.1 EXPERIÊNCIA ESTÉTICA E BELEZA

A *Estética*^{236,237,238,239}, que advém da palavra grega *aisthesis*, no sentido de percepção, ‘*compreensão pelos sentidos*’, ‘*capacidade de sentir*’, é a designação da ciência filosófica da arte e do belo.

No campo filosófico²⁴⁰, as primeiras referências sobre *Estética*²⁴¹ encontram-se em Platão^{242,243}, Aristóteles²⁴⁴ e Plotino.²⁴⁵ Na Grécia antiga, o belo não estava presente

²³⁶ Sobre *Estética*, a partir dos textos da Filosofia, conferir: BAUMGARTEN, Alexander Gottlieb. *Estética: a lógica da arte e do poema*. (Coletânea de textos extraídas da edição de Johann Christian Kleyb de 1750) Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, pp. 105-120; HERWITZ, Daniel. *Estética: conceitos-chave em filosofia*. Tradução de Felipe Rangel Elizalde; revisão técnica de Delamar José Volpato Dutra. – Porto Alegre: Artmed, 2010; ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, pp. 367-374; DUARTE, Rodrigo (organização e seleção de textos). *O belo autônomo: textos clássicos de estética* – Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1997; HADDOCK-LOBO, Rafael (organizador). *Os filósofos e a arte*. – Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

²³⁷ Como refere Abbagnano, Baumgarten defendia a tese de que são objeto da arte as representações *confusas*, mas *claras*, isto é, sensíveis mas *perfeitas*, enquanto são objeto do conhecimento racional as representações *distintas* (os conceitos). Significa propriamente *doutrina do conhecimento sensível*. As investigações entre a *arte e o belo* se misturam, já que estes dois objetos coincidem na filosofia moderna e contemporânea, diferentemente da filosofia antiga que os considerava como diferentes e independentes ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 4.ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 367.

²³⁸ Conforme diz Herwitz, a disciplina estética filosófica surge no século XVIII, porém não é esta a primeira vez em que filósofos escrevem sobre arte e beleza. HERWITZ, Daniel. *Estética: conceitos-chave em filosofia*, p. 19.

²³⁹ Para Baumgarten, em seus prolegômenos da obra, “*a Estética (como teoria das artes liberais, como gnoseologia inferior, como arte de pensar de modo belo, como arte do análogo da razão) é a ciência do conhecimento sensitivo.*” O filósofo sustenta que a aplicação da Estética como um conhecimento sensitivo pode ser engrandecido se: 1 – preparar, sobretudo pela percepção, um material convincente às ciências do conhecimento; 2 – adaptar cientificamente os conhecimentos à capacidade de compreensão de qualquer pessoa; 3 – estender a aprimoração do conhecimento além ainda dos limites daquilo que conhecemos distintamente; 4 – fornecer os princípios adequados para todos os estudos contemplativos espirituais e para as artes liberais; 5 – na vida comum, superar a todos na meditação sobre as coisas, ainda que as demais hipóteses sejam semelhantes. BAUMGARTEN, Alexander Gottlieb. *Estética: a lógica da arte e do poema*, p. 95; DUARTE, Rodrigo (organização e seleção de textos). *O belo autônomo: textos clássicos de estética* – Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1997.

²⁴⁰ Limita-se, com a ciência de que a *Estética* para a filosofia tem um significado muito mais abrangente, ligado as Artes, a partir de aproximações e afastamentos, inclusive sendo um ramo de estudos desta, a tratar do desenvolvimento da beleza e de seus padrões estabelecidos com o passar dos tempos.

²⁴¹ Duarte selecionou textos sobre *Estética*, a partir de um critério de importância e centralidade para a sucessão temporal e encadeamento de ideias estéticas. A Antiguidade e Idade Média foram períodos nos quais não houve grande profusão de textos sobre o tema, somente a partir da Idade Moderna. DUARTE, Rodrigo (organização e seleção de textos). *O belo autônomo: textos clássicos de estética*, 1997.

²⁴² PLATÃO. *A república*. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: Editora da Universidade do Pará, 1975, pp. 130-145.

no pensamento, mas era ligado à noção divina de *Bem*, especialmente em Platão e Plotino.

A noção de *belo* encontra-se, com a concepção de objeto estético, somente a partir do século XVIII.²⁴⁶ O vocábulo foi introduzido pela primeira vez, associado com o conceito de *beleza*²⁴⁷, como conhecimento sensorial, por Baumgarten, que utiliza o termo *aesthetica* em sua obra *Meditations philosophiques*, de 1735, depois em alemão (*die aesthetik*) na obra *Aesthetica* no ano 1750²⁴⁸. Kant passou a empregar a denominação “estética” para o estudo da beleza, no sentido utilizado até os dias atuais.

Atualmente, *estética* designa um conjunto de ideias (filosóficas) com as quais se procedem a uma análise, investigação ou especulação a respeito da arte e da beleza.²⁴⁹ Trata-se de uma parte da filosofia que se dedica a buscar sentidos e significados para aquela dimensão da vida na qual o ser humano participa da beleza ou, para alguns, é a “ciência” da beleza. Outra distinção importante é a da *experiência estética*, que trata da forma como sentimos o belo frente a um objeto. Pode-se considerar, portanto, como tudo aquilo que penetra em nossos sentidos e que é capaz de gerar sensações de toda ordem. Não é sinônimo de perfeição, mas traz ínsita a ideia de sensibilidade humana, no sentido de despertá-la.

²⁴³ A partir de Platão surgem as duas concepções de beleza que se perpetuam através dos séculos, a Beleza como *harmonia e proporção das partes*, advinda de Pitágoras, e a Beleza como *esplendor*, exposta no *Fedro*, que influenciaria o pensamento neoplatônico. Para o filósofo, a beleza não está no corpo, que é o local de aprisionamento da alma, e nele não se encontra a verdadeira beleza, pois a beleza tem uma existência autônoma, separada do suporte físico que acidentalmente a exprime. A visão sensível é limitada e insuficiente, sendo a visão intelectual a que permite distinguir a verdadeira beleza que, por sua vez, é acessível a poucos. A beleza então vai à busca de um plano ideal. ECO, Humberto. *História da beleza*. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 50.

²⁴⁴ ARISTÓTELES. *Poética*. Tradução Eudoro de Souza. (os pensadores) São Paulo: Editora Abril. Cap. I a XII, pp. 241-252.

²⁴⁵ PLOTINO. *A alma, a beleza e a contemplação*. Tradução de Imael Quiles. São Paulo: Associação Palas Atena, 1981, pp. 54-63.

²⁴⁶ Com a doutrina do *Belo* como perfeição sensível que nasceu a *Estética*. “*Perfeição sensível*” significa, por um lado, “*representação sensível perfeita*” e, por outro, “*prazer que acompanha a atividade sensível*”. No primeiro sentido, foi concebida por Baumgarten e no segundo, foi utilizada por analistas ingleses como David Hume, com a intenção de determinar os caracteres que fazem do prazer sensível aquilo que se costuma chamar de “beleza”. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, pp. 105-106.

²⁴⁷ Cientes das diferenças entre *estética*, *beleza* e *experiência estética* para a filosofia, por vezes com extremado rigor, limitar-nos-emos a tratar da questão da *beleza*, não sob o aspecto filosófico, mas antropológico e psicológico, e utilizaremos a *estética* e *experiência estética* como sinônimos de beleza durante o percurso da pesquisa.

²⁴⁸ BAUMGARTEN, Alexander Gottlieb. *Estética: a lógica da arte e do poema*, 1993.

²⁴⁹ DUARTE JÚNIOR, João-Francisco. *O que é beleza*, p. 08.

Quanto à *beleza*, na Grécia, já se podiam detectar o estabelecimento de padrões de beleza estabelecidos a partir da preocupação social em criar certos moldes estéticos. Especialmente na sociedade grega clássica, a estética, o físico e o intelecto eram preocupações, sendo o corpo tão importante quanto à intelectualidade. Os temas da beleza e juventude sempre estiveram presentes em nossa história. Para citar apenas alguns exemplos, temos o mito de Narciso que, encantado com sua beleza, perde-se no reflexo da própria imagem.

Na Idade Média, havia a apreensão com a privação alimentar, com a preocupação de que o corpo se tornasse alma, para desencarnar. Para atingir este objetivo, a forma mais rápida era a privação do alimento. Era a busca de dominação da carne pelo espírito, uma tentativa mística de aproximar-se de Deus, afastando-se dos homens.²⁵⁰ Mais tarde, no Renascimento, alterou-se o padrão de beleza feminino para formas mais arredondadas, pele alva e rosto mais afinado.²⁵¹

Os cânones estéticos foram alterados substancialmente com a entrada do açúcar e da batata no cardápio europeu, modificando, a partir da entrada desses lipídios, os modelos de beleza feminina. Entre os séculos XVI e XVIII, essa mudança, especialmente na Europa, passou pelo abandono dos seios pequenos e quadris estreitos das mulheres até então retratadas na pintura, para a imersão nas dobras rosadas das “gordinhas”. A gordura não se caracterizava como sendo apenas sinônimo de beleza, mas também de distinção social, sendo a gordura sinônimo de riqueza e formosura.

A partir de meados do século XIX, começa a preocupação com a obesidade e ao longo do século XX houve enormes transformações. Na Europa, multiplicaram-se ginásios, professores de ginástica e a medicina começa a voltar sua atenção para as vantagens físicas dos exercícios. Inicia-se a busca pelo chamado *embonpoint*, ou seja, os indesejados quilinhos a mais. O regime, musculação, valorização dos modelos “tubo”, valorizadores da silhueta corporal, chamam a atenção, fazendo com que esta norma estética e a preocupação da literatura médica se volte para a temática do emagrecimento, a masculinização do corpo feminino e o endurecimento. Já no início do século XX o corpo passa a agrupar o conjunto de discursos que hoje vigoram.²⁵² Especialmente, no início do século XXI, o culto ao corpo se torna uma verdadeira obsessão, transformando

²⁵⁰ NOVAES, Joana de Vilhena. *Com que corpo eu vou?: sociabilidade e usos do corpo nas mulheres das camadas altas e populares*. – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Pallas, 2010, p. 11.

²⁵¹ BARROS, Ana Paula Ferrari Lemos (org.) *Beleza à venda: auto-estima não tem preço*. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 12.

²⁵² NOVAES, Joana de Vilhena. *O intolerável peso da feiura: sobre as mulheres e seus corpos*, p. 124.

estilos de vida.²⁵³ A questão estética se estabelece como *forma* e *fôrma*, e o que é belo pode vir a ser feito. Pode-se afirmar que esculpimos nossos corpos de acordo com a cultura na qual estamos inscritos.²⁵⁴

É imposto um padrão de beleza social que compromete substancialmente o presente e o futuro das vítimas desta *discriminação estética*.²⁵⁵ O envelhecimento foi transformado em enfermidade, assim, ser saudável, belo e não envelhecer, são imperativos morais e éticos.²⁵⁶

Os *padrões de beleza*²⁵⁷ e da feiura são eminentemente provindos da *cultura*²⁵⁸, variando no tempo e espaço. O aspecto cultural é tão presente, que tem influência não só no condicionamento da visão de mundo da pessoa, mas interfere no plano biológico, sendo capaz de provocar até curas de doenças, reais ou imaginárias.²⁵⁹ Desta forma, os fundamentos encontrados pelos membros de uma sociedade humana são lógicas de coerência que fazem sentido somente dentro do próprio sistema, que está em constante mutação.²⁶⁰ Diversos paradigmas de beleza são, em verdade, expressões de uma carga genética de qualidade, por isso atraentes para reprodução de sucesso em razão da aparência de juventude.²⁶¹

A conceituação de beleza é efêmera, variante no tempo em face de aspectos sociais, culturais e étnicos. Estes são influenciados nos dias atuais pelos meios de comunicação, que fixam padrões de beleza mais valorizados socialmente. São eminentemente fatores subjetivos que submetem a beleza ao que se denomina de senso estético, que está ligado intimamente ao mundo interior de cada pessoa.²⁶² O não

²⁵³ GOLDENBERG, Mirian. *Gênero e corpo na cultura brasileira*. Psicologia Clínica. Rio de Janeiro, vol.17, n.2, 2005, p. 66.

²⁵⁴ NOVAES, Joana de Vilhena. *Com que corpo eu vou?: sociabilidade e usos do corpo nas mulheres das camadas altas e populares*. – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Pallas, 2010, pp. 08-11.

²⁵⁵ BARROS considera *discriminação estética* aquela voltada contra pessoas que fogem do padrão de aparência aceito por uma determinada sociedade. BARROS, Ana Paula Ferrari Lemos (org.) *Beleza à venda: auto-estima não tem preço*, p. 09.

²⁵⁶ BIRMAN, Joel. *Arquivos do mal-estar e da resistência*, p. 215.

²⁵⁷ OLIVEIRA, Nucia Alexandra Silva de. Em jogo...os jogos da beleza. *Revista Estudos Feministas*, vol.10, n.1, 2002, pp. 254-256.

²⁵⁸ Trabalha-se o conceito de *cultura* a partir das ideias de Laraia, de que o homem vê o mundo através dela e, como consequência, tem propensão em considerar o seu modo de vida o mais correto e natural. Tal tendência denomina-se etnocentrismo. LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um fenômeno antropológico*. 18.ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 72.

²⁵⁹ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um fenômeno antropológico*. 18.ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 77

²⁶⁰ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um fenômeno antropológico*, p. 91.

²⁶¹ VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*. – Florianópolis: Insular, 2005, pp. 21-22.

²⁶² AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 183.

enquadramento da própria imagem nesses códigos interpretativos, ou seja, do ajuste nos limites dos desejos estéticos, seja por deformidades, doenças, degenerescência inevitável dos anos, podem gerar muitas distorções em frente ao espelho pela insatisfação, ocasionando um estado interior transtornado.²⁶³

Não se pode dizer que há um único modelo típico de beleza, mas o que existem são conceitos estéticos que simulam concepções de uma identidade pessoal de cada ser humano, situando a aparência física emparelhada com a autoimagem idealizada por cada um de nós. Aqueles pacientes equilibrados psicologicamente buscam não um conceito puro de beleza, mas a proximidade com pessoas do mesmo grupo com o qual convivem. De outro lado, os pacientes portadores de distúrbios psicológicos criam imagens irreais e buscam resultados cirúrgicos impossíveis já que fundados na utópica ideia de perfeição. Assim, o cirurgião plástico deve estar familiarizado com o campo psicológico do paciente para garantir adequada motivação que leve em consideração os seus verdadeiros aspectos físicos e a realidade.²⁶⁴

A beleza é uma maneira de nos relacionarmos com o mundo, ou seja, não diz respeito às qualidades dos objetos, mas a forma como nos associamos com eles.²⁶⁵ Temos que conviver com a alteridade, que nos apresenta seu mundo e suas perspectivas, sua linguagem, suas referências diferentes das nossas, enfim, não falamos todos do mesmo lugar.²⁶⁶ Assim, não há uma “*realidade em si*”, mas infinitos sentidos de realidade que se apresentam. O exemplo utilizado é de um velho e mal conservado livro, que para um livreiro tem pouco valor econômico e para um colecionador terá um expressivo valor. O livro não é um objeto neutro, mas ele é o valor e o sentido que assume para cada apreciador. Não há um livro em si fenomenologicamente, mas diversos livros apreciados segundo perspectivas diversas. Não se trata de destinar alguém ao estatuto da *feiura*²⁶⁷ e, por conseguinte, fadado a uma exclusão social, mas a

²⁶³ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 192.

²⁶⁴ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 213.

²⁶⁵ DUARTE JÚNIOR, João-Francisco. *O que é beleza*, p. 14.

²⁶⁶ SOUZA, Ricardo Timm de. *Sobre a construção do sentido: o pensar e o agir entre a vida e a filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 15.

²⁶⁷ Novaes relata que o termo *feiura*, etimologicamente, tem sua raiz no latim *foeditas* e quer dizer, simultaneamente, sujeira e vergonha. No francês, a palavra *laideur* deriva-se do verbo *laedere*, que em latim significa ferir. Portanto, sempre ligado a uma exclusão da alteridade. NOVAES, Joana de Vilhena. *Com que corpo eu vou?: sociabilidade e usos do corpo nas mulheres das camadas altas e populares*, p. 64.

alteridade e estética não são categorias excludentes²⁶⁸, são sim diferentes percepções de distintas experiências estéticas.

A expectativa e cumprimento desta expectativa da experiência estética, passam-se na temporalidade, que é a própria existência. Nossa vivência é a expressão de uma *temporalidade concreta*²⁶⁹. Acostumamo-nos a pensar que só são “reais” as figurações rígidas da realidade. O infinito que eu vejo, assim sendo, é a capacidade representacional que tenho dele e assim é a sensibilidade humana e a beleza, ou a experiência da beleza em contato com as pessoas e as coisas.

Por isso, atribuímos, então, nossas percepções estéticas a partir de sensações, formando os conceitos e padrões de beleza, que não se encontram nas coisas em si, mas na recepção pelos sentidos que atribuímos a elas. Desta maneira, refletir nas questões de beleza e os cuidados com o corpo significa pensar também em outras dimensões que estão ocultas ou esquecidas. Tais questões, longe de serem superficiais, são de vital importância.²⁷⁰

2.2 CORPO COMO EXPERIÊNCIA DO SUJEITO, DISTORÇÕES DA IMAGEM CORPORAL E OS TRANSTORNOS MENTAIS

O corpo tem colossal relevância no psiquismo, como expressado na famosa frase de Freud, “*o ego, antes de tudo, é corporal*”.²⁷¹ Desde a condição mais primitiva, as múltiplas sensações que procedem de várias partes do organismo, tanto interior, quanto exterior, estão ligadas no psiquismo inconsciente da criança. Assim, o corpo expressa os conflitos através da sintomatologia *psicossomática*^{272,273,274,275}, já que o

²⁶⁸ FEITOSA, C. Alteridade na estética: reflexões sobre a feiura. In: KATZ, C. S.; KUPERMANN, D.; MOSÉ, V. (orgs.). *Beleza, feiura e psicanálise*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2004, pp. 29-39.
SOUZA, Ricardo Timm de. *Sobre a construção do sentido: o pensar e o agir entre a vida e a filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 34.

²⁷⁰ FERREIRA, Francisco Romão. *Os sentidos do corpo: cirurgias estéticas, discurso médico e saúde pública*. Tese de doutorado em Saúde Pública apresentada ao Programa e Pós-Graduação em Saúde Pública da Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro-RJ, 2006, p. 208.

²⁷¹ FREUD, S. (1923) *O ego e o id*. Obras Completas de Sigmund Freud, vol. XIX (pp. 13-89) Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 40.

²⁷² O termo *psicossomática*, que surgiu na primeira metade do século XX, estreita a separação entre doenças de caráter mental e que procedem do físico. Trata da abordagem da medicina e de certas doenças caracterizadas pela tomada em conta, ao mesmo tempo, dos sintomas físicos, cuja realidade marca a separação do mundo das neuroses e dos estados mentais que refletem os acontecimentos vitais e os

desenvolvimento emocional inicial está ligado às funções corporais.²⁷⁶ Assim, desenvolve-se a experiência corporal do sujeito.

Como o corpo está acondicionado por pulsões e desejos, sendo ele que modula a relação entre o pensamento e a linguagem, demonstrando-se, assim, a finitude, a incompletude e a incerteza do sujeito. É nele, no corpo, que a dor se enraíza. Para ele não existe o sujeito e seu corpo, mas um corpo-sujeito.²⁷⁷

O corpo revela, em primeiro plano, o mal-estar que o assola. Esta fragilidade do existir, polarizadas entre a vida e a morte e compartilhada pela subjetividade, fica registrada no corpo.²⁷⁸ Como diz Birman “*o sujeito é regulado pela performatividade mediante a qual compõe os gestos voltados para a sedução do outro. Este é apenas um objeto predatório para o gozo daquele e para o enaltecimento do eu. As individualidades se transformam, pois, tendencialmente, em objetos descartáveis, como qualquer objeto vendido nos supermercados e cantado em prosa e verso pela retórica da publicidade.*” De modo que a imagem é condição para o espetáculo na cena social e para a captação narcísica do outro.²⁷⁹ Há uma mutação do sujeito em uma máscara voltada para a exterioridade e exibição capaz de proporcionar a captura do outro.

O corpo, desta forma, adquire lugar central no processo identitário. Tatuagens e piercings, por exemplo, dizem muito sobre as pessoas. A organização dos grupos na sociedade cosmética é baseada na aparência, na roupa, em elementos externos. É como se, diante de uma crise de identidade ou de uma repentina depressão, bastasse recorrer a um tatuador ou a um cirurgião plástico para resgatar a sensação de conforto.²⁸⁰

conflitos que dependem da biografia e da personalidade do paciente. DORON, Roland; PAROT, Françoise. *Dicionário de psicologia*, p. 626.

²⁷³ *Psicossomática* é o ramo da psiquiatria que estuda e trata as relações entre processos mentais, emocionais e somáticos, especialmente na maneira pela qual os conflitos emocionais influenciam a sintomatologia somática. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*. 4.ed. – São Paulo: Rideel, 2010, p. 352.

²⁷⁴ A Psicanálise e a Medicina estão imbricadas, tanto que há um ramo da Medicina denominado Medicina Psicossomática, que trata do estudo das relações mente-corpo com ênfase na explicação psicológica dos sintomas corporais. EKSTERMAN, Abram. *Psicossomática: o diálogo entre a psicanálise e a medicina*. In: MELLO FILHO, Júlio (coord.). *Psicossomática hoje*, p. 93.

²⁷⁵ Sobre *psicossomática*, veja-se: MELLO FILHO, Júlio (coord.). *Psicossomática hoje*. 2.ed. – Porto Alegre: Artmed, 2010.

²⁷⁶ ZIMERMAN, David E. *Psicanálise em perguntas e respostas: verdades, mitos e tabus*, p. 105.

²⁷⁷ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 90.

²⁷⁸ BIRMAN, Joel. *Arquivos do mal-estar e da resistência*, p. 214.

²⁷⁹ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 188.

²⁸⁰ CHÁVEZ, Mauricio Genet Guzmán. *O mais profundo é a pele: sociedade cosmética na era da biodiversidade*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis-SC, 2004, p. 34.

2.2.1 SIGNIFICADO DO CORPO

É no corpo que a subjetividade sofrente possui, que a dor se enraíza. A existência do homem é corporal. O corpo é sua morada e o seu rosto.²⁸¹

O corpo é, como referido, uma construção simbólica, não uma realidade em si.²⁸² A sua concepção se estabelece pela imagem da sensação que é esculpida em nosso psiquismo. Descobre-se, então, o corpo pela dor que o denuncia. Esta dor, que é eminentemente psíquica, emana da subjetividade e, em razão disso, fugir dela se torna tarefa impossível.²⁸³

Nosso cérebro é distinto já que é capaz de criar mapas, de fora para dentro, quando interagimos com objetos, desta forma institui imagens que circulam na mente²⁸⁴. Sob o ponto de vista da medicina, especialmente das neurociências, o neurocientista Damásio sustenta que o “*cérebro é um imitador inveterado*”. Em relação ao corpo, o cérebro produz mapas explícitos de estruturas que o compõem, tendo literalmente o poder de “introduzir” o corpo como um *conteúdo* do processo mental. A partir das interações que corpo tem com o meio circundante, são causadas mudanças nos mapas mentais. E arremata, “*sem dúvida, é verdade que a mente toma conhecimento do mundo exterior por intermédio do cérebro, mas é igualmente verdade que o cérebro só pode obter informações por meio do corpo*”.²⁸⁵

Na formação desta imagem, são necessários três parâmetros: o *afeto*, o *outro* e o *tempo*. De modo que a imagem é permeada pelo “*conjunto diacrônico de representações afetivamente investidas, impregnadas pela presença interiorizada do outro e repetindo-se em nossa história, constitui o conjunto das imagens mentais do corpo*.”²⁸⁶ Diante do espelho, emergem duas imagens, o reflexo visível e outra imagem não visível, mental, decorrente das impressões sensoriais que podem ser imprecisas ou fugitivas.

²⁸¹ LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*. Tradução de Fábio dos Santos Creder Lopes. – Petrópolis: Vozes, 2011, p. 07.

²⁸² LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*, p. 18.

²⁸³ FLEIG, Mario. O mal-estar no corpo. In: TIBURI, Márcia; KEIL, Ivete (orgs.) *O corpo torturado*, pp. 131-132.

²⁸⁴ DAMÁSIO, Antônio R. *E o cérebro criou o homem*. Tradução de Laura Teixeira Motta – São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 87.

²⁸⁵ Damásio, DAMÁSIO, Antônio R. *E o cérebro criou o homem*, pp. 118-122.

²⁸⁶ NASIO, Juan David. *Meu corpo e suas imagens*. Tradução de André Telles. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009, p. 09.

Esta prática de transformar ou alterar o corpo é um comum em várias culturas, em distintos locais do planeta, acentuando a *polissemia do corpo*²⁸⁷. Este costume, em sua maioria, tem relação com o padrão estético vigente em determinado grupo social. Alguns exemplos são: a redução dos pés das mulheres chinesas até o princípio do século XX, o aumento dos lábios e a perfuração do nariz e das orelhas entre as tribos indígenas brasileiras; o alongamento do pescoço com anéis de metal, entre as tribos asiáticas; a criação de queloides faciais, entre as tribos africanas, dentre tantas outras formas de alteração corporal.²⁸⁸

A morte é talvez uma das únicas certezas que podemos ter da vida. O sentimento de imortalidade que envolve os seres humanos faz com que muitos relutem em aceitar que há, inexoravelmente, um estágio final e intransponível à vida.²⁸⁹ A batalha contra o corpo evidencia o medo da morte, por isso com a busca incessante pela conformidade corporal, na tentativa de associá-lo a ideia concepção de máquina, faz com que desapareça esta sensação de mortalidade.²⁹⁰ De modo que se faz necessária interferência e transformação corporal, através de cirurgia plástica, para readequação deste corpo sofrante, considerando o corpo como um todo na sua complexidade.

2.2.2.1 Ruptura da dicotomia corpo-alma

A ideia fundante dos anatomistas anteriores a Descartes e à filosofia mecanicista, na modernidade, é a de que há um dualismo entre o homem de um lado, em seu aspecto psíquico, da alma, e seu corpo, separadamente, de outro. O próprio Descartes, ao formular o *cogito*, amplia esta ideia de divisão entre o homem e seu corpo, que é uma máquina, um estofado, um invólucro no qual a essência residiria no *cogito*. Le

²⁸⁷ Conforme Le Breton, nas sociedades tradicionais, com características holísticas, comunitárias, o corpo não é objeto de cisão, já que o homem está misturado ao cosmo, à natureza, à comunidade. Não se pensa, nestas sociedades, no corpo de uma forma isolada, a partir de estruturas individualistas, mas o sentido da existência do homem marca uma submissão fiel ao grupo, ao cosmo e à natureza, já que o próprio indivíduo não se destaca do grupo, diferentemente como ocorre nas sociedades ocidentais, nas quais o homem é separado do cosmo, de todos e de si mesmo. Em sociedades africanas, por exemplo, a pele, a carne não demarcam a fronteira da individualidade, mas a pessoa é concebida sob uma forma complexa e plural. LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*, pp. 31-36.

²⁸⁸ VILLAÇA, Nízia; GÓES, Fred; KOSOSVSKI, Ester. *Que corpo é esse?* Rio de Janeiro: Muad, 1999, p. 09.

²⁸⁹ BORGES, Gustavo Silveira. Uma breve reflexão interdisciplinar acerca da eutanásia passiva. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 21, n. IV, 2006, p. 159.

²⁹⁰ LE BRETON, David. *Adeus ao corpo: antropologia e sociedade*. Tradução de Marina Appenzeller. – Campinas, SP: Papirus, 2003, p. 17.

Breton coloca a publicação do *de humani corpori fabrica*, em 1543, como o marco simbólico de mutação epistemológica de condução à medicina e à biologia contemporâneas.²⁹¹

Desde então se realizou grande cisão no domínio do conhecimento, dissociando-se o físico (objetivo) do psíquico (subjetivo). Um sistema cartesiano baseado na objetividade, experimentação e na observação, em obediência às leis precisas da matemática.²⁹² Houve uma verdadeira dissensão entre o corpo-organismo e psiquismo, sendo o primeiro usucapido pela Medicina e o outro à Psicanálise. Esta separação ocorreu no seio da sociedade industrial, entre a razão e a emoção, fortalecendo a verdade científica.²⁹³ A separação do corpo no pensamento ocidental gerou três consequências: o homem foi cindido em si mesmo (através da distinção entre homem e corpo, alma-corpo, espírito-corpo, etc.); foi cindido com os demais (passa-se de uma estrutura social comunitária para uma individualista) e; cindido com o universo (os saberes não mais se extraem do cosmo).²⁹⁴ A corroborar isso, o fato de não se encontrar no vocabulário de psicanálise um verbete específico tratando sobre o *corpo*.²⁹⁵ Todavia, o organismo está ligado a questões biológicas, enquanto que o corpo está vinculado às questões sexuais e pulsionais. Freud inovou ao inter-relacionar o organismo com o psiquismo através da problemática do corpo, possibilitando ir para além do paralelismo psicofísico. Portanto, o corpo se constitui na ruptura com a natureza, possibilitando abertura ao Outro, já o organismo está ligado ao ritmo natural, defendendo Birman a existência de um *corpo-sujeito*.²⁹⁶ Birman refere que

o discurso freudiano formulou que o *eu*, como instância totalizante do psiquismo e do corpo, não seria originário, como pensara anteriormente, mas derivado do investimento do *outro*. Isso porque a condição primeira do infante seria a da fragmentação, promovida pelo auto-erotismo e pela sexualidade perversa-polimorfa. Portanto, seria o outro quem promoveria a unidade do *eu* e do corpo através da *imagem*, que teria a potência de unificação destes registros. Constituir-se-ia, assim, o narcisismo primário, que estaria no fundamento do *eu*. Caracterizando-se pela onipotência, o *eu* visaria dominar a fragmentação originária.²⁹⁷

²⁹¹ LE BRETON, David. *Adeus ao corpo: antropologia e sociedade*, p. 18.

²⁹² ÁVILA, Lazslo Antônio. *O eu e o corpo*. – São Paulo: Escuta, 2004, p. 27.

²⁹³ Os cientistas, ao se descolarem das crenças religiosas – e, através do racionalismo, passaram a utilizar as técnicas que permitiram auxiliar os homens – terminaram por sacralizar uma nova crença, a *verdade científica*, que passou a ser a revelação da válida e incontestável verdade. GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Lumen Juris editora, 2004, p. 01.

²⁹⁴ LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*, pp. 284-285.

²⁹⁵ LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. *Vocabulaire de la psychanalyse*. Paris: PUF, 2002.

²⁹⁶ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 59.

²⁹⁷ BIRMAN, Joel. *Freud & a filosofia*, p. 66.

O *eu* se constitui, inescapavelmente, a partir do outro, através de um processo de derivativo e não somente com marcas originárias, de modo que está superada esta visão dicotômica.

A subjetividade deve ser modulada entre o *eu* onipotente e o *outro*, limitada a arrogância, para reconhecer a alteridade no outro, a fim de libertar sua imagem alienada pela qual fora constituído, passando do *eu ideal* para o *ideal do eu*.²⁹⁸ Esse processo de constituição alienante do *eu* a partir da captura do *outro* foi denominado por Lacan como o “*Estádio do Espelho*”.²⁹⁹ Pode-se dizer, à vista disso, que o corpo e o sujeito estão embaraçados de tal forma que constituem corpos-sujeitos em diversos níveis de organização e de ser, de modo que não se pode pensar isoladamente no sujeito desencarnado.

A pulsão, definida por Freud como “*conceito limite entre o psíquico e o somático, como o representante psíquico dos estímulos que provêm do interior do corpo e alcançam a psique*”³⁰⁰, foi o conceito estruturante da psicanálise que permitiu se descolar da biologia e da psicologia. Freud anunciou que “*o ego é antes de tudo é um ego corporal; ele não é apenas um ser de superfície, mas é, ele próprio, a projeção de uma superfície*”.³⁰¹ Essa edificação do *eu* corporal remete à transformação das forças pulsionais a partir do Outro. Diz Birman que “*se pode falar então do corpo como um ‘território’ ocupado do organismo, isto é, como um conjunto de marcas impressas ‘sobre’ e ‘no’ organismo pela inflexão promovida pelo Outro.*”³⁰²

²⁹⁸ BIRMAN, Joel. *Freud & a filosofia*, p. 68.

²⁹⁹ Segundo Lacan, no “*Estádio do Espelho*”, a identificação tem sua origem no período infantil, especificamente dos seis aos dezoito meses, e consiste na antecipação da aquisição da unidade funcional do corpo pela criança antes que ela utilize a linguagem. Antes de afirmar sua identidade, o Eu se confunde com essa imagem que o forma e o aliena. Essa alienação do sujeito pela imagem é a fonte em que se alimentará a agressividade constitutiva da formação, ao mesmo tempo, do Eu e do vínculo social. O *Estádio do Espelho*, portanto, indica o momento de organização da estrutura do sujeito, tornando clara a referência simbólica que o outro ocupa, o modo como o sujeito, em relação com o outro, regula sua própria imagem (eu ideal), tendo sempre como referência o modelo onipotente do ideal do eu a que o sujeito e o outro estão sujeitos. Esta identificação jamais se tornará completa, não há correspondência possível entre um Eu social e o inconsciente; ela será uma eterna busca por aquele momento em que a criança se volta para o adulto, como que a buscar, de algum modo, seu assentimento. LACAN, Jacques. O estádio do espelho como formador da função do eu. In: *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998; FERREIRA, Francisco Romão. A produção de sentidos sobre a imagem do corpo. *Interface*. vol.12, n.26, 2008, pp. 471-483.

³⁰⁰ FREUD, Sigmund. (1915) Pulsões e destinos da pulsão. In: FREUD, Sigmund. *Escritos sobre a psicologia do inconsciente: obras psicológicas de sigmund freud* – volume 1. Coordenação de tradução de Luiz Alberto Hanns. Rio de Janeiro: IMAGO, 2004, p. 148.

³⁰¹ FREUD, Sigmund. (1923) O ego e o id. In: *Obras completas de sigmund freud, vol. XIX* (pp. 13-89) Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 41.

³⁰² BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 62.

No corpo real, que é a matéria viva, o local da ocorrência sensorial bruta, acéfala, nasce a excitação como resposta. A seguir, surge a representação mental do ocorrido. De modo que, esta representação psíquica, seja inconsciente ou consciente, é a *imagem mental do corpo*, superando a anterior dicotomia. Deste modo, a sensação percebida se converte na imagem, como menciona Nasio, “*o grande Leonardo da Vinci qualificava a pintura como ‘cosa mentale’ porque a pintura – pensava ele – não está na tela, mas na cabeça daquele que a pinta ou do espectador que a contempla. Pois bem, para nós, psicanalistas, o corpo não existe no espaço, existe na cabeça daquele que o carrega.*”³⁰³

2.2.3 CONCEPÇÃO PÓS-MODERNA DO CORPO-IMAGEM, AUTOIMAGEM E IMAGEM CORPORAL: DISTORÇÕES NA SOCIEDADE DO CONSUMO

Nesta *sociedade de consumo*,³⁰⁴ o corpo se torna abrigo ou prisão nessa “crise de valores”, com o “declínio da função paterna”.³⁰⁵ Há uma verdadeira relação simbiótica entre o homem e os objetos, que o tornam essencialmente dependentes do “produto”, do objeto que o salve da “massa”. Hanna Arendt refere que

a condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. O mundo no qual transcorre a *vita activa* consiste em coisas produzidas pelas atividades humanas; mas, constantemente, as coisas que devem sua existência exclusivamente aos homens também condicionam os seus autores humanos. Além das condições nas quais a vida é dada ao homem na Terra e, até certo ponto, a partir delas, os homens constantemente criam as suas próprias condições que, a despeito de sua variabilidade e sua origem humana, possuem a mesma força condicionante das coisas naturais. O que quer que toque a vida humana ou entre em duradoura relação com ela, assume imediatamente o caráter de condição de existência humana. É por isto que os homens, independentemente do que façam, são sempre seres condicionados. Tudo o que espontaneamente adentra no mundo humano, ou para ele é trazido pelo esforço humano, torna-se parte da condição humana. O impacto da realidade do mundo sobre a existência humana é sentido e recebido como força condicionante. A objetividade do mundo – o seu caráter de coisa ou objeto – e a condição humana complementam-se uma à outra; por ser uma existência condicionada, a existência humana seria impossível sem as coisas, e estas seriam um amontoado de artigos incoerentes, um não-mundo, se esses artigos não fossem condicionantes da existência humana.³⁰⁶

³⁰³ NASIO, Juan David. *Meu corpo e suas imagens*, p. 08.

³⁰⁴ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*, 1995.

³⁰⁵ NOVAES, Joana de Vilhena. *Com que corpo eu vou?: sociabilidade e usos do corpo nas mulheres das camadas altas e populares*, p. 16.

³⁰⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. – 10.ed.- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 17.

A inquietação com a valorização da beleza pela civilização foi apresentada por Freud, em *O mal-estar na civilização*, já detectando que a beleza seria uma estratégia traçada para busca da felicidade.³⁰⁷ É possível verificar o exponencial acréscimo da sintomatologia corporal na contemporaneidade, o que Freud denominava de “*neurose atual*”³⁰⁸, propondo que a angústia advém de um acúmulo no domínio das excitações, cuja origem é somática.³⁰⁹

Na modernidade, o cuidado de si estava voltado para o desenvolvimento das virtudes morais e dos sentimentos, já contemporaneamente se volta para a beleza, saúde, boa forma e longevidade, formando um novo modelo de identidade calcado no culto ao corpo, dizendo

ser jovem, saudável, longo e atento à forma física tornou-se a regra científica que aprova ou condena outras aspirações à felicidade. Crenças religiosas, políticas, psicológicas, sociais e outras são admitidas desde que se afinem com os cânones da qualidade de vida. A boa religião é aquela conforme o ideal de boa saúde; a boa política é a que respeita o cuidado com o ambiente físico da espécie natural.³¹⁰

A modelagem do corpo, a taxinomia da juventude, a sonogação da debilidade, essas são as características do indivíduo contemporâneo. O corpo situa-se, no discurso científico contemporâneo, como um suporte da pessoa. Dissociado ontologicamente do sujeito, que o coisifica a fim de utilizá-lo como matéria-prima para diluição da identidade pessoal, e não marca mais a genealogia identitária do homem.³¹¹

Há diversas terminologias para tentar compreender esse fenômeno corporal contemporâneo, como *corpo território*, *corpo superfície*³¹², *corpo-beleza*³¹³, *corpo*

³⁰⁷ Freud refere acerca da beleza que “*a atitude estética em relação ao objetivo da vida oferece muito pouca proteção contra a ameaça do sofrimento, embora possa compensá-lo bastante. A fruição da beleza dispõe de uma qualidade peculiar de sentimento, tenuemente intoxicante. A beleza não conta com um emprego evidente; tampouco existe claramente qualquer necessidade cultural sua. Apesar disso, a civilização não pode dispensá-la.*” FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*, p. 32.

³⁰⁸ FREUD, Sigmund. Sobre os critérios para destacar da neurastenia uma síndrome particular intitulada neurose da angústia. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud, v. III*. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

³⁰⁹ FORTES, Isabel. O corpo na clínica contemporânea e a anorexia mental. BIRMAN, Joel; FORTES, Isabel; PERELSON, Simone (orgs.). *Um novo lance de dados: psicanálise e medicina na contemporaneidade*. – Rio de Janeiro: Cia de Freud, 2010, p. 74.

³¹⁰ COSTA, Jurandir Freire. *O vestígio e a aura – corpo e consumismo na moral do espetáculo*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, pp. 190-191.

³¹¹ LE BRETON, David. *Adeus ao corpo: antropologia e sociedade*, p. 15.

³¹² A autora exemplifica o fenômeno do *corpo território*, através da tatuagem, como se as pessoas tatuadas tivessem o desejo de deixar marcas indeléveis em seu corpo. Mas, ao mesmo tempo, toda pessoa tatuada, ainda que não diga nada, quer transmitir uma mensagem ao público que a vê. Tal raciocínio

como tela³¹⁴, corpo-máquina³¹⁵, corpo como uma fábrica de sonhos³¹⁶, corpo em transição³¹⁷, corpo pós-orgânico³¹⁸, dentre outros. Enfim, pode-se dizer que o corpo é uma “infralíngua” em comunicação com o mundo – porque fala.³¹⁹

Neste mundo de máquinas substitutivas da pessoa, o corpo se torna cada vez menos necessário, já que aquelas desenvolvem e reproduzem de modo mais eficaz. Os comportamentos individuais são conduzidos pela lógica do extremo e, mais do que nunca, as pessoas cuidam extremamente do corpo, são fanáticos por higiene e saúde, obedecem rigorosamente às determinações médicas e sanitárias.³²⁰ O indivíduo contemporâneo constrói sua identidade a partir do referencial corporal e do cuidado de si. Esta subjetivação é o que Costa denomina de *personalidade somática de nosso tempo*.³²¹ Como refere Le Breton, “*todo corpo contém a virtualidade de inúmeros outros corpos que o indivíduo pode revelar tornando-se o arranizador de sua aparência e de seus afetos.*”³²²

também é aplicável para as cirurgias plásticas. CARRETEIRO, Teresa Cristina. Corpo e contemporaneidade. *Psicologia em revista*, Belo Horizonte, vol.11, n.17, 2005, p. 68.

³¹³ Conforme a psicanalista, a estética corporal torna-se um dos maiores mercados da sociedade de consumo. CARRETEIRO, Teresa Cristina. *Psicologia em revista*, p. 71.

³¹⁴ Segundo as psicanalistas, este corpo seria visto como um software, que tem o seu estatuto modificado em nossa cultura; corpo como objeto de design e não mais de desejo, o faz obsoleto, tal qual os bens de consumo que são marcados pela obsolescência típica da sociedade de consumo em que vivemos. Por esta razão, deve sofrer constantes alterações em busca de novas identidades; novas imagens lhe são emprestadas num devir eterno e constante. NOVAES, Joana de Vilhena; VILHENA, Junia. Do homem-máquina ao corpo descarnado: sujeito, corpo e agenciamentos culturais. *Revista Vivência*, n.35, UFRN, 2011, p. 123.

³¹⁵ LE BRETON, David. *Adeus ao corpo: antropologia e sociedade*, 2003.

³¹⁶ MEDEIROS, Marília Salles Falci. *Sociedade e Estado*, p. 413.

³¹⁷ VILHENA, Junia de; NOVAES, Joana de Vilhena. O corpo e suas narrativas: culto ao corpo e envelhecimento feminino. *Psychologica*, n. 50, Coimbra, Portugal, p. 90.

³¹⁸ SIBÍLIA, Paula. *O homem pós-orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

³¹⁹ Gil refere que o resultado de um processo de incorporação da linguagem verbal, quer dizer, sua sedimentação nos corpos e seus órgãos. A *infralíngua* permite à linguagem verbal significar o espaço articulando-o segundo as possibilidades de articulação do corpo. É o corpo que articula o espaço e a percepção, e é a *infralíngua* que articula o espaço à imagem. Nessa osmose, tanto a linguagem como o corpo saem modificados. GIL, J. *Corpo, espaço e poder*. Lisboa: Ed. Litoral, 1988, p. 46.

³²⁰ Conforme refere Lipovetsky, “*são a prova o frenesi consumista, o doping, os esportes radicais, os assassinos em série, as bulimias e anorexias, a obesidade, as compulsões e vícios. Delineiam-se duas tendências contraditórias. De um lado, os indivíduos, mais do que nunca, cuidam do corpo, são fanáticos por higiene e saúde, obedecem às determinações médicas e sanitárias. De outro lado, proliferam as patologias individuais, o consumo anômico, a anarquia comportamental*” LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*, p. 55.

³²¹ COSTA, Jurandir Freire. *O vestígio e a aura – corpo e consumismo na moral do espetáculo*, p. 185.

³²² LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*, pp. 31-32.

O corpo está “se descolando”, muito rapidamente, da matéria. Esta percepção atual de culto ao *corpo descarnado*, puro, faz com que se considere a possibilidade de que, no futuro, ocorra a renúncia corporal, ou seja, o Eu se submetendo integralmente às diretivas do Outro.³²³ Há necessidade de reposicionamento do corpo, já que caminhamos rumo ao *pós-humano*, que trata mais do apagamento do que da afirmação corporal³²⁴. Como refere Stelarc, “*distinções metafísicas ultrapassadas de alma-corpo ou mente-cérebro são superadas pela preocupação com a divisão corpo-espécie, à medida que o corpo é reprojetoado – diversificado em forma e funções.*” Somos remapeados e reconfigurados rumo ao caminho do homem-máquina.³²⁵

As impressões e percepções do mundo exterior são captadas pelo cérebro desde a vida intrauterina. O indivíduo, à medida que cresce, forma o que Schilder³²⁶ denominou de *imagem corporal*^{327,328,329}, que é a noção que cada um tem acerca de seu próprio corpo, que é constituída a partir das complexas experiências sensoriais, assim como a interação com o meio social. Tal concepção subjetiva e influenciada pelo julgamento afetivo e da imagem corporal parte das mais primeiras sensações de comparação que o bebê realiza ao explorar seu corpo comparando-o com o de outras

³²³ NOVAES, Joana de Vilhena. *Com que corpo eu vou?: sociabilidade e usos do corpo nas mulheres das camadas altas e populares*, p. 47.

³²⁴ LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*, p. 11.

³²⁵ STELARC, Philippe. Das estratégias psicológicas às ciberestratégias: a protética, a robótica e a existência remota. Tradução de Flávia Saretta. In: DOMINGUES, Diana (org.). *A arte do século XXI: a humanização das tecnologias*. São Paulo: UNESP, 1997, p. 52.

³²⁶ Sobre imagem corporal e autoestima, conferir: SCHILDER, P. *A imagem do corpo - as energias construtivas da psique*. São Paulo: Martins Fontes Ltda, 1981; MOSQUERA, J. J. M. *Auto-imagem e auto-estima: sentido para a vida humana*. Porto Alegre: Estudos Leopoldenses, 1976.

³²⁷ Para Nasio, a *imagem corporal* se produz, inicialmente, a partir do que conhecemos como corpo real, matéria viva, que nasce da excitação seguida de uma resposta. Este corpo real é o local onde se produz o acontecimento sensorial bruto, sem sujeito, “acéfalo”. Ato contínuo, a representação mental deste acontecimento é registrada pelo sujeito sob a forma de representação psíquica, seja consciente ou não, derivando-se, daí, uma *imagem mental do corpo*. Portanto, “*esse conjunto diacrônico de representações afetivamente investidas, impregnadas pela presença interiorizada do outro e repetindo-se em nossa história, constitui o conjunto das imagens mentais do corpo*”. NASIO, Juan David. *Meu corpo e suas imagens*, pp. 07-12.

³²⁸ Conforme Pitanguy e Salgado, a imagem de que uma pessoa tem de si mesma é formada pela inter-relação entre três informações distintas: a imagem idealizada ou aquela que se deseja ter; a imagem representada pela impressão de terceiros, a partir de informações externas e; a imagem objetiva ou o que a pessoa vê, olhando e sentindo seu próprio corpo. PITANGUY, Ivo; SALGADO, Francisco. Aspectos filosóficos e psicossociais da cirurgia plástica. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*. 2.ed. – Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 357.

³²⁹ Para Capisano, *imagem corporal* não existe *de per se* e se estrutura na mente no contato do indivíduo consigo mesmo e com o mundo que o rodeia. Estabelece-se desde a percepção, que registra modelos de postura, modificados constantemente, a partir da mobilização das zonas erógenas. Do ponto de vista da psicanálise, a imagem é edificada com base na interação entre *ego* e *id*, nesta interligação contínua de tendências egóicas com as tendências libidinais. CAPISANO, Helládio Francisco. *Imagem corporal*. In: MELLO FILHO, Júlio (coord.). *Psicossomática hoje*. 2.ed. – Porto Alegre: Artmed, 2010, pp. 268-269.

peças que o cercam.³³⁰ Nesse sentido, nosso cérebro é distinto já que é capaz de criar mapas, de fora para dentro, quando interagimos com objetos, desta forma institui imagens que circulam na mente³³¹.

A responsabilidade acerca do conceito visual que as pessoas têm de si mesmas, sem o auxílio de profissionais psicólogos ou psiquiatras, a partir de uma ação multidisciplinar, recai sobre os ombros dos cirurgiões plásticos. Esta concepção espacial da autoimagem é o somatório de particularidades físicas, fatores emocionais que podem colocar a autovisualização em completo descompasso com a imagem real.³³² Todas as pessoas apresentam certo desvio de autoimagem, sendo natural esperar que, em algum grau, os pacientes também o exibam.³³³ O culto ao corpo demonstra a centralização da eterna insatisfação corporal como principal conflito emocional e a eternização das possibilidades de mudanças corporais perenizam que *o corpo natural seja uma ficção*.³³⁴

O que interessa ao sujeito é o engrandecimento grotesco da própria imagem, servindo-lhe o outro apenas como instrumento para o incremento da autoimagem, sendo eliminadas como um dejetivo quando não mais servirem para esta função abjeta.³³⁵

Aquele corpo suplementar passa a ser possuído na busca de uma formação identitária mais cômoda através de um novo *design* na imagem.³³⁶ O que resta para as subjetividades dos sujeitos, pela falta de projetos sociais compartilhados, são acanhados ajustes para a possível extração do gozo do corpo do outro.³³⁷ Nesta *sociedade do consumo*³³⁸, o consumidor não se restringe a adquirir bens ou serviços, como na

³³⁰ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 164.

³³¹ DAMÁSIO, Antônio R. *E o cérebro criou o homem*, p. 87.

³³² AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 159.

³³³ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 160.

³³⁴ Assinala Orbach: “our bodies are increasingly being experienced as objects to be honed and worked on (...) this democratic call for beauty, disconcertingly, wears and increasingly homogenised and homogenising form, with the images and names of the global style icons pressed on the lips and the eyes of the young and the not so young. While some people may be able to opt in and do so joyfully, a larger number cannot. For the democratic idea has not extended to aesthetic variation; instead the aesthetic has paradoxically become narrower over the last few decades. The slim aesthetic - with pecs for men and ample breasts for women - bedevils those who don't conform, and even those who do happen to fit can carry a sorrowful insecurity about their own bodies.” ORBACH, Susan. *Bodies*. New York: Picador, 2009, p. 3.

³³⁵ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 25.

³³⁶ LE BRETON, David. *Adeus ao corpo: antropologia e sociedade*, p. 22.

³³⁷ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 25.

³³⁸ Bauman diz que “Além de sonhar com a fama, outro sonho, o de não mais se dissolver e permanecer dissolvido na massa cinzenta, sem face e insípida das mercadorias, de se tornar uma mercadoria notável,

modernidade, mas amplifica a conduta ao próprio indivíduo, homogeneizando socialmente a construção da beleza. Essa ideia da beleza legitimada na sociedade é uma *construção social*, que varia segundo o contexto social e o momento histórico.³³⁹ Refere Bauman que “*o ambiente existencial que se tornou conhecido como “sociedade de consumidores” se distingue por uma reconstrução das relações humanas a partir do padrão, e à semelhança, das relações entre os consumidores e os objetos de consumo.*” O atributo mais acentuado da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação destes em mercadorias.³⁴⁰

O corpo, então, destaca-se como um verdadeiro para-raios do prazer, impulsionando desmesuradamente beirar o corpo real das representações idealizadas de beleza, juventude, força, etc.³⁴¹ Está anacrônico, diante dos avanços tecnológicos. Segundo Le Breton, “*o corpo é o pecado original, a mácula de uma humanidade da qual alguns lamentam que ela não seja de imediato de proveniência tecnológica.*”³⁴²

A cirurgia plástica não pode se render aos padrões massificados e necessidades supérfluas desse consumismo exagerado, impostos pelo padrão de beleza da época. No confronto pessoal entre a autoestima e a frustração, a mulher briga com o seu ego, tenta aprender a gostar de si mesma, enquanto assiste a modelos de perfeição, expostos e impostos diariamente nos meios de comunicação, exaltando o padrão de beleza da época. Neste sentido, o cirurgião plástico se sujeita a deparar com pacientes que imaginam em alguns desses modelos a solução para o seu mal-estar, e acabam buscando, na cirurgia plástica, a tão sonhada perfeição.³⁴³ Nas cirurgias plásticas o corpo real é projetado virtualmente, através de programas de edição gráfica, como *photoshop*, e consertados, mantendo-se a assepsia e pureza de um corpo desencarnado.

notada e cobiçada, uma mercadoria comentada, que se destaca da massa de mercadorias, impossível de ser ignorada, ridicularizada ou rejeitada. Numa sociedade de consumidores, tornar-se uma mercadoria desejável e desejada é a matéria de que são feitos os sonhos e os contos de fadas.” BAUMAN, Zigmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 22.

³³⁹ LOVECE, Graciela. Daños derivados de los cirujanos estéticos. In: GHERSI, C. (Dir.); WEINGARTNER, C. (coord.). *Tratado de daños reparables*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 228.

³⁴⁰ BAUMAN, Zigmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, pp. 19-20.

³⁴¹ LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*, p. 28.

³⁴² LE BRETON, David. *Adeus ao corpo: antropologia e sociedade*, p. 15.

³⁴³ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 173.

Desta forma, o cenário atual é de porosidade das divisas entre o natural e artificial, destacando-se artificialização dos valores estéticos.³⁴⁴

2.2.3.1 Excessos e narcisismo

O desejo é o elemento catalisador das mudanças da individualidade, que possibilita a transformação da individualidade já que para ele os sonhos eram a condensação da realização do desejo.³⁴⁵ Esse desejo, que é a fórmula mágica de reinvenção do sujeito, foi abafado pela pós-modernidade, marcada pela *cultura do narcisismo*, na qual o excesso de exterioridade é a marca, e pela *sociedade do espetáculo*, na qual o sujeito busca a *estetização* de si mesmo, transformando no objetivo de sua existência.

A principal característica do sujeito na pós-modernidade é o que Santos denomina de *dessubstancialização do Narciso*. *Narciso*, em razão do amor incomensurável pela própria imagem e *dessubstancialização*, em face da ausência de identidade, de substância, gerando um sentimento de vazio no sujeito pós-moderno.³⁴⁶ Em vista disso, as pessoas se esculpem em verdadeiras “máscaras” para andar no meio social.

É a busca desenfreada pela *estetização da existência*, através da exaltação desmedida do próprio *eu*. Cuidado demais com o próprio eu, buscando abrihntar a imagem na busca da admiração social. Hegemonicamente se institui como critério balizador da cena social a aparência, não mais prezando pelos afetos, mas se tornando objeto de gozo através do qual o entregue se exalta. Não só isso, a indústria dos bioquímicos e psicofármacos catapultam a aclamação do narcisismo, o que desemboca na *psicopatologia da pós-modernidade*.³⁴⁷

Como do corpo serão retirados os benefícios dos juízos formados pelos outros, o indivíduo fomenta seu corpo narcisicamente, explorando-o apaixonadamente, como consequência desta fase narcisista das sociedades ocidentais.³⁴⁸

³⁴⁴ NOVAES, Joana de Vilhena. *Com que corpo eu vou?: sociabilidade e usos do corpo nas mulheres das camadas altas e populares*, p. 48.

³⁴⁵ FREUD, Sigmund. *A interpretação dos sonhos*. Tradução de Walderedo Ismael de Oliveira. 8.ed. Editora: IMAGO, 1999.

³⁴⁶ SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*, p. 102.

³⁴⁷ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 167.

³⁴⁸ LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*, p. 53.

O traço marcante da subjetividade nesta cultura narcisista é a de que não se admira o outro na sua diferença, uma vez que não se consegue descentrar do seu próprio umbigo. Na cultura do espetáculo, o outro é visto como um mero objeto para usufruto. Neste contexto atual, o corpo é meramente manipulado para o gozo do outro.³⁴⁹

De outro lado, aquele que recebe a oferta do poder de gozar desmesuradamente sobre corpo de outrem, prometendo-lhe proteção – desamparado – potencializa a individualidade caracterizada pelo autocentramento e pelo narcisismo.³⁵⁰ Este fluxo e contrafluxo gera a impossibilidade da experiência da *diferença*, pois o perverso não aceita diferença, propondo ao masoquista símbolos fálicos aos quais este pode se alinhar, como a sexualidade, a ideologia política, etc. Birman refere que “*pelo apagamento das diferenças que implica, a sociedade de massa pode se transformar numa sociedade nazista. As práticas neonazistas da atualidade não são mero acidente de percurso, mas o desdobramento da lógica da não-diferença que caracteriza a sociedade de massas.*”³⁵¹

Por fim, o corpo terá que se adaptar ao mundo particular criado pelo próprio indivíduo e sua cultura. Esta passa a ser a sua realidade, já que não há ambiente natural para o homem, posto que para ele a natureza foi convertida em um “mundo humano” por seus próprios processos mentais³⁵², sendo imperiosa e inescapável a adaptação aos seus traços anatômicos.

2.2.4 OS TRANSTORNOS MENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES CORPORAIS

Atualmente, a cogente exaltação da beleza, o culto ao corpo, a *personalidade somática de nosso tempo*³⁵³ propicia que se prolifere uma grande quantidade e todos os transtornos mentais com reflexos corporais, já que o corpo passa a ser o destinatário dos sofrimentos. Os aniquilamentos psíquicos ao convívio social são devastadores, com

³⁴⁹ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 25.

³⁵⁰ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 48.

³⁵¹ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 49.

³⁵² EKSTERMAN, Abram. *Psicossomática: o diálogo entre a psicanálise e a medicina*. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*, p. 95.

³⁵³ COSTA, Jurandir Freire. *O vestígio e a aura: o corpo e consumismo na moral do espetáculo*. – Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2004, p. 185.

consequências como *transtornos mentais*³⁵⁴ com efeitos corporais como: *transtornos do humor*³⁵⁵, *transtorno dismórfico corporal*³⁵⁶, *bulimia*³⁵⁷, perda da autoestima, que podem ser atenuados ou solucionados através da realização de cirurgia plástica procedimento cirúrgico. Se anteriormente a preocupação era, muitas vezes, o cuidado com a alma, o desenvolvimento das virtudes morais, dos sentimentos³⁵⁸, agora as lentes estão voltadas para o corpo, produzindo sofrimentos *psicossomáticos*.³⁵⁹

Observa-se uma mutação expressiva no perfil das doenças, com aumentos relevantes de casos de depressão, toxicomanias, síndrome do pânico, anorexia, bulimia dentre outras. O corpo se traduz ora pelo excesso de ações, caracterizado pela voracidade e pelos comportamentos compulsivos, ora pela ausência de ações, impedido de agir pela angústia (pânico), ou paralisado (depressões).³⁶⁰

As preocupações com o culto corporal são patentes, tanto é que houve o incremento de artigos e livros que tratam da problemática corporal.³⁶¹ A exigência em relação ao ideal de magreza é tão intensa, que chega ao limiar do corpo-cadáver, desafiando uma espécie de flerte mórbido.³⁶²

A personalização ou a organização da trama psicossomática não significa apenas que a psique está colocada no corpo ou na cabeça, mas também que a medida que o controle se amplia, o corpo todo se torna residência do *self*.³⁶³ O cérebro faz muito mais do que mapear os estados do momento, ele é capaz de transformar estados corporais,

³⁵⁴ CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (orgs.). *Psiquiatria para estudantes de medicina*. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

³⁵⁵ Sobre os *transtornos do humor*, veja-se: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (orgs.). *Psiquiatria para estudantes de medicina*. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, pp. 386-406.

³⁵⁶ Acerca do *transtorno dismórfico corporal*, veja-se: BOFF, Almerindo Antônio. Transtorno dismórfico corporal. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (orgs.). *Psiquiatria para estudantes de medicina*. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, pp. 472-479.

³⁵⁷ A respeito da *bulimia*, veja-se: BRITO, César Luís de Souza; MOMBACH, Karin Daniele. Bulimia. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (orgs.). *Psiquiatria para estudantes de medicina*. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, pp. 506-510.

³⁵⁸ BIRMAN, Joel; FORTES, Isabel; PERELSON, Simone (orgs.). *Um novo lance de dados: psicanálise e medicina na contemporaneidade*, p. 75.

³⁵⁹ A teoria monista materialista da medicina afirma que todas as doenças mentais são, em última instância, somáticas, na medida em que qualquer acontecimento mental corresponde um acontecimento cerebral. DORON, Roland; PAROT, Françoise. *Dicionário de psicologia*, p. 626.

³⁶⁰ MENDES, Elzilaine Domingues; PROCHNO, Caio César S. C. *Psyche*, , p. 152.

³⁶¹ FORTES, Isabel. O corpo na clínica contemporânea e a anorexia mental. BIRMAN, Joel; FORTES, Isabel; PERELSON, Simone (orgs.). *Um novo lance de dados: psicanálise e medicina na contemporaneidade*, p. 81.

³⁶² FORTES, Isabel. O corpo na clínica contemporânea e a anorexia mental. BIRMAN, Joel; FORTES, Isabel; PERELSON, Simone (orgs.). *Um novo lance de dados: psicanálise e medicina na contemporaneidade*, p. 86.

³⁶³ OUTEIRAL, José. *O corpo existe?* Disponível em: <<http://www.joseouteiral.com.br/artigos.html>> Acesso em: 06.03.2013.

simulando-os mesmo que ainda não tenham ocorrido.³⁶⁴ A doença agora é construída, ela é uma projeção, uma imagem idealizada que não se confirma, uma construção fantasmática que gera dismorfia.³⁶⁵

É da Psicanálise o papel a ser desenvolvido para preparo e acompanhamento de pacientes portadores dessas deformidades congênicas ou adquiridas, mas que necessitam resgatar ou reestruturar a imagem corporal, de modo que o cirurgião necessita da colaboração de psicólogo, psicanalista e/ou psiquiatra para filtrar o que o paciente refere, o que ele vê e o que sua experiência lhe ensinou.³⁶⁶ Segundo Eksterman,

o corpo representa-se e recria-se na mente, produzindo significados que permitem o diálogo e a intervenção de um interlocutor. A intervenção do interlocutor (situação básica da psicanálise clínica) não assegura, na esfera somática, necessariamente, influência curativa. Caso estivéssemos trabalhando com a concepção dualista mente e corpo, psíquico e somático, poderíamos inferir relações causais no sentido da mente para o corpo, como o fizemos no sentido corpo para a mente, quando, compreendendo o corpo como um sistema, afirmamos que o corpo “causa” a mente ao se esgotar sua capacidade como sistema, abrindo-se para um sistema hierarquicamente mais complexo: a própria mente. Nesse caso, não há sentido inverso. Concebemos a mente não como substância, no sentido material e concreto, mas como algo que se estende para além das concepções sensoriais.³⁶⁷

No caso da anorexia, a recusa da alimentação necessária, pode ser entendida como a recusa da alteridade, a negação de se alimentar através da participação do outro. O paciente, ao se manifestar dizendo “não tenho fome”, procura sobrepujar, através do poder de controle do objeto, a invasão do outro, quebrando a relação de dependência, sendo a negação uma forma de defesa da incursão do outro.³⁶⁸

O transtorno dismórfico corporal (*Body Dysmorphic Disorder*) é caracterizado por uma preocupação excessiva com um defeito percebido, ou uma pequena falha na aparência física. Essa preocupação demasiada pelo grau de sofrimento, que perturba e compromete as relações afetivas, sociais e profissionais, empobrece a qualidade de vida

³⁶⁴ DAMÁSIO, Antônio R. *E o cérebro criou o homem*. Tradução de Laura Teixeira Motta – São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 123.

³⁶⁵ MONTEIRO, Andréa Câmara. *Espelho, espelho meu...: percepção corporal e caracterização nosográfica no Transtorno Dismórfico Corporal*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde Pública, da Fundação Oswaldo Cruz, na Escola Nacional de Saúde Pública. Rio de Janeiro-RJ, 2003.

³⁶⁶ PITANGUY, Ivo; SALGADO, Francisco. Aspectos filosóficos e psicossociais da cirurgia plástica. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*, p. 358.

³⁶⁷ EKSTERMAN, Abram. Psicossomática: o diálogo entre a psicanálise e a medicina. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*, p. 94

³⁶⁸ FORTES, Isabel. O corpo na clínica contemporânea e a anorexia mental. BIRMAN, Joel; FORTES, Isabel; PERELSON, Simone (organizadores). *Um novo lance de dados: psicanálise e medicina na contemporaneidade*, p. 77.

do indivíduo.³⁶⁹ Trata-se de um defeito imaginário na aparência ou a supervalorização deste defeito. É definido como uma preocupação com um defeito imaginário na aparência ou leve, que leva a uma preocupação acentuada excessiva.³⁷⁰

O desprazer que a pessoa sente com a sua autoimagem pode levá-la a esta dismorfobia, que é uma síndrome psicopatológica que produz a não aceitação do próprio corpo e, frequentemente, leva o portador a procurar um cirurgião plástico, para buscar a solução cirúrgica de um defeito que o paciente acredita sinceramente ser possuidor. Essa obsessão com a aparência física delinea um fenômeno reconhecido atualmente como uma categoria diagnóstica da psiquiatria.³⁷¹ A insatisfação com a imagem corporal pode motivar a busca por tratamentos médicos, sendo estes distúrbios psiquiátricos caracterizados por distorções de imagem corporal, como o TDC e distúrbios alimentares, que são relativamente comuns entre esses pacientes.³⁷² Inclusive alguns são denominam de *surgeryholic*.³⁷³ O descontentamento do paciente com a sua aparência física pode variar de uma saudável auto-preocupação a uma preocupação com a aparência que prejudica o funcionamento diário.

Não há limites para esta metamorfose.

O TDC aparece em porcentagens iguais em homens e mulheres. A literatura médica, inclusive, sugere algumas perguntas a se fazer ao paciente na consulta.³⁷⁴

³⁶⁹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and statistical manual of mental disorders (DSM-IV-TR)*. 4.ed. Washington (DC): Text Revision, 2000.

³⁷⁰ Grant e Chen referem: “because the patient is electing to have a surgery, surgeons have the luxury of refusing to participate in the patient’s care if he or she is not an appropriate candidate for cosmetic surgery. Plastic surgeons have often tried to categorize patient characteristics preoperatively that could help predict behavior postoperatively, which is a difficult if not impossible task. Perhaps someday a battery of behavior examinations will accurately define a patient’s personality so that surgeons can more objectively and definitively determine which patients will be pleased with the results of cosmetic surgery and which patients have unrealistic expectations. For now, however, good communication is the best method. The patient’s dissatisfaction with his or her physical appearance may range from a healthy self-concern to a preoccupation with one’s appearance that impairs daily functioning. Body dysmorphic disorder is defined as a preoccupation with an imagined or slight defect in appearance that leads to markedly excessive concern.” GRANT, Robert T.; CHEN, Constance M. *Cosmetic surgery*. McGraw-Hill, 2010, p. 05.

³⁷¹ FERREIRA, Francisco Romão. *A produção de sentidos sobre a imagem do corpo*. Interface. vol.12, n.26, 2008, p. 477.

³⁷² SARWER, D. B; CRERAND, C. E.. Body image and cosmetic medical treatments. *Body Image*, 2004, vol.1, pp. 99-111.

³⁷³ Expressão americana que indica aqueles pacientes fanáticos por cirurgia plástica.

³⁷⁴ Você se preocupa com a aparência de seu rosto ou corpo? Em caso afirmativo, qual é a sua preocupação? O quão ruim você acha que seu rosto ou parte do corpo parece? Quanto tempo você gasta se preocupando com a aparência de seu rosto ou parte do corpo? Você fez alguma coisa para esconder o problema ou se livrar do problema? Se essa preocupação com sua aparência afeta qualquer aspecto de sua vida (por exemplo, escola, trabalho ou vida social)?

Os pacientes candidatos à abdominoplastia, rinoplastia e ritidoplastia, conforme pesquisa, apresentaram alta prevalência de sintomas do TDC, chegando a quase 60% dos casos.³⁷⁵ Nestes casos, projetam conflitos psíquicos em uma determinada região corporal através de um fenômeno intrapsíquico de distorção da imagem.

Não só isso, conclui-se na mesma pesquisa que a cirurgia plástica é extremamente contraindicada para tais pacientes com diagnóstico de TDC.³⁷⁶

As cirurgias plásticas são utilizadas como instrumental para pessoas que sofreram algum tipo de mutilação, seja em face de algum acidente, seja em razão do câncer ou ainda, pela inexorável senilidade, já que o transcurso do tempo não pode ser controlado. Não se trata da panaceia da solução de todos os problemas, mas pode evidenciar melhora sensível de fundo psicoemocional.

Cabe ao médico cirurgião identificar “*sinais de perigo*” que podem ser exibidos por certos pacientes que se submetem a um procedimento de cirurgia plástica e recomendado que sejam acompanhados com mais cautela.³⁷⁷ É possível identificar alguns sinais de perigo que pode significar problemas psicológicos subjacentes do paciente.³⁷⁸ Antes de prosseguir com qualquer procedimento cirúrgico estético, é absolutamente necessário avaliar o paciente não só fisicamente, mas também psicologicamente. Em outras palavras, a cirurgia plástica é uma forma única de cirurgia que requer que o cirurgião explore o estado psicológico do paciente para ajudar a determinar se o paciente é um bom candidato para o procedimento em particular.

³⁷⁵ BRITO, Maria José Azevedo de. *Prevalência de sintomas do transtorno dismórfico corporal em abdominoplastia, rinoplastia e ritidoplastia*, p. 125.

³⁷⁶ BRITO, Maria José Azevedo de. *Prevalência de sintomas do transtorno dismórfico corporal em abdominoplastia, rinoplastia e ritidoplastia*, p. 04.

³⁷⁷ Referem Grant e Chen, acerca da necessidade de o cirurgião plástico, em face de exercer atividade que tem peculiaridades psíquicas do paciente, avalie os aspectos psíquicos, referindo: “*before proceeding with any cosmetic surgical procedure, it is absolutely necessary to completely evaluate the patient not only physically, but also psychologically. In other words, cosmetic surgery is a unique form of surgery that requires the surgeon to explore the patient’s psychological status to help determine whether the patient is a good candidate for the particular procedure. Identifying danger signs that may be exhibited by certain cosmetic surgery patients and recommended that these patients be approached with caution.*” GRANT, Robert T.; CHEN, Constance M. *Cosmetic surgery*. McGraw-Hill, 2010, pp. 11-12.

³⁷⁸ Grant e Chen aludem aos seguintes sinais de perigo que podem significar problemas psicológicos do paciente: “*1. Minimal disfigurement; 2. Delusional distortion of body image; 3. Problems of sexual ambivalence; 4. Confused motives for wanting surgery; 5. Unrealistic expectations of change in life situation as a result of surgery; 6. History of poorly established social and emotional relationships; 7. Unresolved grief or current crisis situation; 8. Present misfortunes blamed on physical appearance; 9. Older neurotic man who is overly concerned with aging; 10. Sudden dislike for one’s anatomy, especially in an older man; 11. A hostile, blaming attitude toward authority figures; 12. A history of seeing physicians and being dissatisfied with them; 13. Indication of paranoid thoughts.*” GRANT, Robert T.; CHEN, Constance M. *Cosmetic surgery*. McGraw-Hill, 2010, p. 12.

Conhecer características internas das pessoas que buscam cirurgias plásticas otimiza os alcances deste tipo de procedimento médico, poupando infrutíferos desgastes pessoais e profissionais. A utilização de técnicas de avaliação psicológica mostrou-se como recurso propício à investigação destes aspectos, oferecendo instrumentos padronizados, válidos e precisos para a compreensão das características psíquicas. Foi elaborada e validada para o contexto brasileiro uma versão, denominada *Escala de Satisfação com a Imagem Corporal*³⁷⁹, contendo 25 itens distribuídos em dois fatores avaliativos (“Satisfação com a própria aparência” e “Preocupação com o peso”), para verificação de tais situações.

Portanto, como o paciente está elegendo determinado profissional para realizar a cirurgia, os cirurgiões plásticos têm a opção de recusar-se a participar do procedimento em relação à este paciente, se ele ou ela, não é considerado um candidato apropriado para a cirurgia plástica. Nesse sentido, os cirurgiões plásticos têm procurado catalogar as principais características dos pacientes durante a consulta, no período pré-operatório, que podem auxiliar na previsão de comportamentos apresentados no âmbito pós-operatório. No entanto, tal tarefa é difícil, se não impossível, em razão das idiosincrasias e peculiaridades de cada paciente. Talvez algum dia, uma bateria de exames de comportamento definirá, com precisão, a personalidade de cada paciente de modo que os cirurgiões possam, mais objetiva e definitivamente, determinar quais pacientes serão considerados doentes com os resultados da cirurgia plástica e quais os pacientes com expectativas irreais. Por agora, no entanto, a melhor comunicação é o melhor método.

2.3 A PESSOA E SUA CONVERSÃO EM PACIENTE

A relação médico-paciente está envolta no entrecruzamento de vínculos de “*transferências recíprocas*”³⁸⁰, repletos de afeto e significações conscientes e

³⁷⁹ FERREIRA, M. C; LEITE, N. G. M. Adaptação e validação de um instrumento de avaliação da satisfação com a imagem corporal. *Avaliação Psicológica*, vol.2, 2002, pp. 141-149.

³⁸⁰ *Transferência* é a reedição de experiências psíquicas prévias que se apresentam como atuais e são revividas com a pessoa do médico. Podem aparecer através de elementos infantis inconscientes na atitude do paciente adulto para com seu médico, como condição de fragilidade e expectativas de cura. MICHELS, Ana Maria. Fatores que influenciam o relacionamento médico-paciente. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (orgs.). *Psiquiatria para estudantes de medicina*. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 117.

inconscientes.³⁸¹ O paciente se encontra transferencialmente com o médico, que deve compreender sua posição e o *lugar de onde demanda* para resolução do problema trazido, situando tal problema simbólico-cientificamente através de um discurso médico eficaz. A posição do paciente frente a sua enfermidade está cercada pelo *gozo* que o acompanha e o estimula na *erotização do sofrimento do corpo*.³⁸²

O paciente quando busca um médico está acometido de sintomas, sejam reais ou imaginários, que lhe proporcionam dor e angústia, colocando-o na condição de desamparo e regressão. Na passagem do consultante sofrente para a posição de paciente, ou seja, a constituição subjetiva do enfermo à submissão do discurso médico, deve haver um *processo* no qual o sujeito aceita a colaboração ativa com esta atitude profissional para que o tratamento não fracasse. A enfermidade, real ou imaginária, que angustia o enfermo é conseqüência da insolência narcisista do *eu* que se percebe débil e vulnerável e que é capaz de mobilizar os diversos mecanismos defensivos aptos a determinar as posturas subjetivas que ele adotará nesta relação e no enfrentamento da enfermidade.³⁸³

O esculápio deve ocupar o lugar do saber médico, sempre tendo em conta suas limitações técnicas e experienciadas, encaminhando o paciente a outro colega quando não se encontrar em condições técnicas e pragmáticas de atendimento. Será a partir do discurso do médico que o paciente tomará por empréstimo os termos que lhe são familiares e construirá suas representações da doença, dentro de sua própria coerência.³⁸⁴ Como aduz Milmaniere, “*las dificultades terapêuticas residen no sólo en la superación de las alteraciones orgânicas, sino en la posibilidad de transcender la ‘resistencia inconsciente’ a abandonar la enfermedad, dado el gradiente ‘masoquista’ y autodestructivo que ésta satisfice.*”³⁸⁵

³⁸¹ MILMANIERE, José E. La persona y su conversión en paciente. El rol y la función del médico. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo I*, p. 03.

³⁸² MILMANIERE, José E. La persona y su conversión en paciente. El rol y la función del médico. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo I*, pp. 08-09.

³⁸³ MILMANIERE, José E. La persona y su conversión en paciente. El rol y la función del médico. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo I*, p. 04.

³⁸⁴ NOVAES, Joana de Vilhena. *Com que corpo eu vou?: sociabilidade e usos do corpo nas mulheres das camadas altas e populares*, p. 114.

³⁸⁵ MILMANIERE, José E. *Clínica de la diferencia em tempos de perversión generalizada*. Biblos, Buenos Aires, 2010.

Os pacientes que procuram a cirurgia plástica na tentativa de ocupar um novo espaço corporal são pessoas, no mais das vezes, em colapso emocional, que se utilizam deste instrumental para quebrar a própria orientação de sua existência, modificando aspectos de seu corpo a fim de alterar a perspectiva do olhar da alteridade sobre si.³⁸⁶ É, então, do olhar do outro que surge o sentimento de envelhecimento.³⁸⁷

Desta maneira, deve ser analisado pelo galeno, detidamente, o comportamento e o estado psíquico do paciente, verificando o seu grau de vulnerabilidade, para a tomada de decisão de operá-lo ou encaminhá-lo a um tratamento com especialista das áreas *psi*.

2.3.1 ESTADO PSÍQUICO DO PACIENTE E A RELAÇÃO COM O MÉDICO: POSIÇÕES PARANOIDE, MASOQUISTA, HIPOCONDRIACA E DEPRESSIVA

A medicina se massificou, desindividualizando, desumanizando o tratamento dos pacientes, descolando, em face do desenvolvimento tecnológico, a presença física do médico.³⁸⁸ Todo aquele que está doente em um estado de angústia - produto da ferida narcísica do *eu* é que se percebe fraco e vulnerável - frente a qual mobiliza vários mecanismos de defesa e suportes fantasmáticos, que determinam as diferentes posições subjetivas que se costumam adotar para enfrentar o doloroso padecimento que gera a enfermidade.³⁸⁹

O sujeito projeta as causas a fatos cientificamente comprováveis, considerando a patologia como efeito de algum “mal” ou a algum agente inominado. Estes enfermos fantasiam a desconfiança, a impotência médica, imputando no médico a responsabilidade pela enfermidade.³⁹⁰ O enfermo não recorre ao esculápio com receito de ter que enfrentar um diagnóstico concreto. De forma inconsciente, sofrem desnecessariamente o *sufrimento erotizado*, satisfazendo o *gozo masoquista*. Inclusive sujeitos nesta posição buscam procedimentos cirúrgicos e técnicas mais invasivas para

³⁸⁶ LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*, p. 30.

³⁸⁷ LE BRETON, David. *Antropología do corpo e modernidade*, p. 236.

³⁸⁸ BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. 3.ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 33.

³⁸⁹ MILMANIERE, José E. *el lugar del sujeto*. Biblos, Buenos Aires, 2007, p 134.

³⁹⁰ MILMANIERE, José E. La persona y su conversión en paciente. El rol y la función del médico. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo I*, p. 05.

satisfazer suas tendências masoquistas e amenizar suas exigências mutilatórias, procurando o profissional que satisfaça suas tendências autodestrutivas.³⁹¹

Esses pacientes apresentam-se com “enfermidades imaginárias”, desviando-se do enfrentamento de doenças reais, sendo, em determinadas situações, *viciados* em procedimentos médicos que atenda à necessidade regressiva de afeto na figura parental substitutiva do médico.³⁹²

Os enfermos, por vezes, são desidiosos no controle médico periódico e, quando fazem, não seguem as indicações terapêuticas, deitando-se na passividade de um abandono do esforço terapêutico. As depressões não são somente conseqüências da enfermidade, mas podem ser também a causa pela debilidade imunológica que acomete o organismo.³⁹³ Concluimos, concordando com Milmaniere, que ensina “*lo que debemos destacar es que el destino de cada enfermo depende no sólo de su patología, sino también de sus conductas y actitudes conscientes e inconscientes. Así existen sujetos que aman la vida y luchan contra la enfermedad con todas sus fuerzas vitales y otros que inundados por la ‘pulsión de muerte’, desean morir, incapaces de soportar el ‘dolor de existir’, que obviamente incluye a la enfermedad como un aspecto insoslayable de la vida*”.³⁹⁴

Portanto, o manejo e a atitude do galeno com o paciente não é a mesma, por exemplo, diante de um quadro clínico de um *hipocondríaco* que tentará a confirmação repetidamente que nada possui; um paciente *masoquista*, que procurará castigar-se com tratamentos cruéis. Desta forma, o médico deve agir de modo a investigar a singularidade subjetiva de cada paciente, buscando a consolidação de um processo terapêutico calcado na transferência emocional positiva³⁹⁵, avizinhandose da integralidade subjetiva e existencial, já que muitos ciclicamente procuram cirurgias plásticas para satisfazer demandas psicóticas e imaginárias.

³⁹¹ MILMANIERE, José E. La persona y su conversión en paciente. El rol y la función del médico. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo I*, pp. 05-06.

³⁹² MILMANIERE, José E. La persona y su conversión en paciente. El rol y la función del médico. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo I*, p. 06.

³⁹³ MILMANIERE, José E. La persona y su conversión en paciente. El rol y la función del médico. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo I*, p. 07

³⁹⁴ MILMANIERE, José E. La persona y su conversión en paciente. El rol y la función del médico. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo I*, p. 07.

³⁹⁵ MILMANIERE, José E. La persona y su conversión en paciente. El rol y la función del médico. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo I*, p. 9.

PARTE II – CONTORNOS DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE, REFLEXOS NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS E A VINCULAÇÃO JURÍDICO-OBRIGACIONAL A PARTIR DA VISÃO PROTETIVA DA PESSOA HUMANA

3 ELEMENTOS DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A CIRURGIA PLÁSTICA: PARA ALÉM DO HORIZONTE NORMATIVO

A relação médico-paciente seguiu, durante séculos, sem grandes perturbações. Os pressupostos da deontologia hipocrática clássica estipulavam os padrões segundo os quais os médicos, conforme seu exclusivo juízo, tinham o dever de beneficiar os pacientes, mas sem qualquer participação deste.³⁹⁶ Tais fundamentos da Medicina tem origem no documento médico denominado *Juramento de Hipócrates*, no qual ele buscou extrair dos deuses a arte da cura e entregar esta aos homens.

Mais tarde, considerava-se que a arte médica era conhecimento exclusivo dos feiticeiros ou dos sacerdotes, já que a saúde e a doença se manifestavam como desígnios divinos.³⁹⁷ Desta forma, a relação médico-paciente, na modernidade, desenvolveu-se em uma aparência vertical, portanto, disciplinar, a partir de regras jurídicas estanques, ou seja, estruturas positivas totalmente fechadas.

Pode-se dizer que duas etapas concorreram para a transformação dos papéis do médico e do paciente, daquela relação em que o esculápio (ou o curandeiro) era responsável por seu paciente do início ao término de uma doença e da vida. A primeira, foi a Revolução Industrial, a partir da produção e das novas relações de trabalho, que provocou mudanças profundas na estrutura social. A segunda, a denominada *era da informatização*, a partir da desindividualização do paciente e da forma coercitiva de ação das direções dos hospitais e clínicas ou, ainda, por normas dos planos de saúde, que compelem o galeno a atender um número predeterminado de pacientes por curto período

³⁹⁶ QUINTANA TRÍAS, Octavi. Bioética y consentimiento informado. In: CASADO, Maria (ed.). *Materiales de bioética y derecho*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996, p. 160.

³⁹⁷ FRANÇA, Genival. *Direito médico*. – 11.ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 09.

de tempo, sendo considerado ineficiente e não produtivo aquele que não o faz.³⁹⁸ Tal trajeto cria uma verdadeira “*objetificação*” do ser humano.³⁹⁹

A promoção da autonomia do paciente, transformando-se de uma relação paternalista que outorgava a decisão diagnóstico-terapêutica exclusivamente ao médico, para uma relação de parceria terapêutica, foi a grande mudança cultural no contexto da assistência sanitária.

Logo, a velocidade dos avanços científicos e tecnológicos nos últimos tempos, mormente, nas áreas da Medicina e da Biologia, com implicações que afetam diretamente o ser humano – seu principal destinatário – impõe uma necessária reflexão relativamente ao comportamento dos profissionais da atividade médica frente às novas situações surgidas envolvendo questões como a vida e a saúde e, principalmente, uma nova reflexão sobre a relação médico-paciente.

3.1 FUNDAMENTOS DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Na relação profissional médico-paciente, os dois personagens devem exercer os seus papéis de acordo com a seguinte expectativa: o *médico* é aquele que tem a responsabilidade de ofertar o maior grau de bem-estar biopsicossocial à pessoa e; o *paciente*⁴⁰⁰, é quem está sofrendo de mal na saúde mental ou física, com ou sem risco de morte, ou quem busca o bem-estar biopsicossocial.^{401,402} Nesta relação, sobressaem-se dois principais aspectos: o liame se origina a partir de uma necessidade preestabelecida e são determinadas funções distintas para cada um de seus figurantes. Já se pode perceber, inicialmente, a assimetria relacional hierarquizada, uma vez que os mesmos

³⁹⁸ SALLES, Alvaro Angelo. Transformações na relação médico-paciente na era da informatização. *Revista Bioética*, vol.18, 2010, pp. 51-53.

³⁹⁹ Stancioli diz que o vocábulo utilizado designa a “condição do ser humano de se tornar objeto”, trazendo-o da língua inglesa que emprega o equivalente *objectification* na doutrina da bioética. STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 25.

⁴⁰⁰ O próprio termo *paciente* foi, propositadamente, utilizado para reforçar a ideia daquele que espera, o submisso, com relação ao profissional de saúde.

⁴⁰¹ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Médico e paciente: questões éticas e jurídicas*. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 55.

⁴⁰² Contrariamente aos que entendem que no caso de cirurgia plástica não há um paciente “doente”, entende-se que a busca deste paciente é pela sanidade de sua saúde mental e, portanto, a plenitude do bem-estar biopsicossocial.

ocupam posições diversas. É posto um vínculo inicial de dependência, que situa o paciente em condição de desvantagem⁴⁰³ emocional.

Trata-se, deste modo, de uma relação bipessoal, na qual uma pessoa, o paciente, é a parte sofrente e necessita de cuidados e a outra é a que está apta a prestar todos estes cuidados, remontando ao relacionamento materno-infantil de zelo do bebê, ao nascer, com a sua mãe.⁴⁰⁴ A relação médico-paciente deve ser um processo de construção dialógico e no qual se estabelece uma relação de “dependência”, desde o início, com componentes de afetividade envolvendo os dois personagens. O paciente, nesta situação, regride. Esta dependência “*del bebé con su madre constituirá un vínculo originário que le haría imposible vivir luego en total desvinculación con la sociedad.*”⁴⁰⁵ Em situação de enfermidade, portanto vulnerabilidade, uma grande carga afetiva se estabelece, pois o ser humano necessita tanto ou mais da relação de afetividade com seus semelhantes que da satisfação de outro tipo de necessidades.⁴⁰⁶ Como refere Rabinovich-Berkman, “*es posible que esos antiguos criterios, al reaccionar frente a las nuevas concepciones de la medicina masiva del siglo XX, generen una nueva línea jurisprudencial (luego doctrinaria y finalmente filosófica) defensiva de los derechos humanos.*”⁴⁰⁷

A situação de enfermidade se agrava mais a partir do avançar da idade predominantemente por questões vulneráveis biológicas. Nas questões da saúde, isso é mais patente. O paciente, ao procurar um médico está, quase sempre, em circunstância de vulnerabilidade, fragilidade, tanto da sua saúde física, quanto dos aspectos psíquicos.⁴⁰⁸ É inevitável que deposite no esculápio a esperança já que padece de algum tipo de sofrimento, predispondo-o a certa regressão emocional, que reativa mecanismos psíquicos primitivos, como apego, projeção e identificação.⁴⁰⁹

⁴⁰³ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Médico e paciente: questões éticas e jurídicas*, p. 57.

⁴⁰⁴ LOPES, Fabio Firmino. A relação médico-paciente: entre a atenção e a incompreensão. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José. *Curso de direito médico*. – São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 305.

⁴⁰⁵ PÉRCIO, Enrique Del. *La condición social: consumo, poder y representación*, p. 39.

⁴⁰⁶ PÉRCIO, Enrique Del. *La condición social: consumo, poder y representación*, p. 39.

⁴⁰⁷ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Derecho humanos. Una introducción a su naturaleza y a su historia*. 1.ed. Buenos Aires: Quorum, 2007, p. 224.

⁴⁰⁸ BARROSO, Fernando Luiz. O paciente e seu cirurgião. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*. 2.ed. – Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 350.

⁴⁰⁹ LOPES, Fabio Firmino. A relação médico-paciente: entre a atenção e a incompreensão. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José. *Curso de direito médico*, p. 308.

A consulta é o contato inicial entre o médico e o paciente na relação que irão estabelecer. Compreende a anamnese, o exame físico e a elaboração de hipóteses ou conclusões diagnósticas, solicitação de exames complementares, quando necessários, e prescrição terapêutica como ato médico completo e que pode ser concluído ou não em um único momento. Quando houver necessidade de exames complementares que não possam ser apreciados nesta mesma consulta, o ato terá continuidade para sua finalização, com tempo determinado a critério do médico, não gerando cobrança de honorários adicionais. No caso de alterações de sinais e/ou sintomas que venham a requerer nova anamnese, exame físico, hipóteses ou conclusão diagnóstica e prescrição terapêutica o procedimento deverá ser considerado como nova consulta e dessa forma ser remunerado.⁴¹⁰

Estão misturados um sem número de sentimentos e expectativas. O médico, dificilmente, corresponde a esta fantasia que o paciente cria em sua mente, de que o galeno irá, com poucas palavras e a prescrição de alguns medicamentos, resolver todos os problemas, sem a necessidade de qualquer conversa. Cabe ao médico desfazer essas fantasias e afugentar a desconfiança do paciente.⁴¹¹ Não se pode esquecer que, quando a sua ajuda profissional é necessária, o que se busca é a ciência, conhecimentos, as suas políticas e seus pontos de vista que se reúnem muitas vezes com uma confiança cega.⁴¹² Consequentemente, a atitude do esculápio ao conduzir o atendimento do paciente tem significativa e decisiva relevância no resultado do tratamento.⁴¹³

⁴¹⁰ Esta resolução define e regulamenta o ato da consulta médica, a possibilidade de sua complementação e reconhece que deve ser do médico assistente a identificação das hipóteses tipificadas nesta resolução. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.958/2010*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1958_2010.htm> Acesso em: 03.04.2013.

⁴¹¹ LOBATO, Oly. Consulta clínica: início da relação médico-paciente. In: MARTINS, Cyro (org.) *Perspectivas da relação médico-paciente*. – Porto Alegre: Artmed, 2011, pp. 29-30.

⁴¹² PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Delia. La responsabilidad civil del médico en el derecho argentino. Trabajo publicado en “*La responsabilité – Aspects nouveaux Association Henri Capitant LGDJ*”. Paris 2003. LA LEY, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 1085.

⁴¹³ LOPES, Fabio Firmino. A relação médico-paciente: entre a atenção e a incompreensão. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José. *Curso de direito médico*, p. 307.

3.1.1 A MASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS MÉDICOS E A BUSCA DE HORIZONTALIZAÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A relação médico-paciente passou por enormes transformações, especialmente a partir do momento em que se instalou o sistema da Medicina socializada. Esta ligação passou de um vínculo meramente amistoso para um contato distanciado, frio e impessoal, no qual o paciente se tornou um desconhecido para o médico, enquanto que o galeno se torna para o paciente um mero técnico com o qual manterá contato meramente profissional,⁴¹⁴ necessitando-se de empatia e atenção por parte do médico e de cooperação por parte do paciente.⁴¹⁵

Nessa medicina localizada em uma sociedade de massa, houve a produção de profundas alterações na prestação dos serviços de saúde, tanto qualitativa, quanto do ponto de vista quantitativo, diferente da forma do que até então se trabalhava. Na prática médica, apontam-se alguns dos fatores que foram determinantes para esta mudança, como: a *fratura na relação médico-paciente*, com o fenômeno da medicina mecanizada, coisificando o enfermo; a *macromedicina*, com a medicina coletiva suplantando a medicina individual; a *especialização*, delimitando os níveis de conhecimento humano e restringindo-os sob o ponto de vista intelectual; a *indústria dos medicamentos*, contribuindo para introdução de critérios comerciais na prestação de saúde; a *posição do médico na sociedade*, que mudou em face do distanciamento em termos comparativos com o período anterior; a *separação entre prática e experimentação* e; a *situação do paciente*, que não se sente parte integrante do processo curativo.⁴¹⁶

Hodiernamente, a medicina se interessa pela doença, não pelo doente. Há uma “*despersonalização da doença*”, já que se estuda a doença como uma intrusa, nascida a partir de causalidades mecânicas, negligenciando-se por completo o sujeito, seus desejos, angústias e, sobretudo, sua história, na análise dela. O esculápio atua, sobretudo, como um técnico sobre o corpo humano, colocando o sujeito em uma posição dual em relação a si mesmo, distinguindo-o do seu próprio corpo. Todo o esforço se dá no sentido de curar a doença, sendo delegado, no âmbito hospitalar, o

⁴¹⁴ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Responsabilidade civil dos médicos. *Revista AJURIS* 55. Porto Alegre, jul., 1992, p. 118.

⁴¹⁵ MICHELS, Ana Maria. Fatores que influenciam o relacionamento médico-paciente. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (orgs.). *Psiquiatria para estudantes de medicina*, p. 116.

⁴¹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzone, t. I, 1997, pp. 23-31.

aspecto relacional, de comunicação e contato pessoal, no mais das vezes, aos enfermeiros e auxiliares de enfermagem.⁴¹⁷ A Medicina, por consequência, desconsiderando a individualidade do paciente, reparte cartesianamente o corpo humano entre as diversas especialidades, cada um cuidando apenas, e tão somente, de sua parte que lhe cabe e não levando em consideração que o paciente, em verdade, é um conglomerado biopsicossocial. Muitas das demandas por erro médico estão associadas a questões de falta de orientação e informações inadequadas, de modo que se requer sensibilidade por parte do médico para perceber do paciente o seu contexto social, maneira de se comunicar, seus valores, estilos e características individuais, estabelecendo uma relação empática e acolhedora.⁴¹⁸

Tal procedimento decorre da formação dos médicos que tem seguido o caminho da capacitação que o educa a esmiuçar a objetivação do sofrimento orgânico, desconsiderando as características subjetivas. O equívoco deste ensino está na extrapolação de dados sensoriais recolhidos e da supervalorização dos exames complementares, o que termina por deformar tanto o raciocínio médico, como a própria linguagem médica. Tais dados são impróprios, isoladamente, para a compreensão do sofrimento do ser humano ao deixar de lado aspectos subjetivos, de um modo acomodado comportamental médico que sonega incômodas indagações sobre o passado e o presente do paciente.⁴¹⁹ Desta forma, o paciente é encaminhado a inúmeros especialistas, cada um deles revigorando o processo da *consulta relâmpago* e solicitando diversos exames diferentes.⁴²⁰ Ademais, a valorização da beleza estética abarrotou consultórios médicos de cirurgia plástica num movimento de busca incessante da forma perfeita de enquadramento aos padrões de cada grupo social.

Nesse contexto, portanto, é necessário repensar a relação médico-paciente. A função do médico ao desempenhar sua profissão é a de aplicar todo o conhecimento de que dispõe para alcançar a cura do paciente que o procura, tentando restabelecer a sua saúde. O âmago de todos os problemas referentes ao erro médico pode ser posto na menor ou maior diferença de se atingir o objetivo visado no tratamento.⁴²¹ Para o paciente este objetivo é a cura. Assim também o é para o médico, mas levando em conta

⁴¹⁷ LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*, pp. 286-289.

⁴¹⁸ LOPES, Fabio Firmino. A relação médico-paciente: entre a atenção e a incompreensão. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José. *Curso de direito médico*, p. 303.

⁴¹⁹ MARTINS, Cyro. Incidências contemporâneas na relação médico-paciente. In: MARTINS, Cyro (org.) *Perspectivas da relação médico-paciente*. – Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 19.

⁴²⁰ SALLES, Alvaro Angelo. *Revista Bioética*, p. 53.

⁴²¹ MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 424.

as limitações a que estão sujeitos todos os profissionais, seu objetivo maior é a vida do paciente. Sendo assim, fica claro que os objetivos são os mesmos: pleno bem-estar do paciente.

3.1.2 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO

Estão em funcionamento hoje, no Brasil, 197 cursos de Medicina, dos quais 78 em instituições públicas. Outros 70 pedidos aguardam decisão do Ministério da Educação (MEC) - 51 para autorização de abertura de curso e 19 para aumento de vagas nos cursos de Medicina. Há enorme preocupação com o ensino dos cursos de Medicina, com a discussão sobre o estabelecimento de provas para ingresso no mercado de trabalho.⁴²² O Brasil tem hoje 1,8 médico por mil habitantes. O número é baixo em relação a outros países, como Uruguai (3,7) e Argentina (3), além de Estados Unidos (2,4), Alemanha (3,6), França (3,5), Espanha (4) e Portugal (3,9). São Paulo (2,4), Rio de Janeiro (3,4) e Distrito Federal (3,4) são unidades federativas com número de médicos superior ao da média nacional.⁴²³ O total de médicos em atividade no país, em todas as Unidades da Federação, é de 371.443.⁴²⁴

⁴²² O *PL n° 650/2007*, que estabelece a realização de exame de admissão para o exercício profissional da Medicina; *PL n° 6.867/2010*, prevê a exigência de aprovação em exame de avaliação de conhecimento para o exercício de profissões ligadas à saúde. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projetos de leis e outras proposições*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 13.02.2013.

⁴²³ Conforme levantamento do Ministério da Saúde, os resultados mostraram que mais de 20 instituições alcançaram notas baixas (de 1 a 2) e nenhuma das 141 avaliadas conseguiu ser classificada na faixa máxima (nota 5). A partir deste ano, conforme Portaria Normativa n° 2, os novos cursos de medicina serão abertos somente com a publicação de editais de chamamento público do Ministério da Educação. O Ministério da Educação estabelece critérios e padrão decisório para os pedidos de autorização dos cursos de graduação em medicina protocolados até 31 de janeiro último. Entre os procedimentos necessários, o MEC levará em consideração, principalmente, a demanda social por médicos em cada unidade da Federação, com base em dados atualizados anualmente pelo Ministério da Saúde. BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria Normativa n° 2*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=18437> Acesso em: 05.02.2013.

⁴²⁴ Considerando o resultado do somatório das inscrições primárias ativas. Há, ainda, um total de inscrições secundárias de 24.864 e um total de estudantes estrangeiros de 3. Os Estados com maior número de médico com inscrições primárias são: 1) São Paulo, com 107.756; 2) Rio de Janeiro, com 57.496; 3) Minas Gerais, com 38.897; 4) Rio Grande do Sul, com 25.646 e; 5) Paraná, com 18.806. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Estatística - Números de médicos*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_estatistica> Acesso em: 06.02.2013.

Na saúde pública do contexto latino-americano⁴²⁵, especialmente no Brasil e Argentina, aqueles que não têm capacidade econômica de pagar pelos serviços médicos, por não serem possuidores de planos de saúde, por exemplo, serão sumariamente excluídos do acesso à saúde pública, ou tratados na relação médico-paciente não de forma individualizada, mas ‘reprodutiva’. A capacidade de gastos está diretamente relacionada com a ocupação desse indivíduo, e esta ocupação, por sua vez, se deriva do grau de conhecimento e informação que tal indivíduo possua.⁴²⁶

Podemos dizer que há, no Brasil, três categorias de pacientes: o particular, o associado da previdência social e o indigente, mesmo o particular e o indigente estando absorvidos pela previdência,⁴²⁷ o que ocasiona um verdadeiro caos no sistema de saúde e torna inacessível o inalienável direito fundamental à proteção e promoção da saúde.⁴²⁸

As classes populares veem o médico como um único instrumento que pode esclarecer o estranhamento da doença.⁴²⁹ Conforme pesquisa realizada através de entrevistas com doentes de classes populares, por Boltanski, chegou-se a conclusão que a relação médico-paciente é sempre uma relação de classes, alterando-se, muitas vezes, a atitude do médico em função da classe social do doente⁴³⁰, de modo que não há o devido esclarecimento e a atenção a este tipo de paciente. Não só isso, o mesmo autor refere que o grau de instrução do paciente é facilitador de uma possível empatia entre o médico e o paciente, em razão de sua proximidade com a classe social.⁴³¹

Nessa conjuntura, no atendimento médico público, apresenta-se uma relação de poder entre o galeno e o paciente reeditando aquela verticalidade de outrora. Este não tem voz e acata voluntariamente a vontade do dominante. Assim sendo, a estratificação posiciona os que estão abaixo na pirâmide na total impossibilidade de acesso à saúde individualizada e de tratamento digno.

⁴²⁵ Sustenta Smith-Howard que um dos fatores de impulso aos processos movidos em desfavor dos médicos é a crescente demanda por serviços de saúde públicos e privados sem a devida melhoria em infraestrutura e recursos humanos, ocasionada pelo subfinanciamento e problemas de gestão. Alude, ainda, que “o médico é o parachoque entre a sociedade e o poder público e as operadoras de saúde” SMITH-HOWARD, Tomás. Condições inadequadas comprometem atendimento. *Revista da Associação Paulista de Medicina*, núm.624, set., 2009, p. 18.

⁴²⁶ PÉRCIO, Enrique Del. *La condición social: consumo, poder y representación*, p. 89.

⁴²⁷ MARTINS, Cyro. Incidências contemporâneas na relação médico-paciente. In: MARTINS, Cyro (org.) *Perspectivas da relação médico-paciente*, p. 22.

⁴²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado de saúde no Brasil). In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (coord.). *Curso de direito médico*. – São Paulo: Conceito Editorial, 2011, pp. 11-57.

⁴²⁹ NOVAES, Joana de Vilhena. *Com que corpo eu vou?: sociabilidade e usos do corpo nas mulheres das camadas altas e populares*, p. 114.

⁴³⁰ BOLTANSKI, Luc. *As classes sociais e o corpo*. São Paulo: Graal, 2004, p. 19.

⁴³¹ BOLTANSKI, Luc. *As classes sociais e o corpo*, p. 68.

3.1.3 A BIOÉTICA COMO UM DOS INSTRUMENTOS DE RELEITURA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Com o surgimento dos princípios bioéticos preconizados por Beauchamp e Childress⁴³², houve significativa variação para uma nova visão acerca da necessidade de se observar o respeito aos pacientes - fundada na preocupação de um novo ponto de vista da relação médico-paciente - que procura horizontalizá-la, situando os dois personagens no mesmo grau de comunicação e manifestação da vontade.

Tais preceitos surgiram pois os pacientes nem sempre são ouvidos, ou sequer consentem na escolha dos meios de tratamento que lhe são oferecidos. Os princípios norteadores da ética biomédica, denominados de *prima facie*, são os seguintes: o respeito à autonomia, a não-maleficência, a beneficência e a justiça, instrumentos que auxiliam os médicos nas tomadas de decisões na área da saúde. Como a Bioética não apresenta respostas estanques aos problemas ético-médicos e, segundo Clotet⁴³³, não existem normas únicas para resolver tais dilemas bioéticos, o caminho a ser seguido é que seja fornecido um instrumental para que se possa fazer, diante das múltiplas variantes dos casos médicos, uma opção mais racional, de caráter ético, referente à vida e à saúde.

O ser humano deve ser tratado não como objeto, mas, a partir da ideia kantiana de um fim em si mesmo e nunca um meio.⁴³⁴ Esta ideia está relacionada diretamente com o princípio da autonomia, dentro de uma visão moderna de observância da dignidade da pessoa humana, devendo haver, por parte do esculápio, respeito da deliberação tomada pelo paciente em relação ao tratamento ou procedimentos que ele possa tornar.

Os conflitos bioéticos emergentes em decorrência da explosão tecnológico-científica apresentam seus reflexos no mundo do Direito, e a Bioética tem se ocupado – enquanto nova ciência ética que combina humildade, responsabilidade e competência interdisciplinar, que potencializa o senso de humanidade – na busca de proporcionar um espaço para encontrar soluções para os complexos problemas éticos e jurídicos. Assim,

⁴³² BEUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. *Princípios de Ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. Edições Loyola, São Paulo: 2002.

⁴³³ CLOTET, Joaquim. Por que bioética? In: *Bioética*. Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 1, n. 1, 1993, p. 13.

⁴³⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. Martin Claret: São Paulo, 2005.

o papel fundamental da Bioética é o de reconhecer que é preciso sair ao encontro de estratégias de mediação para conflitos morais que tenham por espírito condutor a máxima tolerante e pacífica deixada pelo humanismo, em vez de assumir para si o imobilismo imposto pela impossibilidade de se atingir a verdade absoluta e válida para todos.⁴³⁵

De modo que, a Bioética serve de bússola norteadora das relações médico-paciente, já que ajuda na investigação e resolução desses dilemas morais.⁴³⁶

3.1.3.1 A bioética, seu alicerce e a conexão com o direito

Nos dias atuais, a Bioética dá suporte e permite acesso, através de um instrumental teórico e que serve de ponte entre os diferentes campos do conhecimento, a um manancial teórico que possibilita melhor reflexão sobre a complexidade dos avanços científicos contemporâneos. Assim sendo, Clotet define a Bioética como “*a expressão crítica do nosso interesse em usar convenientemente os poderes da medicina para conseguir um atendimento eficaz dos problemas referentes à vida, saúde e morte do ser humano.*”⁴³⁷

Muitas das discussões acerca da Bioética apontam críticas em face de suas bases filosóficas⁴³⁸. Há, de fato, uma escassez de debates e produções filosóficas que apresentem categorias argumentativamente concretas e que proponham bases de referência conceituais para a Bioética na perspectiva contemporânea.⁴³⁹ Souza, ao enfrentar o tema, refere que a ética é “*na verdade, nada menos que o próprio fundamento da possibilidade de pensar o humano.*”⁴⁴⁰ A própria ideia de pensar pressupõe a ética, já que não há pensamento enquanto tal externamente às pessoas que refletem, e essas pessoas que pensam não são essencialmente uma mônada fechada em

⁴³⁵ DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 69.

⁴³⁶ “*O conflito moral surge quando o agente moral se encontra frente a uma encruzilhada moral, é dizer, o sujeito moral tem que eleger entre duas ou mais alternativas, mas ninguém entre elas está livre de problemas éticos*”. ÁLVAREZA, Juan Carlos; FERRER, Jorge José. *Para fundamentar la bioética: teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*. Madrid, 2003, p. 89.

⁴³⁷ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 22.

⁴³⁸ BORGES, Gustavo Silveira; GAUER, Gabriel José Chittó; *et al.* Bases filosóficas da Bioética aplicada a saúde mental. *Revista Eletrônica da Sociedade Rio-Grandense de Bioética*, v. 1, pp. 01-03, 2008.

⁴³⁹ SOUZA, Ricardo Timm de. *Bioética*, vol. 13, p. 11.

⁴⁴⁰ SOUZA, Ricardo Timm de. *Bioética*, vol. 13, p. 12.

si⁴⁴¹, mas são obras das suas relações e linguagens nas mais diversas expressões. Assim sendo, os movimentos da vida definem, ou não, a nossa presente existência⁴⁴², de modo que

não há instante isolado, neutro ou indiferente para a vida; há apenas instantes que conspiram, ou para a continuação e promoção da vida, ou para sua corrosão e destruição. (...) a ética é o fundamento pré-original – sustentáculo da própria origem – da condição humana que vive que medita sobre si, que age na condição precípua de condição humana, que pensa, com toda a gravidade de pesado instante de decisão, sobre seu lugar, sua casa, seu mundo.⁴⁴³

A ética é o fundamento da vida humana, a manutenção da própria origem, que Souza refere ser uma questão *eco-lógica*⁴⁴⁴. A ética é entendida também como a relação com a *Alteridade*, com o encontro com o outro, já que é o próprio impulso do humano no exercício de sua liberdade. Para Lévinas, um dos mais importantes autores que tratam da questão da reflexão moral contemporânea, “*o encontro com outrem consiste no fato de que, apesar da extensão da minha dominação sobre ele e de sua submissão, não o possuo.*”⁴⁴⁵ Portanto, a ética, enquanto categoria filosófica, deve ser considerada como a construção do sentido da vida humana desde o encontro com o outro.⁴⁴⁶

Já se sabe que o agir humano é despido de *neutralidade* – inclusive pela influência do inconsciente. O homem, a partir da *racionalidade* que se propunha *neutra*, pretendeu construir *verdades* incontestáveis que, em muitos casos, afrontaram a dignidade das pessoas e os valores da sociedade. Por conseguinte, é indispensável que seja estabelecida uma visão *ética* limitadora aos descomedidos experimentos científicos, o que traz à tona a importância da discussão da Bioética nos dias atuais. Nesse sentido, Souza propõe uma aproximação entre a ciência e a ética, a partir de uma reviravolta axiológica, visto que ambas derivam do produto humano, de modo que

⁴⁴¹ Sobre a mônada, conferir LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Monadologia*. Editora Biblioteca Nueva, 2001.

⁴⁴² Souza refere que “*Para que a gestação tenha chegado a um ‘bom’ termo, é necessário que nem nossa mãe, nem todos os que apoiaram, houvessem agido de forma ‘má’, pelo menos não a ponto de impedir nosso desenvolvimento (...)* Em suma: *em todos os momentos de nossa vida, define-se cada situação a continuidade ou não de nossa existência enquanto, exatamente, existência ‘humana’, não através de atos indiferentes e mutuamente intercambiáveis, mas especificidade única e não-neutra de cada ato concretamente realizado (...)* uma ato qualquer, isolado, pode tanto fazer viver como fazer morrer”. (grifo nosso) SOUZA, Ricardo Timm de. *Bioética*, vol. 13, p. 12.

⁴⁴³ SOUZA, Ricardo Timm de. *Bioética*, vol. 13, p. 13.

⁴⁴⁴ SOUZA explica a questão *eco-lógica* que advém de *oikos* (“*casa, lugar*”), e *logos* (“*reflexão sobre*”). SOUZA, Ricardo Timm de. *Bioética*, vol. 13, p. 13.

⁴⁴⁵ LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. 3.ed., Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

⁴⁴⁶ SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento: uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004, p. 56.

a ética é a possibilidade fundante e meta-científica da racionalidade científica, aquilo sem o qual a racionalidade científica, fechada em si mesma, acaba por implodir em sua totalização de poder e sentido, destruindo a tudo em seu autodestruir-se.⁴⁴⁷

Como dito, a Bioética, enquanto ética aplicada às questões da saúde, surge como novo espaço interdisciplinar na busca da reflexão em torno dos novos problemas causados em razão do avanço científico, mas carece de alicerces filosóficos consoantes com a importância e o espaço que ocupa atualmente.

Todo o arsenal tecnológico posto à disposição das ciências biomédicas nos dias de hoje oferta admiráveis avanços nos tratamentos ligados à área da saúde, isso é refletido, por exemplo, no aumento da expectativa de vida do brasileiro⁴⁴⁸. De outro lado, esse denominado *progresso científico*, frequentemente, ao invés de gerar benefícios, traz a tona, sobremaneira, debates acerca dos riscos e temeridades de sua utilização, bem como da necessidade de se impor limites éticos e jurídicos.⁴⁴⁹ Esses limites ao desenfreado movimento científico-investigatório carecem ser estabelecidos, principalmente, no que diz respeito à produção de normas restritivas que possibilitem um mínimo de adequação do comportamento científico aos valores estabelecidos pela sociedade no momento histórico em que vivemos.⁴⁵⁰ Nesse contexto, a Bioética emerge como um campo que possibilita o diálogo interdisciplinar e a discussão acerca da limitação ética à desenfreada marcha tecnológica.

Deste modo, inegável que a Bioética vem influenciando na revisão das bases metodológicas do Direito, na medida em que possibilita a rediscussão das limitações tradicionais de seus institutos, flexibilizando-os e humanizando as discussões jurídicas como um todo.⁴⁵¹ O Direito, através da utilização dos Direitos Fundamentais e, especialmente, através do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, serve como um *dique* que impõe os limites. Nos casos em que a lei é omissa, contraditória, os princípios – que informam todo o sistema jurídico – indicam quais os bens tutelados e valores a serem buscados na aplicação das normas e aparecem como

⁴⁴⁷ SOUZA, Ricardo Timm de. *Bioética*, vol. 13, p. 19.

⁴⁴⁸ Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2011, a expectativa de vida do brasileiro subiu para 74,1 anos. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Tábuas completas de mortalidade: 2011*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2011/pdf/ambos_pdf.pdf> Acesso em: 10.03.2013.

⁴⁴⁹ PITHAN, op. cit., p. 23.

⁴⁵⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. In: *Bioética*. Vol. 8, n.º 2 – 2000. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2000, p. 212.

⁴⁵¹ PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação”*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 32.

capazes de direcionar o aplicador do Direito. Nas palavras de Martins-Costa, ao tratar do Direito enquanto construção de modelo de respostas, refere que *“diferentemente do que ocorria no passado, hoje o Direito não é visto tão só como ciência mas, fundamentalmente, como prudência, como arte prudencial que está inter-relacionada, fundamentalmente, com as demais instâncias componentes do todo social, notadamente a ética.”*⁴⁵² De fato, na sociedade pluralista e democrática em que vivemos, as fórmulas jurídicas rígidas advindas de um *legalismo*⁴⁵³ fechado, não são suficientes para ofertar respostas à problemática advinda do desenvolvimento das ciências biomédicas.

É preciso repensar a dogmática jurídica e sair do que Carvalho denomina de *narcisismo e crença na onipotência do Direito*. Carvalho refere sobre o Direito, especificamente acerca do Direito Penal, que *“o discurso punitivo, numa espécie de ‘narcisismo infantil’ cuja onipotência incapacita a percepção dos seus próprios limites, inviabiliza uma relação madura com outros ramos do saber.”*⁴⁵⁴ A Bioética estabelece, assim, estreita relação com o Direito, até porque os dois se ocupam do estudo do comportamento humano. Como diz Rabinovich-Berkman, *“los derechos humanos pueden ser vistos como de cada miembro de nuestra especie, no en razón de sus propias cualidades individuales, sino de su pertenencia a nuestra especie en sí. Es decir, que los derechos existenciales no se desprenderían de la concreta existencia de cada humano, sino de su pertenencia a una especie existencial.”*⁴⁵⁵ Assim, surge a Bioética como o exame ético da prestação médica em busca do bem-estar biopsicossocial do paciente.

⁴⁵² MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a construção do biodireito. In: CFM. *Bioética*. Vol. 8, n.º 2 – 2000. Brasília: 2000, p. 230.

⁴⁵³ Como refere Martins-Costa, *Legalismo* é a concepção de ideias vigorantes nos últimos 200 anos, assim é o “termo que indica a pretensão de reduzir o fenômeno jurídico a uma de suas manifestações – a lei de origem parlamentar – fazendo crer à sociedade que, a cada novo problema, seria necessária a intervenção autoritária do legislador para fazer com que a nova realidade, saindo do obscuro campo do ‘não-Direito’ fosse, assim, *jurisdicizada*.” MARTINS-COSTA, Judith. *Bioética*, vol.08., p. 231.

⁴⁵⁴ CARVALHO, Salo de. A ferida Narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2004, p. 206.

⁴⁵⁵ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. Persona y “derechos existenciales”. *Revista eletrónica de derechos existenciales*. Revista persona. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar>> Acesso em: 13.02.2013.

3.1.3.3 Consentimento informado

A Bioética, como norteadora de uma nova visão da relação médico-paciente, apresenta, o consentimento informado como instrumento de um processo de comunicação recíproca entre médico e paciente, no qual fazem parte as informações sobre riscos e benefícios que médicos devem prover aos pacientes, para que estes possam decidir autonomamente se querem ou não se submeter a determinado tratamento ou procedimento diagnóstico.⁴⁵⁶ O consentimento informado decorre deste novo contexto de informações nas relações contratuais, notadamente dos *deveres*⁴⁵⁷ provenientes relação médico-paciente.

O consentimento informado “*é uma condição indispensável da relação médico-paciente e da pesquisa com seres humanos. Trata-se de uma decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas consequências e dos seus riscos*”⁴⁵⁸.

Também denominado consentimento livre e esclarecido (*informed consent*⁴⁵⁹, *consentement éclairé*), é utilizado cada vez mais na assistência à saúde em geral e na pesquisa biomédica.⁴⁶⁰ Tornou-se exigência em situações distintas como as assistenciais, quando se procura o galeno; ou em serviços de saúde, através da apresentação de uma queixa, um desconforto, sendo uma situação em que se necessita

⁴⁵⁶ PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado no poder judiciário brasileiro. *Revista AMRIGS*, vol.56, 2012, p. 87.

⁴⁵⁷ Trata-se mais detidamente da questão do *dever de informação* dos médicos e o *conteúdo destes deveres*, assim como os limites destas informações nas cirurgias plásticas, conforme determina o CDC e o CC/02, especialmente das questões da publicidade e da responsabilidade civil médica nas seções adiante.

⁴⁵⁸ CLOTET, J. *Por que bioética?*, pp. 13-17.

⁴⁵⁹ O Dicionário Black's Law define *Informed Consent* como: “*as a person's agreement to allow something to happen (such as surgery) that is based on a full disclosure of facts needed to make the decision intelligently; i.e., knowledge of risks involved, alternatives, etc. Informed consent is the name for a general principle of law that a physician has a duty to disclose what a reasonably prudent physician in the medical community in the exercise of reasonable care would disclose to his patient as to whatever grave risks of injury might be incurred from a proposed course of treatment, so that a patient, exercising ordinary care for his own welfare, and faced with a choice of undergoing the proposed treatment, or alternative treatment, or none at all, may intelligently exercise his judgment by reasonably balancing the probable risks against the probable benefits.*” BLACK, Henry Campell. *Black's Law Dictionary*. 6.ed., St. Paul, 1990, 779.

⁴⁶⁰ BAÚ, Marilise Kostelnaki. Capacidade jurídica e consentimento informado. *Revista Bioética*, vol.08, n.2, 2001, pp. 285-295.

de cuidados de saúde; ou, ainda, nas pesquisas, quando o investigador procura as pessoas que se enquadrem na sua necessidade de estudo.⁴⁶¹

A normatização do Consentimento Informado no Brasil se principiou na década de 80, através da *Resolução CFM nº 1.081/1982* do CFM⁴⁶² e da *Resolução nº 196/1996*, do Conselho Nacional de Saúde⁴⁶³.

O CC/02 prevê, nos artigos 13⁴⁶⁴ e 14⁴⁶⁵, o princípio da autonomia da vontade limitada, que confere à pessoa humana o direito de disposição sobre o próprio corpo. Existe, portanto, em todos os procedimentos médicos, assim como nas cirurgias plásticas, a necessidade de que a pessoa autorize tais procedimentos a serem realizados em seu corpo, considerando-se que o médico age dentro de um *exercício regular de um direito* que lhe é concedido pelo Estado, mediante habilitação legal para o exercício da

⁴⁶¹ GOLDIM, José Roberto. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia. *Revista AMRIGS*, vol.46, Porto Alegre, núm.03, 2002, p. 111.

⁴⁶² A *Resolução CFM nº 1.081* trata do consentimento ou autorização dada pelo paciente ou responsável ao médico para necropsia, provas necessárias ao diagnóstico e tratamento. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.081/1982*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1982/1081_1982.htm> Acesso em: 13.02.2013.

⁴⁶³ Nesta Resolução, que tratou de diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, no item IV.2, denominou-se de “*Consentimento livre e esclarecido - anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa.*” CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução nº 196/1996*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_96.htm> Acesso em: 13.02.2013.

⁴⁶⁴ Os enunciados aprovados nas I, III, IV, V e VI Jornadas de Direito Civil, realizadas no Conselho da Justiça Federal, veja-se: “Enunciado da I Jornada de Direito Civil: Enunciado 6 - Art. 13: A expressão “exigência médica” contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente; Enunciado da IV Jornada de Direito Civil: Enunciado 276 - O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil; Enunciados da V Jornada de Direito Civil: Enunciado 401 - Não contraria os bons costumes a cessão gratuita de direitos de uso de material biológico para fins de pesquisa científica, desde que a manifestação de vontade tenha sido livre, esclarecida e puder ser revogada a qualquer tempo, conforme as normas éticas que regem a pesquisa científica e o respeito aos direitos fundamentais; Enunciado 402 - O art. 14, parágrafo único, do Código Civil, fundado no consentimento informado, não dispensa o consentimento dos adolescentes para a doação de medula óssea prevista no art. 9º, § 6º, da Lei n. 9.434/1997 por aplicação analógica dos arts. 28, § 2º (alterado pela Lei n. 12.010/2009), e 45, § 2º, do ECA; Enunciados da VI Jornada de Direito Civil: Enunciado 532 - É permitida a disposição gratuita do próprio corpo com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos arts. 11 e 13 do Código Civil.” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord. Científico). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012; Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>> Acesso em: 19.05.2013.

⁴⁶⁵ Os enunciados aprovados nas I, III, IV e V Jornadas de Direito Civil, realizadas no Conselho da Justiça Federal, veja-se: “Enunciado da IV Jornada de Direito Civil: Enunciado – 277 - O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord. Científico). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*, 2012.

Medicina.⁴⁶⁶ Ocorrendo em momento pré-contratual este dever de informar e esclarecer o paciente. Tal dever de informação foi também foi positivado pelo CDC, assim como pelo CEM.

Especificamente acerca da questão ética, o CEM, que denomina de “*consentimento esclarecido*”, estabelece no artigo 101 que o termo de consentimento informado deve obrigatoriamente fazer parte do prontuário médico⁴⁶⁷, o que já se considera como prática corriqueira em outros países há tempos.⁴⁶⁸ Extraem-se nas considerações sobre o CEM as linhas vetoras do dever deontológico de informar.⁴⁶⁹ Desta forma, todas as anotações das informações do cirurgião, assim como as fotografias geradas durante a consulta, constarão do *prontuário médico*.^{470,471,472}

⁴⁶⁶ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 57.

⁴⁶⁷ O CFM editou *Resolução CFM nº 1.821/2007* que autoriza a elaboração de prontuário eletrônico, mediante sistema informatizado, sendo este órgão a autoridade certificadora dos médicos do Brasil (AC) e distribuirá o CRM-Digital aos médicos interessados, que será um certificado padrão ICP-Brasil. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.821/2007*. Aprova as normas técnicas concernentes à digitalização e uso dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes, autorizando a eliminação do papel e a troca de informação identificada em saúde. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2007/1821_2007.htm> Acesso em: 30.05.2013.

⁴⁶⁸ Gorney refere acerca do *consentimento informado*: “*the use of informed consent among The Doctors Company policyholders has improved significantly over the last few years. Informed consent plays a substantial role in virtually all plastic surgery cases. It is important to spend as much time as necessary with patients to make sure they fully understand all aspects—pro and con—of the surgery being requested.*” GORNEY M, Martello J. The genesis of plastic surgeons claims. *Clinics in Plastic Surgery*, 1999, pp. 123-131.

⁴⁶⁹ Dizendo que o CEM está “*subordinado à Constituição Federal e à legislação brasileira, o novo Código reafirma os direitos dos pacientes, a necessidade de informar e proteger a população assistida.*” CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*. – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010, p. 23.

⁴⁷⁰ FABBRO, Leonardo. *Manual dos documentos médicos*. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 17.

⁴⁷¹ De acordo o art. 1º da com a *Resolução CFM nº 1.638/2002*, que define prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde, o prontuário médico é “*o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.*” CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.638/2002*. Define prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1638_2002.htm> Acesso em: 19.02.2013.

⁴⁷² Quanto à questão do sigilo do prontuário médico, o STJ já se pronunciou no sentido de que a simples entrega de sem autorização do paciente é fato que, por si só, causa dano moral. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 1.064.345/RS*. Quarta Turma. Agravante: comunidade Evangélica Luterana São Paulo - CELSP. Agravado: Elaine Tibúrcio Dias. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Rio Grande do Sul/RS, em 05.12.2002. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=4543544&formato=PDF>> Acesso em: 07.06.2013.

Ainda, no CEM, no que se refere aos Direitos Humanos⁴⁷³, quando trata da relação com pacientes e familiares, traz previsão expressa no art. 34, dizendo que é vedado ao médico “*deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.*”⁴⁷⁴ Por fim, nas considerações finais reitera a importância do consentimento informado, livre e esclarecido, para reforçar o exercício da liberdade que decorre do fato de o paciente receber informações justas, claras e adequadas.⁴⁷⁵

O paciente deve ser esclarecido, de acordo com o consentimento informado, de todas as principais características do tratamento, terapia ou procedimento a que será submetido, especificando: o diagnóstico ou a suspeita da lesão ou deformidade, a natureza e o propósito do tratamento com seus benefícios; todos os riscos; possíveis complicações e efeitos colaterais; a probabilidade de sucesso nas condições individuais do paciente; os tratamentos alternativos, as possíveis consequências, se as advertências médicas não forem seguidas,⁴⁷⁶ chances de êxito, efeitos colaterais e despesas. Ao final, o paciente deverá aquiescer expressamente a todas as informações transmitidas. Deve o médico observar, além de outras questões, principalmente as condições subjetivas do paciente, como idade, nível cultural e instrução, para que se realize a apreensão das informações repassadas; capacidade do agente de autodeterminar-se através de decisão racional com base nas informações transmitidas e, por fim; a transmissão deve dar-se através de linguagem clara, acessível e desvelada da técnica, no que tange aos procedimentos e riscos do paciente. Recomenda-se também que este registro do histórico individualizado com linguagem clara e completa conste também no prontuário, de modo a relatar todo o processo dialogal de tomada de decisão compartilhada com o paciente.

⁴⁷³ O CEM refere que é vedado ao médico: artigo 22: “*deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte*”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, p. 23.

⁴⁷⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, p. 49.

⁴⁷⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, pp. 79-80.

⁴⁷⁶ GORNEY, M; MARTELLO J; HART, L. The medical record. Informing your patients before they consent. *Clinics in Plastic Surgery*, vol.26, núm.1, 1999, pp. 57-68.

As informações transmitidas ao paciente devem ser realizadas em momento adequado, em circunstâncias que possibilitem ao paciente manifestar sua vontade de forma plena, sem qualquer alteração em seu estado psicológico, o que ocorre em ocasiões que antecedem a cirurgia. Deve-se evitar o fornecimento das informações momentos antes do procedimento cirúrgico em face do estado psíquico do paciente, comunicando-o, inclusive, de quaisquer problemas que podem ocorrer durante o pós-operatório.

Há duas vertentes de compreensão do consentimento informado.

A primeira delas advém da medicina defensiva, que trata o consentimento informado como um mero documento, que deve ser assinado pelo paciente, visando à proteção dos interesses do médico, com o claro intento de defesa em eventual processo judicial envolvendo a responsabilidade civil médica. Nesta vertente, o consentimento informado se materializa com a coleta de assinatura de um termo, no mais das vezes, pré-impreso, pelo paciente.

De outro lado, com base nos princípios da bioética, considera-se o consentimento informado como parte de um processo continuado de informação e esclarecimento mútuo nas relações entre médicos e pacientes, com o intuito de resguardar e subsidiar o exercício da autodeterminação do paciente,⁴⁷⁷ construído com base na relação de confiança recíproca entre os dois.⁴⁷⁸

Entende-se que o consentimento informado faz parte de um processo dialogal e contínuo entre o galeno e o paciente. A sua imposição no tratamento médico é um dever de conduta ética e também um dever jurídico, como expressão do respeito à autonomia do paciente.⁴⁷⁹ Não basta, para o consentimento informado, o cumprimento de uma mera formalidade através de um termo escrito contendo a assinatura do paciente, mas poderão ser aquilatados, se for objeto de controvérsia, a compreensão por parte do paciente do conteúdo das informações efetivamente científicas, conforme a boa-fé objetiva, nunca se esquecendo que o paciente doente se encontra em situação de *vulnerabilidade*^{480,481} agravada.⁴⁸² A vulnerabilidade, como alude Moraes, assim como a

⁴⁷⁷ PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado para além da medicina defensiva. *Revista da AMRIGS*, vol.53, Porto Alegre, núm.02, 2009, p. 175.

⁴⁷⁸ GOLDIM, José Roberto. *Revista AMRIGS*, vol.46, p. 114.

⁴⁷⁹ PITHAN, Livia Haygert. *Revista da AMRIGS*, vol.53, p. 175.

⁴⁸⁰ Ensina Marques que há três tipos de vulnerabilidade: a) *técnica*, quando o consumidor não possui conhecimentos específicos; b) *jurídica ou científica*, quando o consumidor não possui conhecimentos jurídicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia; c) *fática ou socioeconômica*, quando o fornecedor, devido ao seu poder econômico, impõe sua superioridade a todos os que com ele contratam e; d) *informacional*, decorrente da velocidade e da globalização da sociedade pós-moderna que coloca o

dignidade da pessoa humana, é inerente ao ser humano, indescutível, uma realidade prévia ao próprio Direito.⁴⁸³

Não raras vezes, no âmbito da prática médica, os profissionais da saúde se deparam com pacientes que, embora legalmente capazes, podem ser considerados dotados de especial vulnerabilidade, não aquelas vulnerabilidades a que todos estamos submetidos e que superamos ao longo de nossas vidas, pois essas são inerentes ao desenvolvimento físico e intelectual dos seres humanos, mas sim àquelas vulnerabilidades incidentais, circunstâncias desfavoráveis que tornam os pacientes ainda mais suscetíveis a, ou em perigo de, sofrer danos, e, portanto, sem capacidade real de decidir o melhor para si.⁴⁸⁴ A avaliação da capacidade decisória do paciente é muito mais complexa do que a mera noção legalista de capacidade *de fato* traduzida pelo Direito Civil. A capacidade de decisão (capacidade de se autogerir) é a habilidade funcional do paciente para considerar os fatos relevantes de uma situação específica e chegar – bem como comunicar – deliberação individual apropriada. Questões relacionadas à habilidade do paciente para tomar decisões frequentemente surgem durante o processo de consentimento informado.

A discussão que se impõe na doutrina é sobre a necessidade de o consentimento informado ser escrito, impresso e assinado⁴⁸⁵ pelo paciente na assistência médica, ou de o mesmo se tratar de um processo comunicativo entre o médico e o paciente que precede uma decisão autônoma, dispensando, até mesmo, quaisquer documentos escritos, numa clara prática de medicina defensiva.^{486,487,488}

consumidor em déficit informacional. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 323-339.

⁴⁸¹ Moraes sustenta as seguintes espécies de vulnerabilidade: a) *técnica*, b) *jurídica*, c) *política ou legislativa*, d) *neuropsicológica*, e) *econômica e social*, f) *ambiental* e g) *tributária*. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*, pp. 141-192.

⁴⁸² MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, ano 16, núm.63, jul.-set., 2007, p. 65.

⁴⁸³ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*, p. 103.

⁴⁸⁴ KOTTOW, Michael. *Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção*. GARRAFA, Volnei e PESSINI, Leo (Orgs.). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003.

⁴⁸⁵ Kfoury Neto defende que “o consentimento deverá ser documentado e registrado, sob pena de o profissional ver-se impossibilitado de provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo – fato que também poderá redundar em consequências gravosas, no âmbito da responsabilidade civil” KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*, p. 297.

⁴⁸⁶ Conforme as conclusões da pesquisa realizada por Pithan, a partir de coleta de ementas realizada em seis Tribunais de Justiça estaduais, quais sejam, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal de Justiça

Deve-se considerar a questão concernente ao direito ao consentimento informado, entendido como o direito de decidir sobre as intervenções que são realizadas em nosso próprio corpo, isto é, sobre a saúde e a doença, sobre a vida e a morte. Devem ser avaliados, também, outros interesses envolvidos, como a motivação da família e da equipe que está tratando o paciente. Assim, a decisão do paciente pode estar sendo influenciada por inúmeras variáveis, tais como princípios religiosos, valores culturais, questões relacionadas com o processo de adoecer, de modo que, nesses casos os critérios de noções de capacidade legal, determinados pelo CC/02 são limitados e devem ser lidos conjuntamente com a autonomia do paciente defendida pela Bioética.⁴⁸⁹ O termo de consentimento informado é avaliado como parte integrante do prontuário médico em diversos países, o que não significa dizer que sempre o paciente compreendeu a totalidade de seu conteúdo. Por essa razão, a atenção do cirurgião e o diálogo com o paciente devem estar sempre presentes na relação. O que ocorre é que em muitas ações o paciente afirma que não recebeu qualquer assistência e informação pelo médico logo após a operação.⁴⁹⁰ Nos Estados Unidos, utiliza-se uma notificação a cada paciente dos seus direitos, denominada “*Notice of Privacy Practices*”, na qual são

Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça do Paraná, Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Tribunal de Justiça de São Paulo, nas quais selecionou a íntegra de acórdãos pertinentes ao tema da responsabilidade civil por falta de consentimento informado na assistência médica, entre janeiro de 2002 e janeiro de 2009, na qual concluiu que: há preponderância de 60% da utilização do CDC como fundamento normativo dos acórdãos analisados para o consentimento informado; em todos os acórdãos examinados, os fundamentos alegados foram a ausência do dever de informar e a imperícia atribuída aos causadores dos danos; há associação entre resultado das demandas e uso do termo de consentimento nos 54 acórdãos em que foi discutida a questão da falta de informação. Por fim, sustenta que não há associação estatística significativa entre o resultado de ser procedente ou improcedente e a existência ou não de Termo de Consentimento no processo. Todavia, paradoxalmente, apresenta os dados dos processos sem a presença do Termo de Consentimento, concluindo que em 59,25% das demandas que tramitaram sem o termo de consentimento foram julgadas procedentes, o que corrobora nosso entendimento de que é importante a formalização do mesmo. PITHAN, Livia Haygert. *Revista AMRIGS*, vol.56, pp. 88-90.

⁴⁸⁷ PITHAN, Livia Haygert. *Revista da AMRIGS*, vol.53, p. 176.

⁴⁸⁸ Como referem Pestana e Proença, sua elaboração é individualizada, as informações verbais, depois descritas no prontuário, são mais práticas e efetivas, dispensando a assinatura do paciente. Refere que as informações dificilmente podem ser padronizadas em formulário único de consentimento informado. PESTANA, José O. Medina; PROENÇA, José Marcelo M. Consentimento informado ou consentimento assinado? *Jornal do CREMESP*, 2004, núm.198, p. 09.

⁴⁸⁹ BORGES, Gustavo Silveira; GAUER, Gabriel José Chittó; *et al.* Estudo casuístico da capacidade decisória dos pacientes: uma abordagem interdisciplinar. In: LOCH, Jussara de Azambuja; GAUER, Gabriel José Chittó; CASADO, María. (org.). *Bioética, interdisciplinaridade e prática clínica*. 1.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, pp. 137-160.

⁴⁹⁰ MAVROFOROU, A., *et al.* Medical litigation in cosmetic plastic surgery. *Medical Law*, vol.23, 2004, pp. 479-488.

descritos os direitos do paciente⁴⁹¹⁴⁹², as políticas e o endereço de onde se pode apresentar reclamação futura.⁴⁹³

Juridicamente⁴⁹⁴, para que se possa considerar válido um termo de consentimento informado, devem ser cumpridos os seguintes requisitos mínimos de: a) capacidade civil do paciente; b) voluntariedade, prestada de forma livre e espontânea, sem qualquer vício de consentimento; c) compreensão, em razão da hipossuficiência do paciente, referida pelo CDC, no art. 6º, inciso III, já que pesquisa recente⁴⁹⁵ demonstrou que indivíduos com melhor nível de escolaridade, habitualidade de leitura, facilidade de acesso à internet e melhor faixa salarial são os que possuem melhor compreensão sobre o termo de consentimento. Deve ser redigido e apresentado de forma a permitir que mesmo o sujeito mais distante dessa realidade tenha o maior grau possível de entendimento e; d) prestação das informações relevantes, já que o excesso de informações pode desvirtuar o instituto.⁴⁹⁶ Cabe lembrar, ainda, que não se trata de ato jurídico irrevogável e permanente, contudo devem ser obedecidos os princípios da revogabilidade e da temporalidade.⁴⁹⁷

⁴⁹¹ O Ministério da Saúde também apresenta cartilha contendo os direitos dos usuários do SUS. BRASIL. Ministério da Saúde. *Carta dos direitos dos usuários da saúde*. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

⁴⁹² Gauderer apresenta o rol dos principais direitos dos pacientes, em sua obra que leva este título: “a) direito de perguntar e reperguntar; b) direito ao uso de equipamentos de documentação da consulta e procedimentos como gravadores ou vídeo; c) direito de ser acompanhado na consulta, exame médico e hospital; d) direito de saber as qualificações do profissional de saúde que o está atendendo; e) direito a uma segunda opinião; f) direito à livre escolha do médico; g) direito de recusar intervenções; h) direito à atenção médica nos serviços de saúde mantidos pelo Poder Público, e, na ausência destes serviços governamentais, em casos de urgência/emergência em qualquer serviço de saúde existente; i) direito a um atendimento médico digno; q) direito à elaboração, pelo médico, de registro do atendimento; e k) direito de acesso ao seu prontuário médico ou similares.” GAUDERER, Christian. *Os direitos do paciente: um manual de sobrevivência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1993, pp. 21-43.

⁴⁹³ GRANT, Robert T; CHEN, Constance M. *Cosmetic surgery*. McGraw-Hill, 2010, p. 11.

⁴⁹⁴ Pirro, que refere que: “*il consenso deve essere frutto di un rapporto reale e non solo aparente tra medico e paziente: il medico, cioè, è tenuto a raccogliere un’adesione effettiva e partecipata, e non solo cartacea, all’intervento. Esso non è, pertanto, un atto puramente formale e burocratico ma è la condizione imprescindibile per trasformare un atto normalmente illecito (la violazione dell’integrità psicofísica) in un atto lecito, fonte di responsabilità.*” PIRRO, Massimiliano di. *Responsabilità del medico – tutela civile, penale e profili deontologici*. 3.ed. Grupo Editoriale Simone, 2012, p. 81.

⁴⁹⁵ O estudo mostrou baixa compreensão do termo de consentimento, mesmo quando utilizada linguagem clara e de fácil interpretação. Na prática médica, indicado é observar a condição de cada um dos doentes, entender as suas limitações de compreensão, ler junto com eles, um a um, explicando todos os pontos. BIONDO-SIMOES, Maria de Lourdes Pessole, *et al. Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões*, vol.34, pp. 183-188.

⁴⁹⁶ GODINHO, Adriano Marteleto, *et al.* Termo de consentimento informado: a visão dos advogados e tribunais. *Revista Brasileira de Anestesiologia*, vol.60, n.2, 2010, pp. 207-211.

⁴⁹⁷ MINOSSI, José Guilherme. Prevenção de conflitos médico-legais no exercício da medicina. *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões*, vol.36, n.1, 2009, p. 94.

Tais preceitos não excluem a necessidade de materialização do prontuário ambulatorial e/ou hospitalar a ser preenchido⁴⁹⁸ pelo médico, consoante previsão do art. 87 do CEM.⁴⁹⁹ Desta forma, a mera existência material do termo de consentimento informado, por si só, não pode servir de prova do cumprimento dos deveres informativos pelos médicos e hospitais.

A eclosão da litigiosidade e, por consequência, a judicialização envolvendo a responsabilidade civil médica tem ganhado destaque, em especial, na questão da responsabilidade por violação do consentimento informado.⁵⁰⁰ Sob o ângulo da jurisprudência⁵⁰¹, as decisões judiciais evidenciam algumas confusões entre o significado do consentimento informado como processo dialogal e a observância exclusiva da formalidade escrita do documento para o fim de subsidiar a comprovação do dever de informar. Mesmo entendendo ser necessário que o consentimento informado seja escrito e firmado pelo paciente, que pode caracterizar medida de proteção profissional por parte do médico ou do hospital, a ausência do termo de consentimento informado, em caso de litigância jurídica, no processo, tem sido fundamento crucial pela jurisprudência para configurar a negligência médica^{502,503}. Nas

⁴⁹⁸ Na casuística da Associação Paulista de Medicina, 95% dos médicos preenchem o prontuário, mas somente 30% com informações precisas e relevantes, e apenas 5% utilizam o consentimento informado, instrumento que equilibra a relação com o paciente, sem compromissos de resultados. SMITH-HOWARD, Tomás. Como praticar uma medicina segura e harmoniosa. *Revista da Associação Paulista de Medicina*, núm.624, set., 2009, p. 15.

⁴⁹⁹ Vide o dispositivo: “art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente. § 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina. § 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente.” CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, p. 64.

⁵⁰⁰ PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2004, p. 20.

⁵⁰¹ O STJ utilizou pela primeira vez, neste acórdão, o termo “consentimento informado”, corroborando a responsabilidade civil do médico e da instituição hospitalar pelos danos causados a uma paciente que se submeteu a um procedimento cirúrgico oftalmológico sem ter sido informada devidamente dos riscos da cegueira, que acabou, lamentavelmente, ocorrendo, o que lhe ocasionou diversos danos. Sopesou-se, no referido julgado, que a falta de informação viola as regras éticas que regulamentam a relação médico-paciente. A decisão restou assim ementada: “Responsabilidade Civil. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 467.878/RJ*. Quarta Turma. Recorrente: Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro. Recorrido: Maria Joana de Santana Vieira. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. São Paulo/SP, em 05.12.2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200201274037&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 11.03.2013.

⁵⁰² FERRAZ, Edmundo Machado. Complicação ou erro médico? *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões*, 2006, vol.33, pp. 205-206.

demandas judiciais movidas em face de médicos, os documentos médicos⁵⁰⁴ são importantes elementos de prova.⁵⁰⁵ O fundamento das decisões judiciais de condenação em razão da ausência de termo de consentimento informado no processo é o de que não foram cumpridas, seja pelo esculápio ou pelo hospital, as condutas preventivas médicas que devem ser de enorme zelo na medida em que aumentam o risco, ou o dano.⁵⁰⁶ De modo que a carência de tal documento, por si só, são considerados importantes fatores que influenciam decisivamente no desfecho das demandas judiciais.⁵⁰⁷

Em termos práticos, muitos médicos e hospitais já o incorporaram institucionalmente como obrigatórios, exigindo-se, padronizadamente, que os pacientes apontem assinatura, claramente atuando de forma defensiva.⁵⁰⁸ Em reiterados momentos, compelem-se os pacientes a assinar textos standard, com conteúdos pré e pós-cirúrgicos que podem ser aplicáveis a todas as especialidades médicas,

⁵⁰³ Adverte Doncatto que apesar de o CEM não esclarecer se o termo de consentimento informado deve ser assinado pelo paciente, ou se a mera informação verbal seria suficiente, o fato é que inúmeros acórdãos e sentenças proferidas não deixam dúvidas de que o que não está escrito é como se não existisse, confirmando a necessidade desta prova material das informações prestadas em documento adequado. DONCATTO, Léo Francisco. *Revista Brasileira de Cirurgia Plástica*, p. 354.

⁵⁰⁴ Segundo jurisprudência do STJ, os médicos e hospitais estão obrigados a exibir documentos médicos relativos ao próprio paciente que requeira a exibição. Veja-se o aresto: “Processual civil. Recurso especial. Hospital. Acesso a documentos médicos requerido pelo próprio paciente. Negativa injustificada pela via administrativa. Ensejo de propositura de ação de exibição de documentos. Ônus de sucumbência. Princípio da causalidade. - De acordo com o Código de Ética Médica, os médicos e hospitais estão obrigados a exibir documentos médicos relativos ao próprio paciente que requeira a exibição. - A negativa injustificada à exibição de documentos médicos pela via administrativa, que obrigou o paciente à propositura de ação à sua exibição pela via judicial, tem o condão de responsabilizar o hospital pelo pagamento dos ônus de sucumbência, em atenção ao princípio da causalidade, nos termos dos precedentes firmados no STJ. Recurso especial conhecido e provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 540.048/RS*. Terceira Turma. Recorrente: Valda Terezinha Carbone. Recorrido: Hospital de Base do Distrito Federal. Relator: Min. Nancy Andrighi. Rio Grande do Sul/RS, em 02.12.2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=200300610386&data=12/4/2004> Acesso em: 07.06.2013.

⁵⁰⁵ FABBRO, Leonardo. *Manual dos documentos médicos*. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 68.

⁵⁰⁶ Assim alude a decisão do STJ: “Responsabilidade Civil. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 436.827/SP*. Quarta Turma. Recorrente: Agenor Melo Filho. Recorrido: Maria Benedita Fadel. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. São Paulo/SP, em 01.10.2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=200200258595&data=18/11/2002> Acesso em: 11.03.2013.

⁵⁰⁷ Conforme estudo feito nos processos de erro médico e dos fatores do desfecho de processos judiciais em cirurgia plástica no Rio Grande do Sul, observou-se a correlação entre termo de consentimento informado e a sentença. Concluiu-se que a ausência de termo de consentimento informado no processo é um fator que influencia o desfecho das demandas judiciais envolvendo médico-paciente em cirurgia plástica, assim como o rigor descritivo do prontuário. SILVA, Dione Batista Vila-Nova da. *Custas e fatores do desfecho de processos judiciais em cirurgia plástica no rio grande do sul*, p. 61.

⁵⁰⁸ COUTO FILHO, Antônio Ferreira. O consentimento informado. *Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular*, vol.23, núm.2, 2008, p. 295.

descaracterizando por completo a natureza dialogal e pessoal do consentimento informado. Ademais, alguns deles ainda infligem cláusulas de não indenizar, tentando sub-repticiamente exonerar as responsabilidades.

Compreende-se que, mesmo compartilhando da ideia de que o consentimento informado é muito mais do que simples folhas pré-impresas com conteúdos eminentemente adesivos, na grande maioria das vezes, são documentos genéricos e vazios de sentido⁵⁰⁹, sem apresentarem quaisquer informações mínimas suficientes do tratamento específico ao qual o paciente se submeterá, descumprindo assim sua autêntica função, para que ele possa realmente compreender quais os reais riscos se podem esperar do procedimento médico prescrito.

Nas cirurgias plásticas, os defeitos e a ausência das informações podem ser evidenciados tanto na fase pré-operatória, pela omissão das informações dos riscos conhecidos, assim como por consequência de uma publicidade enganosa, “prometendo” resultados inalcançáveis, de modo a induzir o paciente a acreditar piamente nessa imagem; na fase operatória, em razão do manejo de técnicas diferentes das previamente consentidas, ou ainda, a realização de algum procedimento não autorizado e, por fim; no pós-operatório, com a falta de instruções ou informações errôneas ao paciente, ocultando-lhe a má evolução da intervenção ou, mesmo, a necessidade de realizar novo procedimento cirúrgico para correção do anteriormente concretizado. O dever de informar, especialmente nas cirurgias plásticas, há de ser um dever “*acentuado*”⁵¹⁰, “*exacerbado*”.⁵¹¹ Assim, no caso de divulgação, por parte do cirurgião plástico, de uma promessa de resultado cirúrgico, estará o profissional incorrendo na vedação à publicidade enganosa prevista no art. 37, §§ 1º⁵¹² e 3º⁵¹³ do CDC, posto que incorrerá em omissão em relação à verdadeira natureza de suas obrigações de meios, assim como

⁵⁰⁹ Conforme adjetiva Cortés, “*consentimento às cegas*” ou “*consentimento em branco*”. CORTÉS, Julio César Galán. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, 2001, p. 137.

⁵¹⁰ CORTÉS, Júlío César Galán. O consentimento informado e a cirurgia estética. Tradução José Geraldo de Freitas Drumond. *Revista Bioética*, vol.12, núm.01, 2004, p. 97.

⁵¹¹ WILLHELM, Camila Neves. *Responsabilidade civil do cirurgião plástico: obrigação de meio ou de resultado*. – Porto Alegre: Stampa, 2009, p. 70.

⁵¹² Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

⁵¹³ Art. 37. (...) § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

não estará informando ao paciente a real característica de imprevisibilidade de seu serviço.⁵¹⁴

3.1.4 DISCRICIONARIEDADE MÉDICO-CIENTÍFICA, ESCOLHAS EFICAZES E OS RISCOS ENVOLVIDOS NESTE PROCESSO DECISÓRIO

Entende-se por discricionariedade médica o processo de escolha, por parte do galeno, dos métodos e estratégias disponíveis a serem empregados no tratamento diagnóstico-terapêutico, em comparação com as características principais de outros, a partir da avaliação dos riscos e sempre levando em conta as mais recentes informações científicas sobre a opção escolhida.

A medicina, como se sabe, não é uma ciência exata, especialmente por que as reações e respostas dos pacientes são eminentemente individuais, além da questão que envolve a mutação de agentes patogênicos. Por mais prudente e perito que seja o médico, ele nunca será capaz de controlar questões como: cicatrizes, infecções, deficiências de coagulação e vascularização de tecidos em razão das características exclusivas de cada pessoa. Por não se tratar de uma ciência perfeita, em Medicina não há certezas absolutas de critérios científicos, mas técnicas consideradas como mais adequadas, devendo ser calibradas no contexto das circunstâncias de tempo e de lugar em que se procedeu ao cuidado profissional. Em relação a esta temática, aduz Weingartner que

la medicina como cualquier otra ciencia tiene metodología de acceso al conocimiento que constituye su contenido y sobre la cual los científicos polemizan y tratan de avanzar en la búsqueda de nuevos horizontes en pos de un desarrollo superador. Esto significa que estos contenidos científicos poseen en su dialéctica dos cuestiones importantes ‘*caminos alternativos y avances progresivos*’ que hacen o producen certa vejez o inadecuación de estos senderos. Quiere decir entonces que, mientras que alguna de esas herramientas de alternativa no sufran científicamente su cuestionamiento de inadecuación, seguirán teniendo vigencia y son ‘legítimos’ desde su óptica interna.⁵¹⁵

⁵¹⁴ WILLHELM, Camila Neves. *Responsabilidade civil do cirurgião plástico: obrigação de meio ou de resultado*, p. 86.

⁵¹⁵ WEINGARTNER, Célia. La relación de causalidad y la discrecionalidad científica. In: GHERSI, Carlos A (coord.). *Responsabilidad medica*. Ed. Forense, Buenos Aires, 1998, p. 85.

O conhecimento técnico-científico, por conseguinte, outorga ao médico uma posição decisória de *discricionarietà médica* em sua tomada de decisões. Tais determinações, a partir da ótica interna do médico, deverão guardar congruência com as informações repassadas pelo paciente. O médico, então, demarca sua situação de poder na relação através de duas vias: a primeira, com a *discricionarietà científica*, em face de seu conhecimento apropriado para diagnosticar, e a segunda, a partir da *informação* ofertada ao paciente.⁵¹⁶

O diagnóstico médico deve condizer sempre com o *fator evolutivo científico-tecnológico da medicina*, assim como com as *técnicas usuais clínicas* adequadas para o caso, ajustadas com a discricionarietà médica, que tem como parâmetros o lugar, tempo e causa do paciente, dando liberdade de escolha ao médico de eleger o tratamento que será indicado naquele caso.⁵¹⁷ Importante dizer que o médico não está adstrito a um determinado tratamento em razão da vasta gama de possibilidades que a medicina contemporânea oferece. Todavia, o método ou o tratamento indicado deve apresentar objetiva idoneidade terapêutica, levando-se em conta o estado da ciência e a adequação ao caso concreto. Este enquadramento faz com que o médico cumpra, juridicamente, sua prestação de serviços através da atividade científica e técnica adequada, ou seja, consoante um *standard objetivo científico-tecnológico*. Trata-se, desta sorte, da exigibilidade de atuar dentro dos limites do campo da discricionarietà científico-terapêutica, já que agir fora dela pode implicar em danos aos pacientes.⁵¹⁸

O risco faz parte da própria investigação científica que se edifica efemeramente com erros e acertos.⁵¹⁹ O tratamento clínico e a cirurgia, portanto, estão permeados por esta álea intrínseca ao agir médico mais prudente e rigoroso do médico.

Questiona-se: O médico pode conhecer todas as informações do paciente capazes de lhe possibilitar o fornecimento de um resultado cientificamente adequado? É possível se exigir do médico condições de conhecer com certeza todas as informações relevantes daquele paciente que podem influir na cirurgia?

⁵¹⁶ LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*, p. 38.

⁵¹⁷ GHERSI, Carlos A. Las obligaciones esenciales de los médicos: diagnóstico y terapéuticas. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*, p. 170.

⁵¹⁸ GHERSI, Carlos A. La responsabilidad de los médicos: factores de atribución. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 180.

⁵¹⁹ GHERSI, Carlos A. Las obligaciones esenciales de los médicos: diagnóstico y terapéuticas. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*, p. 171.

O dever de saber o que perguntar, pacificamente, é do médico, mas a questão que se impõe é: este tem condições de fazer todas as perguntas ao paciente que lhe possibilitem uma certeza sobre as respostas diagnóstico-terapêuticas?

Primeiramente, cabe mencionar que há uma série de concausas na prestação de serviços médicos que são incontroláveis.

Trata-se eminentemente de uma relação de *ignorância compartilhada*⁵²⁰, no sentido de que, às vezes, o médico, ou não questiona adequadamente o paciente, ou não está habilitado cientificamente para tanto; e o paciente, por outro lado, ou não informa o médico sobre suas informações e condições biográficas necessárias para subsidiá-lo na indicação diagnóstico-terapêutica, seja por que desconhece seus antecedentes genéticos, seja por que omite, dolosamente, por diversas razões, por exemplo, vergonha de tal informação. Cabe ao médico, nesses casos, esgotar todos os questionamentos cientificamente indicados como imperiosos para subsidiar a sua indicação diagnóstico-terapêutica. Caso não extraia do paciente tais informações, deve se abster de fornecer o diagnóstico, encaminhando-o a um profissional capaz de auxiliá-lo para tanto, evitando-se, assim, o potencial risco da ocorrência de danos em razão de um erro médico de diagnóstico ou cirúrgico.

Ainda que o médico solicite todos os exames prévios ao paciente e o questione exaustivamente, mesmo assim, estes exames e questionamentos se referem, tão somente, a determinadas circunstâncias relevantes.

Para compreender a questão, utiliza-se do instrumental da análise econômica do direito, em especial, para abrangência de como se deve entender e qual o alcance das informações fornecidas pelos pacientes aos médicos para a tomada de suas decisões.

A teoria econômica neoclássica pressupõe que os agentes possuem completas e perfeitas⁵²¹ informações para a tomada de suas decisões. Com a evolução do pensamento econômico, mostrou-se que tal hipótese raramente se observa. Assim, desenvolveu-se a denominada teoria da decisão sob incerteza, que prega que como a

⁵²⁰ Expressão cunhada por Judith Martins-Costa.

⁵²¹ Mirman esclarece que há diferença entre informação “completa” e informação “perfeita”. Informação perfeita seria o conhecimento, por parte dos agentes, da história prévia do jogo, ou seja, de toda a informação sobre as ações praticadas pelos agentes e do resultado de equilíbrio. MIRMAN, Leonard J. Perfect information. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) *The New Palgrave Dictionary of Economics online*. 2.ed. [S.l.]: Palgrave Macmillan, 2008. Disponível em: <http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_P000058>. Acesso em: 25.03.2013. A informação seria completa se há conhecimento do ambiente pelas partes se estas conhecem a estrutura do jogo e os *payoffs* de cada jogador (mas não necessariamente de suas ações). BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998, p. 305.

informação é sempre incompleta, qualquer decisão sempre se dá em um ambiente de incerteza e, portanto, envolverá riscos.

A posição do agente com relação ao risco, nesse sentido, vai influenciar consideravelmente a sua decisão. No caso do médico, quando incluímos o risco na teoria da decisão, pode-se sustentar que qualquer decisão que ele tome nunca será puramente correta ou incorreta, será mais ou menos aproximada, dadas às informações fornecidas, da melhor escolha dentre as diversas alternativas.

A assimetria informacional^{522,523} não permite que o agente que possui informação incompleta ou imperfeita tome uma decisão ótima em um sentido absoluto. Da mesma forma, elevados custos de transação podem impedir trocas que, em uma situação normal, seriam consideradas eficientes do ponto de vista econômico. O mesmo ocorre com uma elevada aversão ou propensão ao risco, que afastará a escolha de um padrão considerado ótimo. Para tanto, basta que a decisão seja satisfatória: pautada pela análise racional das informações disponíveis (inclusive os custos atrelados) e por um conhecimento razoável das probabilidades atreladas aos eventos. Isso porque a atribuição de probabilidades aos eventos será baseada em juízos pessoais e/ou informações históricas.

No caso da relação médico paciente, o erro é inerente à decisão. No mundo real, as decisões são tomadas de forma diversa: existem limitações de tempo, de capacidade técnica e nem todas as informações necessárias estão sempre disponíveis (e, mesmo disponíveis, sua obtenção implica, muitas vezes, em custos). O resultado de nossas decisões do dia-a-dia, portanto, estão sujeitas naturalmente ao erro. Isso não significa sustentar que o erro seja absolutamente tolerável. Será tolerável se estiver dentro de uma margem aceitável de discricionariedade médico-científica.

O que vai definir se uma decisão está mais adequada é se o médico buscou, racionalmente⁵²⁴, um mínimo de informações necessárias para a tomada de suas

⁵²² A assimetria informacional é “[...] a maior garantia do normal funcionamento do sistema judicial”. PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 39.

⁵²³ Discorrendo acerca dos contratos de seguro, Zanitelli alude que se verifica a assimetria informativa (ou informação assimétrica) pelo fato de uma das partes dispor de certas informações relevantes. ZANITELLI, Leandro Martins. A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial: algumas considerações em torno da assimetria informativa. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 211.

⁵²⁴ A racionalidade, para a economia, é o princípio segundo qual cada indivíduo age de acordo com seus interesses, de forma a buscar escolher aquilo que deseja ao invés do que não deseja. O indivíduo racional tem um objetivo claro (qualquer que seja, podendo ser ou não um objetivo egoísta) e emprega os meios disponíveis para alcançá-lo, com o menor desperdício de recursos possíveis (otimização).

decisões, e se sua decisão representou a melhor alternativa em termo de custo-benefício⁵²⁵ dentre as possíveis.

Os dois tipos de incerteza mais comuns com que os médicos se confrontam são os que derivam das limitações do conhecimento médico e os que resultam da incapacidade de dominar por inteiro o conhecimento disponível, nomeadamente quanto aos benefícios, perigos e limitações de novas técnicas ou drogas.⁵²⁶

Diante da ausência de informações suficientes por parte do médico, assim como dúvidas quanto ao destino diagnóstico-terapêutico, a medicina baseada em evidências⁵²⁷ fornece instrumental para cumprimento dos deveres.

Serão cumpridos os deveres de informação quando se transforma a necessidade de informação sobre prevenção, diagnóstico, prognóstico e/ou tratamento, em uma pergunta que pode ser respondida pelo paciente; identifica-se a melhor evidência com a qual se pode responder a essa pergunta (melhor desenho de estudo para a questão clínica); acessam-se as principais bases de dados da área da saúde, em busca de estudos bem delineados; realiza-se análise crítica da evidencia em relação à validade (proximidade da verdade), ao impacto (tamanho do efeito) e à aplicabilidade (utilidade na prática clínica).⁵²⁸

Na área da saúde, portanto, há um setor que pesquisa a denominada Economia da Saúde, especialmente na denominada medicina aplicada em evidências⁵²⁹. São estabelecidos critérios para a realização do diagnóstico,⁵³⁰ chegando-se a utilizar o

⁵²⁵ A “análise custos-benefícios” nada mais é do que a consideração daquilo que condiciona as escolhas feitas pelos indivíduos, ou seja, um exame dos incentivos (sejam positivos ou negativos) existentes em determinada situação de tomada de decisão. PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise económica da litigância*, p. 15.

⁵²⁶ RAPOSO, Hélder. Risco e incerteza no pensamento biomédico: notas teóricas sobre o advento da quantificação e da prova experimental na medicina moderna. *Análise Social*, vol. XLIV, núm.193, 2009, p. 763.

⁵²⁷ Sobre a utilização do instrumental da medicina baseada em evidências em cirurgia plástica, ver o artigo: VALENTE, Denis Souto; BORILE, Giuliano; DREHER, Rodrigo; CHEM, E. M.; LEONARDI, Dilmar Francisco; CHEM, Roberto Corrêa. A cirurgia plástica é baseada em evidências?. *Arquivos Catarinenses de Medicina*, vol. 32, núm.1, 2003, pp. 221-223.

⁵²⁸ EL DIB, Regina Paolucci. Como praticar a medicina baseada em evidências. *Jornal Vascular Brasileiro*, vol.06, núm.01, 2007, p. 04.

⁵²⁹ A medicina aplicada em evidências se traduz pela prática da medicina em um contexto em que a experiência clínica é integrada com a capacidade de analisar criticamente e aplicar de forma racional a informação científica de forma a melhorar a qualidade da assistência médica. LOPES, A. A. Medicina baseada em evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica. *Revista da Associação Médica Brasileira*, vol.46, núm.3, 2000, pp. 285-288.

⁵³⁰ O médico será considerado competente para a prática a medicina baseada em evidências quando for capaz de: 1. Identificar os problemas relevantes do paciente; 2. Converter os problemas em questões que conduzam às respostas necessárias; 3. Pesquisar eficientemente as fontes de informação; 4. Avaliar a qualidade da informação e a força da evidência, favorecendo ou negando o valor de uma determinada conduta; 5. Chegar a uma conclusão correta quanto ao significado da informação; 6. Aplicar as

critério da acurácia diagnóstica⁵³¹. Desta forma, a medicina baseada em evidências busca levar aos médicos a informação que hoje não pode ser coletada e analisada na sua totalidade, sempre com o objetivo de fornecer mais subsídios, acrescidos da experiência individual do médico, para sua tomada de decisão diagnóstico-terapêutica.⁵³²

Por derradeiro, na cirurgia plástica, a habilidade do profissional é um dos requisitos para o êxito da cirurgia, e deve somar-se a isso a capacidade de o paciente responder a um ato cirúrgico.⁵³³

3.2 DIRETRIZES NORMATIVO-DEONTOLÓGICAS, RESPONSABILIDADE ÉTICO-PROFISSIONAL DO MÉDICO EM GERAL E O PANORAMA ÉTICO ENVOLVENDO A PRÁTICA DAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

A relação médico-paciente está tratada, sob o ponto de vista deontológico, no Código de Ética Médica (CEM)⁵³⁴, *resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009*, do Conselho Federal de Medicina (CFM), no capítulo V, dos artigos 31 ao 42, denominado *relação com os pacientes e familiares*.

Sob o ponto de vista da responsabilidade ético-profissional do médico, no CFM, em 2011, houve um acréscimo da entrada de procedimentos em 10%, conforme dados Corregedoria do CFM.⁵³⁵

conclusões dessa avaliação na melhoria dos cuidados prestados aos pacientes. LOPES, A. A. *Revista da Associação Médica Brasileira*, vol.46, p. 288.

⁵³¹ A acurácia de um teste diagnóstico leva em conta como esse teste pode identificar corretamente as pessoas com uma determinada doença e excluir as pessoas que não têm a doença. Essa acurácia pode ser estimada por meio da comparação dos resultados de um teste, chamado de teste índice, com os resultados de um teste padrão de referência. Os participantes de um estudo de teste diagnóstico devem submeter-se tanto ao teste índice quanto ao teste padrão, para que, em seguida, os resultados dos dois testes sejam comparados. OLIVEIRA, Glória Maria de; *et al.* Revisão sistemática da acurácia dos testes diagnósticos: uma revisão narrativa. *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgias*, vol.37, núm.2, 2010, pp. 153-156.

⁵³² MARQUES, Roni. Os riscos da medicina sem a ciência médica. *Bioética*, vol. 11, núm.02, Brasília, 2003, pp. 11-22.

⁵³³ VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, p. 30.

⁵³⁴ Nos artigos 31 a 42 do CEM. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, pp. 49-51.

⁵³⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Corregedoria do CFM - Sobre número de processos julgados*. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/JornalMedicina/2012/jornal205.pdf>> Acesso em: 05.02.2013.

No CREMESP, constatou-se que a publicidade abusiva ou enganosa é responsável por cerca de 67% dos processos, enquanto as denúncias de má prática profissional respondem por cerca de 28% dos processos éticos que envolvem a suposta má prática (negligência, imperícia ou imprudência). Estes apontados erros médicos dizem respeito de forma mais recorrente a: erros de diagnóstico, métodos inadequados de tratamento, má assistência no período pós-operatório, prescrição errada de medicamentos, complicações anestésicas, erro em cirurgias, alta precoce, dentre outros problemas.

No que diz respeito às cirurgias plásticas, algumas das denúncias estão relacionadas a resultados insatisfatórios, mas igualmente a prejuízos à saúde dos pacientes e até mesmo a danos estéticos irreversíveis. Inclusive, em duas denúncias que geraram processos éticos, as pacientes foram a óbito. Dentre os 193 médicos julgados pelo Cremesp, de 2000 a 2007, envolvidos em processos ético-profissionais relacionados às cirurgias plásticas e procedimentos estéticos, 140 (ou 72,5%) foram considerados culpados e receberam as penalidades previstas na legislação. Destes, nove médicos foram cassados; 16 tiveram suspensos o exercício profissional por 30 dias e 74 receberam censura pública em publicação oficial. Foram aplicadas penas confidenciais – advertência e censura, respectivamente em 47 e em 25 médicos, por problemas relacionados à cirurgia plástica ou procedimentos estéticos.

Seguindo a conjuntura atual, houve um aumento de mais de 500%, em três anos, do número de denúncias relacionadas a cirurgia plástica e procedimentos estéticos, que passaram de 72 denúncias, em 2003, para 417 denúncias, em 2006.⁵³⁶ No âmbito do Cremesp, estudo inédito apontou que cerca de 97% dos médicos que respondem a processos ético-profissionais no Conselho, relacionados a cirurgias plásticas e procedimentos estéticos, não possuem o título de especialista nesta área específica. Também nesse sentido, estudo divulgado em 2007 pelo Cremesp, que apontou a cirurgia plástica como a área de atuação médica com a maior “Taxa de Processos”, em comparação com outras especialidades.

⁵³⁶ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. *Cirurgia plástica: 97% dos médicos processados não têm título de especialista*. Jornal do CREMESP. vol.253, 2008, pp. 03-04.

3.2.1 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS AOS MÉDICOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS

Os cirurgiões plásticos, igualmente aos demais médicos, devem desempenhar suas atividades pautados sempre pela observância dos ditames e das orientações traçadas pela Associação Médica Mundial (AMM), no instrumento denominado *Código Internacional de Ética Médica*⁵³⁷, que estabelece os deveres dos médicos em geral, assim como o *Manual de Ética Médica*.⁵³⁸

A Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica (International Society of Aesthetic Plastic Surgeons - ISAPS) impõe a exigência da estrita observância ao cumprimento do que refere seu *Código de Ética*, assim como articula princípios específicos a serem seguidos pelos médicos cirurgiões plásticos a ela associados.⁵³⁹ Ainda, em âmbito internacional, a Federação Ibero Latino-americana de Cirurgia Plástica também estabelece as regras deontológicas através de seu *Código de Ética*⁵⁴⁰ desenvolvido especialmente para esta categoria.

Sob o ponto de vista jurídico, podem gerar da relação médico-paciente, máxime nas cirurgias plásticas, efeitos civis, penais, administrativos e ético-profissionais.

Em âmbito nacional, o CFM, no uso de suas atribuições, aprovou o CEM^{541,542}, através de sua *Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, prescrevendo e orientando o perfeito desempenho ético e moral da profissão a todos os médicos.⁵⁴³ O

⁵³⁷ O *Código Internacional de Ética Médica* foi adotado pela 3ª Assembleia Geral da AMM em Londres, na Inglaterra, em outubro de 1949, emendado pela 22ª Assembleia Médica Mundial Sydney, na Austrália, em agosto de 1968 e na 35ª Assembleia Médica Mundial de Veneza, na Itália, em outubro de 1983 e, por fim, na 57ª Assembleia Geral da AMM, em Pilanesberg, na África do Sul, em outubro de 2006. ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. *Código internacional de ética médica*. Disponível em: <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/c8/17a_es.pdf> Acesso em: 04.02.2013.

⁵³⁸ ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. *Manual de ética médica*. Disponível em: <http://www.wma.net/es/30publications/30ethicsmanual/pdf/ethics_manual_es.pdf> Acesso em: 04.02.2013.

⁵³⁹ INTERNATIONAL SOCIETY OF AESTHETIC PLASTIC SURGEONS. *ISAPS - Code of Ethics*. Disponível em: <<http://www.isaps.org/ethics.html>> Acesso em 04.02.2013.

⁵⁴⁰ O Código de Ética foi aprovado em 13 de novembro de 2008, em Brasília. FEDERAÇÃO IBERO LATINO-AMERICANA DE CIRURGIA PLÁSTICA. *Código de ética*. Disponível em: <http://filacp.org/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=14> Acesso em: 04.02.2013.

⁵⁴¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, 2010.

⁵⁴² Mesmo com a vigência do CEM, são mantidos os princípios tradicionais que regem a prática médica, desde o juramento de Hipócrates: a honestidade e a dedicação do médico, sua obrigação de preservar a vida, de não prejudicar os doentes, mas sim respeitar seus interesses, sua privacidade e a confidencialidade.

⁵⁴³ SILVA, Dione Batista Vila-Nova da; NAHAS, Fabio Xerfan; BUSSOLARO, Rodolpho Alberto; FERREIRA, Lydia Masako. A Cirurgia plástica brasileira e o código de ética médica. *Revista Brasileira de Cirurgia Plástica*. vol. 27, núm.02, 2012, pp. 321-324.

CEM preceitua diretrizes médicas sempre levando em conta a saúde do ser humano, mas visando também ao aprimoramento científico e a capacitação do médico, sem qualquer prejuízo a sua autonomia decisória.^{544,545}

No âmbito deontológico, o CEM estabelece a possibilidade do diálogo com outras fontes no seu art. 1º, no capítulo III e quando trata da responsabilidade profissional médica, nos arts. 1º a 21º. Ainda, nas considerações de aprovação do CEM, na parte expositiva há referência expressa a que: “o Código está, portanto, subordinado à Constituição e às leis.” Diz ainda: “subordinado à Constituição Federal e à legislação brasileira, o Código reafirma os direitos dos pacientes, a necessidade de informar e de proteger a população assistida.”⁵⁴⁶

No CEM, os artigos que afetam direta ou indiretamente a prática da Cirurgia Plástica⁵⁴⁷ estão previstos: no *Capítulo I: Princípios Fundamentais*, nos incisos II, IV, V, IX, XI, XII, XIX, XX e XXI⁵⁴⁸; no *Capítulo III: Responsabilidade Profissional*, nos

⁵⁴⁴ CAMPOS, R. A. C.; CAMARGO, R. A. E. As diretrizes médicas como fonte do direito. *Jornal da Associação Médica Brasileira*, nov.-dez., 2010, p. 30.

⁵⁴⁵ A formação ética do profissional médico, especialmente durante o curso de medicina, por ser essencial ao labor cotidiano do médico, tem sido motivo de intensos debates nos últimos anos, com o escopo de habilitar os profissionais para tomada de decisões prudentes frente aos dilemas morais relacionados à saúde humana. Neste sentido, ilustrativamente, veja-se: SIQUEIRA, José Eduardo de. O ensino da ética no curso de medicina. *O Mundo da Saúde*, São Paulo, v.33, 2009, pp. 8-20; DANTAS, Flávio; SOUSA, Evandro Guimarães de. Ensino da deontologia, ética médica e bioética nas escolas médicas brasileiras: uma revisão sistemática. *Revista Brasileira de Educação Médica*, vol. 32, n. 4, 2008, pp. 507-517.

⁵⁴⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, p. 78.

⁵⁴⁷ O referido artigo que traça os artigos que afetam direta e indiretamente a prática da Cirurgia Plástica foi estruturado tendo como base a prática cotidiana das situações relatadas na literatura científica. SILVA, Dione Batista Vila-Nova da; NAHAS, Fabio Xerfan; BUSSOLARO, Rodolpho Alberto; FERREIRA, Lydia Masako. *Revista Brasileira de Cirurgia Plástica*, vol. 27, p. 322.

⁵⁴⁸ Os incisos que tratam dos *Princípios Fundamentais* atinentes à cirurgia plástica são: II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. (...) IV - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão. (...) V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente. (...) IX - A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio. (...) XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei. (...) XII - O médico empenhar-se-á pela melhor adequação do trabalho ao ser humano, pela eliminação e pelo controle dos riscos à saúde inerentes às atividades laborais. (...) XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência. (...) XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo. (...) XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, p. 33-38.

arts. 1º, 4º e 17⁵⁴⁹; no *Capítulo IV: Direitos Humanos*, nos arts. 22 e 27⁵⁵⁰; no *Capítulo V: Relação com Pacientes e Familiares*, nos arts. 34, 36, 40 e 41⁵⁵¹; no *Capítulo VIII: Remuneração Profissional*, nos arts. 58 e 72⁵⁵²; no *Capítulo IX: Sigilo Profissional*, nos arts. 73, 74, 75, 76 e 79⁵⁵³ e, por derradeiro; no *Capítulo X: Documentos Médicos*, no art. 87⁵⁵⁴.

O erro médico, que pode causar danos e sofrimentos aos pacientes⁵⁵⁵, associado a uma relação médico-paciente insatisfatória⁵⁵⁶, são os principais ingredientes das

⁵⁴⁹ É vedado ao médico: Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida (...) Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal. (...) Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado. (...) CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, pp. 41-45.

⁵⁵⁰ É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. (...) Art. 27. Desrespeitar a integridade física e mental do paciente ou utilizar-se de meio que possa alterar sua personalidade ou sua consciência em investigação policial ou de qualquer outra natureza. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, pp. 44-48.

⁵⁵¹ É vedado ao médico: Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. (...) Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados. (...) Art. 40. Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou de qualquer outra atividade. (...) Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, pp. 49-51.

⁵⁵² É vedado ao médico: Art. 58. O exercício mercantilista da Medicina. (...) Art. 72. Estabelecer vínculo de qualquer natureza com empresas que anunciam ou comercializam planos de financiamento, cartões de descontos ou consórcios para procedimentos médicos. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, pp. 57-59.

⁵⁵³ É vedado ao médico: Art. 73. Revelar fatos de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento por escrito do paciente. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a – Mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b – Quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c – Na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal. (...) Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente. (...) Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente. (...) Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, pp. 61-62.

⁵⁵⁴ É vedado ao médico: Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente. §1º. O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica, com data, hora, assinatura e número de registro médico no Conselho Regional de Medicina. (...) CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, pp. 63-51.

⁵⁵⁵ Conforme dados do Instituto de Medicina, morrem por ano entre 44 mil a 98 mil pessoas vítimas de erros médicos que seriam possíveis prevenir, e o prejuízo financeiro decorrente do problema gira em

denúncias levadas aos Conselhos Regionais de Medicina (CRM).⁵⁵⁷ Corroborar a tendência de eclosão da litigiosidade envolvendo a classe médica, o acréscimo exponencial de sindicâncias e processos ético-profissionais para apurar e julgar infrações éticas.⁵⁵⁸

Desde o enfoque ético, a responsabilidade profissional-ética⁵⁵⁹ independe do resultado danoso^{560,561}, ou seja, diferentemente da configuração da responsabilidade civil médica, no julgamento da responsabilidade ética é irrelevante a ocorrência de danos. A responsabilidade ética do médico, que não se restringe à existência concreta do dano, relaciona-se à avaliação sobre o encadeamento dos *riscos*⁵⁶² implicados no exercício da profissão médica, tendo em conta a atuação abalizada pelo extraordinário progresso científico.

torno de 17 a 29 bilhões de dólares anuais. Nos Estados Unidos, buscou-se através a Aliança Mundial da OMS sobre Segurança do Paciente trabalhar em um projeto abrangente para melhorar o atendimento médico, a partir de pacientes individuais desenvolvendo sistemas em que o erro médico, acidentes e falhas terapêuticas são minimizados. EDWARDS, I. Ralph. The WHO world alliance for patient safety: a new challenge or an old one neglected? *Drug Safety*, vol.28, n.5, 2005, pp. 379-386. Evidentemente, nos países latino-americanos, a probabilidade de ocorrerem erros médicos é ainda maior, devido à estrutura inadequada, aos equipamentos precários e ao baixo investimento em custos operacionais essenciais aos serviços de saúde.

⁵⁵⁶ Dentre as mais de 3.000 denúncias recebidas pelo Cremesp por ano, cerca de 25% envolvem supostos atos médicos caracterizados como imperícia, imprudência e negligência do profissional e que podem trazer potencial prejuízo à saúde e à vida do paciente. A maior parte das denúncias, no entanto, está relacionada à insatisfação diante de determinado atendimento, à publicidade e propaganda irregulares, aos problemas com atestados e perícias médicas, às dificuldades de relacionamento entre colegas de profissão, entre médicos e empregadores também médicos, dentre outras situações. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *O médico e a justiça*. Coordenação Institucional de Nacime Mansur e Reinaldo Ayer de Oliveira. São Paulo: 2006.

⁵⁵⁷ EVES, F. B. C. S.; BRASIL, I. S. P. S.; SANTOS, L. S. C. Análise do erro médico em processos ético-profissionais: implicações na educação médica. *Revista brasileira de educação médica*, vol. 31, núm.03, dez., Rio de Janeiro, 2007, pp. 224-228.

⁵⁵⁸ Em 2011, foram 997 (488 recursos em sindicâncias e 509 em processos ético-profissionais) contra 748, em 2010 (389 recursos em sindicâncias e 359 em processos ético-profissionais). CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resoluções sobre cirurgia plástica*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&buscaEfetuada=true&resolucoesUf=&resolucoesNumero=&resolucoesAno=&resolucoesAssunto=6&resolucoesTexto=#buscaResolucoes> Acesso em: 04.02.2013.

⁵⁵⁹ Para França, a responsabilidade profissional, no âmbito do exercício da medicina, é um conjunto de deveres e obrigações morais aos quais o médico está sujeito e, caso não os cumpra, poderá sofrer as sanções impostas pelo Código de Ética. O fundamento da responsabilidade moral encontra-se na “lógica deontica”, vista como um complexo de deveres e obrigações no domínio do desempenho funcional. FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao código de ética médica*. 6.ed. – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010, p. 56.

⁵⁶⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao código de ética médica*, p. 63.

⁵⁶¹ Dantas e Coltri sustentam, diferentemente, no sentido de que não é o mero agir com culpa que irá resultar na condenação com base no art. 1º do CEM, mas é preciso que o comportamento cause dano ao paciente, comprovando-se, além da culpa, a configuração do dano. DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinícius. *Comentários ao código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*. – Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 74.

⁵⁶² França alude que a medicina moderna sofreu extraordinário e excitante progresso, e a sua prática nada mais é do que uma sucessão de riscos. FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao código de ética médica*, p. 63.

O dispositivo previsto no art. 1º, do *Capítulo III: Responsabilidade Profissional*, do CEM trata especificamente do “erro médico”⁵⁶³, dizendo que é vedado ao médico: “*art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida*”. O médico deve, portanto, agir continuamente com prudência, diligência, precaução e perícia, pois opera através de uma obrigação de meio⁵⁶⁴, de modo a procurar nunca causar quaisquer danos ao paciente.

O CFM, tratando de questões específicas envolvendo o cirurgião plástico, já editou diversas *resoluções* características sobre a prática cirúrgica⁵⁶⁵, assim como emitiu *pareceres*^{566,567} tratando especificamente de assuntos relacionados à responsabilidade do médico nas cirurgias plásticas.

Por derradeiro, demonstrando recente preocupação em fornecer ao médico todos os subsídios para que cumpram integralmente o dever de informar o paciente, a fim de evitar conflitos decorrentes do desencontro de entendimento sobre condutas e demais

⁵⁶³ FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao código de ética médica*, p. 62.

⁵⁶⁴ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinícius. *Comentários ao código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*, p. 73.

⁵⁶⁵ *Resolução nº 1.483/1997*, que dispõe sobre os procedimentos médicos para reconstrução mamária; *Resolução nº 1.621/2001*, que refere que a Cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente; *Resolução nº 1.711/2003*, que estabelece parâmetros de segurança que devem ser observados nas cirurgias de lipoaspiração, visando garantir ao paciente o direito de decisão pós-informada e aos médicos, os limites e critérios de execução; *Resolução nº 1.836/2008*, que dispõe ser vedado ao médico o atendimento de pacientes encaminhados por empresas que anunciem e/ou comercializem planos de financiamento ou consórcios para procedimentos médicos. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resoluções sobre cirurgia plástica*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&buscaEfetuada=true&resolucoesUf=&resolucoesNumero=&resolucoesAno=&resolucoesAssunto=6&resolucoesTexto=#buscaResolucoes> Acesso em: 04.02.2013.

⁵⁶⁶ Os *pareceres* emitidos por conselheiros e aprovados pelos plenários do Conselho Federal de Medicina e de alguns Conselhos Regionais de Medicina. São respostas que emitem posicionamento técnico e ético sobre questões encaminhadas por diferentes setores da sociedade sobre aspectos relacionados ao exercício da Medicina. Esses pareceres não tem poder normatizador, mas ajudam no esclarecimento de certas nuances e podem subsidiar a elaboração de resoluções e outros instrumentos legais.

⁵⁶⁷ Destacamos os pareceres que tratam da temática: *Processo-Consulta CFM nº 8/12 – Parecer CFM nº 34/12*, com a seguinte ementa: “A carboxiterapia, nas mais variadas especialidades médicas e/ou áreas de atuação, por não ter na atualidade reconhecimento científico, sendo, portanto, ato médico experimental, não pode ser divulgada nem exercida fora dos parâmetros da Resolução CFM nº 1.982/12”; *Processo-Consulta CFM nº 484/2002 PC/CFM/Nº 34/2003*, que foi ementado: “Procedimentos inócuos ou sem comprovação científica de sua efetividade devem ser proscritos da prática médica. O Conselho Federal de Medicina constituiu Câmara Técnica de Procedimentos em Medicina Estética, que deve posicionar-se sobre o assunto.”; *Processo-Consulta CFM Nº 6.982/2002 PC/CFM/Nº 45/2003*, com a seguinte ementa: “As aplicações de drogas para fins estéticos por via intradérmica ou subcutânea não devem ser delegadas, pelo médico, a outros profissionais. Esta transferência configura delito previsto no artigo 30 do Código de Ética Médica.” CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Pareceres sobre cirurgia plástica*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&buscaEfetuada=true&pareceresUf=&pareceresNumero=&pareceresAno=&pareceresAssunto=88&pareceresTexto=#buscaPareceres> Acesso em: 04.02.2013.

esclarecimentos, a SBCP, juntamente com o CFM, através da sua Câmara Técnica de Cirurgia Plástica, elaboraram orientações específicas ao cirurgião plástico, denominadas “*Normas informativas e compartilhadas em Cirurgia Plástica*”.⁵⁶⁸ Nesse passo, os Conselhos Regionais de Medicina (CRM) delinearão *resoluções*⁵⁶⁹ para desenhar deontologicamente o exercício e a prática das cirurgias plásticas, já que em matéria de cirurgia plástica, os princípios que as governam são os mesmos aplicáveis as cirurgias em geral.

3.3 A CIRURGIA PLÁSTICA E AS SUAS ORIGENS

Com muita intensidade já se pesquisou sobre a história da cirurgia plástica, no Brasil⁵⁷⁰, nos Estados Unidos⁵⁷¹, na América Latina⁵⁷² e na Europa⁵⁷³.

A função médica esteve permeada, durante muitos séculos, pela marca religiosa e mística, já que se imputavam as curas da saúde e o controle da vida à vontade divina.⁵⁷⁴ Dentre os procedimentos cirúrgicos, a cirurgia plástica é o mais antigo dos descritos. Noticia-se que há 6.000 anos a Medicina já proporcionava tratamentos

⁵⁶⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Normas informativas e compartilhadas em Cirurgia Plástica*. Disponível em: < http://portal.cfm.org.br/images/cfm_normas.pdf > Acesso em: 05.02.2013.

⁵⁶⁹ O Conselho Regional de Medicina do Ceará (CRMCE) emanou *Resolução CRMCE nº 24/2001*, que dispõe sobre Cirurgia Plástica; O Conselho Regional de Medicina do Paraná (CRMPR) e o Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (CREMERS) proferiram, respectivamente, as *Resoluções CRM-PR nº 153/2007* e *CREMERS nº 10/2009*, que tratam da regulamentação dos consultórios e clínicas especializadas onde se realizam procedimentos médicos em cirurgia plástica; O Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina (CRMSC) proferiu *Resolução CREMESC nº 048/99*, que regulamenta o exercício da especialidade de Cirurgia Plástica e dá outras providências e, por fim; O Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CRMSP) publicou *Resolução CREMESP nº 81/1997*, que trata da conduta ética do médico especialista em cirurgia plástica. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resoluções sobre cirurgia plástica*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&buscaEfetuada=true&resolucoesAssunto=6&limitstart=10> Acesso em: 04.02.2013.

⁵⁷⁰ LOEB, R. *História da cirurgia plástica brasileira: 150 anos de evolução*. São Paulo: Medsi, 1993.

⁵⁷¹ SANTONI-RUGIU, Paolo; SYKES, Philip J. *A history of plastic surgery*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2007; GUTOWSKI, K. A. *A plastic story: a short history of plastic surgery*. JAMA: The Journal of the American Medical Association, 2005, vol. 293, pp.1789-1798.

⁵⁷² Na Argentina: GARABETYAN, Enrique. *Historia de la cirugía plástica. Cortar por lo bello*. núm.834, Suplemento Futuro diário, 2005; Na Colômbia: SALAZAR, López Ricardo. *Historia de la cirugía plástica en colombia*. Medicina Ac. Col., 2006; No Chile: CALDERÓN, W. *Historia de la cirugía plástica mundial. Cirugía Plástica*. Santiago. Sociedad de Cirujanos de Chile 2001;

⁵⁷³ Na França: GLICENSTEIN, J. *Chirurgie esthétique et histoire. Annales de Chirurgie Plastique Esthétique*, vol.48, pp. 257-272.

⁵⁷⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, núm. 231, 1997, p. 123.

cirúrgicos para correção de distúrbios estéticos. Os Hindus (4.000 a.C), assim como os Egípcios (2.000 a.C.), já realizavam procedimentos estéticos corretivos, especialmente os faciais. As primeiras publicações alusivas à cirurgia plástica foram descritas nos papiros de Ebers (1.550 a.C.).^{575,576}

Para os gregos clássicos, a saúde, a beleza e a juventude do corpo representavam bens supremos.⁵⁷⁷ Na Grécia, a religião não permitia dissecações anatômicas de cadáveres humanos, somente em animais. Hipócrates, no século V a.C., deixou descrições de vários procedimentos relativos à cirurgia plástica, como cuidados com enfaixamento, estética dos curativos e, até mesmo, a calvície. Conforme Garabetyan, “*el interés por el cuerpo no es un dato de nuestra realidad, ya en la India alrededor del año 600 a.C. se practicaban intervenciones reconstructivas de nariz, que tenían como objetivo la reinscripción social puesto que una d de las penas para los criminales y adúlteros era su cercenamiento.*”⁵⁷⁸

Mais tarde, no século II, Galenus e Celsus, deixaram registros na literatura médica que se referem à correção de deformidades faciais, denominando-as como cirurgias plásticas.⁵⁷⁹

Em 1597, então, Gaspare Tagliacozzi publica um trabalho de reconstruções nasais, auriculares e labiais e Ambroise Parré impulsiona a cirurgia propondo novas formas de tratamento para os ferimentos, como a cauterização por azeite fervente.

A terminologia *Cirurgia Plástica* foi utilizada pela primeira vez em 1838, por Edward Zeis, em sua obra *Handbuch der Plastischen Chirurgie*.

A cirurgia plástica se constituiu em uma especialidade independente somente a partir da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), em face da necessidade de profissionais destinados às reparações corporais, especialmente na figura de Sir Harold Gillies,

⁵⁷⁵ Conforme Martire Júnior, há referência ao procedimento de cirurgias plásticas em Edwin Smith (2200 a.C.); nas descrições de Sushruta, na Índia (1750 a.C.); Hipócrates (no século V a.C.); Celsus (século I d.C.); Galeno (século II d.C.), etc, procedimentos que foram realizados por cirurgiões em geral tendo em vista que as especialidades médicas só foram reconhecidas no século XVIII. MARTIRE JÚNIOR, Lybio. História da cirurgia plástica. In: SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. *Cirurgia plástica*. CARREIRÃO, Sérgio; CARDIM, Vera; GOLDENBERG, Dov. (editores), p. 03.

⁵⁷⁶ AVELAR relata as cirurgias plásticas no período egípcio, por volta de 2000 a.C., nos procedimentos de correção estética do corpo em razão de deformidades. AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 74.

⁵⁷⁷ MARTINEZ-PEREDA RODRIGUES, José M. *La cirugía estética y su responsabilidad*. Ed. Comares, Granada, 1997, p. 21.

⁵⁷⁸ GARABETYAN, Enrique. *Historia de la cirugía plástica. Cortar por lo bello*. núm.834, Suplemento Futuro diário, 2005, p. 12.

⁵⁷⁹ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 299.

neozelandês, que na Inglaterra atuou fortemente na realização de cirurgias plásticas aos mutilados pela guerra.⁵⁸⁰

Mais tarde, no século XX⁵⁸¹, com as novas especialidades de cirurgias, que demandavam maior técnica e habilidade manuais, surgiram os procedimentos denominados cirurgia plástica.

Desta maneira, a valorização social no século XXI está voltada à produção e o corpo é a máquina mediante a qual se realiza esta produção. Esse panorama discursivo dualista de se cuidar o corpo como se fosse uma máquina da qual se deve extrair a melhor potencialidade e rendimento, demonstra a decomposição analítica do sujeito.⁵⁸²

3.3.1 ATO MÉDICO E ATO CIRÚRGICO

O ato médico está disciplinado na *Resolução CFM nº 1.627/2001*⁵⁸³, sendo definido no art. 1º como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado e dirigido para: a promoção da saúde e prevenção da ocorrência de enfermidades ou profilaxia (prevenção primária); a prevenção da evolução das enfermidades ou execução de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos (prevenção secundária); a prevenção da invalidez ou reabilitação dos enfermos (prevenção terciária).

Os atos médicos só podem ser exercidos por pessoas legalmente habilitadas para exercer a Medicina, com o objetivo geral de prestar assistência médica, investigar as enfermidades ou a condição de enfermo ou ensinar disciplinas médicas.

⁵⁸⁰ MARTIRE JÚNIOR, Lybio. *O alcance atual da cirurgia plástica*. – São Paulo, 2005, p. 34.

⁵⁸¹ Avelar aduz que no século XX o papel social da cirurgia plástica ganhou relevância a partir da I Guerra Mundial, já que se possibilitou a reparação e/ou reconstrução da face e do corpo de pessoas mutiladas ou destroçadas, a fim de se evitar uma marginalização social. AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 300.

⁵⁸² LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*, p. 159.

⁵⁸³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.627/2001*. Define o ato profissional de médico como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2001/1627_2001.htm> Acesso em: 03.04.2013.

O exercício desses atos médicos é função privativa de quem é formado em Medicina, em estabelecimentos educacionais oficiais ou oficialmente reconhecidos. Em matéria de cirurgias plásticas, muitos atos ilegais exclusivos da medicina começaram a ser ofertados em estabelecimentos inadequados, como de estética, salões e institutos de beleza, o que deve ser combatido e proibido em razão do enorme risco de danos que podem ser causados às pessoas, pois profissionais não habilitados atuam, sem nenhuma qualificação, o que foi coibido através de resoluções do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina⁵⁸⁴ e do Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná,⁵⁸⁵ além de não terem os requisitos mínimos para o funcionamento de consultórios médicos e de complexos cirúrgicos para procedimentos com internação de curta permanência, previstos na *Resolução CFM N° 1.886/2008*.⁵⁸⁶

Já os atos cirúrgicos, que são espécies de procedimentos médicos, podem ser dividido em duas espécies: o ato de urgência e o ato programado. No ato cirúrgico de urgência, o médico atua limitado pelas condições determinantes, que devem ser levadas em conta para análise da atuação médica. Já o ato cirúrgico programado é o ato no qual antecipadamente se preveem e se analisam os riscos de toda a intervenção cirúrgica.

A análise da responsabilidade civil deve ser mais restrita em relação ao primeiro, posto que na urgência o médico age premido por determinantes temporais e materiais.

O ato cirúrgico, por si só, caracteriza-se como um ato científico que causa dano ao paciente, uma vez que são utilizadas técnicas terapêuticas invasivas. Tal aventuroso ato gera riscos que devem ser previamente informados ao paciente, sob pena de responsabilidade médica omissiva.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *Resolução CREMESC n° 117/2008*. Veda o exercício da medicina em estabelecimentos de estética, salões e/ou institutos de beleza e congêneres e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cremesc.org.br/conteudoresolucao.jsp?id=96>> Acesso em: 03.04.2013.

⁵⁸⁵ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO PARANÁ. *RESOLUÇÃO CRM-PR n° 183/2011*. Veda o exercício da medicina em estabelecimentos de estética, salões e/ou institutos de beleza e congêneres e dá outras providências. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CRM/PR/resolucoes/2011/183_2011.pdf> Acesso em: 03.04.2013.

⁵⁸⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM N° 1.886/2008*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2008/1886_2008.htm> Acesso em: 03.04.2013.

⁵⁸⁷ GHERSI, Carlos A. La responsabilidad de los médicos: factores de atribución. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*, p. 194.

Dentro das atividades profissionais médicas, a que mais propicia demandas é a decorrente de atos cirúrgicos em razão da possibilidade de causar danos aos pacientes.⁵⁸⁸ O cirurgião é um verdadeiro escravo da forma e da anatomia.⁵⁸⁹ Ainda que sejam tomadas todas as medidas preventivas, cada ser humano é singular e nenhuma previsão é capaz de evitar o risco decorrente do ato cirúrgico. Durante todo o ato cirúrgico, deve-se estar atento às melhores condições de higiene e segurança ao paciente, com a utilização de instrumental adequado.

De modo que se deve reforçar a necessidade das informações dos pacientes quer na fase pré-cirúrgica, quer na cirúrgica e mesmo na pós-cirúrgica.

3.3.1.1 Intervenções cirúrgicas nas cirurgias plásticas e a decisão do paciente de se submeter a elas

Qualquer intervenção cirúrgica sobre o corpo humano, por mais sutil que seja, apresenta o caráter de imprevisibilidade quanto aos riscos e reações do organismo, ainda que cientificamente já estejam fixados *parâmetros objetivos* de resultados possíveis e/ou prováveis para tal ato cirúrgico.⁵⁹⁰ Como alude Giostri “*dentro da própria previsibilidade há um grau de imprevisibilidade*”.⁵⁹¹

A literatura médica possibilita a realização de mais de uma cirurgia plástica ao mesmo tempo, desde que a associação delas não potencialize o risco cirúrgico ao paciente. O caso da combinação entre o procedimento cirúrgico de *lifting* facial com blefaroplastia, bem como mamoplastia com abdominoplastia, são admitidos. Todavia, há casos nos quais não se podem conciliar cirurgias plásticas. A bibliografia médica não aconselha a realização de três ou mais cirurgias ao mesmo tempo, por que pode haver

⁵⁸⁸ LOVECE, Graciela. El riesgo propio de los actos quirúrgicos. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 211.

⁵⁸⁹ PITANGUY, Ivo; SALGADO, Francisco. Aspectos filosóficos e psicossociais da cirurgia plástica. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*, p. 356.

⁵⁹⁰ LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*, p. 26.

⁵⁹¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 188.

grande perda sanguínea, além dos limites da anestesia e a ampliação do tempo cirúrgico.⁵⁹²

Todas as intervenções cirúrgicas em cirurgia plástica resultam em *incisões*⁵⁹³, dobras e sulcos anatômicos, que encobrem as *cicatrices*⁵⁹⁴. Os edemas e equimoses são indissociáveis do processo de cicatrização e acontecem em razão de inflamação.

Na *rinoplastia*⁵⁹⁵, por exemplo, são realizadas incisões na superfície interna do nariz (mucosa) para mexer nos ossos, cartilagens, ligamentos, músculos e demais órgãos. Já na *ritidoplastia*⁵⁹⁶, são feitas incisões na pele e no pescoço, que possibilitam realizar dobras e sulcos anatômicos escondendo as cicatrizes operatórias na base da implantação da orelha. Esses exemplos, dentro do enorme universo de cirurgias plásticas, demonstram a complexidade do fenômeno da cicatrização, que é um processo longo, incita múltiplas pesquisas sobre os aspectos individuais orgânicos de cada indivíduo e a evolução de cada cicatrização.

O processo de cicatrização apresenta três fases, derivadas dos seguintes fatores: (I) *fatores técnicos*, (II) *fatores intrínsecos ou internos* e (III) *fatores extrínsecos ou externos*⁵⁹⁷. Caso não estejam presentes os três fatores, não se terá chegado ao êxito

⁵⁹² VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, p. 43.

⁵⁹³ *Incisão* é a abertura de tecidos com instrumento cortante (bisturi, escalpelo), também designada de *diérese*. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 245

⁵⁹⁴ A *cicatrização* pode ocorrer de três formas: a) *Cicatrização por Primeira Intenção*, que ocorre quando há cicatrização fisiológica, em que os bordos da ferida se unem e não há contaminação. A aproximação dos bordos é auxiliada pela sutura cirúrgica, que une os tecidos; b) *Cicatrização por Segunda Intenção* – Ocorre quando não acontece a aproximação os bordos, devido à perda de tecidos e/ou presença de infecção. Há necessidade de grande quantidade de tecido de granulação, o que pode interferir na qualidade estética da cicatriz e; c) *Cicatrização por Terceira Intenção* – Ocorre quando a perda tissular é grande, geralmente associada à infecção maciça local que age destruindo os tecidos. A ferida é deixada aberta por um determinado período, quando será tratada (realização de curativos ou outros procedimentos), funcionando como cicatrização por segunda intenção, sendo suturada posteriormente. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 101.

⁵⁹⁵ *Rinoplastia* é a cirurgia plástica realizada no nariz. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 371.

⁵⁹⁶ *Ritidoplastia* é a cirurgia plástica realizada na face para eliminação cirúrgica das rugas da pele. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 371.

⁵⁹⁷ Avelar menciona que os ‘*fatores técnicos*’ “*ficam a cargo do cirurgião*”. Ainda alude que ‘*fatores intrínsecos ou internos*’ “*são inerentes à constituição de cada pessoa, conseqüentemente, dependem da estrutura dos tecidos do paciente*”. Ainda, traz como exemplo de má cicatrização que podem decorrer de cicatrizes cirúrgicas, ou cicatrizações anômalas, o quelóide, que seria uma tumoração elevada, dura, de superfície lisa e bordas irregulares, que se forma em cicatrizes na pele e pode, inclusive, causar dor. Por fim, cita os ‘*fatores extrínsecos ou externos*’ que são “*decorrentes dos cuidados pós-operatórios orientados pelo cirurgião e obedecidos pelo paciente. Portanto, dependem do paciente e do médico*”. Como exemplo dos ‘*fatores extrínsecos ou externos*’, o autor refere a cirurgia plástica de axilas em que a cicatriz se localiza na própria região, dentro da cavidade axilar, enquanto que na mastoplastia (plástica de

cirúrgico, com boa qualidade das cicatrizações. Essas fases podem ser resumidas como: a primeira, chamada de inflamatória, logo após o corte; a segunda, a fase de fibroplasia (ou colágeno), que principia após o terceiro dia e se estende até o décimo sétimo dia, com depósito de colágeno e, ao final; a terceira fase, denominada de maturação, a qual se inicia a partir do décimo sétimo dia e se desdobra até o quadragésimo segundo dia, atingindo o colágeno o seu maior grau de resistência.⁵⁹⁸

Outras consequências que podem ocorrer a partir da intervenção cirúrgica são *hematomas*⁵⁹⁹, que aparecem quando ocorre descolamento dos tecidos, infecções, *isquemia*⁶⁰⁰, assim como comportamentos cicatriciais são apresentados de forma diferenciada de um lado do corpo, levando-se em consideração especialmente as faixas etárias dos pacientes.⁶⁰¹ Para se chegar ao resultado final da cirurgia, de acordo com os escritos médicos, são necessários até dois anos para o término do processo de cicatrização. As equimoses desaparecem, em média, após vinte dias e os edemas diminuem muito após o segundo mês. Somente após um ano é que as cicatrizes ficarão mais claras e menos perceptíveis.⁶⁰²

Por fim, de acordo com a literatura médica, recomenda-se a todos os pacientes que pretendem se submeter a uma cirurgia plástica que preencham necessariamente os seguintes requisitos para que cheguem ao objetivo principal que é a satisfação pessoal: saber bem o que quer, tendo a exata consciência do problema que o incomoda; saber decidir, a partir do fornecimento, por parte do cirurgião plástico, de todas as informações que estão ao seu alcance acerca da cirurgia proposta, como riscos,

mamas) se localiza no sulco submamário, abaixo dos seios, e na parte medial de cada mama. A orientação médica para o bom resultado estético é a de que, durante vários meses, a paciente não se exercite com atividades físicas de elevação dos braços acima dos ombros, sob pena de se não obedecer, as bordas da cicatrização que são tracionadas poderão modificar o contato entre os tecidos encarregados da cicatrização e causar no resultado final uma má aparência. AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, pp. 260-261.

⁵⁹⁸ MARTIRE JÚNIOR, Lybio. *O alcance atual da cirurgia plástica*, pp. 25-26.

⁵⁹⁹ *Hematoma* é o acúmulo de sangue tecidual, em razão de queda ou pancadas, com presença de sangue extravasado e coágulos em alguma cavidade. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 223.

⁶⁰⁰ *Isquemia* é a suspensão ou deficiência de irrigação sanguínea a determinado segmento do corpo. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 253.

⁶⁰¹ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 289.

⁶⁰² VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, p. 40.

complicações, inchaço, chances de sucesso, etc. e, por derradeiro; deve haver, por parte do paciente, a confiança no cirurgião.⁶⁰³

3.3.2 REQUISITOS TÉCNICOS PARA SE TORNAR UM CIRURGIÃO PLÁSTICO E OS PRINCÍPIOS TÉCNICO-CIRÚRGICOS DA CIRURGIA PLÁSTICA

O CFM^{604,605,606} dispõe, na *Resolução CFM nº 1.701/2003*, que nenhum médico pode divulgar a especialidade que exerce se não está qualificado pelo CFM e registrado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado onde exerce tal especialidade.^{607,608}

⁶⁰³ VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, pp. 27-28.

⁶⁰⁴ Conforme previsão da *Resolução CFM nº 1.998/2012*, Regimento Interno do Conselho Federal de Medicina, este tem sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional. É dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, sem qualquer vínculo funcional ou hierárquico com os órgãos da Administração Pública. O CFM e os CRMs atuam, conforme art. 2º desta resolução, como supervisores da ética profissional em toda a República e, ao mesmo tempo, como julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar – por todos os meios ao seu alcance – pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente. O órgão é regido pela *Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957*, que dispôs sobre os Conselhos de Medicina. Esta lei foi alterada pela *Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004* e regulamentada pelo *Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958*. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.998/2012*. Aprovou o Regimento Interno do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1998_2012.pdf> Acesso em: 05.02.2013.

⁶⁰⁵ Aith assevera que a Lei confere ao CFM uma série de funções normativas, válidas para profissionais sujeitos à sua jurisdição. Necessário dizer que as funções normativas infralegais dos Conselhos de Classe são limitadas pela lei e não podem contrariar, sob nenhuma condição, os dispositivos legais existentes no ordenamento jurídico. AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Teoria geral do direito sanitário brasileiro*. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde Pública, Área de Concentração Serviços de Saúde Pública, da Universidade de São Paulo. São Paulo-SP, 2006, p. 244.

⁶⁰⁶ Sobre o poder normativo das Autarquias Autônomas Federais, especialmente o Conselho Federal de Medicina, veja-se: Miragem trata especificamente das funções do regulamento no direito brasileiro na Parte II, no capítulo que trata da *legalidade administrativa: de limite formal a conceito substancial*, especialmente a partir das páginas 213-242. MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2011; GALVÃO, Gabriel de Mello. *Fundamentos e limites da atribuição de poder normativo às autarquias autônomas federais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; PITELLI, Sergio Domingos. O poder normativo do conselho federal de medicina e o direito constitucional à saúde. *Revista de Direito Sanitário*, mar., 2002, pp. 38-59; HIJAZ, Tailine Fátima; CONTI, Paulo Henrique Burg. O papel da regulação em aspectos sensíveis do biodireito: um estudo de caso do conselho federal de medicina. *III Seminário de Ciências Sociais Aplicadas*. vol. 3, n. 3, 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/index.php/seminariocsa/article/view/655>> Acesso em: 06.02.2013; AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Teoria geral do direito sanitário brasileiro*. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde Pública, Área de Concentração Serviços de Saúde Pública, da Universidade de São Paulo. São Paulo-SP, 2006.

⁶⁰⁷ A *Resolução CFM nº 1.701/2003* estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.701/2003*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2003/1701_2003.htm> Acesso em: 05.02.2013.

A Medicina tem suas diversas especialidades, dentre elas, um dos ramos é a *cirurgia*⁶⁰⁹ geral. A cirurgia plástica é um ramo específico da cirurgia geral.⁶¹⁰ Para a formação do *cirurgião*⁶¹¹ plástico, são necessários seis anos de estudos após a conclusão do curso de *Medicina*.^{612,613}

Através da *Resolução CFM nº 1.621/2001*⁶¹⁴, o CFM e a Associação Médica Brasileira (AMB) reconheceram a especialidade de Cirurgia Plástica como especialidade médica. Mais tarde, foi celebrado convênio^{615,616} entre o CFM, AMB e Comissão Nacional de Residência Médica⁶¹⁷ (CNRM), através da *Resolução CFM nº 1.634/2002*, ocorrida em 11/04/2002, no qual ficaram estabelecidos os critérios para o reconhecimento da especialidade e a forma de concessão e registro de títulos.

Foi também criada a Comissão Mista de Especialidades - CME para execução do convênio, que instituiu uma listagem relacionada às especialidades médicas e às áreas de atuação, denominada Anexo II⁶¹⁸. A cirurgia plástica está descrita no item 13

⁶⁰⁸ Até 1983, esta qualificação podia ser requerida diretamente aos Conselhos de Medicina. A partir daquele ano, o médico interessado em obter o Título de Especialista deve requerer sua inscrição e submeter-se ao concurso realizado pela Sociedade de Especialidade, que mantém convênio com o CFM e AMB, como é o caso da SBCP.

⁶⁰⁹ A *cirurgia*, também denominada *operação*, *procedimento cirúrgico* ou *intervenção cirúrgica*. É o conjunto de técnicas manuais ou instrumentais operacionalizadas pelo cirurgião, utilizadas com finalidade terapêutica, paliativa ou cosmética. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 104.

⁶¹⁰ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 84.

⁶¹¹ O *cirurgião* é o médico especializado em técnicas cirúrgicas, que trabalha sempre com apoio da equipe multiprofissional. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 104.

⁶¹² AVELAR refere que são dois anos de residência em cirurgia geral, três anos de residência em cirurgia plástica, um ano de estágio complementar e, por fim, exame para a especialidade realizado pela SBCP. AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 100.

⁶¹³ A *Medicina* é a ciência e arte de curar. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 280.

⁶¹⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.621/2001*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2001/1621_2001.htm> Acesso em: 05.02.2013.

⁶¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.634/2002*. Dispõe sobre convênio de reconhecimento de especialidades médicas firmado entre o Conselho Federal de Medicina CFM, a Associação Médica Brasileira – AMB e a Comissão Nacional de Residência Médica - CNRM. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1634_2002.htm> Acesso em: 05.02.2013.

⁶¹⁶ No referido convênio ficaram estatuídas as atividades de cada órgão: ao CNRM cabe credenciar, autorizar, avaliar e fiscalizar o funcionamento dos programas de Residência Médica, conferindo seus certificados; à AMB cabe a atribuição de orientar as suas sociedades de especialidade e fiscalizar a forma de concessão de títulos e certificados emitidos pelas mesmas e em conformidade com este convênio; e, por derradeiro, ao CFM cabe registrar os títulos e certificados emitidos na forma da lei e deste convênio.

⁶¹⁷ BRASIL. *Decreto nº 80.281, de 5 de setembro de 1977*. Regulamenta a Residência Médica, cria a Comissão Nacional de Residência Médica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05.02.2013.

⁶¹⁸ Este Anexo II foi inicialmente criado através da *Resolução CFM nº 1.634/2002* e sua última alteração ocorreu em 21/12/2012, pela *Resolução CFM nº 2.005/2012*. O anexo II trata, portanto, das: 1) Normas orientadoras e reguladoras; 2) Relação das especialidades reconhecidas; 3) Relação das áreas de atuação

do rol das especialidades reconhecidas⁶¹⁹ e possui relação com diversas áreas de atuação reconhecidas⁶²⁰, no referido anexo II.

Por meio desse convênio, a AMB elaborou Normativa de Regulamentação para Obtenção do Título de Especialista, em consonância com a *Resolução nº 1.785/2006 do CFM*, determinando a sistemática a ser adotada por todas as Sociedades de Especialidades a ela filiadas, para a concessão do citado título. Desta forma, para que o Médico possa ser guindado ao posto de cirurgião plástico, é imperioso um conjunto de pré-requisitos e conhecimentos técnicos e científicos adquiridos na graduação e/ou pós-graduação (residência e/ou especialização). Exige-se, para que o médico obtenha o título de *Especialista em Cirurgia Plástica*, formação no período de 3 anos, sob a orientação do Programa de Residência Médica em Cirurgia Plástica da CNRM, assim como concurso^{621,622} realizado pela SBCP.

O título de *Especialista em Cirurgia Plástica* obtido no concurso tem validade de 5 (cinco) anos, sendo renovável segundo as normas estabelecidas pela Comissão Nacional de Acreditação da AMB e CFM.

De acordo com pesquisa realizada em 25 países sobre os procedimentos de cirurgias plásticas realizadas em 2011, através de entrevista com cerca de 20.000 cirurgiões plásticos, feita pela Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica, com colaboração da Sociedade Americana de Cirurgia Plástica Estética e da SBCP, na pesquisa denominada International Survey on Aesthetic/Cosmetic, os países que mais

reconhecidas; 4) Titulações e certificações de especialidades médicas e; 5) Certificados de áreas de atuação. Tal rol de áreas de atuação médica é constantemente alterado em face da evolução da Medicina, que acaba desaguando em novas especialidades e áreas de atuação dela decorrentes. As modificações ocorrem em razão da permissão capitulada do art. 2º da mesma resolução. Por fim, cabe dizer que seria impossível determinar, *ad perpetuam*, as especialidades médicas que crescem vertiginosamente com as descobertas científicas.

⁶¹⁹ Hoje, de acordo com a *Resolução CFM nº 2.005/2012*, são 53 especialidades e 54 áreas de atuação reconhecidas no Brasil.

⁶²⁰ Por exemplo, possui relação com as áreas de atuação: atendimento ao queimado, cirurgia crânio-maxilo-facial, cirurgia do trauma, etc.

⁶²¹ O concurso está regulamentado através de Convênio entre a AMB e a SBCP. Ressaltam-se alguns dos principais requisitos exigidos nas *Normas para Prova de Título de Especialista*, conforme edital da SBCP: comprovante de conclusão de 3 (três) anos de Estágio ou Residência em Cirurgia Plástica (SBCP ou MEC), ou carta de anuência do chefe do serviço (SBCP ou MEC), de que concluirá e comprovará a formação dos 3 (três) anos em Cirurgia Plástica, até a data da segunda etapa do Exame; Comprovante atualizado de inscrição definitiva no CRM e certidão de Nada Consta do Ponto de Vista Ético e Profissional do CRM. SBCP. *Edital do exame de suficiência para obtenção do título de especialista em cirurgia plástica - ano 2012*. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/old_963852741/images/Docs/edital_especialista_2012.pdf> Acesso em: 05.02.2013.

⁶²² A concepção de normas e regulamentos para a certificação de atualização profissional dos títulos e outras questões referentes ao tema, assim como a emissão de certificação de atualização profissional, são de responsabilidade da AMB, que outorga os títulos de especialista aos médicos aprovados em avaliações teóricas e práticas, e das sociedades médicas.

possuem médicos com a especialidade de cirurgiões plásticos são: 1º) Estados Unidos, com 5.950; 2º) Brasil, com 5.024; 3º) China, com 2.000; 4º) Japão, com 1.831 e; 5º) México, com 1.518.⁶²³ O Brasil tem um número expressivo de cirurgiões plásticos, o que representa o percentual de 15.8% dentro deste estudo.

O cirurgião plástico é, em verdade, ao mesmo tempo, um médico e um cirurgião geral, que ajuda as pessoas no reencontro consigo mesmas. Por isso, é necessário, preliminarmente ao atendimento do paciente, o encontro do médico com ele mesmo.⁶²⁴ Como refere Avelar, *“a atuação do cirurgião plástico está envolta na agradável sensação de extrair, do plano físico, as consequências mais profundas do mundo interior do paciente e traduzi-las, em misteriosos efeitos, redefinindo-lhes suas linhas corpóreas”*.⁶²⁵ Para o sucesso cirúrgico, conseqüentemente, impõe sua característica pessoal, estilo e imaginação no contorno corporal do paciente, transformando a imagem atual na imagem compreendida do relato do paciente.⁶²⁶ Como refere Kfoury Neto, *“no exercício profissional da medicina, uma falha pode ter consequências irremediáveis, porque a vida que se perde é irre recuperável. Por respeito à dignidade do ser humano, a relação contratual que se estabelece entre o médico e o paciente deverá estar sempre impregnada de humana consideração pelo semelhante e pelos valores espirituais que ele representa. Assim, a função médica encerra, muito mais que um ato de justiça social, um dever imposto pela fraternidade social, tornando mais suportáveis a dor e a morte.”*⁶²⁷

⁶²³ INTERNATIONAL SOCIETY OF AESTHETIC PLASTIC SURGEONS. *Procedures performed in 2011*. Disponível em: <<http://www.isaps.org/files/html-contents/ISAPS-Procedures-Study-Results-2011.pdf>> Acesso em 17.02.2013.

⁶²⁴ D'AVILA, Roberto Luiz. *Prefácio*. In: VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, p. 16.

⁶²⁵ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 208.

⁶²⁶ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 85.

⁶²⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

3.3.2.1 Conceito de cirurgia plástica

O termo *plastikós* advém do grego e diz respeito à forma, sendo a cirurgia plástica a cirurgia da forma, da mesma forma como o artista plástico cria e modela seus objetos, dando formas, o cirurgião realiza intervenções cirúrgicas corrigindo as formas do corpo humano, transferindo até tecidos orgânicos de uma região para outra.⁶²⁸

Dentre as especialidades médicas, a cirurgia plástica foi a que mais rapidamente evoluiu nos últimos anos.⁶²⁹ Tal espécie cirúrgica visa a tratar doenças e deformidades anatômicas, congênicas, adquiridas, traumáticas, degenerativas e oncológicas, bem como de suas conseqüências, objetivando beneficiar os pacientes visando seu equilíbrio biopsicossocial e conseqüente melhoria sobre a sua qualidade de vida.⁶³⁰ Encontra-se superada a discussão acerca da legitimidade da cirurgia plástica, consoante ensinamento de Cavalieri Filho, esta se trata de uma especialidade lícita e normal, posto que as pessoas têm o direito de cuidar de sua aparência do mesmo modo que de sua saúde.⁶³¹ De acordo com o ensinamento de Croce e Croce Junior:

cirurgia plástica (de *plastikós*, moldar, plasmar, dar forma) é a parte da cirurgia que objetiva restaurar, de forma artificial, anatômica e funcionalmente, partes do organismo arruinadas por deformidades congênicas ou adquiridas, além de corrigir as desarmonias de ordem estética.⁶³²

O CFM, através da Resolução nº 1.621/2001, regulamentou a cirurgia plástica no Brasil, e em seu preâmbulo, assim como em seu artigo 2º definiu:

a cirurgia plástica visa tratar doenças e deformidades anatômicas, congênicas, adquiridas, traumáticas, degenerativas e oncológicas, bem como de suas conseqüências, objetivando beneficiar os pacientes visando seu equilíbrio biopsicossocial e conseqüente melhoria sobre a qualidade de vida.
Art. 2º - O tratamento pela Cirurgia Plástica constitui ato médico cuja finalidade é trazer benefício à saúde do paciente, seja física, psicológica ou social.⁶³³

⁶²⁸ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 84.

⁶²⁹ FRANÇA, Genival. *Direito médico*, p. 266.

⁶³⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.621/2001*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2001/1621_2001.htm> Acesso em: 05.02.2013.

⁶³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8.ed. – São Paulo: Atlas, 2008, p. 380.

⁶³² CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Erro médico*, p. 292.

⁶³³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.621/2001*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2001/1621_2001.htm> Acesso em: 14.02.2013.

Nesse passo, conceitua-se a cirurgia plástica como a especialidade da Medicina, por meio da qual se corrigem as alterações da forma do corpo humano. O cirurgião plástico utilizará do seu conhecimento técnico-científico, assim como anatômico para, a partir de sua criatividade, sensibilidade e técnica, alterar as estruturas orgânicas do corpo, seja de na mesma região do corpo, seja de um lado para o outro. Por fim, utilizam-se materiais sintéticos, não orgânicos, como recurso cirúrgico no caso de necessidade de correção de deformidade dos elementos anatômicos do corpo.⁶³⁴

As causas das cirurgias plásticas podem ser agrupadas em quatro grupos: (a) *congenitas*⁶³⁵, que são deformidades que ocorrem na vida intrauterina, ou seja, no período de origem e crescimento dos órgãos do corpo humano; (b) traumáticas, que decorreram de acidentes, mutilações, queimaduras, etc.; (c) decorrentes do *câncer*⁶³⁶, que destrói e corrói a pele e; (d) senis, que são as decorrentes do próprio envelhecimento.⁶³⁷

De acordo com a ISAPS, dividem-se os procedimentos em: *procedimentos cirúrgicos*, executados por cirurgiões plásticos e os *procedimentos não cirúrgicos*, que igualmente cumpridos por cirurgiões plásticos. A ISAPS decompõe os procedimentos de cirurgia plástica em categorias, que, por sua vez, são subdivididas da seguinte forma:

A. Cirurgia Plástica - Procedimentos cirúrgicos do rosto:

- a. Browlift;
- b. Blefaroplastia (rejuvenescimento das pálpebras);
- c. Rinoplastia (procedimento nasal cosmético);
- d. Facelift e Necklift;
- e. Midface Lift (rejuvenescimento da pálpebra inferior/bochecha);
- f. Otoplastia (procedimentos para reposicionar orelhas protuberantes);

⁶³⁴ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 337.

⁶³⁵ *Congênito* ocorre quando nasce com o indivíduo, que existe desde o nascimento ou até antes; não adquirido pós-nascimento. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 117.

⁶³⁶ Segundo definição do Instituto Nacional de Câncer (INCA), Câncer “é o nome dado a um conjunto de mais de 100 doenças que têm em comum o crescimento desordenado de células, que invadem tecidos e órgãos. Dividindo-se rapidamente, estas células tendem a ser muito agressivas e incontroláveis, determinando a formação de tumores malignos, que podem espalhar-se para outras regiões do corpo. As causas de câncer são variadas, podendo ser externas ou internas ao organismo, estando inter-relacionadas. As causas externas referem-se ao meio ambiente e aos hábitos ou costumes próprios de uma sociedade. As causas internas são, na maioria das vezes, geneticamente pré-determinadas, e estão ligadas à capacidade do organismo de se defender das agressões externas. Os tumores podem ter início em diferentes tipos de células. Quando começam em tecidos epiteliais, como pele ou mucosas, são denominados carcinomas. Se o ponto de partida são os tecidos conjuntivos, como osso, músculo ou cartilagem, são chamados sarcomas.” INCA. *O que é câncer*. Disponível em: <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/oquee>> Acesso em 17.02.2013.

⁶³⁷ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 88.

- g. Enxerto aloplástico (implantes faciais destinados a aumentar o volume facial);
- h. Enxerto de gordura (técnicas para adicionar o volume de remoção de gordura no paciente);
- i. Outros procedimentos suaves de enchimento de tecido (Exemplos: Restylane, Perlane, Juvederm, Hylaform, Cosmederm, Cosmeplast, ArteFill, Radiesse, Sculptra).

B. Cirurgia Plástica - Procedimentos cirúrgicos da mama:

- a. Mamoplastia (aumento das mamas);
- b. Mastopexia (elevação da mama muitas vezes combinados com o aumento do mama);
- c. Mamoplastia de redução (reduzir o tamanho da mama muitas vezes funcional, bem como a melhoria estética).

C. Cirurgia Plástica – Procedimentos cirúrgicos para o contorno corporal:

- a. Lipoaspiração (remoção de depósitos de gordura por meio de técnicas tradicionais de sucção ou a utilização adjuvante de energia ultrassônica para ajudar na remoção de gordura);
- b. Abdominoplastia (modificação ou total, dependendo do grau de flacidez da parede abdominal);
- c. Elevador coxa (levantando o interior e/ou exterior das coxas para uma forma melhorada);
- d. Belt lipectomy (tipicamente realizada após a perda de peso significativa);
- e. Lower body lift (tipicamente realizada após a perda de peso significativa);
- f. Brachioplasty (redução de tamanho dos braços da axila ao cotovelo);
- g. Aumento do implante dos músculos do tórax, nádegas e panturrilhas (pode incluir implantes silásticos ou enxerto de gordura).⁶³⁸

Dentre os *procedimentos cirúrgicos*, as dez *cirurgias plásticas estéticas* mais realizadas no mundo, conforme pesquisa pela ISAPS, são^{639,640}: 1º) *Lipoaspiração*⁶⁴¹;

⁶³⁸ INTERNATIONAL SOCIETY OF AESTHETIC PLASTIC SURGEONS. *About aesthetic surgery*. Disponível em: <<http://www.isaps.org/info-for-patients.html>> Acesso em 04.02.2013.

⁶³⁹ A terminologia utilizada pela ISAPS na pesquisa *Procedures performed in 2011*, para descrever os procedimentos é: *Lipoaspiração (Abdominoplasty)*; *Cirurgia plástica de aumento de seios (implante mamário - Breast augmentation)*; *Cirurgia de pálpebras (blefaroplastia - Blepharoplasty)*; *Cirurgia plástica de abdômen (abdominoplastia - Abdominoplasty)*; *Cirurgia plástica de nariz (rinoplastia - Rhinoplasty)*; *Cirurgia plástica para levantar os seios (Mastopexia, 'lift mamário' ou Breast lift)*; *Cirurgia plástica de mama (redução das mamas - Breast reduction)*; *Cirurgia plástica de face (facelift)*; *Ginecomastia (tratamento de redução de mamas em homens - Gynecomastia)* e; *Cirurgia plástica de orelha (otoplastia)*. INTERNATIONAL SOCIETY OF AESTHETIC PLASTIC SURGEONS. *Procedures performed in 2011*. Disponível em: <<http://www.isaps.org/files/html-contents/ISAPS-Procedures-Study-Results-2011.pdf>> Acesso em 17.01.2013.

⁶⁴⁰ Conforme pesquisa das cirurgias plásticas que mais ocorrem no mundo, realizada pela Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica, o percentual ficou da seguinte forma: 1º) *Lipoaspiração*, com 19,9%; 2º) *Cirurgia plástica de aumento de seios (implante mamário)*, com 18,9%; 3º) *Cirurgia de pálpebras (blefaroplastia)*, com 11,0%; 4º) *Cirurgia plástica de abdômen (abdominoplastia)*, com 8,7%; 5º) *Cirurgia plástica de nariz (rinoplastia)*, com 7,5%; 6º) *Cirurgia plástica para levantar os seios (Mastopexia ou 'lift mamário')*, que representa 7,0%; 7º) *Cirurgia plástica de mama (redução das mamas)*, significando 6,7%; 8º) *Cirurgia plástica de face*, significando 4,8%; 9º) *Ginecomastia (tratamento de redução de mamas em homens)*, 2,7% e; 10º) *Cirurgia plástica de orelha (otoplastia)*, representando 2,6% dos procedimentos cirúrgicos realizados por cirurgiões plásticos no mundo. INTERNATIONAL SOCIETY OF AESTHETIC PLASTIC SURGEONS. *Procedures performed in 2011*. Disponível em: <<http://www.isaps.org/files/html-contents/ISAPS-Procedures-Study-Results-2011.pdf>> Acesso em 17.02.13.

2º) *Cirurgia plástica de aumento de seios (implante mamário)*⁶⁴²; 3º) *Cirurgia de pálpebras (blefaroplastia)*⁶⁴³; 4º) *Cirurgia plástica de abdômen (abdominoplastia)*⁶⁴⁴; 5º) *Cirurgia plástica de nariz (rinoplastia)*⁶⁴⁵; 6º) *Cirurgia plástica para levantar os seios (Mastopexia ou 'lift mamário')*⁶⁴⁶; 7º) *Cirurgia plástica de mama (redução das mamas)*⁶⁴⁷; 8º) *Cirurgia plástica de face*⁶⁴⁸; 9º) *Ginecomastia (tratamento de redução de mamas em homens)*⁶⁴⁹ e; 10º) *Cirurgia plástica de orelha (otoplastia)*.^{650,651}

O Brasil passou a ser o líder mundial no número de colocação de próteses no glúteo (gluteoplastia - *Buttock augmentation*), rejuvenecimento vaginal (*Vaginal rejuvenation*), também chamada de cirurgia íntima, e o procedimento cirúrgico de otoplastia, realizando-se, respectivamente, 21.452 gluteoplastias, 9.043 cirurgias íntimas e 28.787 otoplastias. Nos EUA, que é o país que liderou o ranking mundial em número

⁶⁴¹ A *lipoaspiração* ou também denominada *liposucção*, é um procedimento cirúrgico, geralmente de finalidade estética, em que ocorre a remoção de tecido adiposo (com auxílio de cânula de aspiração e aspirador, que realiza a sucção) de algumas partes do corpo. Quando o material retirado é enxertado no próprio paciente, dá-se o nome de *lipoescultura*. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 269. Trata-se de um procedimento que ajuda a esculpir o corpo ao remover gorduras indesejáveis em áreas específicas como abdômen, quadris, coxas, joelhos, braços, queixo e pescoço.

⁶⁴² A *cirurgia plástica de aumento de seios (implante mamário)* objetiva o aumento e a modelagem do seio para harmonizar o contorno do corpo feminino, no caso de a paciente considerar seu seio pequeno demais; diminuir o volume do seio após a gravidez; corrigir a diferença de tamanho muito grande entre os seios e; reconstruir a mama.

⁶⁴³ *Blefaroplastia* é um procedimento para remoção do excesso de gordura da pele nas pálpebras inferiores e superiores. Com o desaparecimento das “bolsas”, suprime-se o semblante de cansaço e de acréscimo da idade do paciente, assim como os possíveis incômodos com a visão. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 76.

⁶⁴⁴ *Abdominoplastia*, também conhecida como *dermolipctomia abdominal*, intenta a remoção do excesso de pele e de gordura da parte inferior do abdômen, reforçando os músculos e produzindo o achatamento do abdômen inferior. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 22.

⁶⁴⁵ A *Rinoplastia* almeja a redução ou o aumento do tamanho do nariz, mudando a sua forma (da ponta ou da ponte), estreitando as narinas ou mudando o ângulo entre o nariz e o lábio superior. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 371.

⁶⁴⁶ A *cirurgia plástica para levantar os seios (mastopexia ou 'lift mamário')* pretende levantar os seios que perderam a elasticidade em razão da amamentação ou da força da gravidade.

⁶⁴⁷ A *cirurgia plástica de mama (redução das mamas)* propõe-se a redução dos seios demasiadamente grandes que podem causar incômodos físicos ou psicológicos ao paciente.

⁶⁴⁸ A *cirurgia da face* é o procedimento que visa a interromper o processo de envelhecimento, abrandando os sinais visíveis da idade, removendo excesso de gordura, compactando músculos subjacentes e remodelando a pele do rosto e pescoço. Pode ser feito só ou em conjunto com outros procedimentos, como levantamento de testa, cirurgia de pálpebra ou remodelagem de nariz.

⁶⁴⁹ A *Ginecomastia* é o estado caracterizado pelo crescimento das glândulas mamárias nos homens. As causas da ginecomastia são incertas, porém ela é geralmente atribuída ao desequilíbrio de hormônios sexuais. A cirurgia permite reduzir o volume mamário masculino. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 212.

⁶⁵⁰ A *otoplastia* busca aproximar as abas das orelhas de abano à cabeça, tornando o rosto do paciente mais harmônico, assim como busca a redução do tamanho das orelhas. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 314.

⁶⁵¹ Todos os procedimentos cirúrgicos foram descritos conforme a obra: VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, pp. 95-129.

de realização de cirurgias plásticas em 2011, foram realizadas 5.950 gluteoplastias, 2.439 cirurgias íntimas e 7.854 otoplastias.

Quanto ao aumento exponencial de cirurgias plásticas, só no procedimento de colocação de próteses no glúteo houve aumento 367% nos últimos quatro anos. Todavia, a lipoaspiração continua sendo a cirurgia mais popular entre os brasileiros, tendo um crescimento de 129% no número dessas operações entre 2007 e 2011.⁶⁵²

Ainda, cabe referir que existem outros procedimentos considerados cirúrgicos levados a efeito por cirurgiões plásticos que são muito realizados, como: *preenchimento cutâneo com metacrilato*⁶⁵³, *tratamento com toxina botulínica*⁶⁵⁴, *aumento das nádegas*, *aumento de queixo*, *rejuvenescimento vaginal*, *lift de coxas*, *braços e testa*, etc.

De outro lado, a referida pesquisa também trata dos procedimentos não cirúrgicos mais consumados por cirurgiões plásticos no mundo, que são: 1º) *Botox*; 2º) *Ácido Hialurônico*; 3º) *Depilação a laser*; 4º) *Enxerto de gordura autóloga*; 5º) *Tratamento a Laser IPL*; 6º) *Microdermabrasion*; 7º) *Peeling químico*; 8º) *Noninvasive Tightening*; 9º) *Laser Skin Resurfacing* e; 10º) *Preenchimento com hidroxiapatita de cálcio*.⁶⁵⁵

A cirurgia plástica é, portanto, nas palavras de Pitanguy e Salgado, “a tentativa de harmonização do corpo com o espírito, da emoção com o racional, visando a estabelecer um equilíbrio interno que permita ao paciente reencontrar-se, reestruturar-se, para que se sinta em harmonia com sua própria imagem e com o universo que o cerca.”⁶⁵⁶

⁶⁵² INTERNATIONAL SOCIETY OF AESTHETIC PLASTIC SURGEONS. *Procedures performed in 2011*. Disponível em: <<http://www.isaps.org/files/html-contents/ISAPS-Procedures-Study-Results-2011.pdf>> Acesso em 17.01.2013.

⁶⁵³ O *preenchimento cutâneo com metacrilato* é a técnica que se utiliza para o preenchimento de sulcos, rugas e cicatrizes. Há outras técnicas como, por exemplo, ácido hialurônico, colágeno e auto-enxerto de gordura.

⁶⁵⁴ O *tratamento com toxina botulínica* busca reduzir a força dos músculos faciais, reduzindo as rugas na testa e ao redor dos olhos.

⁶⁵⁵ A terminologia utilizada pela ISAPS na pesquisa *Procedures performed in 2011*, para descrever os procedimentos não cirúrgicos é: *Botox (Botulinum Toxin Type A - Botox Dysport)*; *Ácido Hialurônico (Hyaluronic Acid)*; *Depilação a laser (Laser hair removal)*; *Enxerto de gordura autóloga (Autologous fat)*; *Tratamento a Laser IPL (IPL Laser Treatment)*; *Microdermabrasion*; *Peeling químico (Chemical peel)*; *Noninvasive Tightening*; *Laser Skin Resurfacing* e; *Preenchimento com hidroxiapatita de cálcio (Calcium Hydroxylapatite)*. INTERNATIONAL SOCIETY OF AESTHETIC PLASTIC SURGEONS. *Procedures performed in 2011*. Disponível em: <<http://www.isaps.org/files/html-contents/ISAPS-Procedures-Study-Results-2011.pdf>> Acesso em 17.01.2013.

⁶⁵⁶ PITANGUY, Ivo; SALGADO, Francisco. Aspectos filosóficos e psicossociais da cirurgia plástica. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*, p. 356.

3.3.2.1.1 Diferenciação entre cirurgia plástica estética e reparadora

A história da cirurgia plástica estética está imbricada com a da cirurgia plástica reconstrutiva, já que as técnicas de ambas são semelhantes, porém, durante muitos anos, a cirurgia para fins meramente estéticos era considerada uma imoralidade pelos próprios cirurgiões plásticos regulares.⁶⁵⁷ A linha entre as ditas cirurgias plásticas reparadoras e estéticas é tênue.⁶⁵⁸ Pode-se perceber a dualidade estético-reparadora presente em cirurgias como “orelhas de abano”, lábios leporinos,⁶⁵⁹ redução mamária, para corrigir as sequelas de uma queimadura ou cicatriz,⁶⁶⁰ já que o efeito reparador influirá inevitavelmente nas características estéticas da pessoa.

O objetivo da cirurgia plástica é o de restabelecer ou aperfeiçoar as formas corporais e suas funções conexas e, deste modo, é uma espécie de cirurgia que tem como característica ser morfológica e funcional ao mesmo tempo.

A cirurgia plástica divide-se, didaticamente, em duas espécies: *cirurgia plástica reparadora*, ou *reconstrutiva*, e *cirurgia plástica estética* ou *cosmética*. A primeira destinada para correção de defeitos congênitos ou que sejam adquiridos, com finalidade curativa e traços morfológicos e psíquicos; já a segunda, objetiva precisamente o embelezamento, tendo como consectário a melhora da autoestima.⁶⁶¹ Em resumo, a cirurgia plástica estética objetiva melhorar a forma, enquanto que a cirurgia plástica reparadora visa a restaurar a função e a forma.⁶⁶²

Diversas nomenclaturas foram cunhadas para denominar os procedimentos de cirurgia plástica. A literatura médica, que tem a competência adequada para elaborar o conceito, sugere as diversas formas: *cirurgia plástica reparadora*, ou *reconstrutiva*, ou *reconstrutora*, *cirurgia plástica estética*, *medicina estética*, *cosmiatria*, *cirurgia cosmética* e *cirurgia embelezadora*.

⁶⁵⁷ AMERICAN SOCIETY FOR PLASTIC SURGEONS. *What is the difference between cosmetic and reconstructive surgery?* Disponível em: <www.plasticsurgery.org> Acesso em: 08.03.2013.

⁶⁵⁸ VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, p. 51.

⁶⁵⁹ PITANGUY, Ivo; SALGADO, Francisco. Aspectos filosóficos e psicossociais da cirurgia plástica. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*, p. 359.

⁶⁶⁰ GHERSI, Carlos A. (dir.). *Responsabilidad profesional*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 05.

⁶⁶¹ GHERSI, Carlos A. (dir.). *Responsabilidad profesional*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 02.

⁶⁶² PITANGUY, Ivo; SALGADO, Francisco. Aspectos filosóficos e psicossociais da cirurgia plástica. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*, p. 359.

Inicia-se, então, a fim de delimitá-lo de forma excludente, o enfrentamento dos conceitos para delimitação e encontro de um conceito médico-jurídico, posto que as demais nomenclaturas não dizem respeito ao objeto de pesquisa. Os plurissignificados da temática, tanto no Direito, como na Medicina possibilitam a navegação por diversas áreas do conhecimento, além de tratarem de questões não eminentemente médicas. O intento, então, é o de delimitar a significação com rigor técnico, com o objetivo de encontrar a conceituação que seja capaz de aceitar o enquadramento em um espaço híbrido, interdisciplinar entre a Medicina e o Direito.

A *medicina estética* ou *estética médica* trata de uma especialidade da medicina destinada a correção de alterações do relevo cutâneo da face e outras regiões do corpo, a partir da introdução de produtos químicos e aplicação medicamentosa externa. Está voltada para o tratamento da pele, a partir da introdução de produtos no derma e/ou subderma, ou sobre a pele. Tais procedimentos de *medicina estética* só podem ser realizados por médicos. Já os procedimentos cosméticos, que não apresentam intimidade com os tecidos, pois são realizadas aplicações externas na pele, podem ser realizados por profissionais não médicos.⁶⁶³

O termo *cosmiatria* é uma técnica que possibilita aos médicos atuar na pele com o objetivo de correção das alterações superficiais, gerando efeitos temporários. Tal terminologia vem da *cosmetologia*⁶⁶⁴, que se define como a ciência exercida por profissional não médico que atua diretamente sobre a pele com o escopo embelezador.⁶⁶⁵

A significação da *cirurgia plástica* alude a utilização de produtos químicos aplicados sobre a pele da face, mãos e inclusive em todo o corpo, no intuito de gerar modificações breves, tendo em vista a volatilidade dos produtos, como maquiagens, próteses externas aplicadas sobre a região mamária, etc. Em alguns países, é empregada a expressão “*Cosmetic Surgery*” ou “*Chirurgie Cosmétique*” de forma inapropriada para designar os procedimentos de *cirurgia plástica*⁶⁶⁶, o que não correspondem verdadeiramente ao complexo mundo das intervenções estéticas.

⁶⁶³ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, pp. 320-321.

⁶⁶⁴ O termo *cosmético*, como refere AVELAR, advém da palavra grega *kosmetikós*, do radical *kosmeo*, que diz respeito a adornar.

⁶⁶⁵ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, pp. 321-324.

⁶⁶⁶ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, pp. 324-328.

A locução *cirurgia embelezadora* exprime inapropriadamente procedimento cirúrgico da *cirurgia plástica*⁶⁶⁷, uma vez que esta não ambiciona tão-somente o puro “*embelezamento*”, mas a corporifica a concretização da ampliação dos limites de equilíbrio e harmonia corporal e psíquicos do paciente, a partir da correção das assimetrias corporais. O *cirurgia embelezadora* poderia provocar sim, erroneamente, uma obrigação de resultado na medida em que ambicionaria, inexoravelmente, a beleza inatingível que a natureza não pode criar.

Tendo em conta a complexidade da temática trabalhada, já que são apresentados múltiplos vocábulos com plurissignificados, demarcados os conceitos acima, que não se harmonizam com a zona gris interdisciplinar. Partirmos para o diagnóstico do conceito apropriado denominado *cirurgia plástica* e suas repercussões para o Direito.

A *cirurgia plástica reparadora ou reconstrutiva, ou reconstrutora, e a cirurgia estética* está ligada aos registros que remontam a 6.000 a.C. Ao reconstruir um nariz mutilado, na época remota, fundiam-se os termos *cirurgia plástica* (reparadora ou reconstrutiva e estética), posto que as duas intervenções abordavam simultaneamente os dois aspectos. Grande parte da insatisfação em decorrência de cirurgias reconstrutivas deve-se ao fato dos limitados resultados estéticos não corresponderem ao anseio dos pacientes.⁶⁶⁸

Ao recriar um nariz amputado, a cirurgia, ao mesmo tempo, exercia dois fatores: a reparação e reconstrução e a preocupação com a estética, já que o nariz era modelado de acordo com o órgão perdido. Inclusive, a própria Igreja Católica se manifestou por três vezes, de forma diversa, sobre as cirurgias plásticas.⁶⁶⁹

Ao tratar de *cirurgia reparadora, ou reconstrutiva, ou reconstrutora e cirurgia estética*, devemos didaticamente, muito embora haja um elo entre as duas espécies na busca do aprimoramento estético, dividir em *cirurgia plástica reparadora e cirurgia plástica estética*.

⁶⁶⁷ Avelar consigna que em outros países é empregada a expressão “*Cosmetic Surgery*” ou “*Chirurgie Cosmétique*” de forma inapropriada. AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, pp. 324-333.

⁶⁶⁸ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 304.

⁶⁶⁹ Primeiramente, o Papa Inocêncio III, no início do Séc. XIII, proibiu a qualquer membro do clero que se submetesse à intervenção plástica para correção de defeitos físicos, sob o argumento de que se estaria violando a forma humana primitiva e ofendendo a Deus. De outro lado, o papa Pio XI, em 1957, exaltou, durante o Congresso Internacional de Cirurgia Plástica, ocorrido em Roma, a tarefa do cirurgião plástico da busca do bem-estar, equilíbrio e da paz de espírito aos pacientes, que são elementos que o aproximam de Deus. Por fim, o Papa Pio XII exaltou o papel da cirurgia plástica e estética, ao asseverar que a cirurgia plástica não pode criar beleza onde não existe. AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 301.

Na *cirurgia plástica reparadora*, o cirurgião plástico visa a corrigir defeitos físicos causados pela ausência congênita (desde o nascimento) do órgão ou perda de um segmento do corpo por trauma ou mutilação pelo câncer.⁶⁷⁰ Portanto, o objetivo desta cirurgia é o de corrigir defeitos que comprometam a função ou a integridade do organismo.⁶⁷¹

Na *cirurgia plástica estética*, o cirurgião corrige a desproporção do órgão existente, responsável pela desarmonia e desequilíbrio com os demais segmentos do corpo.⁶⁷² Conforme a ASPS, a cirurgia plástica estética inclui os procedimentos cirúrgicos e não-cirúrgicos que objetivam remodelar as estruturas normais do corpo, a fim de melhorar a aparência e autoestima.⁶⁷³ Logo, a cirurgia plástica estética visa à correção de defeitos que não comprometam a função ou a integridade do organismo.⁶⁷⁴

Dessarte, os procedimentos reparadores e reconstrutivos são realizados sob o rigor técnico, buscando um resultado da melhor qualidade estética possível. Pode-se dizer que ambos os procedimentos tem a mesma finalidade, já que contemporaneamente o norte cirúrgico da *cirurgia reparadora* é guiado para ofertar ao paciente, além da correção de defeitos físicos, a melhora na aparência e a busca do bem-estar a partir da harmonia corporal.

⁶⁷⁰ Exemplificam-se alguns casos de *cirurgia reparadora ou reconstrutiva ou reconstrutora*: cirurgia para reconstrução de amputação total de orelha em decorrência de acidente de carro ou, ainda, por ausência congênita (desde o nascimento); deformidade decorrente de afundamento do tórax (*thorax excavatum* ou tórax de sapateiro); reconstrução de mama após sequela de amputação cirúrgica decorrente do câncer; reconstrução da mandíbula; recriação de nariz em paciente com deformidades congênicas ou pelo câncer; reconstrução de perna, joelhos, antebraço, punho e mão devido à destruição por acidente, dentre milhares de outros casos nos quais o cirurgião buscará a correção de defeito físico decorrente de ausência congênita ou perda de segmento do corpo por trauma ou mutilação pelo câncer. AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, pp. 300-320.

⁶⁷¹ MARTIRE JÚNIOR, Lybio. *O alcance atual da cirurgia plástica*, p. 15.

⁶⁷² AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 317.

⁶⁷³ AMERICAN SOCIETY FOR PLASTIC SURGEONS. *Cosmetic procedures* Disponível em: <www.plasticsurgery.org> Acesso em: 08.03.2013.

⁶⁷⁴ MARTIRE JÚNIOR, Lybio. *O alcance atual da cirurgia plástica*, p. 15.

3.3.3 A CIRURGIA PLÁSTICA NO CONTEXTO BRASILEIRO

No Brasil, os primeiros trabalhos sobre cirurgia plástica iniciaram-se em 1842, advindos da Bahia e do Rio de Janeiro.⁶⁷⁵ Foi com a criação do Serviço de Cirurgia Plástica da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo que se iniciou a grande formação de especialistas nesta área.

A Sociedade Latino-Americana de Cirurgia Plástica, hoje denominada Federação Ibero Latino Americana de Cirurgia Plástica surgiu no Brasil.⁶⁷⁶

O Brasil, como referido, é o 2º país no mundo em número de realização de cirurgias plásticas. Só em 2011, foram realizados no Brasil 1.447.213 cirurgias plásticas, sendo 905.123 de procedimentos cirúrgicos e 542.089 de procedimentos não cirúrgicos, conforme informação da ISAPS.⁶⁷⁷ Se considerarmos que em 2006 foram realizadas 700.000, podemos ver o vertiginoso crescimento em muito pouco espaço de tempo. Por tudo isso, o Brasil projetou-se internacionalmente na medicina estética, através de seus cirurgiões plásticos, que, inclusive, criaram técnicas inovadoras.

Atribui-se como justificativa a esse crescimento: o sucesso das cirurgias realizadas no Brasil, com resultados satisfatórios; o custo relativamente barato, quando comparado com outros países, sendo que a qualidade do procedimento é a mesma; o alto investimento dos profissionais em suas clínicas de cirurgias plásticas e; a melhora econômica, que fez com que muitos procurem a cirurgia para elevar sua autoestima.⁶⁷⁸

⁶⁷⁵ MARTIRE JÚNIOR, Lybio. História da cirurgia plástica. In: SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. *Cirurgia plástica*. CARREIRÃO, Sérgio; CARDIM, Vera; GOLDENBERG, Dov. (editores). – São Paulo: Editora Atheneu, 2005, p. 03.

⁶⁷⁶ MARTIRE JÚNIOR, Lybio. *O alcance atual da cirurgia plástica*, p. 35.

⁶⁷⁷ INTERNATIONAL SOCIETY OF AESTHETIC PLASTIC SURGEONS. *Procedures performed in 2011*. Disponível em: <<http://www.isaps.org/files/html-contents/ISAPS-Procedures-Study-Results-2011.pdf>> Acesso em 17.02.2013

⁶⁷⁸ VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, p. 32.

3.3.4 DIRETRIZES MÉDICAS E (POSSÍVEIS) INTERCORRÊNCIAS DURANTE TODO O PROCESSO DA CIRURGIA PLÁSTICA

A cirurgia plástica, como referido, é uma das especialidades da Medicina, atreladas à ciência, que está submetida à álea, ou seja, circunstâncias que podem semear eventos imprevisíveis, *intercorrências*⁶⁷⁹ e complicações, em razão de uma série de fatores interligados, como, por exemplo, aspectos constitutivos anatômicos do paciente, infecções, efeitos psíquicos, etc.

A literatura médica conflui com a literatura jurídica no *encontro das águas* do desenvolvimento de uma vinculação médico-paciente como um processo obrigacional entre estas duas figuras.

Para cada espécie de cirurgia plástica, existem diferentes e específicos protocolos, métodos e diretrizes que devem ser detalhadamente cientificados pelo médico ao paciente, de forma a esmiuçar, desde a preparação pré-cirúrgica, passando pelo cumprimento até a fase pós-operatória, denominados, por exemplo, de *pré-abdominoplastia*, *pós-abdominoplastia*, *pré-lipoaspiração*, *pós-abdominoplastia*, etc. Desta forma, sob o ponto de vista da doutrina médica⁶⁸⁰, a trilha da relação médico-paciente pode ser dividida, basicamente, em três momentos distintos⁶⁸¹: 1) *Fase pré-operatória*, ou fase ambulatorial, na qual são realizadas a consulta e avaliação pré-operatória; 2) *Fase operatória (transoperatória)* e, por fim; 3) *Fase pós-operatória*.

O tema é de tamanha importância, que a Organização Mundial da Saúde, visando à segurança do paciente, propôs, em 2009, um *checklist* de segurança cirúrgica, com o escopo de se proporcionar “*Cirurgia segura que salva vidas*”, tendo como

⁶⁷⁹ Para Martire Júnior, *intercorrência* é uma situação que foge à evolução normal de uma cirurgia, mas que não representa grande problema se diagnosticada e tratada, como os hematomas e seromas, por exemplo. MARTIRE JÚNIOR, Lybio. *O alcance atual da cirurgia plástica*, p. 20.

⁶⁸⁰ MAUAD JÚNIOR, Raul (org.) *Estética e cirurgia plástica: tratamento no pré e pós-operatório*. - 2.ed. – São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2003; FERREIRA, Marcus Castro. Cirurgia plástica estética: avaliação dos resultados. *Revista da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica*, vol.15, núm.01, São Paulo, jan.-abr., 2000, pp. 55-66.

⁶⁸¹ As *Normas informativas compartilhadas em cirurgia plástica*, elaboradas pela SBCP, em conjunto com o CFM, sugerem ao cirurgião plástico o preenchimento de três documentos, com a assinatura do médico assistente e do paciente, ou seu representante legal, nas três fases distintas: 1) Ambulatorial; 2) Pré-cirúrgica e; 3) Hospitalar. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Normas informativas compartilhadas em cirurgia plástica*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/cfm_normas.pdf> Acesso em: 03.02.2013.

desafio melhorar a segurança dos cuidados cirúrgicos em todo o mundo, garantindo a aderência aos padrões comprovados de tratamento em muitos dos países.⁶⁸²

Trata-se, em verdade, de uma relação que inicia na fase pré-operatória (tratativas – fase pré-contratual), desenvolve-se no transoperatório (formação e execução – fase contratual) e desemboca na corrente pós-operatória (pós-contratual). A esse ciclo denominamos de *processo cirúrgico dialogal*. Como esse processo se desenvolve paralelamente com aspectos médicos, decorrentes da cirurgia plástica, e que gera também efeitos jurídicos, em face do processo obrigacional decorrente do contrato de prestação de serviços médicos, que pode ser escrito ou tácito, não há como se tratar dos efeitos jurídicos sem adentrar no transcurso da relação médica, já que os fatos que serão levados em conta para a subsunção da norma necessariamente serão extraídos das fases que compõem a esfera médica. Deste modo, abordam-se as duas temáticas, entendidas como um *processo cirúrgico-obrigacional dialogal*, separadamente.

3.3.4.1 Fase pré-operatória

Na *fase pré-operatória*, as intercorrências podem surgir das seguintes situações: 1) antes de o paciente entrar no bloco cirúrgico; 2) durante o preparo do paciente, na mesa cirúrgica; 3) na aplicação da *anestesia*⁶⁸³, ou a fatores relacionados a ela.

Esta fase se inicia desde a consulta pré-operatória, sendo um momento extremamente importante para o tratamento cirúrgico. Na consulta, o médico deve expor ao paciente todos os limites técnicos e riscos operatórios aos quais se submeterá, esclarecendo-o, de maneira exaustiva, de modo a saciar todas as suas dúvidas.

⁶⁸² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Safe surgery saves lives*. Disponível em: <<http://www.who.int/patientsafety/safesurgery/en/>> Acesso em: 05.03.2013.

⁶⁸³ Na *anestesia* ocorre a administração a um indivíduo, em qualquer setor, por qualquer motivo e por qualquer via, de medicação destinada a induzir perda sensitiva total ou parcial, com o propósito de se realizar uma cirurgia ou procedimento. Há quatro níveis: sedação mínima (ansiólise), sedação processual, analgesia (sedação profunda) e anestesia. Por definição, o nível de sedação denominado anestesia compreende a anestesia geral e a anestesia espinal ou regional. Não inclui anestesia local. A anestesia geral consiste em período fármaco-induzido de perda de consciência durante o qual o paciente não consegue ser acordado, mesmo após estímulos dolorosos. A habilidade de manter a autonomia sobre a função ventilatória geralmente está prejudicada. Os pacientes frequentemente necessitam de assistência para manter as vias aéreas pérvias, e a ventilação com pressão positiva pode ser necessária devido à depressão fármaco-induzida da função ventilatória e da função neuromuscular. A função cardiovascular pode estar prejudicada. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 47.

De início, sugere-se que a primeira pergunta que o cirurgião plástico deve fazer a alguém que o procura é “por quê?” Na anamnese, o médico deve analisar o componente psicológico do paciente que procura pela cirurgia plástica, verificando a existência de transtornos mentais ou psiquiátrico que possam provocar futuros problemas pós-operatórios.⁶⁸⁴ Importante relembrar os dados da conclusão do trabalho que alude que os pacientes candidatos à abdominoplastia, rinoplastia e ritidoplastia apresentaram alta prevalência de sintomas do TDC, chegando a quase 60% dos casos⁶⁸⁵ e que a cirurgia plástica não é contraindicada para tais situações.

A consulta principia, então, com uma entrevista introdutória, na qual serão discutidas as aspirações do paciente, assim como as possibilidades cirúrgicas. Posteriormente, será realizado um exame físico a fim de que o médico possa verificar, se for o caso, a melhor indicação cirúrgica. É facultativa a coleta de fotografias anatômicas dos locais que o paciente pretende modificar.

É dever do cirurgião plástico, ainda, solicitar ao paciente todos os exames pré-operatórios, gerais e específicos, a fim de elaborar um parecer de risco cirúrgico. Normalmente são solicitados exames necessários para a verificação da saúde física do paciente, bem como se este tem condições de enfrentar procedimento cirúrgico e, também, para o fim de subsidiar o anestesista de todas as condições clínicas que irá enfrentar. Por fim, comunica-se ao paciente o diagnóstico da possível cirurgia, ou a impossibilidade de sua ocorrência.⁶⁸⁶

Caso a cirurgia for se realizar, no pré-operatório, devem-se perseguir as melhores condições da pele e dos tecidos da região que será futuramente operada.⁶⁸⁷

⁶⁸⁴ Pitanguy e Salgado sugerem algumas indagações para avaliar o componente psicológico do paciente que procura a cirurgia plástica: Por que deseja operar-se? Desde quando teve a ideia? Alguém influenciou? Quando decidiu operar-se? Existem prejuízos funcionais, profissionais ou sociais? Sabe o que a cirurgia pode oferecer? Conhece algum resultado de cirurgia plástica? Fez ou está fazendo psicoterapia? Antecedentes hereditários: existência de doenças na família? Antecedentes psiquiátricos? Na infância, convulsões, sonambulismo, enurese noturna, terror noturno, traumas, desenvolvimento escolar, adaptação ao meio? Na adolescência, vida sexual, nervosismo, fobias, medos, hábitos, adaptação ao meio? Internações prévias (clínicas, cirúrgicas)? Fez algum procedimento prévio facial ou enxerto de gordura? Como reagiu às intervenções e/ou cirurgias? O que espera objetivamente da cirurgia? PITANGUY, Ivo; SALGADO, Francisco. Aspectos filosóficos e psicossociais da cirurgia plástica. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*, pp. 363-364.

⁶⁸⁵ A prevalência de sintomas do TDC nos pacientes foi de 57%, na abdominoplastia, de 52% na rinoplastia e de 42% na ritidoplastia foi. BRITO, Maria José Azevedo de. *Prevalência de sintomas do transtorno dismórfico corporal em abdominoplastia, rinoplastia e ritidoplastia*, p. 125.

⁶⁸⁶ VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, p. 33.

⁶⁸⁷ MAUAD JÚNIOR, Raul (org.). *Estética e cirurgia plástica: tratamento no pré e pós-operatório*, p. 33.

Nessa fase ambulatorial, ainda na consulta, em período pré-operatório, seguindo orientação das normas informativas e compartilhadas em cirurgia plástica, elaboradas em conjunto pelo CFM e pela SBPCP, o cirurgião plástico deve identificar o paciente, verificando através de uma anamnese geral, e específica, a possibilidade de este se submeter a procedimento cirúrgico. Necessita o médico adentrar nos antecedentes do paciente, inquirindo-o sobre o uso de medicamentos, tabagismo, alergia, tratamento clínico e psiquiátrico ao qual tenha, ou esteja se submetendo. Caso haja necessidade, o cirurgião deve encaminhar o paciente a médico de outra especialidade para ouvi-lo.

Ato contínuo, o cirurgião plástico deve esclarecer e discutir o caso (plano cirúrgico proposto) com o paciente, detalhadamente, relatando as técnicas que serão utilizadas, os riscos aos quais o paciente se entregará, as possíveis cicatrizes que poderão advir da cirurgia, assim como será o período pós-operatório imediato e mediato. Deve-se expor ao paciente o plano de acompanhamento pré, trans e pós-operatórios.⁶⁸⁸ Por fim, faz-se necessária consulta pré-anestésica com o anestesista, para o fim de examinar se há alguma espécie de prescrição especial a ser provida àquele paciente.⁶⁸⁹

O cirurgião plástico deve, além disso, informar ao paciente todas as recomendações gerais, verificando se já houve pedido de internação, comunicando na necessidade de dieta/jejum em período prévio a cirurgia, prescrevendo algum medicamento necessário ou, ainda, verificando se o paciente utiliza algum tipo de medicamento de uso contínuo.⁶⁹⁰ Não só isso, durante o preparo do paciente, na mesa cirúrgica, podem se suceder intercorrências capazes de impossibilitar o início da intervenção cirúrgica.

Nesta *fase pré-operatória* também podem advir intercorrências na aplicação da anestesia ou fatores a ela relacionados, como, por exemplo, após a injeção do anestésico, ocorrer falta de oxigenação, ficando a pele com *cianose*.^{691,692}

⁶⁸⁸ VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, p. 31.

⁶⁸⁹ Tais orientações estão contidas no documento 01, denominado *Fase ambulatorial: consulta e avaliação pré-operatória*. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Normas informativas compartilhadas em cirurgia plástica*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/cfm_normas.pdf> Acesso em: 03.02.2013.

⁶⁹⁰ Estas instruções estão no documento 02, denominado *Fase pré-operatório*. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Normas informativas compartilhadas em cirurgia plástica*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/cfm_normas.pdf>. Acesso em: 03.02.2013.

⁶⁹¹ Na *cianose* ocorre a cor azulada da pele por falta de oxigênio no sangue. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 101.

Antes de o paciente entrar no bloco cirúrgico, as intercorrências mais comumente estão ligadas a questões de medicação pré-anestésica, como, por exemplo, quando se ministram medicamentos pré-anestésicos com o objetivo tranquilizante. Tais fármacos são fornecidos pelo anestesista anteriormente ao momento de ingresso na sala de cirurgia. Portanto, a falha no cumprimento desse dever médico pode gerar ao paciente, uma vez não medicado adequadamente, complexo desequilíbrio emocional ao adentrar na sala cirúrgica, que se sabe, para ele é um local inospitaleiro. A própria ansiedade do paciente pode ser fator desencadeador de tal desequilíbrio em razão da incerteza quanto à realização do procedimento cirúrgico, quanto à expectativa do resultado, da segurança, etc.⁶⁹³ Assim, nem todas estas intercorrências pré-operatórias podem ser imputadas ao cirurgião plástico, somente quando este participar ativamente dos procedimentos cirúrgicos, sendo as demais de encargos de enfermeiros e do anestesista. Além disso, as condições pessoais prévias do paciente à cirurgia, como *morbidades*⁶⁹⁴ físicas ou psíquicas ou vícios⁶⁹⁵, podem interferir decisivamente na fase operatória e conduzir a um resultado cirúrgico flagelante.

Despiciendo, finalmente, dizer que o médico cirurgião plástico deve ter habilitação e formação especializada ao tratamento oferecido, empregando sempre técnicas atuais, recomendadas e comprovadas cientificamente.

3.3.4.2 Fase transoperatória

Na *fase operatória (transoperatória*⁶⁹⁶), há um sem número de complicações médicas, mesmo que extraordinárias e anômalas, que podem suceder no transcorrer da

⁶⁹² AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, pp. 349-353.

⁶⁹³ VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, p. 26.

⁶⁹⁴ Termo *morbidade* é relativo a doença. Em Epidemiologia, *morbidade* ou *morbilidade* é a taxa de portadores de determinada doença em relação à população total estudada, em determinado local e em determinado momento. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 292.

⁶⁹⁵ Como tabagismo, alcoolismo, medicamentos, etc.

⁶⁹⁶ Terminologia utilizada na literatura médica.

cirurgia e, além disso, ligadas a fatores externos.⁶⁹⁷ A própria fadiga intrínseca ao desenrolar do procedimento é elemento que deve ser levado em conta.⁶⁹⁸

É dever do anestesista checar os equipamentos, revisar a execução de planejamento prévio, assim como a necessidade de mudança de planejamento em relação ao paciente, sempre em consonância com as orientações da Sociedade Brasileira de Anestesiologia (SBA).^{699,700}

Durante o transcurso cirúrgico, dependendo da espécie de intervenção, faz-se necessária a atuação de terceiros que compõem a *equipe cirúrgica*, formada por médico anestesista, auxiliares e instrumentalizadores.

O local para a realização da cirurgia – que pode ser em Centro Cirúrgico, preparado para tanto, de Clínica ou Hospital – mas que necessariamente necessita possuir sala adequada, *esterilizada*⁷⁰¹. Tais instalações devem ser adequadas e

⁶⁹⁷ Avelar ilustra algumas intercorrências transoperatórias, com alguns exemplos: inesperadas lesões de ramos do nervo facial (durante ritidoplastia), devido a complexas e anômalas variações anatômicas do trajeto das estruturas nervosas; Anisocoria (diâmetros diferentes das pupilas), ao realizar uma cirurgia plástica de pálpebras e face, o que fizeram com que a paciente de 55 anos que estava bem clinicamente, tanto do ponto de vista cardiológico, como respiratório, vascular e cerebral, apresentasse repentina alteração cerebral; Protusão ocular (distensão, saliência e projeção dos olhos para frente) ocorrida em paciente com 42 anos, de forma unilateral, na qual se concluiu posteriormente que se tratava de reação anômala daquele lado, possivelmente por um edema retro-bulbar (acúmulo de líquido nos tecidos, atrás do globo ocular) e, por fim; Taquicardia em paciente com 57 anos de idade, com aumento da frequência dos batimentos cardíacos no momento da cirurgia das mamas. AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, pp. 353-357.

⁶⁹⁸ VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, p. 26.

⁶⁹⁹ Estes esclarecimentos estão no documento 3, denominado *Fase transoperatório-anestesia*. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Normas informativas compartilhadas em cirurgia plástica*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/cfm_normas.pdf>. Acesso em: 03.02.2013.

⁷⁰⁰ O anestesista tem o dever de seguir as orientações plasmadas nas resoluções: 1) *Resolução CFM nº 1.670/2003*, que dispõe sobre “*procedimentos de sedação*”; 2) *Resolução CFM nº 1.802/2006*, que dispõe sobre “*a prática do ato anestésico*” e; 3) *Resolução CFM nº 1.886/2008*, que trata sobre as “*Normas mínimas para o funcionamento de consultórios médicos e dos complexos cirúrgicos para procedimentos com internação de curta permanência*”. SOCIEDADE BRASILEIRA DE ANESTESIOLOGIA. *Normas e orientações*. Disponível em: <http://www.sba.com.br/normas_e_orientacoes/>. Acesso em: 14.02.2013.

⁷⁰¹ A questão da esterilização, no caso de nosocômio, este deve atender as rotinas estabelecidas pela Lei nº 9.431/97 e pela Portaria nº 2.616/98, que fixou marco regulatório da ANVISA, especialmente nos seguintes regulamentos, com o escopo de evitar que o paciente contraia a infecção hospitalar: Portaria 2616/98, RDC 48/2000, RDC 156, RE 2605 e RDC 2606. Vide ementa do referido julgado: “Apelação cível. Responsabilidade civil. Queimaduras decorrentes da placa de cautério. Infecção hospitalar. Falha do serviço. Falta do dever de cuidado exteriorizado na negligência. Indenização por danos extrapatrimoniais. Cabimento. Manutenção do valor arbitrado na sentença. Termo inicial dos juros de mora. - Responsabilidade Objetiva - O demandado é um prestador de serviços e, como tal, está submetido às regras do Código de Defesa do Consumidor, respondendo objetivamente, nos termos do artigo 14. - Queimaduras - Comprovação de que o autor sofreu as lesões alegadas - queimaduras - decorrente de falha do serviço (utilização do eletrocautério). - Infecção Hospitalar - Embora nenhum nosocômio esteja imune à ocorrência de casos de infecção, o réu não se desincumbiu do ônus da prova quanto ao alegado atendimento das rotinas estabelecidas pelo marco regulatório da ANVISA, especialmente a Portaria 2616/98, RDC 48/2000, RDC 156, RE 2605 e RDC 2606. Elementos dos autos que comprovam a infecção pela bactéria *staphylococcus aureus*. Requisitos da responsabilidade objetiva comprovados: conduta, defeito e nexa causal. Hipótese em que a infecção hospitalar foi contraída pela parte autora em

certificadas por órgãos competentes, como o Corpo de Bombeiros, a Vigilância Sanitária, o Conselho Regional de Medicina e a Prefeitura Municipal. Deve haver, ademais, extremada cautela em relação aos materiais, instrumental e aparelhos utilizados.

3.3.4.3 Fase pós-operatória

Posteriormente à realização da cirurgia, a bibliografia médica classifica as intercorrências em três momentos: 1) imediatas, que podem ocorrer em até 24 ou 48 horas, após a cirurgia; 2) mediatas, que podem acontecer entre 2 e 15 dias, após a intervenção cirúrgica e, por derradeiro; 3) tardias, que podem suceder após 15 dias da realização do ato operatório.

Nas intercorrências imediatas, o incidente mais comum que sobrevém após a cirurgia plástica é o *hematoma*⁷⁰². Nos procedimentos cirúrgicos, há o corte de vasos arteriais e venosos, que são cauterizados com bisturi elétrico ou atados com fio de sutura para estancamento do sangramento. Ainda assim, podem ocorrer sangramentos que, de acordo com a literatura médica⁷⁰³, são comuns em qualquer variedade de cirurgia plástica. Levam-se em consideração, outrossim, fatores externos que podem originar estes incidentes, especialmente dos comportamentos do paciente que podem contribuir para a ocorrência de um evento danoso, como: levantar precocemente do

razão de falha do nosocômio nos procedimentos e métodos de desinfecção e assepsia. O caso é de infecção exógena, não tendo o nosocômio atuado com o devido cuidado, o que acarreta defeito na prestação do serviço e o conseqüente dever de indenizar. - Fixação do Quantum da Indenização - A indenização por danos extrapatrimoniais deve ser suficiente para atenuar as conseqüências das ofensas aos bens jurídicos tutelados, não significando, por outro lado, um enriquecimento sem causa, bem como deve ter o efeito de punir o responsável de forma a dissuadi-lo da prática de nova conduta. Fixação do valor da indenização com base na jurisprudência do STJ. Manutenção do quantum fixado pela sentença. - Termo Inicial dos Juros Moratórios - O entendimento consolidado por esta Câmara Cível nas ações de indenização por dano moral é de fixação da incidência dos juros moratórios a partir da data do arbitramento do quantum indenizatório. Apelo parcialmente provido." RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70039742978*. Nona Câmara Cível. Apelante: Hospital Nossa Senhora Medianeira. Apelado: Yan Furtado. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Porto Alegre, em 10.08.2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 01.01.2013.

702 Acúmulo anômalo de sangue localizado em alguma cavidade natural do corpo, no interior das camadas de gordura ou debaixo da pele. Tal ocorrência deve ter tratamento imediato para remoção do sangue acumulado, assim como cauterização.

703 VIEIRA, J. L., *et al.* Sangramento em cirurgia plástica. *Revista Brasileira de Anestesiologia*, vol.25, 1975, pp. 38-48; NOCITI, José Roberto; *et al.* Thoracic epidural anesthesia with ropivacaine for plastic surgery. *Revista Brasileira Anestesiologia*, vol.52, núm.02, 2002, pp. 156-165.

leito, realizar movimentos intempestivamente, desobedecer às instruções e recomendações médicas, ou, até mesmo, autoflagelar-se, introduzindo seus próprios dedos na ferida cirúrgica, entre outras tantas situações relatadas na literatura médica.⁷⁰⁴

Nessa fase pós-operatória, é também obrigação do médico fornecer ao paciente, detalhadamente, de forma clara e atécnica, completas informações para que ele respeite os cuidados necessários e imprescindíveis ao sucesso da cirurgia. Duas situações podem ocorrer: a primeira o paciente se autodetermina a não realizar as recomendações médicas, o que pode desencadear uma exclusão da responsabilidade médica e; a segunda, o cirurgião não informa adequadamente ao paciente todas as recomendações e procedimentos que deve adotar no momento pós-operatório e os riscos do não cumprimento, o que suscita a responsabilidade civil médica em razão da não observância do dever de informação. Em verdade, trata-se de um trabalho de cuidado simbiótico que envolve o papel do cirurgião plástico e do paciente para evitar quaisquer complicações cirúrgicas.

As intercorrências mediatas, que podem se suceder no período compreendido entre 2 e 15 dias, depois da intervenção cirúrgica, dizem respeito também a episódios de hematomas, *equimoses*^{705,706}, *infecções*^{707,708}, *necroses*⁷⁰⁹, diminuição da circulação arterial dos tecidos, acúmulo de germes no interior dos poros da pele, dependendo da espécie de procedimento cirúrgico adotado.⁷¹⁰

Por derradeiro, encerrando as intercorrências, exurgem as tardias, que podem calhar após 15 dias da realização do ato operatório. Principalmente, são ligadas a alterações teciduais, modificação no curso do fenômeno da cicatrização, assim como cicatrizes de má qualidade e alargamentos, como queuloide e sangramento.⁷¹¹

⁷⁰⁴ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 361.

⁷⁰⁵ A *equimose* é um pequeno derrame sanguíneo debaixo da pele, mancha escura. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 167.

⁷⁰⁶ São manchas escuras na pele da região operada e das regiões vizinhas, que resultam da infiltração de sangue debaixo da pele. Trata-se de intercorrência de pouca gravidade que desaparece em poucos dias.

⁷⁰⁷ A *infecção* é a penetração e desenvolvimento ou multiplicação de um agente etiológico no organismo (vírus, bactéria, protozoário, helminto etc). GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 247.

⁷⁰⁸ Acontecem especialmente no caso de ritidoplastia e abdominoplastia.

⁷⁰⁹ Na *necrose* ocorre a morte de células ou tecidos devido a distúrbios físicos ou químicos. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 297.

⁷¹⁰ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 364.

⁷¹¹ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 372.

A questão do pós-operatório, especificamente do lapso necessário para que a pessoa possa retomar normalmente suas atividades funcionais, é extremamente controvertida, uma vez que há portes díspares de cirurgias, com tempos de espera diferenciados, assim como reações estritamente individuais a este período de espera, dependendo, sobremaneira, da proposta cirúrgica e do tipo de atividade a ser realizada pelo paciente.

Nas cirurgias plásticas em geral, o tempo médio para o retorno às ocupações intelectuais é de cinco a sete dias. Há peculiaridades em razão da espécie cirúrgica que devem ser observadas. Por exemplo, no caso de implante de silicone nas mamas ou lipoaspiração, o retorno às atividades rotineiras pode ser no dia seguinte, desde que sem exagero por parte do paciente. Quanto à movimentação do paciente em sequência ao pós-operatório, são permitidas atividades físicas leves em algumas horas, inclusive recomenda-se ao paciente mexer os pés em ato contínuo ao transcurso do efeito da anestesia. Não só isso, com relação às atividades sexuais, no caso de lipoaspiração, não há impedimento algum, mas se a cirurgia for de abdominoplastia, o aconselhável é o resguardo em, pelo menos, 20 dias.⁷¹²

É contestável, sob o ponto de vista médico, a realização de alguns procedimentos que auxiliam na eliminação das equimoses, dos edemas e amolecimento das cicatrizes, como a drenagem linfática, a massagem estética, a fisioterapia pós-operatória, que são indicados por uns e rechaçados por outros médicos. Portanto, para definição de quais cuidados pós-operatórios que serão indicados, dependerá do tipo de método, assim como da sua específica aplicação,⁷¹³ o que deve ser apreciado na análise dos *fatores de atribuição*⁷¹⁴ (*imputação*⁷¹⁵) da responsabilidade civil médica a partir da análise da culpa no exercício profissional da medicina.

⁷¹² VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, pp. 38-40.

⁷¹³ MAUAD JÚNIOR, Raul (org.). *Estética e cirurgia plástica: tratamento no pré e pós-operatório*, p. 33.

⁷¹⁴ Segundo Fumarola, para que a conduta gere responsabilidade civil, além de ilícita e danosa, deve ser atribuída a um ou mais sujeitos determinados, seja de forma individual, seja por equipe ou coletiva. É a *imputatio iuris* de que falavam os juristas romanos. Esses fatores de atribuição da responsabilidade civil são critérios subjetivos e, em alguns casos, objetivos. FUMAROLA, Luis Alejandro. *Eximentes de responsabilidad civil médica*. Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Colección Responsabilidad Civil, vol.18, 2002, pp. 49-50; Nesse mesmo sentido, também se manifesta Bueres, denominando de *atribuição de responsabilidad*. BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 123.

⁷¹⁵ Alguns autores, especialmente argentinos, denominam também de fatores de *imputabilidad*. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. t. I, Ediar, Buenos Aires, 1982, p. 55; TRIGO REPRESAS, Félix A. *Reparación de daños por "mala praxis" médica*. 2.ed, act. y ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 42.

A taxa de mortalidade na cirurgia plástica é de uma morte para cada 57.000 pacientes operados, sendo a principal causa de morte o tromboembolismo pulmonar.⁷¹⁶ Contudo, importante dizer que, quando o paciente segue rigorosamente as recomendações cientificamente consideradas como mais adequadas, os riscos das cirurgias plásticas diminuem sensivelmente, conforme a literatura médica, entre 3% e 5% do total de pacientes operados, o que deverá ser apreciado na análise do nexo de causalidade e a possível culpa exclusiva da vítima.

Isto posto, cada cirurgia plástica apresenta um manancial de orientações pós-cirúrgicas. Estima-se que o tempo para que se tenha um resultado final da cirurgia plástica, em sentido amplo, seja de 12 meses depois do período pós-operatório,⁷¹⁷ devendo ser apreciada em cada caso, de forma individualizada.

3.3.4.4 Intercorrências cirúrgicas: o exemplo da lipoaspiração

A fim de demonstrar a complexidade das diretrizes que devem ser tomadas para cada tipo de cirurgia plástica, apresenta-se como exemplo a lipoaspiração, por ser o procedimento cirúrgico estético mais realizado no mundo, conforme pesquisa realizada pela International Society of Aesthetic Plastic Surgeons, em 25 países, denominada ISAPS (International Survey on Aesthetic/Cosmetic). Somente no Brasil, em 2011, foram realizados 211.108 procedimentos de lipoaspiração.⁷¹⁸

No caso da lipoaspiração, embora os cirurgiões plásticos tenham desenvolvido medidas de segurança para executar as técnicas, há graves riscos, o que se demonstra na taxa de mortalidade de 1/5000 procedimentos cirúrgicos realizados.⁷¹⁹ Os principais fatores de risco são: normas de higiene insuficientes, aspiração em grande escala, vários procedimentos realizados em uma só vez, demasiado uso de drogas sedativas e anestésico ameaçando ventilação e erros na seleção dos pacientes.

⁷¹⁶ VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, p. 31.

⁷¹⁷ AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 378.

⁷¹⁸ INTERNATIONAL SOCIETY OF AESTHETIC PLASTIC SURGEONS. *Procedures performed in 2011*. Disponível em: <<http://www.isaps.org/info-for-patients.html>> Acesso em 04.02.2013.

⁷¹⁹ LEHNHARDT, M; HOMANN, H. H; DRUECKE, D. No problem with liposuction? *Chirurgie*, vol.74, 2003, pp. 808-814.

A Sociedade Americana de Cirurgiões Plásticos Estéticos estabeleceu os principais fatores que aumentam o risco na lipoaspiração.^{720,721} Prevenir sempre será o melhor para o paciente. A situação ideal envolve um paciente que é adequadamente selecionado, tratado por um cirurgião bem treinado e um anestesista que trabalha com uma equipe totalmente munida de certificados, num ambiente no qual tenha instalação credenciada, com pessoal bem treinado da sala de recuperação.

3.3.5 DESFECHO CIRÚRGICO: EUFORIAS OU FRUSTRAÇÕES

Relata a doutrina médica que o paciente passa por quatro fases distintas no processo da cirurgia plástica, quando transcorre da melhor forma, sem nenhuma intercorrência ou complicação no processo cirúrgico.

Inicialmente, na *fase da vontade*, a pessoa, por uma série de motivos, toma a decisão de realizar a cirurgia plástica e procura um cirurgião; na *fase de arrependimento*, ocorre imediatamente ao período pós-operatório, quando o paciente se vê inchado e se questiona se realmente fez a melhor escolha; na *fase do contentamento*, vem com a satisfação pelo resultado obtido e a melhora no aspecto corporal e a melhora

⁷²⁰ HUGHES, C. E. Reduction of lipoplasty risks and mortality: an ASAPS survey. *Aesthetic Surgery Journal*, vol.21, 2001, pp. 120-127.

⁷²¹ A literatura médica sugere para reduzir e prevenir as complicações da lipoaspiração os seguintes procedimentos: certificar-se da seleção adequada dos pacientes; garantir-se da escolha das técnicas adequadas; obter exames pré-operatórios do paciente, incluindo fotografias, registros e medições, pré-operatórias, anamnese, informações gerais e consentimento informado; seguir as normas nacionais e internacionais; determinar o sangue adequado e a disponibilidade no banco; avaliar a oxigenação do paciente, a ventilação, circulação e temperatura; controlar o volume infiltrado por via intravenosa e por via subcutânea; assegurar-se da esterilização completa e antibióticos; verificar a posição do paciente na mesa de operação; obter fotografias do paciente; prevenir a trombose venosa profunda; certificar-se de que a máscara laríngea ou intubação e instrumentos estão prontos na sala de cirurgia; fornecer os dispositivos de acompanhamento dos pacientes em um ambulatório (ou seja, oxímetros de pulso, desligar alarmes, monitorização cardíaca contínua); controlar a duração da cirurgia; indicar a vestimenta pós-operatória, como cintas com compressão adequada; administrar cateter de oxigênio quando necessário para pacientes internados ou cateter temporário para pacientes ambulatoriais; fornecer vigilância adequado do paciente; programar visita pós-operatória (no dia da cirurgia e no primeiro dia após a cirurgia); fornecer informações aos pacientes de que a lipoaspiração não é um tratamento para a obesidade; tomar cuidado extra com cirurgias concomitantes; ter duas pessoas para rever a preparação da solução anestésica, dentre outros. TOLEDO, Luiz S; MAUAD, Raul. Complications of body sculpture: prevention and treatment. *Clinics in Plastic Surgery*, vol.33, 2006, pp. 01-11.

autoestima e, ao final; *fase da saudade*, que é facultativa, quando resolve voltar e realizar novo procedimento.⁷²²

Os resultados na cirurgia plástica dependem, de modo eminente, de três fatores: a técnica e habilidade do médico cirurgião, os cuidados no pós-operatório, que são estritamente do paciente e a natureza de cada pessoa.⁷²³ Agrega-se a estes a preparação pré-cirúrgica do paciente, conforme orientações médicas.

O paciente, depois de concluída a cirurgia plástica, diante do contato com a imagem do resultado apresentado, pode demonstrar insatisfação. O ensinamento médico divide em três situações que podem ser ocasionadas posteriormente à conclusão da cirurgia. Primeiramente, quando ainda se encontra em processo de cicatrização, portanto não finalizada, apresenta impaciência com a arrastada evolução. Num segundo painel, quando a cirurgia foi bem realizada, com a utilização da melhor técnica, mas o paciente, ainda assim, resta descontente. Duas razões são apresentadas: a primeira, pelo fato de não ter sido estabelecida boa linha de comunicação antes da cirurgia, na qual o médico informasse ao paciente quais seriam as possibilidades e os limites cirúrgicos, já que cicatrizes, por exemplo, são inerentes ao ato cirúrgico. A segunda, o médico cumpre seu dever de informar que o resultado operatório foi bom, mas, mesmo assim, o paciente discorda.⁷²⁴ Finalmente, pode ocorrer de o resultado da cirurgia ser considerado insatisfatório devido a complicações inerentes ao ato cirúrgico ou pelo processo cicatricial do paciente. Nestes casos, o cirurgião deverá corrigir o problema, que não pode ser omitido, nem minimizado ou, se for o caso, indicará ao paciente outro profissional para corrigir eventual transtorno, sob as suas expensas.⁷²⁵ Nestas circunstâncias, sob o ponto de vista jurídico, não há danos, portanto não incide o dever jurídico secundário da obrigação de indenizar, excluindo-se a responsabilidade civil.

Por fim, cabe trazer o exemplo relatado pelo médico Rohrich, que analisou o erro médico nas cirurgias plásticas, com o escopo de buscar formas de redução de custos financeiros para os profissionais. Buscou, para tanto, implantar um programa de

⁷²² MARTIRE JÚNIOR, Lybio. *O alcance atual da cirurgia plástica*, p. 118.

⁷²³ MARTIRE JÚNIOR, Lybio. *O alcance atual da cirurgia plástica*, p. 113.

⁷²⁴ Vasconcellos exemplifica que nas pacientes mulheres, com idade na faixa de 45 a 50 anos, que apresentam problemas no âmbito familiar, são elas as mais reincidentes em apresentarem desgosto com o resultado cirúrgico. Nestes casos clínicos, o problema reside, de acordo com a pesquisa, subconscientemente, na aparência de seu corpo, já que elas transferem o problema conjugal para a aparência corporal, tentando, assim, resolver tais questões através da intervenção da cirurgia plástica. VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, p. 49.

⁷²⁵ VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, pp. 47-50.

reeducação médica aplicado ao quadro clínico profissional do hospital da Universidade de Michigan, nos EUA. A ideia principal é a de que o médico deve sempre reconhecer o seu erro, ou mesmo admitir a complicação, reforçando-se o vínculo de confiança médico-paciente, como efeito benéfico, de forma positiva da relação. Os litígios nessa instituição, por consequência, sofreram uma redução de 61,5%, após a implementação de tais medidas. Notou-se uma redução do número de pacientes que processaram médicos e/ou hospitais quando os médicos concordaram em reconhecer tais falhas e prestar reparação devida.^{726,727}

3.3.6 LIMITES IMPEDITIVOS DA REALIZAÇÃO DA CIRURGIA PLÁSTICA

Apesar da enorme perseguição desenfreada pelos procedimentos cirúrgicos plásticos, há de se impor limites que são verdadeiros impeditivos à realização da cirurgia.

O primeiro obstáculo diz respeito às características naturais humanas e às demarcações materiais. O cirurgião plástico deve realizar uma avaliação completa e adequada no paciente, levando em conta seus conhecimentos técnicos e os aspectos éticos inerentes à profissão para, se for o caso, apresentar-lhe a negativa da realização do procedimento cirúrgico em face das condições, seja de saúde física, ou psíquica, mas que podem colocá-lo frente a uma situação iminente de risco. As condições de saúde do paciente podem ser condicionantes de restrição ao melhor resultado da cirurgia.

Há, ainda, entraves de cunho material em razão dos locais destinados para a realização das operações, como limites de acomodações de internação, drogas que serão ministradas aos pacientes, assim como deficiência dos instrumentos que seriam manuseados. Nestes casos, o procedimento deve ser de pronto abortado, sem qualquer horizonte permissivo de realização.

⁷²⁶ ROHRICH, Rod J. It's okay to say "i'm sorry". *Plastic & Reconstructive Surgery*, vol.120, 2007, pp. 1425-1427.

⁷²⁷ O Sistema de Saúde da Universidade de Michigan desenvolve um programa de incentivo aos trabalhadores da área de saúde para relatar seus erros na prática médica. Foram analisados os registros de 1.131 reclamações de erro médico ou pedidos de indenização por falha médica, entre 1995 e 2007. Com esta conduta, o ato de admitir as falhas ocasionou a uma redução do número de ações judiciais e pedidos de indenização KACHALIA, Allen; KAUFMAN, Samuel R; *et al.* Liability claims and costs before and after implementation of a medical error disclosure program. *Annals of Internal Medicine*, aug, 2010, p. 153.

Por fim, além das questões de discricionariedade médico-científica, que são de propriedade exclusiva do médico, caso este não tenha a formação adequada, bem como não saiba aplicar as técnicas mais sofisticadas e apropriadas para aquele caso, a cirurgia deve ser considerada natimorta, inclusive pelo risco de se gerarem danos irreparáveis e irreversíveis ao paciente. Tais fronteiras de atuação são demarcadas na fase pré-operatória, quando deve haver sintonia entre o paciente e o cirurgião.⁷²⁸

⁷²⁸ VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*, p. 29.

4 LINEAMENTOS JURÍDICOS DA RELAÇÃO CIRURGIÃO PLÁSTICO-PACIENTE E SEUS REFLEXOS

4.1 O PACIENTE E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE MENTAL

O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) estabelece que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”⁷²⁹ Assim sendo, para que a pessoa possa gozar da plenitude de seu estado de saúde, que compõe um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem qualquer distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social, deve-se cuidar da saúde psíquica, em especial o zelo com o bem-estar mental. Não basta, por conseguinte, somente a ausência de qualquer enfermidade acometendo a pessoa, mas é indispensável o bem-estar biopsicossocial para o seu pleno desenvolvimento.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aprovada em 2005, na Conferência Geral da UNESCO, já acenou acerca da necessidade de observância pelos Estados das orientações e princípios que tratam das questões éticas relacionadas à medicina, às ciências da vida e às tecnologias associadas quando aplicadas aos seres humanos. A Dignidade Humana e os Direitos Humanos devem, assim, conforme o art. 3º desta declaração, ser respeitados em sua totalidade, bem como os interesses e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.⁷³⁰

Por fim, importante referir, conforme consta no relatório Mundial da Saúde, da Organização Mundial da Saúde⁷³¹, que os conceitos de saúde mental abrangem, entre outras coisas, o bem-estar subjetivo, a auto-eficácia percebida, a autonomia, a competência, a dependência intergeracional e a auto-realização do potencial intelectual e emocional da pessoa. Assim, consideramos que a saúde mental é mais do que a mera ausência de perturbações mentais, mas também o sentimento de completude da autoestima.

⁷²⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da organização mundial da saúde*. Disponível em: <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf> Acesso em: 28.02.2013.

⁷³⁰ UNESCO. *Declaração universal sobre bioética e direitos humanos*. Portugal, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>> Acesso em 28.02.2013.

⁷³¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *A saúde mental pelo prisma da saúde pública*. Disponível em: <http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_ch1_po.pdf> Acesso em: 28.02.2013.

4.1.1 O BEM-ESTAR MENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito ao *bem-estar mental*⁷³² está conectado com a *dignidade da pessoa humana*⁷³³. Os *direitos de personalidade*, que são *direitos fundamentais*, correspondem a exigências da proteção e promoção da *dignidade da pessoa humana* e do *livre desenvolvimento da personalidade*. Por conseguinte, o enfraquecimento do bem-estar mental determina a afronta direta aos *direitos de personalidade*^{734,735}, mais especialmente o *direito fundamental*⁷³⁶ ao *livre desenvolvimento da personalidade*.^{737,738,739}

⁷³² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *A saúde mental pelo prisma da saúde pública*. Disponível em: <http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_ch1_po.pdf> Acesso em: 28.02.2013.

⁷³³ Por *dignidade da pessoa humana*, Sarlet entende que é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 4.ed. rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

⁷³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO; Daniel. *Curso de direito constitucional*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 380.

⁷³⁵ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁷³⁶ Adota-se a terminologia *direitos fundamentais* no sentido atribuído por Sarlet, Marinoni e Mitidiero, que é a expressão mais afinada com o significado e conteúdo dos direitos previstos na Constituição. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO; Daniel. *Curso de direito constitucional*, p. 248.

⁷³⁷ Acerca do *direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade*, veja-se: PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 61-83; LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 265-305; CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*, pp. 217-224.

⁷³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, p. 86.

⁷³⁹ Tepedino sustenta que no direito brasileiro passe a existir uma “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”, já que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, acrescidos da previsão do § 2º do art. 5º da CF/88, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, ainda que não expressos, mas desde que decorrentes dos princípios por ela adotados. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 48-49; TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnicas legislativas na parte geral do código civil de 2002*. Disponível em <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca7.pdf>> Acesso em: 28.02.2013

O *direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade* não é reconhecido expressamente na ordem constitucional brasileira, como o é em outros países, muito embora se considere como um direito fundamental ainda que de forma implícita.⁷⁴⁰ O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade é uma das dimensões da própria dignidade humana, garantindo à pessoa a adequação de seu projeto de vida, não só sob o ponto de vista negativo de proteção aos direitos da personalidade contra violações, mas positivo, da gestão de interesses pessoais para garantia de um livre desenvolvimento da personalidade.⁷⁴¹ Assim, os direitos fundamentais estão ancorados e legitimados, nesse sistema de proteção⁷⁴², no *princípio da dignidade da pessoa humana*⁷⁴³. Também deve ser levado em conta que os *direitos dos consumidores* se caracterizam como *direitos humanos*⁷⁴⁴ em face das necessidades humanas essenciais de consumo. Nas normas consumeristas, há expressões que dizem respeito especificamente à tutela da dimensão personalíssima do consumidor.⁷⁴⁵

O direito fundamental de proteção da integridade física e psíquica possui, em parte, o mesmo objeto do *direito à saúde*⁷⁴⁶, especialmente no que toca à intervenção médica no corpo humano. A par do direito de defesa, no sentido de não ser agredido ou ofendido na integridade física e psíquica, há uma dimensão positiva desse direito, que

⁷⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁷⁴¹ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*, pp. 217-220.

⁷⁴² MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

⁷⁴³ O *princípio da dignidade da pessoa* constitui o elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional e atua como elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, p. 79.

⁷⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 89.

⁷⁴⁵ Sobre a questão do consumidor como direito fundamental, veja-se: MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 111-132; MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e dos direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 40-76.

⁷⁴⁶ No julgamento do *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE*, que tratou de parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde, responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde e o fornecimento de medicamentos foram estabelecidos critérios, ainda que não em decisão final, já que proferida decisão na suspensão de tutela antecipada que confirmou a decisão das instâncias ordinárias, no que tange à exigibilidade do direito à saúde como *direito subjetivo público* a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. Como refere Mendes, “os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar a expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE*. Plenário. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Ceará/CE, em 17/03/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 01.03.2013.

significa a existência de um direito subjetivo a prestações estatais e sua interface com o direito à saúde em geral.⁷⁴⁷ Para que se analise se determinada pessoa tem integral saúde, é imprescindível que igualmente se pondere o seu aspecto psíquico. É cogente, para tanto, que a pessoa apresente harmonia em suas funções biopsicossociais, a ensejarem uma vida habitual de relações com seus semelhantes, permitindo-lhe encarar os desafios inerentes à vida humana. Essa ideia de desvio moral ou anomalia social em razão da imagem desapossa essas pessoas dos direitos de ir e vir, da liberdade de expressão e associação, do livre desenvolvimento da personalidade, da autonomia e da dignidade.

Reforça-se a necessidade do bem-estar mental, em razão da desumanização dos “corpos feios”⁷⁴⁸, e como assevera Sarlet: “*a concepção de homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa humana*”.⁷⁴⁹ A saúde, como referido, não se trata somente da ausência de doença, mas assegurar a manutenção de meios e subsídios que ampliem a qualidade da vida, a capacidade de autonomia e o padrão de bem-estar do indivíduo.⁷⁵⁰

No Brasil, o *direito à proteção e promoção da saúde* é um direito social, conforme previsão do art. 6º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988 (CF/88). Em matéria de direitos sociais, os direitos fundamentais não se reduzem ao *mínimo existencial (ou dignidade humana)*, mas este estabelece parâmetros mínimos e critérios materiais para a garantia dos direitos sociais⁷⁵¹, devendo-se garantir todas as condições para uma vida saudável.⁷⁵² Esta noção de “mínimo existencial” é extraída de forma implícita dos arts. 1º, inc. III, e art. 3º, inc. III da CF/88, que tratam de um complexo de prerrogativas cuja concretização busca garantir condições adequadas de existência digna, especialmente a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à saúde. Não só isso, a CF/88, no art. 196, prevê que a saúde é direito de todos e dever do

⁷⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO; Daniel. *Curso de direito constitucional*, pp. 372-373.

⁷⁴⁸ SILVA, André Luiz dos S. Imperativos da beleza: corpo feminino, cultura fitness e a nova eugenia. *Centro de Estudos Educação e Sociedade*, vol.32, núm.87, 2012, p. 211.

⁷⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 86.

⁷⁵⁰ WALDOW, V. R. *Cuidado humano: o resgate necessário*. 3.ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2001, p. 129.

⁷⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO; Daniel. *Curso de direito constitucional*, p. 570.

⁷⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, p. 73.

Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Nesse sistema, o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional.⁷⁵³

O Supremo Tribunal Federal (STF), em ação que trata sobre controvérsia da possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública, decidiu que, além de adotar o *mínimo existencial* em sua jurisprudência, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível. Neste particular, o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.⁷⁵⁴

Ainda, o Poder Judiciário intervém, conforme dito pelo STF, em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição, não caracterizando transgressão ao postulado da separação de poderes, uma vez que se pretende a proteção judicial de direitos sociais, mesmo ciente da escassez de recursos e a necessidade, muitas vezes, de “escolhas trágicas” que assegurem a dignidade da pessoa humana e a vedação do retrocesso social.⁷⁵⁵

Por fim, garantido, portanto, o inalienável direito à saúde, o STF também enfrentou questão que toca a discussão sobre a interrupção e acompanhamento clínico e psicológico destinado a aferir a viabilidade de cirurgia plástica de transgenitalização, com o escopo de propiciar ao recorrente o acesso ao bem-estar mental.⁷⁵⁶

⁷⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO; Daniel. *Curso de direito constitucional*, p. 577.

⁷⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 642.536/AP*. Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Amapá. Recorrido: Estado do Amapá. Relator: Min. Luiz Fux. Amapá/AP, em 05.02.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 01.03.2013.

⁷⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 639.337/SP*. Primeira Turma. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Amapá/AP, em 23.08.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 01.03.2013.

⁷⁵⁶ No caso referido, o Presidente do STF, em decisão monocrática, conheceu e deu parcial provimento, para condenar os réus, solidariamente, a prosseguir o acompanhamento do paciente previamente cadastrado, a ser empreendido por Comissão Multidisciplinar adequadamente composta, a quem caberá emitir o parecer a cerca da adequação física e psicológica necessária para a realização da cirurgia, a ser realizada, no caso da conclusão em sentido positivo, no HUCAM, ou em outro hospital público (porventura provido de melhores recursos) ou mesmo em estabelecimento privado, às expensas do SUS. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 573.061/ES*. Decisão Monocrática. Recorrente: Município de Vitória e União. Recorrido: Alessandro Dias Almeida. Relator: Min. Carlos Brito. Espírito Santo/ES, em 28/08/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 01.03.2013.

4.1.1.1 A cirurgia plástica como forma de promoção do bem-estar mental e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana

O tratamento médico, como qualquer outro, propõe-se a fornecer ao paciente, através do manejo de todos os recursos científicos disponíveis e do máximo da atenção médica, sempre o melhor possível acesso à saúde plena. Deve ser garantido, consequentemente, pelo Estado o completo bem-estar, a partir de ações que assegurem, não só o bem-estar físico, mas também mental das pessoas. A configuração de tratamento de uma patologia é forma de concretização dos direitos fundamentais pelo Estado, principalmente dos direitos à saúde, como proteção à dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da personalidade.

Nesse processo, sustenta-se que a realização de cirurgia plástica, para modificação do paradigma corporal, seja ela reparadora, seja estética, caracteriza-se, em muitos casos, como um problema de *saúde coletiva*⁷⁵⁷ que diz respeito a políticas de por parte do Estado de promoção do bem-estar mental da pessoa humana⁷⁵⁸. Trata-se de questão mais complexa do que a simples análise da alteração do corpo físico, visível. O corpo-imagem apresenta-se, atualmente, não só como determinante da felicidade, por despertar o desejo ou o amor de alguém, mas sim por se constituir como objeto de amor-próprio, ou seja, como fundamento da autoestima, a que se reduziram todas as questões subjetivas nesta cultura narcísica.⁷⁵⁹ Não se trata de mero capricho embelezador, nem mesmo de fútil vaidade infantil, mas algo que assola e compromete o indivíduo em seu bem-estar pleno, modificando sobremaneira o seu estado de saúde.⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ De acordo com LEAL *et al*, *Saúde Coletiva* traduz uma concepção que compreende a saúde como um fenômeno social, e de interesse público, entendida como um direito relacionado à efetivação da cidadania e constituindo-se num dever do Estado. O estado de saúde da população, voltado para as condições de saúde de grupos populacionais específicos e tendências gerais do ponto de vista cultural, epidemiológico, demográfico e socioeconômico; os serviços de saúde, que abrangem o estudo do processo de trabalho em saúde, avaliam planos, programas e tecnologias utilizadas na atenção à saúde, além da gestão; o saber sobre a saúde, que comporta a produção de conhecimentos, privilegiando os aspectos históricos, sociais, antropológicos e epistemológicos, sendo este último o nosso enfoque. LEAL, Virginia Costa Lima Verde; CATRIB, Ana Maria Fontenelle; AMORIM, Rosendo Freitas de; MONTAGNER, Miguel Ângelo. O corpo, a cirurgia estética e a saúde coletiva: um estudo de caso. *Ciência & Saúde Coletiva*. vol.15, núm.01, 2010, p. 81.

⁷⁵⁸ A cirurgia plástica estética está associada com a satisfação com a vida e percepção de segurança financeira. CAMPANA, Angela Nogueira Neves Betanho; FERREIRA, Lucilene; TAVARES, Maria da Consolação Gomes Cunha Fernandes. Associações e diferenças entre homens e mulheres na aceitação de cirurgia plástica estética no Brasil. *Revista Brasileira de Cirurgia Plástica*, vol.27, núm.1, 2012, p. 113.

⁷⁵⁹ KEHL, M. Com que corpo eu vou. In: KEHL, M.; BUCCI, E. (orgs.). *Videologias: ensaios sobre a televisão*. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 174-179.

⁷⁶⁰ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO CEARÁ. *Parecer CREMEC nº 09/2001*. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/>> Acesso em: 14.02.2013.

O cuidado com o corpo e a vaidade corporal eram considerados, inicialmente como pecado e, mais tarde, tratados como mera futilidade, mas passaram a ser vistos contemporaneamente, ao mesmo tempo, como uma virtude e uma obrigação. Estar fora dos “padrões” significa evidenciar um *estigma*⁷⁶¹ negativo, uma espécie de indício de “nova eugenia” em meio a uma *cultura fitness*⁷⁶², que sinaliza a pessoa indelevelmente em sua futura trajetória mundana. O mundo que vivemos foi concebido para os magros, os jovens, os brancos, os caucasianos e aqueles sem nenhum tipo de deficiência física. Quem não pertence a um desses grupos, com certeza, sabe-se, fica à margem, sofrendo inúmeras formas de preconceitos,⁷⁶³ no aspecto social, na ascensão a empregos, etc.

A insatisfação e a negação com o próprio corpo traduz um mal-estar interiorizado de *uma ruptura entre si e o que se exige de si*, revelando insatisfações permanentes, uma tradução da opressão social que brota mesmo quando apenas o indivíduo e o espelho estão em cena. A cirurgia plástica, que causa um enorme impacto na saúde da coletividade⁷⁶⁴, pode ser uma das portas para remediar e melhorar esta imagem corporal, posto que contribui de forma decisiva para a consciência de bem-estar mental e, assim, auxilia a pessoa a compartilhar um sentimento de “pertencimento” social.⁷⁶⁵ Este sentimento alcança não somente as classes mais ricas, contrariamente ao que se pensava, mas também as *classes populares*.⁷⁶⁶ Conforme pesquisa realizada pela Universidade de São Paulo sobre imagem e aparência no Brasil, 86% das mulheres e 76% dos homens brasileiros preocupa-se em melhorar sua aparência. Além disso, 62%

⁷⁶¹ Goffman alude sobre a marca negativa que passa a ter uma pessoa através de um “estigma”, referindo que “*Enquanto o estranho está à nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser - incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável - num caso extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. Assim, deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande - algumas vezes ele também é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem - e constitui uma discrepância específica entre a identidade social virtual e a identidade social real.*” GOFFMAN, Erving. *Estigma - notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4.ed. Rio de Janeiro: LTC. 1988, p. 12.

⁷⁶² SILVA, André Luiz dos S. *Centro de Estudos Educação e Sociedade*, vol.32, pp. 211-222.

⁷⁶³ NOVAES, Joana de Vilhena. *O intolerável peso da feiura: sobre as mulheres e seus corpos*, p. 252.

⁷⁶⁴ LEAL, Virginia Costa Lima Verde; CATRIB, Ana Maria Fontenelle; AMORIM, Rosendo Freitas de; MONTAGNER, Miguel Ângelo. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol.15, p. 83.

⁷⁶⁵ LEAL, Virginia Costa Lima Verde; CATRIB, Ana Maria Fontenelle; AMORIM, Rosendo Freitas de; MONTAGNER, Miguel Ângelo. *Ciência & Saúde Coletiva*. vol.15, p. 85.

⁷⁶⁶ Conforme pesquisa realizada no Setor de Cirurgias Reparadoras e Estética, obra social sobre a responsabilidade do doutor Ivo Pitanguy, na Santa Casa de Misericórdia, situada na cidade do Rio de Janeiro, que buscou analisar a representação da imagem e os significados que as classes populares fazem do corpo e da beleza, concluiu-se que as classes populares não estão fora deste sentimento estético geral e, tal como as outras camadas da sociedade, têm anseios pela aquisição da beleza. Arrematou-se, também, que há um sentimento de igualação, necessidade de afirmação social em todas as classes, que passa pela necessidade de identificação com os valores estandardizados na sociedade dominante. MEDEIROS, Marília Salles Falci. *Sociedade e Estado*, p. 409.

das mulheres gostariam de parecer mais jovens, e 56% homens, também,⁷⁶⁷, o que demonstra a relevância da temática.

Na sociedade dividida por classes em razão do consumo, a estética é um dos vetores de adesão a determinados grupos, como referência positiva ou negativa e de exclusão de outros. Como alude Percio, determinadas pessoas adquirem, por exemplo, novas roupas para adequar-se ao grupo de adesão ou para diferenciar-se dele, *“esto permite explicar el fenómeno de la moda en el vestir. Cuando el burgués del s. XVIII consolida su fortuna (estratificación por clases), pretende compararse con el noble cortesano (estratificación estamental) y se compra las mismas vestimentas que éste.”*⁷⁶⁸ As cirurgias plásticas são, muitas vezes, uma adaptação ao próprio grupo social, exigências impostas por esta sociedade de consumo, o que pode gerar uma (des)identificação do paciente com ele mesmo. Percio refere *“la pobreza espiritual que los excluye de la posibilidad de vivir una vida plena en todo sentido incluso el disfrute de las cosas a las que se accede es imposible cuando continuamente se está pretendiendo emular o superar al outro, cuando es propio es deseo de lo que los demás desean, cuando la propia consciencia se aliena.”*⁷⁶⁹ Essas ‘tribos estéticas’ formam-se a partir desse processo de fragmentação, que como bem delineia Del Percio *“estamos asistiendo a una suerte de ‘reestamentalización’ de la sociedad o, incluso, al surgimiento de formas de comunidad similares en cierto sentido a las tribales pero atravesadas por el nuevo tipo de vinculación que propone interne: me refiero a as tribus urbanas en las que muchos jóvenes encuentran un modo de evadir la crise de identidad derivada del descripto proceso de fragmentación y licuación de la trama narrativa que constituye a la sociedad y al individuo.”*⁷⁷⁰ A socialização e a constituição dos padrões éticos e estéticos, que se constituem a partir do olhar do outro, se fragmenta pelos diversos olhares em razão das alterações constantes dos parâmetros éticos distintos. Del Percio resume dizendo que *“ahora bien, si el sujeto moral se forja, en gran medida, en función de la mirada de los demás, es obvio que al Haber dos miradas distintas (una en la casa y otra en el ámbito de sus negocios) van a tener lugar dos parámetros éticos distintos.”*⁷⁷¹

⁷⁶⁷ MEDEIROS, Marília Salles Falci. *Sociedade e Estado*, p. 410.

⁷⁶⁸ PÉRCIO, Enrique Del. *La condición social: consumo, poder y representación*, p. 65.

⁷⁶⁹ PÉRCIO, Enrique Del. *La condición social: consumo, poder y representación*, p. 93.

⁷⁷⁰ PÉRCIO, Enrique Del. *La condición social: consumo, poder y representación*, p. 96.

⁷⁷¹ PÉRCIO, Enrique Del. *La condición social: consumo, poder y representación*, p. 121.

Tais discriminações em face da imagem geram toda a sorte de sentimentos e frustrações, impedindo, muitas vezes, o próprio exercício laboral.⁷⁷² Como referem Pitanguy e Salgado, “qualquer que seja o tipo étnico, o fator que universaliza a imagem corporal é a procura do bem-estar íntimo, é estar feliz com a sua imagem.”⁷⁷³ Não se está aqui a defender a realização de cirurgias plásticas a qualquer custo, nem de servir de estímulo para promoções descontroladas de padrões éticos. Pelo contrário, o que se quer sustentar é que a cirurgia plástica, seja ela estética ou reparadora, é uma das importantes ferramentas na busca plena do bem-estar mental do paciente.⁷⁷⁴

É necessária, por isso, a mudança da visão médica para que compreenda a saúde como um complexo processo integrado entre o físico e o psíquico, no qual ambos dialética e decisivamente se influenciam. Um exemplo muito importante de cirurgia plástica como garantia do bem-estar mental é a autorização de realização da cirurgia de transgenitalização pelo SUS, não só do ponto de vista biomédico, como forma de tratamento de uma patologia, mas também como forma de concretização dos direitos humanos pelo Estado, principalmente dos direitos à saúde, à igualdade, a não discriminação e, primordialmente, como proteção à dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da personalidade⁷⁷⁵. Além disso, cirurgia plástica reparadora, que constitui uma complementação do tratamento para obesidade, deve ser custeada pela

⁷⁷² Trata-se de caso envolvendo a demissão por justa causa de uma funcionária que engordou 20 quilos, no qual a empresa Vigilantes do Peso Marketing Ltda. foi condenada pelo TST a pagar os direitos demissionais à empregada, como se o desligamento tivesse sido imotivado. A alegação da empresa foi de que "o contrato de trabalho previa demissão se ela engordasse". BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *Recurso de Revista* 2462-02.2010.5.02.0000. Segunda Turma. Recorrente: LOURABIL CEPERA GROKE. Recorrido: Vigilantes Do Peso Marketing Ltda. Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. Em 27/02/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 01.03.2013.

⁷⁷³ PITANGUY, Ivo; SALGADO, Francisco. Aspectos filosóficos e psicossociais da cirurgia plástica. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*, p. 356.

⁷⁷⁴ Christophe Dejours refere que “*seria melhor considerar o completo bem-estar mais como um ideal, ou mesmo uma ficção, do que uma realidade. Nesta perspectiva, a saúde não seria um estado, mas um objetivo que se remaneja sem cessar. Não é alguma coisa que se tem ou não se tem, mas que se tenta conquistar sempre e que se defende, como a liberdade. A saúde mental não é, seguramente, a ausência de angústia, bem o conforto constante e uniforme. A saúde é a existência da esperança, das metas, dos objetivos que podem ser elaborados. É quando há o desejo. O que faz as pessoas viverem é o desejo e não só as satisfações. O verdadeiro perigo é quando o desejo não é mais possível. Surge, então, o espectro da depressão, isto é, a perda do tônus, da pressão, do elã. A psicossomática mostra que esta situação é perigosa, não somente para o funcionamento psíquico, mas também para o corpo: quando alguém está em um estado depressivo, seu corpo defendesse menos satisfatoriamente e ele facilmente fica doente.*” Disponível em: <http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590_S0034-75901993000300009.pdf> Acesso em 18.05.2013.

⁷⁷⁵ FRANCO, Luis Felipe Galeazzi. A cirurgia de transgenitalização e a possibilidade de retificação do registro civil como tutela aos direitos do transexual. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, núm.13, jun., 2012, p. 56.

seguradora. A cirurgia para retirar excesso de pele faz parte do tratamento da obesidade e deve ser paga pelo plano de saúde.⁷⁷⁶

4.1.1.1.1 A eclosão legislativa com a questão da cirurgia plástica e com o bem-estar mental

Por se tratar de questão de saúde coletiva, pode-se perceber o movimento de crescente preocupação legislativa⁷⁷⁷ com a questão da cirurgia plástica como forma de promoção bem-estar mental.

No Brasil, em âmbito federal⁷⁷⁸, pode-se verificar a eclosão do Poder Legislativo com questões envolvendo as cirurgias plásticas, de maneira especial demonstrando preocupação com o bem-estar mental da pessoa humana. Inicialmente, a legislação contemplou o bem-estar mental na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que trata das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, mencionando, inclusive, no texto legal, no art. 3º, a condição do bem-estar não só físico e social, mas também mental das pessoas e da coletividade.⁷⁷⁹

⁷⁷⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2008.021978-2*. Terceira Câmara de Direito Civil. Apelante: Schirlei Denise Kirschner. Apelado: UNIMED de Blumenau Cooperativa de Trabalho Médico: Des. Jânio Machado. Porto Alegre, em 10.08.2011. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>> Acesso em: 01.01.2013.

⁷⁷⁷ Encontra-se em tramitação no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pedido de providências, requerido por Flávio Dino de Castro e Costa, com o objetivo de solicitar ao Conselho que edite resolução para determinar aos Tribunais a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde, em especial as questões de suspeitas de erro médico e má gestão nos hospitais. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pedido de Providências nº 0002150-61.2012.2.00.0000*. Requerente: Flávio Dino de Castro e Costa. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Conselheiro Ney José de Freitas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>> Acesso em: 13.06.2013.

⁷⁷⁸ Realizou-se pesquisa legislativa, assim como de projetos de lei, na Câmara dos Deputados e no Senado, que tivessem por temática a “*cirurgia plástica*”, levando em conta a competência legislativa da União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar, concorrentemente, sobre proteção e defesa da saúde, consoante o art. 24, inciso XII, da CF.

⁷⁷⁹ A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 trata da questão legislativa do *bem-estar mental*, no: “art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.” BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 27.02.2013.

A principal mudança legislativa tratando da temática envolveu os planos de saúde e a obrigatoriedade da cobertura de cirurgia plástica reparadora da mama pela rede de unidades integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS), através da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, no art. 10-A, incluído pela Lei nº 10.223, de 2001.⁷⁸⁰

No âmbito da administração federal direta, o Ministério da Saúde⁷⁸¹ (MS) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar⁷⁸² (ANS), atuam intensamente, através de portarias e súmulas normativas, acerca da regulamentação dos procedimentos cirúrgicos considerados estéticos ou não estéticos, denominados reparadores.

⁷⁸⁰ A Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, dispõe nos artigos: “Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: (...) II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; (...) IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; (...) Art. 10-A. Cabe às operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º desta Lei, por meio de sua rede de unidades conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer.” E, ainda, a Lei nº 9.797, de 6 de maio de 1999, BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, nos artigos 1º e 2º: Art. 1º As mulheres que sofrerem mutilação total ou parcial de mama, decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer, têm direito a cirurgia plástica reconstrutiva. Art. 2º Cabe ao Sistema Único de Saúde - SUS, por meio de sua rede de unidades públicas ou conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama prevista no art. 1º, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias. BRASIL. Lei nº 9.797, de 6 de maio de 1999. Dispõe sobre a obrigatoriedade da cirurgia plástica reparadora da mama pela rede de unidades integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS nos casos de mutilação decorrentes de tratamento de câncer; Disponíveis em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07.02.2013.

⁷⁸¹ Portaria nº 193/2001, que fixa o valor do procedimento tratamento cirúrgico reparador não estético de nariz em cela, financiado pelo fundo de ações; Portaria GM/MS nº 628/2001, que aprovou o Protocolo de Indicação de Tratamento Cirúrgico da Obesidade Mórbida – Gastroplastia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; Portaria GM/MS nº 2.582/2004, que inclui nas tabelas de procedimentos do SUS as cirurgias reparadoras para pacientes portadores de HIV/AIDS e para usuários com acesso à antiretrovirais e define os mecanismos para operacionalização desses procedimentos nos Sistemas de Informações - SIA e SIH/SUS. BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema de legislação da saúde. BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema de legislação da saúde. Disponível em: <http://portal2.saude.gov.br/saudelegis/leg_norma_pesq_consulta.cfm#> Acesso em: 14.02.2013.

⁷⁸² Súmula Normativa nº 22, de 23 de janeiro de 2012, que fixa, em caráter excepcional e somente para os beneficiários dos planos regulamentados com cobertura hospitalar em que foram implantadas próteses das marcas PIP e Rofil e de acordo com as diretrizes divulgadas no sítio do Ministério da Saúde em 20 de janeiro de 2012 (em anexo) e firmadas pelo Ministério da Saúde em conjunto com a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, SBCP e Sociedade Brasileira de Mastologia, as operadoras de planos privados de assistência à saúde deverão arcar com o ônus do acompanhamento clínico, dos exames complementares e do procedimento médico de substituição, sendo obrigatória a cobertura da prótese substituída. BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Sistema de legislação da saúde. Disponível em: <http://portal2.saude.gov.br/saudelegis/leg_norma_pesq_consulta.cfm#> Acesso em: 14.02.2013.

O tema da cirurgia plástica vem ganhando espaço e enorme relevo, sendo prova disso a tramitação, no Senado Federal, de diversos *Projetos de Lei no Senado*⁷⁸³ (PLS), assim como *Projetos de Lei na Câmara dos Deputados*⁷⁸⁴ (PL) tratando sobre a matéria. Além disso, a matéria, por ser de saúde pública, envolve movimentos através de requerimentos para a Comissão de Assuntos Sociais para a realização de audiências públicas.⁷⁸⁵

No que pertine ao acesso ao trabalho, anúncios de emprego e seleção de pessoal com a expressão "boa aparência" evidenciam, de modo grotesco, o aspecto da imagem e da beleza como impeditivos do livre desenvolvimento da personalidade e do bem-estar⁷⁸⁶, já que se exigem determinadas características físicas dos pretendentes. Tais

⁷⁸³ No Senado, os projetos de lei que tramitam sobre cirurgia plástica são: *PLS nº 139/2010*, que altera a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha -, para garantir o direito à cirurgia plástica reparadora, no âmbito do Sistema Único de Saúde, à mulher vítima de violência doméstica da qual tenham resultado sequelas físicas; *PLS nº 312/2011*, que altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde), para assegurar o direito à cirurgia plástica reparadora no âmbito do Sistema Único de Saúde; *PLS nº 43/2012*, que altera a Lei nº 9.797, de 6 de maio de 1999, para dispor acerca da técnica de reconstrução imediata da mama por meio de cirurgia plástica reparadora. BRASIL. Senado. *Atividade legislativa*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/>> Acesso em: 07.02.2013.

⁷⁸⁴ Na Câmara dos Deputados, sobre cirurgia plástica, estão em tramitação os seguintes projetos de lei: *PL nº 123/2007*, que institui normas para o atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS - para mulheres vítimas de violência e dá outras; *PL nº 1.534/2007*, que dispõe sobre a cobertura pelo Sistema Único de Saúde - SUS, de intervenção cirúrgica reparadora; *PL nº 1.879/2007*, que dispõe sobre a Seguridade Social, cirurgias reparadoras e direitos trabalhistas às vítimas de escarpelamento nos acidentes com eixos dos motores de embarcações em todo Território Nacional; *PL nº 2.481/2007*, que estabeleça a prioridade de atendimento no serviço de assistência psicológica e social e a preferência no atendimento de cirurgia plástica reparadora, pelo Sistema Único de Saúde - SUS, para mulher vítima de agressão, da qual resulte dano a sua integridade física e estética; *PL nº 2.784/2008*, que altera a Lei nº 9.797, de 6 de maio de 1999, que dispõe sobre a obrigatoriedade de cirurgia plástica reparadora da mama pela rede de unidades integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS nos casos de mutilação decorrentes de tratamento de câncer; *PL nº 3.278/2008*, que garante às crianças e adolescentes vítimas de violência a realização de cirurgia reparadora pelo SUS; *PL nº 5.136/2009*, que dispõe sobre a realização de cirurgia plástica reparadora, prioritária e gratuitamente, a crianças vítimas de violência causadora de sequelas físicas; *PL nº 7.096/2010*, que cria a obrigatoriedade da manutenção de UTI - Unidade de Terapia Intensiva e Banco de Sangue em clínica médicas para realização de cirurgias de lipoaspiração; *PL nº 3.397/2012*, que garante a realização de cirurgias reparadoras e reconstrutivas e assistência social e psicológica, gratuitamente, às vítimas de escarpelamento; *PL nº 3.442/2012*, que dispõe sobre a obrigatoriedade da realização imediata de cirurgia plástica reconstrutiva, nos casos de mutilação decorrentes de tratamento de câncer de mama; *PL nº 4.482/2012*, que acrescenta §§ 1º e 2º ao art. 2º da Lei nº 9.797, de 06 de maio de 1999, para dispor acerca da técnica de reconstrução imediata da mama por meio de cirurgia plástica reparadora. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Atividade legislativa*. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/>> Acesso em: 14.02.2013.

⁷⁸⁵ Foram apresentados os seguintes *Requerimentos a Comissão de Assuntos Sociais* (RAS): *RAS nº 01/2012*, requerida a realização de Audiência Pública em conjunto com a Comissão de Direitos Humanos, para tratar sobre os problemas envolvendo as próteses de silicone, das marcas PIP (Poli Implant Prothese) e Rofil; *RAS nº 70/2011*, realizada audiência pública, para debater a aplicação da Lei nº 9.797/1999, que dispõe sobre a obrigatoriedade da cirurgia plástica reparadora da mama pela rede de unidades integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS nos casos de mutilação decorrentes de tratamento de câncer. BRASIL. Senado. *Comissão de assuntos sociais*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/>> Acesso em: 07.02.2013.

⁷⁸⁶ Menezes explicita anúncios de emprego com exigências de: “*entregar currículo com foto*”, “*ter experiência e boa apresentação*”. (grifa-se) MENEZES, Leilane. *Beleza versus qualificação profissional*.

fatos afrontam diretamente os direitos fundamentais, tanto que a matéria está sendo objeto de projeto de lei na Câmara dos Deputados.⁷⁸⁷

Nos cinco Estados⁷⁸⁸ com maior presença de médicos no Brasil, conforme pesquisa realizada – 1º) São Paulo⁷⁸⁹; 2º) Rio de Janeiro⁷⁹⁰; 3º) Minas Gerais⁷⁹¹; 4º) Rio Grande do Sul⁷⁹² e; 5º) Paraná⁷⁹³ – há forte atuação legislativa, assim como a proposição de projetos de lei, envolvendo a questão da “*cirurgia plástica*”.

In: BARROS, Ana Paula Ferrari Lemos (org.). *Beleza à venda: auto-estima não tem preço*. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 15.

⁷⁸⁷ PL nº 3.980/2000, que dispõe sobre a proibição da expressão "boa aparência" nos anúncios de recrutamento e seleção de pessoal e dá outras providências; PL nº 4.276/2001, que proíbe a exigência e divulgação de requisitos discriminatórios em editais ou anúncios publicitários para seleção de pessoal. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projetos de leis e outras proposições*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 13.02.2013.

⁷⁸⁸ Foram utilizados como parâmetros de pesquisa de atuação legislativa, assim como de projetos de lei, envolvendo a temática “*cirurgia plástica*”, os Estados com maior número de médicos: 1) São Paulo; 2) Rio de Janeiro; 3) Minas Gerais; 4) Rio Grande do Sul e; 5) Paraná, conforme informação do CFM. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Estatística - Números de médicos*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_estatistica> Acesso em: 14.02.2013.

⁷⁸⁹ Lei nº 10.768, de 19 de fevereiro de 2001, que institui, no âmbito dos hospitais da rede pública estadual de saúde, o Programa de Cirurgia Plástica Reconstitutiva da Mama; Lei nº 10.940, de 25 de outubro de 2001, que dispõe sobre a realização de cirurgia plástica pelos hospitais da rede pública, na forma que especifica; Decreto nº 47.701, de 11 de março de 2003, que regulamenta a Lei nº 10.768, de 19 de fevereiro de 2001 que instituiu, no âmbito dos hospitais da rede pública estadual de saúde, o Programa de Cirurgia Plástica Reconstitutiva da Mama; Decreto nº 51.371, de 14 de dezembro de 2006, que regulamenta a Lei nº 10.940, de 25 de outubro de 2001, que dispõe sobre a obrigatoriedade de informação e de divulgação da possibilidade de acesso gratuito à cirurgia plástica reparadora pelos hospitais e centros de saúde da rede pública estadual. SÃO PAULO. Assembleia legislativa do Estado de São Paulo. *Pesquisa de legislação*. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/alesp/legislacao/legislacao_pesquisa.html> Acesso em: 07.02.2013.

⁷⁹⁰ Lei nº 4.102, de 05 de maio de 2003, que determina procedimentos para a realização de cirurgia plástica reparadora da mama nos casos que menciona; PL nº 12/2011, que “dispõe sobre a criação do programa: ‘cirurgia plástica reparadora, tenha sua dignidade de volta’, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro”; PL nº 606/2011, que cria regime especial de atendimento para a vítima de violência doméstica e familiar, nos serviços públicos de saúde, de referência em cirurgia plástica, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, quando o dano físico necessite de realização de procedimento cirúrgico estético reparador; PL nº 1.843/2012, que altera a lei 4.102, de 05 de maio de 2003, estabelecendo a realização imediata da cirurgia reconstitutiva da mama, na forma que menciona. RIO DE JANEIRO. Assembleia legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Pesquisa de legislação*. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>> Acesso em: 14.02.2013.

⁷⁹¹ PL nº 1.404/2011, que modifica a lei 13.188, de 20 de janeiro de 1999, que dispõe sobre a proteção, o auxílio e a assistência às vítimas de violência no estado. (garante às vítimas de violência a realização de cirurgia reparadora gratuita, mediante apresentação de boletim de ocorrência policial, bem como assistência social e psicológica.); PL nº 2.710/2011, que institui, no âmbito dos hospitais da rede pública de saúde do estado, o programa de cirurgia plástica reconstitutiva da mama; PL nº 2.489/2011, que determina atendimento especial aos pacientes vítimas de acidentes em geral e violência doméstica e familiar, nos serviços de saúde e nos especializados em cirurgia plástica reparadora da rede pública do estado e conveniados. MINAS GERAIS. Assembleia legislativa do Estado de Minas Gerais. *Legislação*. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/index.html>> Acesso em: 14.02.2013.

⁷⁹² Lei Ordinária nº 13.448, de 22 de abril de 2010, que cria regime especial de atendimento para a mulher vítima de violência doméstica e familiar, nos serviços públicos de saúde, de referência em cirurgia plástica, no âmbito do estado do Rio Grande do Sul, quando o dano físico necessite de realização de procedimento cirúrgico estético reparador. RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. *Legislação*. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Legislativo.aspx>> Acesso em: 14.02.2013.

Não só isso, os erros médicos, como referido, aumentaram muito e, em razão disso, iniciou-se, através de requerimento, a formação de Comissões Parlamentares de Inquérito, no âmbito do Senado Federal⁷⁹⁴, e da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo,^{795,796} denominadas de “CPI do Erro Médico”, para apurar e analisar erros dos dirigentes, médicos e demais profissionais de hospitais públicos e privados que resultaram em lesões físicas e causaram a morte dos pacientes. Discute-se sobre a necessidade de criação de varas e juizados especiais com competência exclusiva para julgar erros e crimes ocorridos em hospitais.

Desta maneira, constata-se a preocupação legislativa envolvendo a questão da cirurgia plástica como forma de busca do bem-estar mental.

4.2 VÍNCULO JURÍDICO-OBIGACIONAL E A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO CIRURGIÃO PLÁSTICO-PACIENTE

O caráter de vinculação entre o médico e o paciente já foi objeto de muita discussão na doutrina e na jurisprudência. Estabelecem, através do *contato social*^{797,798},

⁷⁹³ PL nº 463/2008, que institui, no âmbito dos hospitais da rede pública estadual de saúde, o "programa de cirurgia plástica reconstrutiva da mama". (mutilação parcial ou total da mama, decorrente de técnicas aplicadas no tratamento de câncer de mama). PARANÁ. Assembleia legislativa do Estado do Paraná. Pesquisa legislativa. Disponível em: <http://www.alep.pr.gov.br/atividade_parlamentar/pesquisa_legislativa> Acesso em: 07.02.2013.

⁷⁹⁴ Além de apurar os casos citados no requerimento, a CPI pretende ainda investigar qual tem sido a atuação dos conselhos profissionais, da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário nos casos de erros cometidos por médicos e demais profissionais da saúde; qual tem sido a atuação dos órgãos da Vigilância Sanitária na dimensão preventiva e repressiva a erros cometidos em hospitais; as competências legais da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

⁷⁹⁵ Também houve a realização de “CPI do Erro Médico” na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, que surgiram a partir de denúncias de suposto erro médico remetidas pelos membros da CPI. SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relatório final da comissão parlamentar de inquérito sobre erro médico. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cpi_erro_medico_relatorio_final.pdf>. Acesso em: 23.05.2013.

⁷⁹⁶ Foi criada, inclusive, a Associação das Vítimas de Erros Médicos – AVERMES, com seu trabalho se restringe ao Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.avermes.com.br/>>. Acesso em: 23.05.2013.

⁷⁹⁷ Neste trabalho, compreende-se, em relação aos contratos, que a manifestação da vontade é elemento nuclear dos negócios jurídicos, essencial do suporte fático. Assim, como regra geral, na maioria das situações, a relação entre médico e paciente é contratual. De outro lado, determinados atos médicos não se caracterizam pela manifestação de vontade, mas em decorrência do *contato social* com o paciente, como, nos casos de emergência, por exemplo, incidindo, nestas situações, a boa-fé e a confiança como forma de proteção ética em favor do paciente. Sintetizando as teses relacionadas aos “limites do negócio jurídico”, conferir: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.

um vínculo jurídico-obrigacional⁷⁹⁹ complexo que se desenvolve como um *processo obrigacional*,⁸⁰⁰ orientado pela Boa-fé objetiva e seus deveres anexos.

Não há um critério uniforme para definição desta conexão entre o médico e o paciente.⁸⁰¹ Alguns doutrinadores classificam como um contrato de *mandato*⁸⁰², contrato de *locação de serviços*⁸⁰³, contrato de *assistência médica*⁸⁰⁴, contrato de *prestação de serviços*⁸⁰⁵ e, mais fortemente, os que defendem ser um contrato *sui generis*^{806,807,808,809}. Por fim, outros ainda classificam como um contrato *multiforme*⁸¹⁰,

⁷⁹⁸ O contato social também é estabelecido como um *contato social de consumo*. Alude Sanseverino que “o ‘contato social de consumo’ é gerado pela aproximação estabelecida entre o fornecedor e o consumidor, por meio de atos puramente materiais, independentemente de manifestações claras de vontade de qualquer das partes, no âmbito de um mercado de consumo massificado. Aproxima o consumidor do fornecedor em momento anterior ou, até mesmo, for de qualquer vínculo contratual, seja em face da publicidade, seja em função de facilidades concedidas ao consumidor para comparecer a determinados locais. Nessas situações, mesmo antes de qualquer contrato efetivo de consumo, estabelecido o contato social, ainda na fase pré-contratual, já se caracteriza a responsabilidade do fornecedor por acidentes de consumo.” SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor*. - 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 217-218.

⁷⁹⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. - 12.ed., rev. actual. Coimbra: Almedina, 2012, p. 65.

⁸⁰⁰ COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

⁸⁰¹ ANDORNO, Luis O. La responsabilidad civil médica. *Revista AJURIS* 59. Porto Alegre, nov., 1993, p. 226.

⁸⁰² Consoante Oliveira, a teoria do mandato advém das raízes do Direito Romano, de quando o médico era considerado mandatário do enfermo, pois exercia o poder decisório sobre ele. OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Responsabilidade civil dos médicos*. Curitiba: Juruá: 2008, p. 54.

⁸⁰³ Como relata Vieira, o Tribunal Supremo da Espanha já superou seu primeiro julgado entendendo que o contrato dos profissionais liberais tinha a característica de mandato. Migrou, num segundo momento, para o arrendamento, alterando, em 1990, a sua posição para qualificar como um contrato como de serviços especiais entre o médico e o paciente. VIEIRA, Luzia Chavez. *Responsabilidade civil médica e seguro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 51

⁸⁰⁴ Conforme Giostri, esta nomenclatura foi proposta por Arturo Ricardo Yungano, no Simpósio sobre Imperícia Médica, realizado em Buenos Aires, em outubro de 1979.

⁸⁰⁵ Conforme revela Kfoury Neto, os principais autores brasileiros defendem que a natureza contratual do contrato médico se assemelha à categoria de contrato de prestação de serviços, locação de serviços, empreitada, contratos inominados ou contratos multiformes. KFOURY NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, p. 75. Na Argentina, Rossi defende a atipicidade referindo que o ordenamento jurídico argentino não está dotado de figura própria. ROSSI, Jorge Oscar. *Responsabilidad civil médica*. - 1 ed. - Buenos Aires: Dy D SRL, 2011, p. 23.

⁸⁰⁶ Direito enumera os principais autores que defendem que a natureza contratual do contrato médico se enquadra na categoria de contrato *sui generis*. No Brasil: DIAS alude que esta orientação de considerar o contrato como contrato *sui generis* partiu do aresto julgado pela Corte de Cassação Francesa, em 20 de maio de 1936. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11.ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 330; DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. - Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 436.

⁸⁰⁷ Dias sustenta que este contrato mais se adapta às características do contrato médico, já que não fica adstrito à simples locação de serviços. Refere que o médico é, ao mesmo tempo, conselheiro, protetor, e guarda do enfermo. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 330.

⁸⁰⁸ Esta orientação segue o famoso aresto de 20 de maio de 1936, da Corte de Cassação francesa que afirmou “*se formar entre o médico e seu cliente um verdadeiro contrato (...), que a violação mesmo involuntária desta obrigação é sancionada por uma responsabilidade da mesma natureza, igualmente contratual*”. PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin*. Paris: Dalloz, 1992, p. 19.

*proteiforme*⁸¹¹, *variável*, que deve se adequar de acordo com a realidade e as circunstâncias particulares de cada relação jurídica nascida entre médico e paciente. Ainda há quem classifique como um contrato de *adesão científica*.⁸¹²

A relação médico-paciente tem características para além da esfera jurídica, de cunho ético, que auxiliam na colmatação do conteúdo das normas jurídicas. Por exemplo, o dever de lealdade exige o preenchimento de normas éticas, o sigilo das informações tem também caráter eminentemente ético. Os deveres jurídicos, antes de serem jurídicos, são, muitos deles, éticos, de modo que o direito abre as '*janelas para o ético*'.⁸¹³ Desta forma, juridicizam-se deveres éticos. Podem-se extrair tais conceitos a partir da percepção de que se confundem o CEM e as normas jurídicas, sendo estes dois corpos de normas, inclusive, causas justificativa de atuação médica, como, a causa excludente de ilicitude, por exemplo. Sob o ponto de vista estritamente jurídico, estas normas éticas são administrativas, regulamentares, que são vinculativas para a categoria profissional, desde que não contrariem as leis.

Nos casos de emergência, excepcionalmente, compreende-se que a relação médico-paciente se trata de uma relação extracontratual, ou por que o paciente não pode dar o seu consentimento ou pelo fato de a intervenção se realizar contra a sua vontade, em decorrência de obrigação legal.

Nas cirurgias plásticas, ressalvadas as situações excepcionais, nem o médico nem o paciente se encontram em circunstâncias dramáticas e dispõem de tempo necessário para discutir o acordo.⁸¹⁴ A par de toda esta discussão, sustenta-se que o contrato entre o médico e o paciente pode ser definido como um vínculo contratual *sui generis*, permeado por valores éticos e metajurídicos – que tem como princípios vetores a boa-fé contratual, a justiça e a autonomia da vontade, sendo o aspecto principal a

⁸⁰⁹ A posição por ele adotada de se considerar a natureza jurídica do contrato médico como *sui generis*, e não locação de serviços, é a orientação presente nos Códigos da Suíça e Alemanha. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 370.

⁸¹⁰ Andorno diz que em uns casos poderá se tratar de locação de serviços; em outros, estar-se-á frente a uma locação de obra e, em outras situações, configura-se como contratos em geral. ANDORNO, Luis O. *La responsabilidad civil médica*. *Revista AJURIS* 59, p. 227.

⁸¹¹ BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 131.

⁸¹² GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. El consentimiento informado o la información sobre riesgos y la voluntad del paciente. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 67.

⁸¹³ Como salientou Couto e Silva, invocando Esser, "*a aplicação do princípio da boa fé tem função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no hortus conclusus do sistema do positivismo jurídico, 'janelas para o ético'*" COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*, p. 42.

⁸¹⁴ GHERSI, Carlos A (dir.). *Responsabilidad profesional*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 15.

proteção da dignidade da pessoa humana.⁸¹⁵ É necessário, portanto, o diálogo das fontes⁸¹⁶ entre os três estatutos jurídicos o CC/02, o CDC e o CEM, preenchendo as lacunas em *favor debilis* do paciente, parte hipervulnerável nesta relação, sempre tendo em mente que a essência da profissão médica é “o cuidar”, e não somente “o prestar um serviço”.⁸¹⁷

4.2.1 OBRIGAÇÕES DE MEIOS E OBRIGAÇÕES DE RESULTADOS: ORIGENS, CONCEPÇÕES E DISTINÇÕES

A origem da teoria da bipartição das obrigações em obrigações de meios e obrigações de resultados⁸¹⁸ foi consagrada por René Demogue^{819,820}. O autor tratou destas categorias sob a ótica de uma forma de distribuição de ônus da prova nas obrigações contratuais e delituais. De forma lateral, chegou a exemplificar referindo sobre os serviços profissionais dos médicos que se obrigariam a utilizar de todos os

⁸¹⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A responsabilidade civil na relação dos profissionais na área da saúde e paciente. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coordenadores). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 519.

⁸¹⁶ O diálogo das fontes principais do direito privado brasileiro é influenciado pelo modelo de coexistência entre o CC/02 e o CDC, a partir de uma imposição da própria CF/88, em seus arts. 5º, inc. XXXII, art. 170, inc. V e art. 48 do ADCT. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. – 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 122.

⁸¹⁷ MURR, Leidimar Pereira. A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela legislação brasileira. *Revista Bioética*, vol.18, núm.01, 2010, p. 39.

⁸¹⁸ Adotas-se a terminologia *obrigações de meios e obrigações de resultados* em lugar de *obrigação de meio e obrigação de resultado*, pois o desenvolvimento dos vínculos jurídico-obrigacionais e seus efeitos deletérios transcorrem com o cumprimento de deveres principais e também dos deveres anexos, decorrentes da Boa-fé Objetiva. Assim, estes deveres anexos incorporam-se no âmbito do processo obrigacional e, por consequência, criam demais obrigações à obrigação principal.

⁸¹⁹ Demogue propôs tal distinção, no capítulo XIX, sob o título *Rapports de la responsabilité délictuelle avec la responsabilité contractuelle*, dizendo que: “*l’obligation qui peut peser sur un débiteur n’est pas toujours de même nature. Ce peut-être une obligation de résultat ou une obligation de moyen.*” O autor se inspirou para elaborar tais conceitos, analogicamente, do Direito Penal, especialmente da obra de Garraud, *Traité de droit pénal*, vol. I, buscando no capítulo que trata da divisão entre delitos formais e materiais, para propor a acomodação das obrigações em obrigações de meios e resultados. Refere, neste sentido, o doutrinador que: “*cette division n’est pas sans analogie avec la division du droit criminel en délits formels et délits matériels. Les derniers se caractérisant par le résultat, les premiers par l’emploi de moyens qui sont ordinairement de nature à produire ce résultat.*” DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. t. V. Paris: Arthur Rousseau, 1925, p. 538.

⁸²⁰ Comparato alude que outros autores, em especial, no Direito Alemão, no século XIX, já tratavam das diferenças entre obrigações de meio e de resultado. COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultados e de garantia*. *Revista dos Tribunais*, vol. 386. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, dez., 1967, pp. 27-33.

meios indispensáveis para alcançar a cura do doente, mas sem garantir o resultado, a cura⁸²¹.

Mais tarde, os autores Mazeaud e Tunc, nesse mesmo sentido, adotaram esta classificação, mas se utilizaram de outra terminologia para tratar de tais questões, sugerindo desdobrar as obrigações em: obrigações de prudência e diligência (meios) e obrigações determinadas (resultados).⁸²²

Os tratadistas brasileiros, de um modo geral, acolheram esta categorização como uma espécie de classificação material das obrigações. Esta divisão entre obrigações de meios e resultados, todavia, não decorre da legislação, mas do incansável desenvolvimento eminentemente doutrinário e jurisprudencial.

Previamente ao ingresso conceitual nesta classificação bipartite, reposiciona-se a questão da origem desta divisão apregoada por Demogue. Este autor pensou e classificou as obrigações entre meios e resultados levando em conta atividades destituídas, por completo, do fator álea, mais detidamente seu trabalho se voltou para questões obrigacionais envolvendo transportes de pessoas, coisas e mercadorias⁸²³. Essa divisão suscitou, ao longo dos tempos, muita polêmica, chegando-se a cogitar seu abandono, puro e simples, por ser qualificada como vetusta.⁸²⁴

Especificamente nas relações cirurgião plástico-paciente que se trabalha a seguir, o elemento risco é intrínseco ao próprio exercício da atividade médica. Inclusive, compreende-se que o debate deve se assentar na conduta diligente, prudente e zelosa, ou não, do profissional cirurgião plástico e não na tradicional diferenciação entre obrigações de meios e de resultados⁸²⁵, uma vez que a obrigação médica consistirá que em sua conduta cientificamente considerada sejam empregadas técnicas usuais e admitidas pela medicina atual tendentes a mitigação da doença ou cura do ser humano, assim como deverá o galeno cumprir a exatidão com seus deveres, notadamente o dever de informação.

⁸²¹ Demogue alude que: “*le médecin ne promet pas la guérison à forfait, il promet ses soins.*” DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. t. V. Paris: Arthur Rousseau, 1925, p. 540.

⁸²² MAZEAUD, Henri; TUNC, A. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 4.éd. refondue Paris: Éditions Montchrestien, 1965, p. 106.

⁸²³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p. 121.

⁸²⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*, p. 237.

⁸²⁵ Oliveira alude que os elementos de distinção entre as obrigações de meios e resultados podem ser resumidos de acordo com: a vontade das partes, a natureza da obrigação envolvida, o fator álea, a coparticipação do interessado e a noção de equidade. OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Responsabilidade civil dos médicos*, p. 107.

4.2.1.1 Exame das obrigações de meios e de resultados na relação médico-paciente e nas especialidades da medicina em geral

As duas espécies de obrigações aludidas se distinguem, antes de tudo, a partir da análise da manifestação da vontade dos contratantes. Elas é que determinam o conteúdo e o alcance das obrigações, por isso são o melhor critério de distinção naquela classificação.⁸²⁶ As obrigações de meios se caracterizam quando o médico tem o dever de prestar o serviço, executar a tarefa, utilizando-se de todo o cuidado, atenção e diligência, assim como o emprego de todos os recursos que tem à disposição, de acordo com o desenvolvimento atual da ciência, não se comprometendo frente ao paciente com um resultado final.⁸²⁷ De outro lado, as obrigações de resultados ocorrem quando o médico se compromete a realizar determinado fim, e caso isto não ocorra, será responsabilizado pelo não cumprimento de tal dever, a não ser que prove que o descumprimento se deu em razão de uma das hipóteses excludentes da responsabilidade.

Essa divisão com relação ao resultado esperado do adimplemento das obrigações, que para muitos resta superada, é ferramenta útil a fim de esclarecer a quem compete o ônus da prova. Sempre que a obrigação assumida pelo profissional for de meios caberá ao paciente demonstrar que o médico não agiu de forma adequada. De outro lado, se o médico assume obrigações de resultados, e isso ocorrerá nas situações que adiante se explicita, basta o paciente-lesado demonstrar a relação contratual⁸²⁸, assim como o não alcance dos resultados, passando-se ao médico (agente) o encargo de se desincumbir do ônus de que agiu com toda a diligência, atenção e os cuidados inerentes à profissão, mesmo tendo-se em conta que o CDC permite, em determinados casos, a inversão do ônus da prova ainda que nas obrigações de meios.

O vínculo jurídico-obrigacional estabelecido entre os médicos em geral e os pacientes cria sempre obrigações de meios, nas quais os médicos assumem o compromisso de empregar todos os instrumentos intelectuais e técnico-científicos

⁸²⁶ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p. 78.

⁸²⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano XLV*, p. 134.

⁸²⁸ Giostri fornece alguns critérios para distinção do elemento volitivo que podem ser úteis quando a manifestação de vontade não fica clara, como: a) grau de confiança outorgado pelo credor ao devedor; b) caráter da atividade do devedor; c) confiabilidade das técnicas ou instrumentos utilizados para a realização da prestação; d) natureza dos interesses do credor (que podem se alterar ao longo do cumprimento da obrigação e; e) finalidade da prestação. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 136.

disponíveis na busca da cura do paciente.^{829,830} Tal posição está sedimentada nas decisões dos Tribunais Superiores que posicionam as obrigações médicas como obrigações de meios⁸³¹, significa o exercício diligente por parte dos médicos de todos os recursos disponíveis para a melhor condução possível em conformidade com a técnica e ética médica. Não é ínsito ao exercício da atividade médica a assunção de riscos⁸³², mas estes estão atrelados às técnicas científicas diagnóstico-terapêuticas que serão fornecidas dentro do seu conhecimento médico-discrecional. Por isso, cabe sim, como dever do médico, informar e esclarecer o paciente para que este tenha plena consciência e possa se autodeterminar para a tomada de decisão sobre os riscos que podem advir, conforme a literatura médica, dos procedimentos aos quais se submeterá.

A regra, nesse passo, que prevalece é que a responsabilidade do médico em geral é, portanto, de meios⁸³³, ou seja, quando o contratado se obriga a prestar um serviço com diligência, atenção, correção e cuidado para atingir determinado fim, sem, contudo se obrigar a um resultado. Desta definição das obrigações de meios, deduz-se, então, que o médico não poderá ser responsabilizado por eventual descumprimento do que foi contratado, uma vez que ele apenas se compromete a agir com zelo, utilizando-se dos recursos cientificamente adequados.

⁸²⁹ FOSTER, Nestor José. Cirurgia plástica: obrigação de resultado ou obrigação de meios? *Revista dos Tribunais* 738, abr., 1997, p. 84.

⁸³⁰ O marco que sedimentou a tese de que a obrigação médica é de meios foi o acórdão proferido pela Corte de Cassação Francesa, através de uma importante mudança no julgamento "Mercier", que ocorreu em 20 de maio de 1936, com a seguinte decisão: "*il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la Science*". PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin*. Paris: Dalloz, 1992, p. 09.

⁸³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 236.708/MG*. Quarta Turma. Recorrente: Oromar Moreira Filho. Recorrido: Elizabeth Eneida Pacífico Sales. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias. Minas Gerais/MG, em 10.02.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=199900990994&data=18/5/2009> Acesso em: 30.03.2013.

⁸³² Branco alude que foi feliz o CDC, em seu § 4º, do art. 14, ao excluir do seu regime a responsabilidade civil objetiva dos profissionais liberais. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e o dano médico. *Revista dos Tribunais* 733, nov., 1996, p. 56.

⁸³³ Da mesma forma é o tratamento na legislação comparada, como diz Pirro "*le obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività professionale medica sono, di reloga, obbligazioni di mezzi, in quanto il médico, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato ma non a conseguirlo. Ne deriva che l'inadempimento del médico non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti lo svolgimento dell'attività, tra i quali spicca il dovere di diligenza.*" PIRRO, Massimiliano di. *Responsabilità del médico – tutela civile, penale e profili deontologici*, p. 33.

4.2.1.2 Identificação e delimitação das obrigações de meios e de resultados nas cirurgias plásticas (estéticas e reparadoras): anamnese, diagnóstico e prognóstico

Para apreender como a doutrina e a jurisprudência, que de forma remansosa, tratam da questão que diz respeito à responsabilidade civil do cirurgião plástico, se as obrigações são de meios ou de resultados, oportuno recapitular, para fins didáticos, os conceitos das espécies de cirurgia plástica que são repartidas em estéticas e reparadoras, mas frisando que se entende que as duas espécies cirúrgicas, sem nenhuma dúvida, se confundem em razão da sua finalidade da melhora do bem-estar do paciente, como acima aludido.

As cirurgias plásticas se dividem em *reparadoras* ou *estéticas*. As cirurgias *reparadoras* tratam de procedimentos de correção ou reconstituição de deformidades, cicatrizes ou alterações corpóreas,⁸³⁴ competindo a elas a reposição das substâncias perdidas e a restauração das funções de determinados órgãos.⁸³⁵ Nas cirurgias *estéticas* está presente a característica do embelezamento e o objetivo do paciente em modificar fisicamente sua aparência, tornando sua autoimagem mais agradável para si. As obrigações de meios são atribuídas, pelas vozes dominantes da doutrina e a quase totalidade da jurisprudência, às cirurgias *reparadoras*, já que o médico cirurgião, neste caso, visa à mera correção ou melhora na aparência, não assegurando o êxito na correção; e as obrigações de resultado seriam conferidas às cirurgias *meramente estéticas*, em face de uma promessa de melhora da aparência e da obtenção de um resultado esperado.⁸³⁶

A querela tradicional entre as espécies de obrigações assumidas pelos médicos, se de meios ou resultados, especialmente nas cirurgias plásticas e reparadoras, não mais serve como parâmetros de distinção, mas o que se deve levar em conta para enquadramento é o exame do cumprimento adequado do dever legal de informação pelo profissional ao paciente posto que este esteja predisposto e condicionado, com exceção das hipóteses de urgência ou prevenção. A ausência ou deficiência do cumprimento dos deveres de informação dos riscos ao paciente, de modo a subsidiá-lo para que possa manifestar o consentimento informado e esclarecido, sim, é que levarão

⁸³⁴ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 59.

⁸³⁵ CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Erro médico*, p. 292.

⁸³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 369.

inexoravelmente à responsabilização do cirurgião, além, é claro, da quebra dos deveres anexos, orientados pela boa-fé objetiva, nesta dinâmica relação contratual.⁸³⁷

4.2.1.2.1 Concepções atuais das cirurgias plásticas estéticas como obrigações de resultados

É torrencial a inclinação por parte da doutrina⁸³⁸ e da jurisprudência brasileira no sentido de considerar a cirurgia plástica estética como geradora de obrigações de resultados e a cirurgia plástica reparadora como de obrigações de meios. A jurisprudência do STJ ainda considera que nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser

⁸³⁷ GRAEFF-MARTINS, Joana. Cirurgia plástica estética: natureza da obrigação do cirurgião. *Revista de Direito Privado*, ano 10, núm.37, jan.-mar., 2009, p. 119.

⁸³⁸ Inúmeras publicações se destacam nacionalmente, com autores sustentando que a cirurgia plástica estética emoldura-se como obrigações de resultados, conforme seguem: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Revista dos Tribunais* 733, pp. 53-75; CAHALI, Yussef Said (coord.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. – 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 53; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 380; CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Erro médico e o direito*, p. 30; DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Direito médico*. – Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 142; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 381; FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. – 11.ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 315; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil*. – 11.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 263; GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. *Revista de Direito Privado* 12, out., 2002, p. 86; MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético: responsabilidade civil*. – 3.ed. revista, ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 122; MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 103; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10.ed. Atualizado por Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro: GZ Ed. 2012, p. 214; POLICASTRO, Décio. *Erro médico e suas consequências jurídicas*. 3.ed., rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 10; RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. – 4.ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 348; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade civil*. 20.ed., rev. atual., de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2003; SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do médico e o código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, núm.41, jan.-mar., 2002, p. 265; SOUZA, Fabiana de Santana. Dano moral decorrente de cirurgia plástica estética: obrigação de meio ou de resultado? *Revista da Esmese*, núm.08, 2005, p. 151; SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade civil e penal do médico*. – Campinas, SP: LZN Ed., 2006, p. 42; STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. – 8.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 628; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 144-145; VIANA, Thiago Henrique Fedri. *Erro médico: responsabilidade civil do médico, hospital e plano de saúde*. – Campinas, SP: Millennium Editora, 2012, p. 28; VIEIRA, Ana Orgette de Souza. Responsabilidade civil do médico na cirurgia plástica estética. *Revista da ESMARN*, vol.03, núm.01, set., 2006, p. 34.

analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora.⁸³⁹

Tal posicionamento se estabeleceu por forte influência da doutrina francesa que, por longo período, considerou a obrigação do cirurgião plástico como sendo de resultados.⁸⁴⁰ Há autores que defendem para a cirurgia plástica estética uma posição intermediária.⁸⁴¹ Boa parte desta discussão se trava até os dias de hoje certamente por interferência dos primevos e ultrapassados^{842,843} conceitos em torno da licitude da realização da cirurgia plástica.

⁸³⁹ Neste sentido, veja-se: “Processo Civil e Civil. Responsabilidade Civil. Médico. Cirurgia de Natureza Mista - Estética e Reparadora. Limites. Petição Inicial. Pedido. Interpretação. Limites. 1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes. 2. Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora. 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes. 4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.097.955/MG*. Terceira Turma. Recorrente: Rafael Rezende de Gouveia. Recorrido: Maria de Fátima Vanderley. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Minas Gerais/MG, em 27.09.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200802398694&dt_publicacao=03/10/2011>

Acesso em: 28.03.2013.

⁸⁴⁰ Fradera, ao distinguir a *cirurgia estética* em *cirurgia estética propriamente dita* e *cirurgia reparadora*, alude que a jurisprudência francesa adotou atitude de severo rigor, a partir de diversas decisões, no sentido de que caso a cirurgia, de caráter puramente estético, que cause potencial risco em um órgão sadio, sem que esta seja extremamente necessária ao operado, este fato, por si só, constituiria culpa, ainda que fossem observados os deveres de diligência e prudência pelo cirurgião. Refere, inclusive, que caso o médico não tenha condições de afiançar ao paciente o resultado nestas cirurgias puramente estéticas, deverá se negar a realizar o procedimento cirúrgico. FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Revista AJURIS* 55, p. 121; FRADERA, Véra Maria Jacob de. *La responsabilité. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, PPDIR/UFRGS. Porto Alegre, vol.02, 2004, p. 238.

⁸⁴¹ Kfourri Neto diz “*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.*” KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, p. 192.

⁸⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 380.

⁸⁴³ Como ensina Pereira, o estudo da cirurgia plástica se dividiu em três fases: 1ª fase, *rejeição*, na qual prevalecia a opinião de que se não se destinasse a cura de doença ou imperfeição física, caso o médico realizasse uma cirurgia estética, seria responsabilizado no caso de lesão; 2ª fase, *aceitação com reservas*, na qual a resistência inicial diminuiu depois do julgamento do Tribunal do Sena, em 25.02.1929, no qual se considerou a questão de que nem sempre o médico, nas cirurgias estéticas, deve ser responsabilizado e, por derradeiro; 3ª fase, *admissão ampla*, na qual vivemos, com a aceitação da realização da cirurgia plástica como uma atividade médica normal, lícita e que pode gerar uma série de benefícios ao bem-estar do paciente. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10.ed. Atualizador por Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro: GZ Ed. 2012, pp. 211-212.

Para a jurisprudência nacional, de forma acomodada, o cirurgião plástico assume obrigações de resultados, devendo indenizar pelo não cumprimento dos mesmos, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade.⁸⁴⁴ Dizem os inúmeros julgados do STJ que a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, uma obrigação de meio, excepcionando expressamente os casos das cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética. Esse Tribunal Superior chega a classificar as obrigações médicas, quando há a realização de duas espécies cirúrgicas em um mesmo ato – estética e reparadora –, como obrigações de natureza mista. Refere que a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à parcela estética e de meio em relação à parcela reparadora.

Este entendimento de situar a cirurgia plástica estética como obrigações de resultados é, de fato, uma exceção à responsabilidade médica em geral, posto que impõe uma obrigação do alcance de resultados esperados pelo paciente. Tal enquadramento como obrigações de resultados, resumidamente, fundamenta-se nos seguintes termos, além, claro, que o cirurgião plástico estaria sempre, nesta espécie de cirurgia, na condição de se comprometer frente ao paciente na obtenção de um determinado resultado: 1) o paciente que procura por este tipo de cirurgia não estaria acometido de nenhuma patologia a ser combatida⁸⁴⁵; 2) o paciente que se submete a cirurgia estética pretende a melhora da sua imagem, enquanto que na cirurgia reparadora, buscaria o médico para correções de determinadas lesões e, por fim; 3) o médico deve ser responsabilizado somente pelo insucesso da cirurgia, presumindo-se a culpa do galeno pela não obtenção do resultado esperado, se avaliar a questão do erro por parte do médico.

Tais fundamentos se refletem, de um modo geral, também na legislação comparada. No Direito Argentino, a doutrina majoritária também pondera a obrigação dos médicos nas cirurgias plásticas estéticas como obrigações de resultados. Alude Bueres acerca do conteúdo da obrigação do médico nas cirurgias plásticas, dizendo que “*en general la obligación asumida por el facultativo especializado en cirugía estética es de ‘resultado’, ya que de no prometerse um resultado feliz el paciente no se*

⁸⁴⁴ MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*, p. 103.

⁸⁴⁵ ROSARIO, Grácia Cristina Moreira. *Responsabilidade civil na cirurgia plástica*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 88.

sometería al acto quirúrgico – o tratamiento.”⁸⁴⁶ No Direito Italiano, a responsabilidade do cirurgião plástico está associada com a resultado da cirurgia, e ele é sempre considerado responsável se ele não conseguir o resultado esperado, mesmo se seu comportamento tenha sido irrepreensível ("obrigação de meios e de comportamento").⁸⁴⁷

Todavia, na França, por exemplo, já se determinou na doutrina e na jurisprudência que a obrigação do cirurgião plástico não é diferente da dos demais cirurgiões, de vez que o mesmo enfrenta as mesmas possibilidades de risco e de sucesso,⁸⁴⁸ considerando a cirurgia plástica estética como obrigações de meios.

4.2.1.2.2 Novo cenário de compreensão acerca das cirurgias plásticas (estéticas e/ou reparadoras) como obrigações de meios: anamnese, diagnóstico e prognóstico

O posicionamento maciço da doutrina brasileira, no que tange à definição das obrigações dos cirurgiões plásticos como de resultados vem se modificando, com potentes vozes dissonantes.^{849,850} Importantes autores, não só no Brasil, passaram a defender a tese de que as obrigações médicas nas cirurgias plásticas, sejam de que espécie forem, são eminentemente de meios⁸⁵¹, e não de resultados. Na doutrina

⁸⁴⁶ BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*, p 707.

⁸⁴⁷ MARCHESI, A; *et al. Mammoplasties and medicolegal issues: 50 cases of litigation in aesthetic surgery of the breast. Aesthetic Plastic Surgery*, vol.36, 2012, p. 123.

⁸⁴⁸ FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Revista AJURIS* 55, pp. 116-139.

⁸⁴⁹ Refere Aguiar Júnior sobre a obrigação de meio dizendo que “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 a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou a imperícia do médico que provoca a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indício sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta.” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano XLV*, p. 131.

⁸⁵⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 448.

⁸⁵¹ Causou surpresa, diferentemente do que se pensava quando do início desta pesquisa, que há, sim, diversos autores que defendem, de forma consistente e contundente, que as obrigações do médico cirurgião plástico se enquadra nas obrigações de meios e não de resultados. No Brasil: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano XLV*, p. 131; COUTO FILHO, Antônio Ferreira. *Instituições de direito médico*. Editora Forense, 1.ed., Rio de Janeiro, 2004; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A responsabilidade civil em cirurgia plástica. *Revista de Direito Renovar*, vol.07, Rio de Janeiro, 1997, pp. 11-19; FOSTER, Nestor José. *Revista dos Tribunais* 738, pp. 83-89; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. – 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 245; MAGRINI, Rosana Jane. Responsabilidade civil - médico - cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. *Revista*

nacional, os principais defensores desta corrente são: Aguiar Júnior⁸⁵², Direito⁸⁵³, Giostri⁸⁵⁴ e Souza e Couto Filho⁸⁵⁵. Não só isso, também, na contracorrente, alguns

Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Síntese, vol.01, núm.01, set.-out., 1999, p. 127; PROENÇA, José Marcelo Martins; BARREIROS, Rafael Dutra. Cirurgia plástica estética: obrigação de meio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, núm.08, jul.-dez., 2001, p. 74; SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Responsabilidade civil do médico*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 674, 1991, pp. 57-62; SOUZA, Alex Pereira; COUTO FILHO, Antônio Ferreira. *Instituições de direito médico*. 1.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 18 e; WILLHELM, Camila Neves. *Responsabilidade civil do cirurgião plástico: obrigação de meio ou de resultado*, p. 85. Na Argentina: ANDORNO, Luis O. La responsabilidad civil médica. *Revista AJURIS* 59, pp. 224-235; BAEZ DE FIGUEROLA, Alicia. *Responsabilidad civil de los cirujanos plásticos*. tº 62, D-49, Zeuz, 1993; FERREIRA, Roberto Vázquez. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. 2.ed, Colección “Responsabilidad Civil”, vol. 12, Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p 219; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los médicos*. Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo II, 1.ed., Buenos Aires, 1997, p. 377; LOVECE, Graciela. *Cirugía estética y responsabilidad médica - eximentes: la discrecionalidad científica y culpa del paciente*. El consumo estético, JA, 2001; PATANE, Jorge; PATANE VILLALONGA, Carolina, *Cirugía estética - obligación de medios*. La Ley, 1996 e PATANE, Jorge; PATANE VILLALONGA, Carolina. *La responsabilidad médica vista por un cirujano plástico*, La Ley, ano LIX, nº 99, suplemento Actualidad, 1995; RABINOVICK-BERKMAN, Ricardo D., *Responsabilidad del Médico*. Ed. Astrea, 1.ed., Buenos Aires, 1999, p. 485; VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Responsabilidad civil en la cirugía plástica y obstetricia*, Editora La Ley 1995, pp. 01-05. Na Espanha: como refere Kvitko, “*En España, ha cambiado radicalmente el criterio a partir de una sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, que adopta una nueva doctrina, considerando que en medicina no puede distinguirse entre obligación de medios y de resultado, aunque se trate de actos de cirugía estética.*” Kvitko, Luis Alberto. *La responsabilidad médica en cirugía estética. ¿Obligación de medios o de resultados? Antecedentes. Jurisprudencia Argentina y Española: Cambio radical en la doctrina y criterio jurisprudencial Español. Medicina legal Costa Rica*, vol.28, n.1, 2011, pp. 07-24; GITRAMA GONZALEZ, Manuel. En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho (Sobre el contrato de servicios médicos). *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, Madrid, vol.30, núm.2, 1977, p. 283; Na Itália: PARADISO, Massimo. La responsabilità medica: dal torto al contratto. *Rivista di Diritto Civile*, ano XLVII, 2001, p. 328; No Canadá: A Associação Médica Canadense refere em seu manual para médicos: “*The existence of a medical contract in that province does not necessarily impose an obligation of result to the physician, although the physician may have an obligation of means.*” CANADIAN MEDICAL PROTECTIVE ASSOCIATION. *Medico-legal handbook for physicians in Canada*. 7.ed., 2010. Disponível em: <http://www.cmpa-acpm.ca/cmpapd04/docs/resource_files/ml_guides/pdf/com_médico_legal_handbook-e.pdf> Acesso em: 02.02.2013.

⁸⁵² Aguiar Júnior, após ressaltar jurisprudência nacional que defende as obrigações de resultados, como refere: “*o acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, - sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, - assumindo a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis são as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética que tinha chances reais, tanto que ocorrente, de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios. 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 a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou a imperícia do médico que provoca a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indício sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta.*” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, p. 131.

⁸⁵³ Direito alude que “com esse panorama geral é possível, agora, anotar que as diversas subespecialidades cirúrgicas não apresentam entre si diferenças essenciais ou constitutivas. Toda cirurgia é uma forma de tratamento. As cirurgias bem poderiam ser uma subdivisão da terapêutica, que é a arte e a ciência do tratamento. Em qualquer das subespecialidades cirúrgicas exige-se um profissional habilitado, agindo com perícia, prudência e diligência em todas as etapas de sua atuação, de forma comparável a outro profissional atuando nas mesmas circunstâncias. Pela própria natureza do ato cirúrgico, cientificamente igual, pouco importando a subespecialidade, a relação entre o cirurgião e o paciente está subordinada a uma expectativa do melhor resultado possível, tal como em qualquer atuação terapêutica, muito embora haja possibilidade de bons ou não muito bons resultados, mesmo na ausência de imperícia, imprudência ou negligência, dependente de fatores alheios, assim, por exemplo, o próprio comportamento do paciente, a reação metabólica, ainda que cercado o ato cirúrgico de todas as cautelas possíveis, a saúde prévia do paciente, a sua vida pregressa, a sua atitude somatopsíquica em relação ao ato cirúrgico. Toda intervenção cirúrgica, qualquer que ela seja, pode apresentar resultados não esperados, mesmo na ausência de erro médico. E, ainda, há em certas técnicas consequências que podem ocorrer, independentemente da qualificação do profissional e da diligência, perícia e prudência com que realize o ato cirúrgico. Anote-se, nesse passo, que a literatura médica, no âmbito da cirurgia plástica, indica, com clareza, que não é possível alcançar 100% de êxito. O principal argumento para transpor a cirurgia estética ao campo das obrigações de resultado está assentado no compromisso do cirurgião obter com o ato cirúrgico um determinado resultado, que teria sido contratado, considerando que não há patologia a ser enfrentada. Todavia, esses dois pontos, o compromisso com determinado resultado e a ausência de patologia, não servem para desqualificar a unidade científica do ato cirúrgico que, como visto supra, tem a mesma natureza e depende da mesma álea, não importando a subespecialidade. Qualquer que seja o ato cirúrgico, o que determina a responsabilidade é a constatação da existência do erro médico e não, diante da igual natureza científica do ato, o compromisso de alcançar certo resultado. E o erro médico, como ensina o Professor e acadêmico Júlio de Moraes, na medida em que o médico não é infalível, é aquele que um profissional de média capacidade, em idênticas situações, não cometeria. Por um lado, mesmo a cirurgia meramente estética não significa, necessariamente, a ausência de uma patologia. Pode ocorrer, por exemplo, que uma paciente procure um cirurgião plástico para corrigir uma deformidade na apêndice nasal que, enfeitando-lhe o rosto, cause-lhe um transtorno da personalidade, assim uma depressão; ou um outro que apresente uma ginecomastia acentuada a causar-lhe comportamento neurótico; ou, ainda, outra, que busca uma correção de mama diante de sobrecarga postural que lhe impeça o exercício de certa atividade profissional. Enfim, há uma variedade enorme de circunstâncias peculiares que não devem ser vinculadas a um padrão imposto pela jurisprudência sobre a configuração jurídica da cirurgia estética como obrigação de resultado, que pode levar, ademais, a absurdos gravosos como o conceito de aceitação do resultado diante de determinado detalhe, assim, por exemplo, o exato tamanho da mama, ou sua angularidade específica, ou do nariz, ou, ainda, o tamanho exato da cicatriz em uma cirurgia para eliminar a flacidez abdominal, ou, até mesmo, um contrato de garantia para a resistência das mamas ou do enrijecimento do abdome por certo tempo. Por outro lado, não é possível estabelecer, tal-qualmente em direito não o é, um padrão de resultado uniforme em todos os pacientes, mesmo em se tratando de cirurgia em subespecialidade diversa da estética, dependendo o resultado, sempre, de muitos fatores, até mesmo do comportamento do paciente. O que o cirurgião contrata com o seu paciente é a realização de um ato cirúrgico com a melhor técnica possível, prestando-lhe detalhadamente todas as informações sobre as consequências da cirurgia. O que se não pode admitir é a repetição de um standard jurisprudencial que está em desalinho, a meu juízo, com a realidade mais moderna dos avanços da ciência médica e da ciência jurídica. Finalmente, neste patamar, é bom não esquecer que não se pode presumir, como parece vem sendo admitido pela jurisprudência, que o cirurgião plástico tenha prometido maravilhas ou que não tenha prestado as informações devidas ao paciente, configurando o contrato de resultado certo e determinado. A só afirmação do paciente em uma inicial de ação indenizatória não é suficiente para acarretar a presunção de culpa do médico, invertendo-se o ônus da prova, como no presente caso. O paciente deve provar que tal ocorreu, que não recebeu informações competentes e amplas sobre a cirurgia.” DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A responsabilidade civil em cirurgia plástica. *Revista de Direito Renovar*, pp. 15-16.

⁸⁵⁴ Para Giostri, a simples impossibilidade de pré-determinar o resultado de qualquer procedimento jurídico desautoriza esta distinção entre obrigações de meios e de resultados. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, 2004.

⁸⁵⁵ Para Souza e Couto Filho, “não há de se raciocinar, em tempos atuais, que a cirurgia estética se consubstancia em intervenção desnecessária, em cirurgia de luxo, que não possui licitude. Ao contrário, é uma especialidade médica como outra qualquer, onde as obrigações do cirurgião são iguais às dos

doutrinadores argentinos assumiram esta mesma postura jurídica, dentre eles: Andorno⁸⁵⁶, Lorenzetti⁸⁵⁷ e Rabinovich-Berkman.⁸⁵⁸

Na jurisprudência, apresentam-se vozes isoladas, como, por exemplo, exposto no belo voto, proferido pela Des. Rosana Fachin, do TJPR, que vai ao encontro da tese apresentada, na medida em que se posiciona no sentido de que responsabilidade civil dos profissionais médicos cirurgiões plásticos é obrigação de meio e se apura pelo caminho da culpa, vertida na prova da negligência, da imprudência ou da imperícia. Alude a Des. que *“a intervenção estética, sem embargo de reconhecida controvérsia, impende referir que o resultado é uma potencial possibilidade a ser atingida, mediante a intervenção do cirurgião plástico, sendo impossível, do ponto de vista humano e técnico, a garantia absoluta do fim que se almeja, face às possíveis intercorrências subjetivas e próprias de cada paciente”*. Por fim, segue, em seu percuciente voto, dizendo que *“embora se espere do procedimento estético o resultado subjetivo pretendido pelo paciente, é evidente que tal resultado corresponde ao possivelmente alcançado por profissional da área médica de conhecimento médio, e não o decorrente da avaliação subjetiva do paciente, o que pode ser muito além daquele possível no estado da arte médica.”*⁸⁵⁹

demais médicos de diferentes especialidades.” SOUZA, Alex Pereira; COUTO FILHO, Antônio Ferreira. *Instituições de direito médico*. Editora Forense, 1.ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 16.

⁸⁵⁶ Andorno primeiramente defendia a ideia de que a cirurgia plástica estava situada no campo das obrigações de resultado, entretanto, em curso ministrado em Porto Alegre, mudou de posição, dizendo *“Si bien nosotros hemos participado durante algun tiempo de este criterio de ubicar a la cirugía plástica en el campo de las obligaciones de resultado, un examen meditado y profundo de la cuestión nos há llevado a la conclusión de que resulta mas adecuado no hacer distingos al respecto, ubicando también al campo de la cirugía estética en el ámbito de las obligaciones de medios, esto és, en el campo de las obligaciones generales de prudencia y diligencia. Ello asi, por cuanto como bien lo senala el brillante jurista y catedrático francés y estimado amigo, Profesor François Chabas, de acuerdo a las conclusiones de la ciencia médica de los últimos tempos, el comportamiento de la piel humana, de fundamental importância en la cirugía plástica, es imprevisible en numerosos casos. Ademas, agrega dicho jurista, toda intervencion sobre el cuerpo humano es siempre aleatoria”* ANDORNO, Luis O. La responsabilidad civil médica. *Revista AJURIS* 59, p. 224.

⁸⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 417.

⁸⁵⁸ Como refere Rabinovick-Berkman, *“en suma, no creemos que existan motivos científicos para caracterizar de un modo genérico a las obligaciones de los cirujanos estéticos como de resultado, diferenciándolas así de las de los demás especialistas quirúrgicos. Estimamos, por el contrario, que la diversificación reside más en raíces inherentes a nuestra cultura judeo-cristiana, proclive a declamar (a menudo hipócritamente) un desprecio de la belleza física (esa "coquetería" de que hablaba el fallo antes transcripto), y a no considerar la fealdad como una forma de enfermedad. (...) Si la paciente se sometió a la operación plástica, es porque así lo quiso, en su evaluación de riesgos y de beneficios. Es decir, porque entendió que para volver a lucir un busto agradable (lo cual constituye un deseo más que respetable) valía la pena correr los peligros que toda intervención quirúrgica entraña. Presumir lo contrario importa considerar a la interesada una persona fatua, por no decir una tonta, sin que evidencie alguna indique que lo sea”*. RABINOVICK-BERKMAN, Ricardo D. *Responsabilidad del Médico*. Ed. Astrea, 1.ed., Buenos Aires, 1999, p. 482.

⁸⁵⁹ Veja-se a profunda decisão: “Apelação Cível - Ação de reparação por dano moral - Agravo retido - Inversão do ônus da prova - Impossibilidade - Inexistência dos requisitos - Inteligência do Artigo 6º, VIII,

Na seara médica, o CFM já se manifestou expressamente, através da *Resolução CFM nº 1.621/2001*, no art. 4º, no sentido de que o objetivo do ato médico na cirurgia plástica como em toda a prática médica, constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado. Alude, além disso, no art. 3º, que a cirurgia plástica, como em qualquer especialidade médica, não se pode prometer resultados ou garantir o sucesso do tratamento, devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento.⁸⁶⁰ Neste mesmo sentido, já se manifestou o Conselho Regional de Medicina do Ceará (CRMCE) dizendo que a cirurgia plástica, assim como qualquer outra atividade médica, encerra sempre obrigações de meios, jamais podendo o médico, seja qual for sua especialidade, assumir obrigações de resultados.⁸⁶¹

A corrente que considera a cirurgia plástica estética como espécie de obrigações de resultados finca suas origens nos primórdios da cirurgia plástica, quando era considerada uma transgressão da natureza a interferência do homem alterando "o plano divino" ao modificar o corpo humano. Partia-se da premissa de que não havendo

do Código de Defesa do Consumidor - Responsabilidade civil subjetiva - Procedimento estético - Aplicação de toxina botulínica tipo A - Marca diversa da anteriormente contratada - Aceitação quando da aplicação - Consentimento informado - Inexistência de provas das alegadas reações adversas - Procedimento adequado - Responsabilidade médica não configurada - Obrigação de meio - Resultado adequado aos padrões do atual estado da arte médica - Títulos emitidos para pagamento do profissional médico - Inadimplemento - Protesto em exercício regular do direito - Dano moral não configurado. 1. O fato do Código de Defesa do Consumidor determinar em seu artigo 14, §4º, do CDC que a responsabilidade do profissional liberal é subjetiva, não impede a possibilidade da inversão do ônus da prova, desde que presentes os seus requisitos. 2. A inversão do ônus da prova tem por fim reequilibrar a relação jurídica consumerista, distribuindo o ônus probatório de forma a proteger o mais vulnerável. No caso, entretanto, não há qualquer impossibilidade à Autora em comprovar os fatos alegados, em especial os suscitados danos estéticos. 3. Mesmo diante de procedimento estético, sem embargo de reconhecida controvérsia, impende referir que o resultado é uma potencial possibilidade a ser atingida, mediante a intervenção do cirurgião plástico, sendo impossível, do ponto de vista humano e técnico, a garantia absoluta do fim que se almeja, face às possíveis intercorrências subjetivas e próprias de cada paciente. 4. A intervenção eletiva principia e se realiza por ato de vontade do paciente que deve, indubitavelmente, ser plenamente informado dos riscos aos quais vai se submeter, configurando, pois, consentimento informado. Agravo retido conhecido e não provido. Recurso conhecido e não provido." PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível nº 703438-0*. Nona Câmara Cível. Apelante: Dalila Sanson Kugnharski e Outro. Apelado: Marco Aurélio Fischer de Lima. Relatora: Des. Rosana Amara Girardi Fachin. Curitiba, em 07.04.2011. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em: 07.06.2013.

⁸⁶⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.621/2001*. Tal resolução trata que a Cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 05.02.2013.

⁸⁶¹ A Sociedade Cearense de Cirurgia Plástica realizou consulta ao Conselho Regional de Medicina do Ceará (CRMCE) sobre a obrigação resultante da atividade dos cirurgiões plásticos em procedimentos estéticos, ao mesmo tempo em que solicita a esta instituição parecer específico e uma Resolução sobre a matéria de modo a orientar a conduta de seus associados e para servir de base à Justiça de um modo geral. Tal resposta do CRMCE foi proferida através do *Parecer CREMEC nº 09/2001*, emitido em 04/06/01, tendo como assunto "*Cirurgia plástica estética – obrigação de meio ou fim?*". CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO CEARÁ. *Cirurgia plástica estética – obrigação de meio ou fim?*. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/>> Acesso em: 05.02.2013.

doença, a ação do médico o obrigava a alcançar um bom resultado, pois operava pacientes sadios, sem necessidade obrigatória de qualquer tratamento. Assim sendo, tudo que ocorresse de contraproducente seria, única e exclusiva, responsabilidade do profissional, que teria de arcar com o ônus decorrente de sua ousadia.⁸⁶² A lógica, no caso da cirurgia plástica é a de que o paciente é saudável e pretende com a intervenção melhorar a sua aparência. Em assim não sendo, não iria submeter-se a riscos de um procedimento e ao envolvimento de quantia em dinheiro se não lhes fossem dadas garantias.

O ato cirúrgico tem, em sua natureza, pouco importando a subespecialidade, a dependência de fatores alheios, como o comportamento do paciente, reações metabólicas, ainda que o ato tenha sido realizado com toda a cautela e diligência possível, que tenham sido observadas a saúde prévia do paciente, sua vida progressa e a sua atitude somatopsíquica em relação ao ato tenha sido adequada. Assim, todo o ato cirúrgico pode gerar efeitos não esperados, ainda que não ocorra um erro do médico. Não se pode aceitar, como vem sendo admitido na jurisprudência, que se presuma que o cirurgião plástico tenha prometido maravilhas ou que não tenha prestado as informações devidas ao paciente.⁸⁶³ Também nas cirurgias meramente estéticas, não se pode excluir a possibilidade da presença de patologias como, por exemplo, na hipótese em que o paciente procura um cirurgião plástico para corrigir uma deformidade do apêndice nasal que, enfeando-lhe o rosto, causa traumatismo da personalidade, como depressão ou, ainda; alguém que busca uma correção na mama diante de sobrecarga postural que lhe proíba de realizar determinadas atividades laborais. Assim, a standardização das cirurgias plásticas como obrigação de resultado pela jurisprudência não leva em conta circunstâncias peculiares que podem levar a graves distorções na aceitação, ou não, do resultado, por exemplo, do exato tamanho da mama, ou sua angularidade específica ou, ainda, avaliar de enrijecimento da mama por certo período futuro.⁸⁶⁴

Entende-se que o ponto nodal deste embate diz respeito ao cumprimento, ou não, dos deveres de informação por parte dos médicos quanto aos (possíveis e desejados) resultados. Ora, é consabido que não se pode prometer qualquer resultado em face da

⁸⁶² Tal conceito foi tratado no parecer *CREMEC n° 09/2001*, que teve como assunto a *Cirurgia plástica estética – obrigação de meio ou fim?*. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO CEARÁ. *Parecer CREMEC n° 09/2001*. Disponível em: < <http://www.cremec.com.br/> > Acesso em: 05.02.2013.

⁸⁶³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 450.

⁸⁶⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 451.

natureza do risco que permeia todo e qualquer procedimento cirúrgico. Se o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos (riscos inerentes), eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica. Claro, se o médico “prometer” ao paciente um determinado resultado, como uma espécie divina de antecipação da alteração da imagem física, desconsiderando os riscos e as impossibilidades orgânicas, daí sim, as obrigações se convolam em obrigações de resultado, não pela vetusta classificação, mas em razão de que o CDC prevê, no art. 31, que a oferta obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. A consequência do descumprimento desta obrigação está prevista no art. 35 e garante o direito potestativo do paciente-consumidor de exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade. Deste modo, deve-se exigir do médico, na realização de suas funções, não o comprometimento com um determinado resultado, mas que se conduza de determinada forma, ou seja, de acordo com as regras e métodos da profissão.⁸⁶⁵

Não só isso, o nosso sistema jurídico-obrigacional sofreu os influxos de teorias e movimentos históricos que clamavam pela incompletude dos códigos e acabou por consagrar cláusulas gerais.⁸⁶⁶ Esses princípios servem como instrumentos de incorporação de valores da sociedade pós-moderna, num constante diálogo com as premissas constitucionais.⁸⁶⁷ Está, portanto, permeado por deveres anexos decorrentes do *princípio da boa-fé objetiva*⁸⁶⁸, como os deveres de informação e proteção, o que se

⁸⁶⁵ SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Responsabilidade civil do médico*, p. 60.

⁸⁶⁶ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (org.). *Direito do consumidor: contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção doutrinas essenciais - Direito do Consumidor; vol.IV, 2011, p. 134.

⁸⁶⁷ XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre-RS, 2006, p. 167.

⁸⁶⁸ Para a definição da *boa-fé objetiva*, vejam-se as obras que tratam do aspecto civil: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro*, núm.25, 2003, pp. 229-281; COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1980, pp. 43-72. No âmbito do Direito do Consumidor, veja-se: MARQUES, Claudia Lima. *Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito à ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios (Parecer)*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 835, maio, 2005, pp.

emolduram nas obrigações genéricas e irrestritas como um dever de cuidado com o paciente. Na obrigação médica, nesse passo, há a presença de um dever amplo e genérico de cuidado com o paciente, que se transforma na observância de comportamentos profissionais de acordo com a ética médica. Tal dever se equipara, no direito do consumidor, a um *dever de qualidade* em relação à busca do atendimento dos legítimos interesses do credor da prestação, sem a análise do agir do causador do dano, se com dolo, culpa ou, ainda, motivação.⁸⁶⁹

Entende-se, portanto, que as obrigações dos cirurgiões plásticos, em quaisquer espécies cirúrgicas que sejam, são obrigações de meios, iguais a quaisquer outras especialidades médicas. Apresentam-se, a seguir, os contrapontos aos argumentos dos autores que defendem que a cirurgia plástica deve ser considerada como obrigações de resultados, e os respectivos fundamentos, um a um.

Primeiramente, em relação aos fundamentos de que os pacientes, ao procurarem um cirurgião plástico, não estão acometidos de patologia a ser combatida, deve-se dizer que se demonstrou que existe alta prevalência de sintomas do TDC, em quase 60% dos casos.⁸⁷⁰ A força da subjetividade do paciente na análise do resultado, notadamente na apreciação da sua autoimagem, é elemento fundamental para o desfecho cirúrgico.

Além de todos estes argumentos em contraposição aos fundamentos apresentados para enquadrar nas obrigações de resultados, acrescentam-se mais alguns já que se trata, em verdade, das obrigações de meios.

Principia-se pelos fundamentos médicos, alguns já trabalhados anteriormente, mas que devem ser reavivados.

Por primeiro, que cada indivíduo é um ser uno, sem outro igual na humanidade, mesmo diante das similitudes anatômicas entre um corpo humano e outro. Nosso corpo é dividido em dois dimídios que compõem o corpo humano, o lado direito e o lado esquerdo, sendo tais metades desiguais, de modo que carregamos para a vida toda este fardo da diferença corporal. Predeterminar certo resultado diante desta vedação natural do organismo humano de assimetria corporal seria atentar contra a própria natureza humana.

75-133; MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito securitários e o Código de Defesa do Consumidor: Informação, cooperação e renegociação?. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.43, jul., 2002, pp. 215-257.

⁸⁶⁹ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 54.

⁸⁷⁰ Como referido, a prevalência de sintomas do TDC nos pacientes foi, na abdominoplastia, de 57%, na rinoplastia 52% e na ritidoplastia foi de 42%. BRITO, Maria José Azevedo de. *Prevalência de sintomas do transtorno dismórfico corporal em abdominoplastia, rinoplastia e ritidoplastia*, p. 125.

Por segundo, o risco, a álea, é característica intrínseca do ato cirúrgico e da própria investigação científica que o subsidia, já que este se edifica a partir de erros e acertos. A única certeza que se tem em um ato cirúrgico é a da presença do elemento da imprevisibilidade.⁸⁷¹ Por se trata de uma relação de *ignorância compartilhada* na qual o médico nunca terá condições de fazer todas as perguntas ao paciente que lhe possibilitem uma certeza absoluta sobre as respostas diagnóstico-terapêuticas, de maneira que qualquer decisão sempre ocorre em um ambiente de incerteza, ainda que o médico tenha agido com rigor na diligência, cuidado e conhecimento científico. Como sustenta Aguiar Júnior, que considera que os riscos presentes na cirurgia plástica estética são os mesmos de qualquer outro ramo da medicina, dizendo que

o acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios, embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirurgia, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão de ato cirúrgico. [...] É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios. 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 a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou a imperícia do médico que prova a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indicio sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta.⁸⁷²

Por terceiro, não se pode negar a influência do paciente na participação dos resultados na cirurgia plástica, posto que dependem de três fatores: a técnica e habilidade do médico cirurgião, os cuidados do paciente no pós-operatório e a natureza de cada pessoa. A participação do paciente é crucial para o desfecho exitoso, tanto no pré-operatório, seguindo as prescrições norteadas pelo galeno, quanto no pós-operatório, obedecendo às orientações médicas. Esta participação do paciente no processo obrigacional não é somente ativa, no sentido de cumprir também os seus deveres pré e pós-cirúrgicos, mas também passiva, porquanto a sua resposta orgânica individual

⁸⁷¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p. 209.

⁸⁷² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, pp. 122-147.

contribuirá para o sucesso da empreitada.⁸⁷³ Deste modo, o médico não pode ser responsabilizado pela resposta do organismo do paciente, somente deve ser responsabilizado pelo que depende exclusivamente de sua atividade.⁸⁷⁴

Por quarto, a cirurgia plástica é uma especialidade que demanda, no mais das vezes, outras intervenções, retoques, correções, reparações e/ou complementações cirúrgicas no paciente, de maneira que os deveres do médico-cirurgião se miscigenam de modo a originar *deveres complexos*⁸⁷⁵. Os resultados físicos decorrentes da primeira cirurgia, então, podem ser provisórios, necessitando de um prolongamento da relação e destes deveres.

Corroborando a tese, apresentam-se os fundamentos jurídicos.

Por quinto, na legislação que rege a temática, o CC/02 e o CDC, no art. 14, § 4º, estabelecem um regramento para a responsabilidade civil médica em geral, não havendo um regime excepcionalizado para a cirurgia plástica. Como refere Marques em relação à exceção do § 4º, do art. 14, “*essa diversidade de tratamento explica-se em virtude da natureza intuito personae dos serviços prestados por profissionais liberais*”.⁸⁷⁶ O cirurgião plástico deve ser tratado igualmente aos demais médicos, sendo responsabilizado sim, desde que comprovada a ocorrência da culpa, em qualquer de suas formas: imperícia, negligência e imprudência.

Por sexto, finalmente, a definição de obrigação de resultado é uma definição que parte do direito, sendo impossível este delimitar os riscos médicos tendo em vista sua limitação.

4.3 DEVERES JURÍDICOS ESSENCIAIS DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS

As relações entre médicos e pacientes se resumiam a deveres exclusivamente destes, mas contemporaneamente, são conhecedores dos seus direitos frente à Medicina.⁸⁷⁷

⁸⁷³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p. 140.

⁸⁷⁴ MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*, p. 62.

⁸⁷⁵ WILLHELM, Camila Neves. *Responsabilidade civil do cirurgião plástico: obrigação de meio ou de resultado*, p. 37.

⁸⁷⁶ Os autores aludem que este artigo apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, falha na segurança deste, muito comum no caso dos médicos, mas pouco no caso dos advogados. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*.— 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 422.

⁸⁷⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*, 2013, p. 10.

Os médicos em geral estão sujeitos a seguir determinados deveres em razão do exercício da atividade médica que está adstrita ao cumprimento de normas jurídicas estatais. De tal modo, o descumprimento destes deveres os sujeita à responsabilidade em razão da apuração da sua culpa.⁸⁷⁸ A exigência do cumprimento destes deveres se estabelece, basicamente, na relação assimétrica e complexa entre o médico e o paciente. Há, fundamentalmente, um choque de subculturas, com linguagens determinadas e intencionalidades particulares de cada uma das partes. O sujeito enfermo se encontra em uma situação de *menos-valia* em relação ao profissional médico.⁸⁷⁹

A relação médico-paciente trata-se de um autêntico vínculo jurídico que se desenvolve através de um *processo obrigacional*⁸⁸⁰, estabelecido entre estas partes desde o mais primitivo *contato social*⁸⁸¹, que inicia na fase pré-contratual, passando pelo vínculo contratual, na sua formação com a proposta e a aceitação, a execução contratual e, por fim, chegando-se a fase pós-contratual. Todo esse processo é permeado pela incorporação de novos princípios, como o da *Boa-fé objetiva*, da qual decorrem os *deveres anexos*⁸⁸², e da *Função social do contrato*⁸⁸³. A incidência dos princípios jurídicos, além dos deveres previstos na legislação nessas relações, como o da *Boa-fé*

⁸⁷⁸ FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Revista AJURIS* 55, p. 117.

⁸⁷⁹ LOVECE, Graciela. El derecho a la información. Forma. Contenido. Ley de los derechos del paciente: similitudes y diferencias. Riesgos conocidos y no conocidos. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 30.

⁸⁸⁰ Para a definição da *obrigação como processo* e o desenvolvimento do vínculo obrigacional, veja-se: COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*, 2007.

⁸⁸¹ Como sustenta Martins-Costa aludindo que, “o nascimento dos deveres pode derivar de uma série de atos e acontecimentos. O ato resultante da autonomia privada, o ato injusto e culposos, a literal disposição de lei, sendo também reconhecida a força normativa dos usos (...) Entre outros fatores estão o hoje alargado conceito de dano indenizável e a valorização jurídica do ‘contato social’ decorrendo, ainda, da incidência de princípios e diretrizes constitucionais, de modo muito especial o princípio da dignidade da pessoa humana e a diretriz da solidariedade social. A partir de todas essas fontes de normatividade podem ser gerados atos negociais e não-negociais, estes últimos também produtores de deveres, como os atos em sentido estrito, os ‘atos existenciais’, ou ‘relações contratuais de fato’, dogmaticamente definidos como atos-fatos, e não negócios.” MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil, volume V, tomo I, do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. – Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 53-54.

⁸⁸² Para a definição dos *deveres anexos*, veja-se: SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁸⁸³ Para a definição do princípio da *função social do contrato*, veja-se: MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 56. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro/2005, pp. 22-45; MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 176-225; SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo (org.) *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 127-150.

*objetiva*⁸⁸⁴, teve como consequência o estreitamento da clássica divisão entre os deveres decorrentes das relações contratuais e extracontratuais, já que se passou a exigir deveres aos contratantes, ainda que não expressamente previstos contratualmente⁸⁸⁵, como deveres de colaboração, lealdade e respeito.⁸⁸⁶

Quanto a estes deveres jurídicos essenciais dos médicos, encontramos-os de forma agrupada e sistematizada, por parte da doutrina brasileira⁸⁸⁷. Destacam-se os mais conhecidos autores a tratarem da temática: Aguiar Júnior⁸⁸⁸, Aguiar Dias⁸⁸⁹, Bruno Miragem⁸⁹⁰, Genival França⁸⁹¹, Gerson Branco⁸⁹², Gustavo Tepedino⁸⁹³, Kfourri Neto⁸⁹⁴, Martins-Costa⁸⁹⁵ e Véra Fradera⁸⁹⁶.

⁸⁸⁴ No que tange à *boa-fé objetiva*, aludem os artigos do CC/02: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”; “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁸⁸⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, p. 53.

⁸⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 61.

⁸⁸⁷ Garfinkel classifica os principais deveres médicos em: conselho, cuidado, obtenção do consentimento informado, não abuso do poder, sigilo, aprimoramento dos conhecimentos e uso do progresso científico, prescrição clara, atendimento de pacientes em estado urgente e informação do paciente sobre os riscos e objetivos da atividade médica. GARFINKEL, Ana. Responsabilidade civil por erro médico segundo a jurisprudência do tribunal de justiça do estado de são paulo. *Revista Direito GV*, vol.03, núm.02, jul.-dez., 2007, p. 39.

⁸⁸⁸ Aguiar Júnior sustenta os deveres médicos como: deveres de informação, consentimento e cuidado, sigilo, não abusar do poder, não abandonar o paciente sob seus cuidados, substituição por profissional habilitado, caso impedido eventualmente e não recusar o atendimento de paciente que procure seus cuidados em caso de urgência. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano XLV*, p. 127.

⁸⁸⁹ Aguiar Dias fala nos deveres de conselho, cuidado, obtenção de consentimento, abstenção de abuso ou desvio de poder e dever de sigilo. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 337.

⁸⁹⁰ Miragem assevera acerca do agrupamento dos deveres em três grandes grupos: os deveres de informação e esclarecimento; os deveres de técnica e perícia e os deveres de cuidado, diligência e prudência. MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 61.

⁸⁹¹ França refere sobre os deveres de conduta médica, dividindo-os em: dever de informação; dever de atualização, dever de vigilância e de cuidados e dever de abstenção de abuso. FRANÇA, Genival. *Direito médico*, pp. 208-214.

⁸⁹² Branco defende que os deveres médicos são agrupados em três ordens: dever de informação e aconselhamento, dever de assistência constante e dever de prudência. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Revista dos Tribunais* 733, p. 60.

⁸⁹³ Para Tepedino, os deveres se enquadram em: a) dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; b) emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; c) tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica. TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Temas de direito civil, t. II*. Rio de Janeiro, 2006, pp. 90-103.

⁸⁹⁴ Kfourri Neto fala sobre os deveres do médico de informar ao paciente o diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento. Haverá, também, de aconselhá-lo, informando-o dos riscos e prescrevendo o comportamento que o enfermo deverá adotar. Deve-se valer da melhor diligência e cuidado, de acordo com o estado contemporâneo da ciência. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, p. 35.

⁸⁹⁵ Martins-Costa falando sobre os profissionais médicos em ginecologia e obstetrícia, classifica os deveres em: deveres de informação; deveres de vigilância, cuidado e assistência e; dever de abstenção de abusos. MARTINS-COSTA, Judith. *Revista dos Tribunais* 831, pp. 116-121.

Na legislação comparada, também se trabalha de forma congregada os deveres jurídicos essenciais dos médicos.⁸⁹⁷

Levando em conta o concurso de deveres jurídicos essenciais a serem observados pelos médicos em geral, trabalha-se especificamente para delimitar os deveres jurídicos aplicáveis aos cirurgiões plásticos, estes que, em muitas vezes, originam verdadeiros *deveres complexos*⁸⁹⁸. Endente-se os cirurgiões plásticos, no exercício de suas atividades profissionais médicas, devem cumprir os seguintes deveres que são congregados em três grupos: (i) deveres de informação e esclarecimento; (ii) deveres de técnica e perícia e; (iii) deveres de cuidado e diligência.

Dentre os deveres jurídicos essenciais dos médicos, *a priori*, destaca-se um dever *lato sensu* de perícia, que se impõe independentemente da existência ou não de previsão contratual, em razão de um *dever de humanismo*⁸⁹⁹, que confere ao médico desenvolver sua atividade profissional de forma cuidadosa e diligente, sempre em consonância com a atualização científica⁹⁰⁰ e as regras profissionais deontológicas.

⁸⁹⁶ Para Fradera os deveres do médico de conselho, subdividindo em orientação a respeito do tratamento, indicação, quando necessário, de especialista e cirurgião, informação acerca dos riscos do tratamento ou do ato cirúrgico, informação quando se trate de doença grave, sobre o estado real do paciente e a evolução da doença, ainda que exista um prognóstico de irreversibilidade do quadro apresentado e; deveres de assistência e cuidado, subdivididos em abstenção de abusos e desvios de poder, abandono do doente, vigilância pré e pós-operatória e permanente atualização. FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Revista AJURIS* 55, pp. 125-128.

⁸⁹⁷ Na legislação comparada, enumeramos alguns autores que trabalham os deveres dos médicos. Na Argentina: Rossi prega a: “*obligación de atender la salud del beneficiario, obligación de informar al beneficiario o a su representante, obligación de llevar una historia clínica, obligación de respetar la libertad y dignidad del beneficiario y obligación de confidencialidad.*” ROSSI, Jorge Oscar. *Responsabilidad civil médica*. – 1.ed. – Buenos Aires: Dy D SRL, 2011, pp. 57-108. GHERSI divide em obrigações essenciais de diagnóstico, que incluem desde a recepção do paciente até o diagnóstico definitivo, sendo todas permeadas pelo direito à informação, e terapêuticas e obrigações de comportamento legais, que são divididas em: obrigação de não efetuar práticas abusivas, obrigação de preservar a intimidade e a confidencialidade e, por fim, a obrigação de respeitar a autonomia da vontade do paciente. GHERSI, Carlos A. Las obligaciones esenciales de los médicos: diagnóstico y terapéuticas. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 159-174 e; GHERSI, Carlos A. Las obligaciones esenciales de los médicos: diagnóstico y terapéuticas. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*, pp. 175-176. Nos Estados Unidos: Boumil divide em três deveres ao falar do estabelecimento da relação profissional entre o médico e o paciente: deveres em circunstância de emergência, na relação consensual e deveres ao não paciente, além de estabelecer limites aos deveres. BOUMIL, Marcia Mobilia; ELIAS, Clifford E. *The law of medical liability in a nutshell*. Publisher: West (St. Paul, Minn.). Series Title, 1995, pp. 01-23.

⁸⁹⁸ WILLHELM, Camila Neves. *Responsabilidade civil do cirurgião plástico: obrigação de meio ou de resultado*, p. 37.

⁸⁹⁹ ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la responsabilidad civil*. 9.ed. ampliada y actualizada. Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1997, p. 509.

⁹⁰⁰ Gherzi alude que a Medicina exige estudo durante toda a vida profissional através de atualizações e aperfeiçoamentos constantes. O autor segue a máxima “*los libros envejecen con rapidez porque el conocimiento evoluciona en forma acelerada*”. GHERSI, Carlos A. (dir.). *Responsabilidad profesional*, p. 07.

Trata-se de um imperativo ético imposto a todos os profissionais da área médica.⁹⁰¹ A atuação do profissional médico, acima de qualquer interesse pecuniário, profissional ou científico, deve ser pautada pelo zelo à integridade psicofísica do paciente e por sua dignidade, expressão da tutela constitucional prevista no art. 1º, inc. III, da CF/88.⁹⁰²

Cabem, desta maneira, ao médico o cumprimento dos deveres de não realizar práticas abusivas e o de preservar a intimidade e confidencialidade do paciente, assim como respeitar a autonomia da vontade deste.⁹⁰³ É inegável que há uma enorme disparidade em relação ao conhecimento técnico – vulnerabilidade técnica – no que tange às características da prestação de serviços pelo médico, reforçando um vínculo de confiança na correção da conduta do profissional da saúde.⁹⁰⁴

4.3.1 DEVERES DE INFORMAÇÃO E ESCLARECIMENTO

Nos deveres de informação e esclarecimento, que têm como fundamento a boa-fé objetiva⁹⁰⁵, o médico deve prestar ao paciente todas as informações sobre: os riscos da(s) cirurgia(s); as mudanças corporais que “podem” ser alcançadas com o procedimento cirúrgico, sempre, e taxativamente, alertando sobre a impossibilidade de se prometer, face às limitações científicas e anatômicas, a um determinado “resultado”; quais as partes do corpo que serão afetadas e os possíveis efeitos colaterais⁹⁰⁶; as

⁹⁰¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Revista dos Tribunais* 733, p. 61.

⁹⁰² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil, t. II*, p. 95.

⁹⁰³ GHERSI, Carlos A. Las obligaciones de comportamientos legales. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 175-177.

⁹⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 57.

⁹⁰⁵ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 62.

⁹⁰⁶ A Lei nº 10.241/99 estabelece em seu art. 2º, inc. VII e VII, que são direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo: “Art. 2º (...) VI - receber informações claras, objetivas e compreensíveis sobre: a) hipóteses diagnósticas; b) diagnósticos realizados; c) exames solicitados; d) ações terapêuticas; e) riscos, benefícios e inconvenientes das medidas diagnósticas e terapêuticas propostas; f) duração prevista do tratamento proposto; g) no caso de procedimentos de diagnósticos e terapêuticos invasivos, a necessidade ou não de anestesia, o tipo de anestesia a ser aplicada, o instrumental a ser utilizado, as partes do corpo afetadas, os efeitos colaterais, os riscos e conseqüências indesejáveis e a duração esperada do procedimento; h) exames e condutas a que será submetido; i) a finalidade dos materiais coletados para exame; j) alternativas de diagnósticos e terapêuticas existentes, no serviço de atendimento ou em outros serviços; e l) o que julgar necessário; VII - consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados”. Tais previsões normativas, ainda que em âmbito estadual, servem de norte na concretização dos deveres de informação. SÃO PAULO. Assembleia legislativa do Estado de São Paulo. *Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999*. Disponível em:

vantagens e desvantagens da hospitalização e da técnica a ser empregada⁹⁰⁷; a duração que se prevê do tratamento, desde o pré-cirúrgico até o pós-cirúrgico; os exames que serão necessários, assim como suas finalidades; a necessidade ou não de anestesia e o tipo a ser aplicada e, por fim; o instrumental que será utilizado, de modo a dar suporte e todos os subsídios para que o paciente possa se autodeterminar, de forma esclarecida, na tomada da decisão, tendo plena ciência dos riscos e de suas condições clínicas.

O médico deve estar sempre atento às publicações especializadas e aos resultados das pesquisas, cumprindo o seu dever de atualização profissional, sob pena de, caso esteja desatualizado ou seu conhecimento médico-científico deficitário, incorrer em responsabilidade por sua conduta negligente, já que o direito à informação do paciente, que integra inclusive o rol dos direitos fundamentais, é base para o livre desenvolvimento da personalidade.⁹⁰⁸

No CDC, o dever de informar e esclarecer o paciente pelos profissionais da medicina decorre da positividade indicada: na regra geral, no art. 6º, inc. III; nas regras ratificadoras genéricas do dever de informar, nos arts. 4º, inc. IV, 8º, parágrafo único e 9º; nas regras de responsabilidade civil, nos arts. 12 e 14; nas regras vinculativas de informação como integrantes do contrato, nos arts. 30, 31, 36, parágrafo único, 37 e 38 e; nas regras assecuratórias do amplo conhecimento pelo consumidor do conteúdo do contrato, no art. 46. Além da boa-fé objetiva, que está presente nos arts. 4º, inc. III e 51, inc. IV, do mesmo diploma consumerista. No âmbito do CC/02, o dever de informação e esclarecimento está previsto nos artigos 113, 187 e 422, decorrentes da incidência da boa-fé. Além disso, pode-se extrair do art. 15 do CC/02, que refere que “*ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*”, o dever de informar, pois os procedimentos cirúrgicos devem ser sempre precedidos do consentimento informado do paciente.⁹⁰⁹ Por fim, os arts. 34, 36, 53, 54, 55 e 109 do CEM também tratam destes deveres e aludem que o exercício da liberdade depende de o paciente receber informações justas, claras e adequadas, daí a importância do consentimento informado, livre e esclarecido.

<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei%20n.10.241,%20de%2017.03.1999.htm>>
Acesso em: 02.04.2013.

⁹⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil, t. II*, p. 90.

⁹⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Revista dos Tribunais* 831, p. 117.

⁹⁰⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade médica e o dever de informar. *Revista da EMERJ*, vol.07, núm.28, 2004, p. 82.

Além destas regras e princípios, tais relações são regidas pela *proteção da confiança*⁹¹⁰ e das expectativas legítimas, como consequência de uma nova concepção contratual⁹¹¹, garantindo que a vontade do consumidor alcance determinados fins e interesses legítimos. Não se pode, portanto, em razão de ofertas, de publicidades, feitas pelos fornecedores, criar no consumidor falsas expectativas, pois no sistema do CDC, leis imperativas irão proteger a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, mais especificamente na prestação contratual, na sua adequação ao fim que razoavelmente dela se espera.

O dever de informar o paciente, assim como de adverti-lo dos possíveis riscos da intervenção cirúrgica são obrigações que devem ser estritamente observadas pelo cirurgião plástico. Tais informações acerca do estado de saúde devem ser fornecidas aos pacientes de forma clara, completa e sempre adaptadas à individualidade de cada paciente para o possível e ampliado alcance da compreensão, dentro de suas condições pessoais.⁹¹² É de se esperar do médico dedicação didática ao explicar, detalhadamente, ao paciente, tanto os limites técnicos, quanto os riscos operatórios, para provê-los dos subsídios necessários para a sua tomada de decisão autônoma e esclarecida.

O processo de comunicação médico-paciente se estabelece por meio da linguagem, assegurando uma *equidade informacional*⁹¹³ das partes. Quando pretendemos transmitir ideias, exprimimos, ao mesmo tempo, sentimentos, através de entonações, inflexões da voz, construindo sentenças e afirmações, como expressão desta comunicação. Ocorre que nossa linguagem classifica e conceitua sentimentos, mas, ao mesmo tempo, é ineficaz para descrevê-los por completo. Na consulta médica, os pacientes se utilizam, nesta comunicação, de metáforas, exprimindo seus sentimentos através de expressões que descrevem as suas dores, como: dor de “pontada” ou “aperto no peito”, etc. Todavia, é incapaz de descrever por completo os sentimentos. O direito inalienável do paciente de acesso às informações pelo médico é garantido, inclusive com a observância de questões que digam respeito à cultura local, aspectos linguísticos,

⁹¹⁰ Trata-se da teoria da confiança e das expectativas legítimas no tópico a seguir que trata da relação contratual.

⁹¹¹ Conforme ensina Marques, o elemento social, representado pela *confiança*, ganha significação. De acordo com esta teoria da confiança, pode-se admitir a responsabilidade de quem, por seu comportamento social, faz nascer no outro contratante a justificada expectativa no cumprimento de determinadas obrigações. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 212.

⁹¹² LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*, p. 34.

⁹¹³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, p. 194.

desde a etapa pré-contratual, durante a execução do contrato e na etapa pós-contratual. Estes subsídios aquecem o conforto do paciente na autodeterminação da escolha do seu futuro clínico.

Estas informações devem ser transmitidas de modo adequado e veraz⁹¹⁴ para serem facilmente compreendidas pelo paciente, sem o formalismo exacerbado da terminologia técnica, mas em linguagem que possibilite ao leigo entender os termos da informação.⁹¹⁵ Excepcionalmente, no caso de atendimentos de urgência, o descumprimento do dever de informar deve ser analisado no caso concreto.

O médico, em face de o paciente se encontrar em situação de *vulnerabilidade especial*⁹¹⁶, *vulnerabilidade agravada*⁹¹⁷, *hipervulnerabilidade*⁹¹⁸, deve obedecer rigorosamente aos deveres de informação como bem ensina Marques, tomando como base a doutrina alemã, referindo que

trata-se de um dever de informar clara e suficientemente os leigos-consumidores (*hinreichende Aufklärung*), pessoalmente (*in einem persönlichen Gespräch*) sobre os riscos típicos (*typische Gefahren*) e aspectos principais (*wesentliche Umstände*) do serviço médico naquele caso específico. Um dever diretamente oriundo das exigências de boa-fé (*Pflicht aus Treu und Glauben*) na conduta do *expert* em relação ao leigo durante todo o desenvolver da relação jurídica de confiança (*Vertrauensverhältnis*), atingindo, na fase prévia, graus de dever de alerta (*Warnpflicht*) e de aconselhamento/dever de conselho (*Beratungspflicht*) visando a alcançar o consentimento informado, válido e eficaz do paciente (*wirksame Einwilligung des Patienten*), geralmente conhecido pela expressão norte-americana *informed consent*.⁹¹⁹

⁹¹⁴ Para Miragem, o significado de *adequação* remete ao de *finalidade*. O autor sugere que será adequada a informação apta a atingir os fins que se pretende alcançar com a mesma, qual seja, o esclarecimento do consumidor. Aduz, ainda, que em uma relação contratual, o conteúdo da informação adequada deve abranger essencialmente: a) as condições da contratação; b) as características dos produtos ou serviços objetos da relação de consumo; c) eventuais consequências e riscos contratação. MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, p. 194.

⁹¹⁵ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 64.

⁹¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (org.). *Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção doutrinas essenciais - Direito do Consumidor; v. III, 2011, p. 407.

⁹¹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 62.

⁹¹⁸ BORGES, Gustavo Silveira. Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: (re)leitura da relação médico-paciente a partir da interdisciplinaridade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol.84, 2012, pp. 13-44.

⁹¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (org.). *Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção doutrinas essenciais - Direito do Consumidor; v. III, 2011, pp. 399-400.

A incidência da boa-fé objetiva amplia a obrigação principal atribuindo deveres anexos, como os deveres de colaboração, lealdade e respeito às expectativas da outra parte. Esse dever de informação-lealdade impõe o esclarecimento ao paciente de todos os riscos do tratamento ou do procedimento ao qual será submetido, bem como todas as implicações possíveis. Já o dever de informação-colaboração objetiva o reestabelecimento do paciente acerca das providências a serem tomadas durante o tratamento para obtenção de melhores resultados. Esse dever de informar está ligado às expectativas legítimas do correto esclarecimento sobre o diagnóstico do paciente, quais serão as suas reais chances de êxito no tratamento e, na cirurgia plástica, informações amiúde sobre as implicações que poderão, ou não, ser alcançadas ao final.⁹²⁰

O médico, quanto à abrangência do cumprimento dos deveres de informação e esclarecimento⁹²¹, não deve ocultar nenhum dado ao paciente⁹²², inclusive o CEM, em seu art. 34, prevê que é vedado ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. Desta forma, a informação deve ser suficiente para permitir que o consumidor conheça os elementos objetivos da realidade, os serviços e possa fazer as escolhas de forma consciente.⁹²³

O dever de informação, como dito, não se restringe somente a informar, mas deve ser também esclarecido, de modo que permita que o paciente possa decidir a partir do consentimento informado. O CDC prevê o direito à informação clara e adequada durante todas as fases da relação de consumo entre médico e paciente, no caso consumidor, fornecendo a ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico, possibilitando a aceitação ou rejeição ao tratamento disponibilizado.⁹²⁴

⁹²⁰ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, pp. 63-64.

⁹²¹ Para Cavalieri Filho, os requisitos do direito à informação, como direito básico do consumidor, são: *adequação*, os meios de informação devem ser compatíveis com os riscos do produto ou do serviço e o seu destinatário; *suficiência*, a informação deve ser completa e integral; *veracidade*, além de completa, a informação deve ser verdadeira para permitir o *consentimento informado*. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Revista da EMERJ*, vol.07, p. 83.

⁹²² GARFINKEL, Ana. Responsabilidade civil por erro médico segundo a jurisprudência do tribunal de justiça do estado de são paulo. *Revista Direito GV*, vol.03, p. 39.

⁹²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Revista da EMERJ*, vol.07, p. 83.

⁹²⁴ MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Org.). *Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais*, p. 394.

Na cirurgia plástica, a informação deve ser divulgada de forma completa, fornecendo ao paciente-leigo os esclarecimentos necessários para se autodeterminar sobre o ato cirúrgico proposto.⁹²⁵ Como dito, as informações que devem ser prestadas pelos cirurgiões plásticos consistem nos riscos e benefícios da(s) cirurgia(s), os resultados que “podem” ser obtidos, mas sempre, e impreterivelmente, com o aviso sobre a possibilidade destes não serem conseguidos ao final. O ponto nodal será o que foi informado ao paciente quanto ao resultado por ele esperável⁹²⁶. Se o paciente foi somente informado de resultados positivos, sem ser advertido de qualquer efeito ou risco negativo, estar-se-á diante de uma violação do dever de informar que, se causarem danos, respaldará uma responsabilização civil médica em razão da negligência.

Questão envolvendo os deveres de informação e esclarecimento que suscita debates é a possibilidade de danos somente decorrentes da falta de informação pelo profissional médico, sem o exame das consequências desta violação.

Para parte da doutrina⁹²⁷, a obrigatoriedade do atendimento do dever de informar, por si só, constitui-se obrigação de resultado, mesmo que a prestação principal médica seja de meios em razão de que é um dever anexo que decorre da boa-fé objetiva e que pode incidir em responsabilidade civil médica, através da figura da violação positiva do contrato.⁹²⁸ Sustenta-se, inclusive, o dever de informação como uma obrigação autônoma, que gera de per se em caso de ausência ou vício responsabilização civil.⁹²⁹ A boa-fé, como fonte autônoma de deveres jurídicos, determina o dever de indenizar no caso de o profissional não informar adequadamente o paciente sobre os riscos.⁹³⁰ Ou seja, partindo da premissa de que a informação é um dever em si, os

⁹²⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, p. 126.

⁹²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 378.

⁹²⁷ MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Org.). *Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais*, pp. 393-444; MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 63.

⁹²⁸ COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 38.

⁹²⁹ Fundamenta Bergstein que a reparação surgiria a partir da violação do direito à liberdade, se a autodeterminação é um atributo da personalidade do paciente, a afronta a esse direito pode acarretar danos indenizáveis. BERGSTEIN, Gilberto. *Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova*. 2012. Tese de Doutorado em Direito Civil, apresentada na Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-30042013-144339/>>. Acesso em: 2013-05-21.

⁹³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los médicos*. Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo I, 1.ed., Buenos Aires, 1997, pp. 211-212; MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 66.

autores sustentam que o defeito da informação causa um dano *per se*,⁹³¹ mesmo que na fase pós-contratual.⁹³²

A falta da informação, por si só, não é fator desencadeante do dano, mas se agregada com a indispensabilidade do ato cirúrgico e a decisão inepta do paciente pode ocasionar a obrigação de indenizar. Quando a intervenção era necessária, podemos assumir que a falta de informação é uma relação de causalidade com o dano físico sofrido pelo paciente.⁹³³

No caso de o procedimento cirúrgico tiver que ser corrigido, o médico deve, sob pena de responsabilidade civil por omissão e descumprimento do dever de informação, informar o paciente sobre uma possível necessidade de novo procedimento cirúrgico.

Entende-se que a mera ausência ou deficiência no cumprimento do dever de informação não gera, *de per se*, a responsabilização civil do médico, tendo que se verificar *in casu* se ocorreram danos, elemento estruturante do dever de indenizar. Podem-se, inclusive, utilizar as novas tecnologias, tendo em vista a expansão dos deveres jurídicos essenciais médicos, para cumprimento destas obrigações.

Assim, nas discussões nas demandas por erro médico, a análise do dever de informação desempenha um papel central⁹³⁴, se o cirurgião plástico cumpriu, ou não, de forma adequada.

4.3.2 DEVERES DE TÉCNICA E PERÍCIA

Os deveres de técnica e perícia estão conectados com a evolução das ciências médicas e o descumprimento destes deveres torna os médicos responsáveis pela maioria dos casos em razão da culpa médica. Trata-se de um conhecimento técnico-científico da

⁹³¹ MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Org.). *Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais*, p. 417.

⁹³² MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, p. 194.

⁹³³ Assinala Penneau, “*Lorsque l'intervention était indispensable, on ne peut considérer que le défaut d'information est en relation de causalité avec le dommage physique subi par le patient.*” PENNEAU, Jean. La reforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol.42, núm.2, 1990, p. 525.

⁹³⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil na cirurgia estética*. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2278>>. Acesso em: 03.05. 2013.

necessidade de aprimoramento e lapidação do saber médico, mas que concretamente deve ser aplicado pelos médicos.⁹³⁵

As profissões em geral são dirigidas por uma *lex artis*, que estabelece exigências e técnicas determinadas para a prestação de serviços. Na Medicina, esta *lex artis* é aplicada em cada ato médico de forma individualizada, de forma *ad hoc*, por isso denominada *lex artis ad hoc*, que é o critério valorativo da correção do ato concretizado pelo profissional da medicina com o objetivo de verificar se a atuação é compatível com as exigências técnicas requeridas.⁹³⁶

Isso não significa dizer que o desapego parcial ao acompanhamento dos padrões de exigência técnica podem ser motivos imediatos de responsabilização médica, mas que tais falhas devem ser consideradas em vista da situação do profissional, exigindo-se mais do especialista em determinada área do que do generalista.⁹³⁷ Considera-se inerente ao dever de conhecimento técnico do profissional médico sua permanente atualização.⁹³⁸ Como refere Aguiar Júnior,

O ato médico deve ser praticado de tal sorte que, além do cuidado que toda pessoa deve guardar na sua vida de relação (não confundir, na hora da extração, o membro são com o doente; não tombar o paciente; não esquecer instrumentos na incisão do operado, etc.), ainda atenda aos deveres de cuidado próprios da profissão, no diagnóstico, na indicação terapêutica, na intervenção cirúrgica e no prognóstico.⁹³⁹

Por derradeiro, o CEM preceitua, nos princípios fundamentais, sobre a necessidade de cumprimento por parte dos médicos dos deveres de técnica e perícia, aduzindo que compete ao médico: aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente; empenhar-se em melhorar os padrões dos serviços médicos e em assumir sua responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde e, quando trata da responsabilidade profissional, veda-se ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

⁹³⁵ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 66.

⁹³⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, p. 189.

⁹³⁷ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 67.

⁹³⁸ FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Revista AJURIS* 55, p. 129.

⁹³⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, p. 134.

4.3.3 DEVERES DE CUIDADO E DILIGÊNCIA

O dever de cuidado diz com a obrigação de zelar pelo paciente, orientá-lo e visita-lo, caso seja necessário. De acordo com esses deveres, o médico deve assistir o paciente nas fases pré-operatória, operatória e pós-operatória, no intento de evitar que possíveis danos ocorram. Também incide este dever sobre aqueles pacientes que possam causar danos a si mesmos, em razão de transtornos mentais.⁹⁴⁰

Não pode o médico realizar experiências médicas sobre o corpo humano, a não ser que esteja premido da necessidade de enfrentar a doença que acomete o paciente, assim como não pode exorbitar os limites do que acordou contratualmente com o paciente.⁹⁴¹

A assunção de um comportamento cauteloso, diligente e precavido é uma imposição de convivência social destinada a todos, cuja violação implica em responsabilidade. O médico diligente atinge o estágio alcançado pelo avanço da ciência e das regras já consagradas pela prática médica, posto que, uma vez assumindo o tratamento de um paciente, será responsável pelos riscos eventuais que os procedimentos e medicamentos possam vir a causar.⁹⁴² De modo que o dever de diligência se constitui em um dever genérico a todas as condutas humanas e, no que tange ao profissional médico, será aferido de acordo com o comportamento do profissional em face de um padrão de conduta em abstrato assim como das circunstâncias fáticas que se apresentaram diante dele.⁹⁴³

O médico, portanto, deve, dentro dessa perspectiva, e de acordo com o art. 21 do CC/02⁹⁴⁴, preservar a confidencialidade das informações não podendo revelar as questões preservadas pelo sigilo médico e de confidencialidade,⁹⁴⁵ já que a sua quebra

⁹⁴⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Revista dos Tribunais* 733, p. 61.

⁹⁴¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 343.

⁹⁴² RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, p. 32.

⁹⁴³ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 67.

⁹⁴⁴ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

⁹⁴⁵ Segundo Goldim, “*confidencialidade tem origem na palavra confiança, que é a base para um vínculo terapêutico. O paciente confia que seu médico irá preservar tudo que lhe for relatado, tanto que revela informações que outras pessoas, com as quais convive, sequer supõem existir*”. GOLDIM, José Roberto; FRANCISCONI, Carlos Fernando. *Aspectos bioéticos da confidencialidade e privacidade*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIVaspectosbioeticos.htm> Acesso em: 03.04.2013.

pode implicar em violação da privacidade ou da intimidade do paciente e, por consequência, a responsabilização do galeno.

4.4 DEVERES JURÍDICOS DOS PACIENTES

A relação médico-paciente deve se desenvolver através de um vínculo simétrico, no qual se materializam objetivos comuns de cura ou melhora do estado de saúde do paciente. Esta afinidade comunicativa pode ser visualizada como um *processo de colaboração*.⁹⁴⁶

O fato de que o paciente não tenha suas expectativas completamente atendidas, não significa, em razão de uma não correspondência da imagem simbólica idealizada, por si só, que houve incorreta prática médica. Aliado uma insatisfação, para que se considere que houve danos, o médico deve ter se afastado das regras da boa prática médica.⁹⁴⁷ Deste modo, cabe ao paciente o cumprimento de deveres de colaboração.

4.4.1 DEVERES DE COLABORAÇÃO

Os deveres de colaboração dos pacientes com o cirurgião plástico compreendem, basicamente: fornecer todas as informações, verdadeiras e plenas, sobre seu estado de saúde; cumprir fielmente as determinações médicas pré e pós-cirúrgicas; não abandonar o médico injustificadamente e; arcar com os honorários acordados com o cirurgião.

⁹⁴⁶ LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*, p. 49.

⁹⁴⁷ Este é o entendimento consolidado nos Tribunais argentinos, conforme julgado CNCiv., sala A, 21/09/2010, “M. S. M. c. M. E. R. y outro”, AR/JUR/60156/2010. “*Debe rechazarse la acción de daños y perjuicios promovida contra un cirujano plástico por un paciente disconforme con los resultados obtenidos con la lipoaspiración de su abdomen, si de la pericia médica oficial surge que el acionar del demandado no se apartó de las reglas de la buena práctica médica y que las lesiones que presentaba el actor eran propias de los riesgos genéricos de todo procedimiento quirúrgico, pues ello pone de manifiesto que aquél no actuó con culpa ni en la operación ni en el período de revisión y consulta posterior.*”

O paciente, neste processo de colaboração, deve-se comportar de modo a cumprir as indicações médicas em sua integralidade, tanto no pré, quanto no pós-operatório, para a correta evolução cirúrgica. Tais indicações médicas só podem ser afastadas e descumpridas pelo paciente se estiver frente a uma circunstância que, caso desempenhe o papel orientado, causaria maiores danos a sua integridade física ou psíquica. Caso o paciente descumpra o dever de colaboração, alterando e/ou desobedecendo às orientações médicas, haverá quebra do nexo causal já que a culpa será exclusiva do paciente.⁹⁴⁸

Do paciente, se espera, ainda, atenção no diálogo com o cirurgião e sinceridade no fornecimento das informações, sem reservas mentais que impeçam a atuação eficaz do médico. Neste sentido, o paciente deve fornecer ao médico todos os elementos de sua vida biográfica, genética e mesmo quaisquer práticas paramédicas anteriores⁹⁴⁹, que possam auxiliá-lo, tanto no diagnóstico de um possível TDC, como na decisão da realização, ou não, do procedimento cirúrgico, como, por exemplo: quais os medicamentos que toma, os esportes que pratica, as rotinas diárias, os problemas genéticos dos quais tem ciência e a sinceridade de suas reais intenções com a cirurgia plástica. A omissão dolosa de quaisquer destas informações podem induzir o médico em seu diagnóstico e, até mesmo, a indicar, de forma, escusável, procedimento cirúrgico que não realizaria se ciente dessas informações, podendo, inclusive, excluir-se a responsabilidade médica se ficar comprovada a omissão dolosa por parte do paciente.

Por fim, é dever do paciente arcar com os honorários profissionais acordados com o médico.

4.5 A RELAÇÃO CONTRATUAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS COMO PROCESSO OBRIGACIONAL

A relação cirurgião plástico-paciente, sob o ponto de vista médico, se desenvolve tendo como início, no consultório privado, na instituição privada ou mesmo no hospital público, a solicitação do paciente. Nesse momento, pode-se estabelecer um rito sequencial de atos envolvendo as duas partes desde o momento de sua recepção.

⁹⁴⁸ LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*, p. 50.

⁹⁴⁹ FUMAROLA, Luis Alejandro. *Eximentes de responsabilidad civil médica*, p. 36.

Inicia-se com a recepção do paciente, que é o primeiro contato de acolhida, no qual este narrará o *motivo* de sua procura pela cirurgia plástica, bem como sua *visão* e sua posição leiga de transmissão dos interesses e sintomas.

Ato contínuo, ao amparar a narrativa leiga do paciente, dos seus anseios, imagens que tem de si próprio, o cirurgião passa ao *interrogatório científico*, que é o momento no qual *direcionará a versão leiga do paciente* para o enquadramento científico, tendo como norte questionamentos mais detalhados sobre os fatos narrados, assim como a realização de pormenorizado exame físico.

Terminados os questionamentos, dá-se início à *investigação científico-tecnológica*, momento em que o esculápio deve registrar toda a história clínica do paciente, solicitar exames, indicar outros médicos especializados, possibilitando, inclusive interconsultas, com psiquiatras ou psicólogos, no caso de perceber que o paciente tem TDC. Tudo isso com o intuito de fornecer informações para o paciente formar um *diagnóstico presumido* e decidir, com base em toda essa investigação científico-tecnológica, a possibilidade, ou não, de se submeter a cirurgia plástica. O paciente, nesta etapa, deve ser informado e esclarecido de todos os riscos decorrentes de quaisquer exames e/ou das investigações tecnológicas, para evitar negligência médica pela ausência de informações adequadas. De outro lado, caberá ao paciente a escolha de quais instituições realizará os exames solicitados, com exceção das hipóteses em que o profissional médico, por questões de segurança científica e da complexidade dos exames, indique determinada instituição informando o paciente do risco de realizá-los em outro local. Nos hospitais públicos, ocorre situação excepcional, já que oferecem locais específicos destinados à realização dessas análises e investigações.

Posteriormente, ao retornar ao cirurgião plástico, de posse dos exames solicitados, cabe a este o *dever de revisão de adequação* dos exames e análises trazidas, para verificar se apropriados aos requisitos mínimos necessários de firmeza científica; se neles não constam erros, por exemplo, de identificação do tipo de estudo, ou negligências, que podem ser avaliadas pelo médico, que incorporará ao histórico clínico do paciente.

Desta forma, conclui-se o *iter* da atividade médica, realizado o *diagnóstico presumido* e tendo em conta a discricionariedade médico-científica decisória de o paciente se submeter, ou não, à cirurgia plástica, o médico tem obrigação de transmitir

de forma veraz e adequada, reforçando, as informações iniciais, observando a vulnerabilidade e as peculiaridades psicológicas individuais.⁹⁵⁰

Paralelamente ao transcurso da relação médico-paciente vista sob o ângulo da medicina, as normas jurídicas estabelecem regramentos a tal vínculo que é, também, protegido e regado pelo direito. Este vínculo jurídico-obrigacional se desenvolve desde os primeiros contatos na fase pré-contratual, com a procura do médico, passando pela contratação e execução, quando da realização da cirurgia, estendendo-se para além, na fase pós-contratual. A relação contratual de prestação de serviços⁹⁵¹ médicos transcorre como um processo obrigacional, no sentido de que os deveres das partes não terminam somente com o cumprimento dos deveres principais das prestações dentro de uma obrigação principal, mas emergem aos contratantes uma série de deveres laterais desde a concepção do contrato.⁹⁵²

4.5.1 RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL

A formação dos contratos se realiza com a junção da manifestação de vontade representada pela proposta com a aceitação, não dependendo, como regra geral, de quaisquer formalidades. Todavia, esta perfectibilização contratual nem sempre ocorre de forma instantânea, na maior parte dos casos, é antecedida por um processo comunicativo que caracteriza as negociações preliminares. Estes debates prévios perpassam na fase pré-contratual, não havendo qualquer previsão a esse respeito no CC/02. É o momento em que as partes trocam informações, estudam, sondam, sem estabelecer qualquer vínculo obrigatório à realização do futuro negócio jurídico.

Mesmo não gerando efeito vinculativo em relação aos candidatos à futura contratação, em razão da abrangência da boa-fé objetiva, que se desdobra para além da fase contratual – perfectibilização (encontro da proposta com a aceitação) e execução – há exigência de cumprimento dos deveres anexos, também nas fases pré e pós-

⁹⁵⁰ GHERSI, Carlos A. Las obligaciones esenciales de los médicos: diagnóstico y terapéuticas. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*, pp. 160-164.

⁹⁵¹ O conceito de serviço está estabelecido no CDC, no § 2º, do art. 3º: “*Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*”

⁹⁵² COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*, p. 10

contratual.^{953,954} Desses *contatos sociais* emergem deveres de esclarecimento, lealdade, da simples aproximação pré-contratual das partes, censurando-se, assim, quem abandona inesperadamente as negociações já em adiantado estágio, depois de criar na outra parte expectativa de celebração de um contrato para o qual se preparou e efetuou despesas ou em função do qual se perderam outras oportunidades.

O direito à informação do paciente, assim sendo, na sua relação com o galeno, inicia-se desde a fase pré-contratual⁹⁵⁵, expandindo-se até a fase pós-contratual. A

⁹⁵³ Os enunciados aprovados nas I, III, IV e V Jornadas de Direito Civil, realizadas no Conselho da Justiça Federal, corroboram o entendimento de que nos contratos deve-se *exigir comportamento leal* das partes, decorrentes do princípio da boa-fé, nas fases pré-contratual e pós-contratual, veja-se: “Enunciados da I Jornada de Direito Civil: Enunciado 24 “Art. 422: *Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.*”; Enunciados 25 “Art. 422: *O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.*”; Enunciado 26 “Art. 422: *A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.*” Enunciado 27: “Art. 422: *Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.*”; Enunciados da III Jornada de Direito Civil: Enunciado 168: “Art. 422: *O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação.*”; Enunciado 169: “Art. 422: *O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.*”; Enunciado 170: “Art. 422: *A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.*”; Enunciados da IV Jornada de Direito Civil: Enunciado 361: “Arts. 421, 422 e 475: *O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.*”; Enunciado 362: “Art. 422: *A vedação do comportamento contraditório (venire contra factum proprium) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.*”; Enunciado 363: “Art. 422: *Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação.*”; Enunciados da V Jornada de Direito Civil: Enunciado 409 “Art. 113: *Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes.*”; Enunciado 412: “Art. 187: *As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio, tu quoque, surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.*” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord. Científico). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados.* – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

⁹⁵⁴ Conforme refere Ferreira da Silva, “*aplicada sobre a relação obrigacional, portanto, a boa-fé – incluindo-se nela a ideia de confiança – desenvolve uma eficácia que se inicia com os primeiros contatos negociais entre as partes, passa pelo desenvolvimento do vínculo e sua interpretação e atinge os deveres posteriores à prestação*”. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, p. 52.

⁹⁵⁵ O STJ negou seguimento a Recurso Especial manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o Desembargador Carlos Alberto Garbi, assegurando o dever de informação na fase pré-contratual, assim ementado: “Relação de Consumo. Dever de informação na fase pré-contratual e no decorrer do contrato. Direito do Consumidor. Responsabilidade civil objetiva. Depilação a laser. Tratamento estético. Semelhança com Cirurgia Plástica. Obrigação de Resultado. Descumprimento pela ré. Obrigação de indenizar. 1. Código de Defesa do Consumidor. Incidência no caso dos autos. Relação típica de consumo. Falha na prestação dos serviços. 2. Dever de informar (art. 6º, inc. III, do CDC). A ré não informou a autora que a depilação a laser poderia não surtir resultados. A autora submeteu-se a diversas sessões sem obter o resultado prometido. 3. Procedimentos estéticos. Semelhança com a cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Precedentes deste Tribunal. Não cumprimento da obrigação. 4. Obrigação da ré de devolver os valores gastos pela autora pelo tratamento que não surtiu efeitos. 5. Dano moral. Caracterização. Fixação da indenização em valor moderado.. Recurso

violação desses deveres⁹⁵⁶ pode ensejar indenização, por existir uma relação, independentemente da existência de contrato, com base na boa-fé.⁹⁵⁷

4.5.2 RELAÇÃO CONTRATUAL

Os contratos se formam, então, de acordo com o Direito Civil brasileiro, quando ocorre o encontro da proposta com a aceitação.

A proposta é a declaração de vontade pela qual uma pessoa (o proponente) propõe a outra (o oblato ou aceitante), que pode aceitar, de modo expresso ou tácito, os termos para a conclusão de um contrato. Ensina Pontes de Miranda que “à oferta ou sucede a aceitação pura e simples, que bilateraliza o negócio jurídico e vincula os figurantes, ou a recusa, ou a aceitação modificativa que não é, propriamente aceitação, mas sim outra manifestação de vontade, outra oferta, no lugar da recusa ou aceitação pura e simples, que se havia de esperar.”⁹⁵⁸ Deste modo, a oferta é a demonstração da vontade de contratar, dirigida a outra parte, que pode, ou não aceitar.

A aceitação é a concordância com os termos da proposta, manifestação de vontade imprescindível para que o contrato seja perfectibilizado. Para que a aceitação configure aceite da proposta, deve ser pura e simples, de acordo com os termos da proposta.

parcialmente provido. 2.- Os Embargos de Declaração interpostos foram rejeitados (fls. 220). É o breve relatório. 3.- O inconformismo não merece prosperar. 4.- Inicialmente registre-se que, compulsando os autos, constata-se que a recorrente utilizou literalmente, nas razões de seu Recurso Especial, as mesmas razões lançadas na petição de apelação, já julgada pelo Tribunal de origem. (...)” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Agravo em Recurso Especial nº 269.551/SP*. Segunda Turma. Agravante: Clínica Loriti Breuel Cirurgia Plástica e Estética Ltda. Agravado: G S A. Relator: Min. Sidnei Beneti. São Paulo/SP, em 28.02.2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=27375479&formato=PDF>> Acesso em: 01.06.2013.

⁹⁵⁶ Para Azevedo, a boa-fé cria três deveres principais: lealdade, consistente no dever de confidencialidade, da manutenção de informações obtidas; colaboração, de informar o candidato a contratante sobre o conteúdo do contrato e; não abusar. Desta forma, a ruptura abusiva na fase das negociações implica responsabilidade daquele candidato que não cumpriu os seus deveres. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (org.). *Direito do consumidor: contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção doutrinas essenciais - Direito do Consumidor; v. IV, 2011, p. 30.

⁹⁵⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 250.

⁹⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, Rio de Janeiro: Borsóti, 1972, pp. 26-27.

A oferta, no CC/02, tem força vinculante, consoante previsão do art. 427⁹⁵⁹, como regra geral, por isso se trata de um verdadeiro *negócio jurídico unilateral*. Mas deixa de ser obrigatória, excepcionalmente, nas previsões do art. 428, do mesmo estatuto legal.⁹⁶⁰ O Código Civil Brasileiro ainda distingue a *oferta* da *proposta*, tratando da *proposta* quando estabelece as regras destinadas para pessoas determinadas e deixando a expressão *oferta* para as hipóteses do art. 429, que prevê as regras sobre a oferta feita a público.

No CDC, a oferta também tem esse efeito vinculante⁹⁶¹ como previsto nos art. 30⁹⁶² a 35 do CDC. As regras consumeristas, por terem como fundamento a destinação a contratações em massa, a oferta no CDC tem como característica maior amplitude, referindo que toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Falar em obrigatoriedade da oferta no CDC não significa considerá-la como sinônimo de uma obrigação contratual principal. Não se deve confundir com os efeitos da proposta clássica, entretanto, de acordo com o CDC, o proponente fica “obrigado” pela própria proposta, ou seja, obrigado porque sujeito passivo de um *dever jurídico* de manutenção da oferta e da observação de certa conduta frente ao titular de um direito subjetivo. Desta forma, alarga-se a noção de oferta, que possui a natureza, inicialmente, pré-contratual, “integrando-se” às informações fornecidas ao contrato futuro, como estabelecido no art. 30.⁹⁶³

⁹⁵⁹ Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

⁹⁶⁰ Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

⁹⁶¹ Para Marques a *oferta* no CDC nada mais é do que um *negócio jurídico*. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 752.

⁹⁶² O CDC, no capítulo que trata das *Práticas Comerciais*, dispõe sobre a *oferta*: “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

⁹⁶³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, pp. 753-755.

A aplicação do art. 31 do CDC, que tem na sua origem o princípio da transparência, está ligada a ofertas não publicitárias, mas dá ênfase à proteção do consumidor na comunicação pré-contratual.^{964,965}

⁹⁶⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, p. 235.

⁹⁶⁵ Sobre a obrigação de informar, veja-se trecho do paradigmático voto do Min. Herman Benjamin: "(...) 3. As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de "ordem pública e interesse social". São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão ex ante e no atacado. 4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. 5. O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC. 6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança. 7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (art. 6º, III). 8. Informação adequada, nos termos do art. 6º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor. 9. Nas práticas comerciais, instrumento que por excelência viabiliza a circulação de bens de consumo, "a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (art. 31 do CDC). 10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa. 11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço). 12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do *caveat emptor* como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão. 13. Inexistência de antinomia entre a Lei 10.674/2003, que surgiu para proteger a saúde (imediatamente) e a vida (mediatamente) dos portadores da doença celíaca, e o art. 31 do CDC, que prevê sejam os consumidores informados sobre o "conteúdo" e alertados sobre os "riscos" dos produtos ou serviços à saúde e à segurança. 14. Complementaridade entre os dois textos legais. Distinção, na análise das duas leis, que se deve fazer entre obrigação geral de informação e obrigação especial de informação, bem como entre informação-conteúdo e informação-advertência. 15. O CDC estatui uma obrigação geral de informação (= comum, ordinária ou primária), enquanto outras leis, específicas para certos setores (como a Lei 10.674/03), dispõem sobre obrigação especial de informação (= secundária, derivada ou tópica). Esta, por ter um caráter mínimo, não isenta os profissionais de cumprirem aquela. 16. Embora toda advertência seja informação, nem toda informação é advertência. Quem informa nem sempre adverte. 17. No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no *homo medius* ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são freqüentemente a minoria no amplo universo dos consumidores. 18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. 19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. 20. O fornecedor tem o dever de informar que o

As consequências dessa eficácia vinculativa da oferta estão previstas no art. 35 do CDC, que alude que se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente e; rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

4.5.2.1 A eficácia vinculante da oferta, as expectativas legítimas e a transformação em obrigações de resultados

A noção de obrigatoriedade da oferta fortalece a *proteção da confiança*⁹⁶⁶, que é um dos mais importantes princípios do direito privado⁹⁶⁷, que objetiva assegurar que sejam preservadas as *expectativas legítimas* que nascem na outra parte contratante, que confiou, desde o início, na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro⁹⁶⁸, que surgiram em face do mais primevo *contato social*.

produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos. 21. Existência de lacuna na Lei 10.674/2003, que tratou apenas da informação-conteúdo, o que leva à aplicação do art. 31 do CDC, em processo de integração jurídica, de forma a obrigar o fornecedor a estabelecer e divulgar, clara e inequivocamente, a conexão entre a presença de glúten e os doentes celíacos. 22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 586.316/MG*. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: ABIA - Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação. Relator: Min. Herman Benjamin. Minas Gerais/MG, em 19.03.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2003/0161208-5&data=19/3/2009> Acesso em: 20.04.2013.

⁹⁶⁶ Como ensina Marques, o CDC instituiu no Brasil o princípio da proteção da confiança do consumidor, que abrange dois aspectos: 1) proteção da confiança no vínculo contratual, dando origem a normas cogentes do CDC que procuram assegurar o equilíbrio contratual de consumo e; 2) proteção da confiança contratual, dando também origem a normas cogentes do CDC para garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, evitando-se riscos e prejuízos oriundos destes. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, pp. 281-298.

⁹⁶⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, p. 229.

⁹⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 281.

Em relação à questão da atividade médica, conforme for apresentada a oferta por parte do cirurgião plástico, esta pode se transformar em equivalência a verdadeiras obrigações de resultados, conforme o art. 30 do CDC, que incorpora o *princípio da vinculação*⁹⁶⁹, integrando no contrato todas as informações fornecidas. Os casos mais comuns são aqueles nos quais os médicos elaboram, no computador⁹⁷⁰, através de softwares especialmente criados, projeções de imagens corporais do paciente, de como ficará o seu “resultado” posteriormente à intervenção cirúrgica. Muitos, inclusive, entregam a seus pacientes para que levem as suas casas e fomentem o “sonho” da imagem corporal do “futuro resultado” prometido. Estas falsas expectativas são prova da transformação deste negócio jurídico unilateral, que era, inicialmente, obrigações de meios, em obrigações de resultados, em razão da incorporação de uma inalcançável fantasia à oferta. Restará, então, configurada a responsabilidade civil médica com base no art. 14, § 1º, inciso II, do CDC, pois não serão alcançados os resultados prometidos, assim como não foram levados em conta os riscos que razoavelmente do fornecedor de serviços se esperam.

Retomando a temática da debatida divisão entre as obrigações de meios e de resultados, entende-se que o que as caracteriza como obrigações de resultados não é, por si só, a natureza das obrigações, mas o conteúdo da oferta exposta e as informações abastecidas ao paciente, já que neste diálogo estão incorporadas todas as características negociais. Portanto, se o médico oferta ao paciente determinados resultados, criando neste expectativas legítimas, ainda que saibamos que, de acordo com a medicina atual e as próprias barreiras físico-anatômicas, seria impossível tal alcance, esse profissional terá o dever jurídico do cumprimento dessas obrigações de resultados.

De outro lado, quando são apresentados pelo médico, cumprindo seus deveres jurídicos essenciais, todas as informações que dizem respeito aos riscos e benefícios, para que o paciente possa decidir autonomamente se almeja, ou não, se submeter a determinado procedimento cirúrgico, mas sem nele criar expectativas legítimas de alcance de determinados resultados, esclarecendo-o que tal medida é cientificamente

⁹⁶⁹ A vinculação atuará de duas formas: obrigando o fornecedor de serviços, mesmo que este se negue a contratar e; introduzindo-se e prevalecendo no contrato, eventualmente celebrado, ainda que o texto contratual tenha previsão diversa. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. – 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 228.

⁹⁷⁰ Refere Moraes que a visualização pelo paciente desta “versão final” torna-se o motivo de sedução ou de encantamento do consumidor. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*, p. 84.

inatingível, estará assumindo as suas obrigações de meios. Enquadra-se, portanto, na contracorrente de não considerar as cirurgias plásticas como obrigações de resultados, mas que podem se transformar nelas em razão do conteúdo da oferta transmitida ao paciente.

4.5.3 RELAÇÃO PÓS-CONTRATUAL

Os deveres anexos tem também eficácia posteriormente à execução da obrigação, com a incidência da boa-fé objetiva, na fase pós-contratual⁹⁷¹. Está prevista no art. 187 do CC/02, que estabelece o abuso de direito, acrescido do art. 422, também do mesmo diploma, que arrola os princípios contratuais⁹⁷².

A obrigatoriedade de observação dos deveres no período pós-contratual, também conhecido como *culpa post pactum finitum*⁹⁷³, vincula e protege as expectativas criadas na celebração e no cumprimento do contrato. Se após a extinção contratual, houve um desrespeito ao contrato anterior embasado em determinação legal, nascerá para o lesado a possibilidade de pleitear reparação,⁹⁷⁴ através da denominada *pós-eficácia aparente*^{975,976}.

⁹⁷¹ Embora existam poucos estudos sobre a responsabilidade pós-contratual, para aprofundamento desta temática, veja-se: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações. *Estudos de direito civil*, v. I. Coimbra: Almedina, 1994; DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004; MELO, Diogo Leonardo Machado de. Notas sobre a responsabilidade pós-contratual. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexes sobre os cinco anos do código civil*. – São Paulo: Atlas, 2008, pp. 400-442.

⁹⁷² Tais fundamentos são corroborados pelos já aludidos enunciados aprovados nas I, III, IV e V Jornadas de Direito Civil, de que nos contratos deve-se exigir comportamento leal das partes, decorrentes do princípio da boa-fé, na fase pós-contratual, conforme veja-se: Enunciados da I Jornada de Direito Civil: Enunciados 25, 26 e 27; Enunciados da III Jornada de Direito Civil: Enunciados 168, 169 e 170; Enunciados da IV Jornada de Direito Civil: Enunciado 362 e 363 e; Enunciados da V Jornada de Direito Civil: Enunciados 409 e 412.

⁹⁷³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, pp. 625-631.

⁹⁷⁴ DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 123.

⁹⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, p. 176.

⁹⁷⁶ Melo relata que a pós-eficácia das obrigações foi denominada pela doutrina, em relação à *pós-eficácia em sentido amplo*, como: *pós-eficácia aparente*, nos casos em que os efeitos da pós-eficácia são cominados expressa e especificadamente por norma jurídica; *pós-eficácia virtual*, quando o conteúdo das obrigações é preenchido por deveres que, por sua natureza, só podem ser cumpridos no momento imediatamente posterior ao da obrigação principal e, por fim; *pós-eficácia continuada*, quando presentes obrigações duradouras, complexas, nas quais ao longo do curso da obrigação, exista tanto o dever de prestar principal, quanto o secundário. A *pós-eficácia em sentido estrito* incide na existência dos deveres laterais gerados pela função supletiva da boa-fé e não pelos deveres diretamente da lei ou decorrentes de

Caso tais deveres laterais posteriormente não sejam cumpridos, nascerá para quem os viola o dever de reparar os danos advindos após a extinção do contrato, independentemente do adimplemento da obrigação.

Na área médica, não se pode desconsiderar a presença de fatores imponderáveis, reações pós-operatórias decorrentes de circunstâncias alheias à perícia do profissional.⁹⁷⁷ Deve o cirurgião plástico, neste sentido, cumprir atentamente seus deveres jurídicos essenciais, em especial, o dever de informação para orientar o paciente a realizar determinadas condutas adequadas no pós-operatório⁹⁷⁸ que minimizem as chances da ocorrência de danos. O STJ já se manifestou no sentido da necessidade de se colher a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.⁹⁷⁹

Caso o paciente não cumpra as orientações pós-cirúrgicas, e que deste descumprimento, advenham danos, haverá a interrupção do nexo causal em face da culpa exclusiva da vítima.

cláusulas contratuais. MELO, Diogo Leonardo Machado de. Notas sobre a responsabilidade pós-contratual. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexes sobre os cinco anos do código civil*. – São Paulo: Atlas, 2008, pp. 428-430.

⁹⁷⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil médico*. 7.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 172.

⁹⁷⁸ O STJ tratou em seu *leading case* sobre a questão da responsabilidade civil em decorrência do não cumprimento do dever de informar, no seguinte aresto: “Responsabilidade Civil Médico. Cirurgia Estética. Pós-operatório. Reconhecido No acórdão que o médico foi negligente nos cuidados posteriores à cirurgia, que necessitava de retoques, impõe-se sua condenação ao pagamento das despesas para a realização de tais intervenções. Recurso conhecido em parte e provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 73.958/PR*. Quarta Turma. Recorrente: Ângela Ester Langowski Govatzk. Recorrido: Ilian Zacarias Xavier Roth. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Paraná/PR, em 21/11/1995. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500450445&dt_publicacao=11-03-1996&cod_tipo_documento=> Acesso em: 24.04.2013.

⁹⁷⁹ Sobre a questão da responsabilidade pós-contratual, veja-se: “Recurso especial. Responsabilidade civil. Erro médico. Art. 14 do CDC. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Caso fortuito. Excludente de responsabilidade. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. Recurso especial a que se nega provimento.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.180.815/MG*. Terceira Turma. Recorrente: Fernanda de Souza Panta. Recorrido: Carlos Fernando Hudson Nascimento. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Belo Horizonte/MG, em 19.08.2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=201000255310&data=26/8/2010> Acesso em: 14.04.2013.

PARTE III – FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

5 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

5.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A prática médica remonta o período neolítico, no qual já se realizavam os procedimentos de amputações e trepanações⁹⁸⁰ como atividades sanitárias que, da mesma forma, se estenderam até os povos pré-colombianos da América, já que eram necessários meios para combater as dores e as doenças. Na Antiguidade, esteve muito ligada a questões religiosas, uma vez que se atribuíam às doenças a orientações divinas.⁹⁸¹ Até o período da Modernidade, os médicos ocupavam a posição de deuses da cura, sendo que seus diagnósticos e métodos utilizados não eram questionados. O médico não era considerado um especialista em determinadas matérias, mas sim um mago ou sacerdote, dotado de poderes curativos sobrenaturais. Assumia o esculápio, então, a figura do incontestado, sob o qual pairava uma verdadeira aura mágica que o envolvia. Tal crença derivava da absoluta ignorância da etiologia de todas as doenças e da total inconsciência do modo pelo qual o organismo humano reagia àqueles processos de cura.⁹⁸² Não se admitia a prerrogativa do erro, como aduz Gomes, o erro médico na visão do leigo é a antítese da magia inerente aos deuses, ou de quem ungido do poder divino dispõe do poder de cura, isto é, o poder que remite o erro natural. Haja vista que

⁹⁸⁰ Alude Sabbatini que este procedimento trata de um buraco de 2.5 a 5 cm de diâmetro, perfurado à mão, no crânio de um homem vivo, sem qualquer anestesia ou assepsia, durante 30 a 60 minutos. Esta é, talvez, a forma mais antiga de realização de cirurgia de cérebro conhecida: é chamada trepanação, que advém de *trupanon*, em Grego, broca. Foram achados crânios com sinais de trepanação praticamente em todas as partes do mundo onde o homem viveu. Existem evidências que ela já era realizada há mais de 40.000 anos, no tempo dos Cro-Magnons. Foi praticada no Egito Antigo, na Grécia, nos tempos pré-históricos, clássicos romanos, no Oriente Médio, entre as tribos célticas, na China (antiga e recente), na Índia, entre os Maias, Astecas e Incas, entre os índios brasileiros (*karaya* e *eugano*), nos Mares de Sul, e na África do Norte e Equatorial (onde ainda são realizadas, inacreditavelmente). As primeiras descobertas históricas e médicas sobre a trepanação na Antiguidade foram feitas em 1867, por E.G. Squier, na América do Norte, e por Paul Broca, na Europa. SABBATINI, Renato M. E. Fazendo buracos no crânio: psicocirurgia de antigamente? *Revista Cérebro & Mente*. Disponível em: <http://www.cerebromente.org.br/n02/historia/trepan_p.htm> Acesso em: 14.02.2013.

⁹⁸¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p. 23.

⁹⁸² KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, p. 45.

o conceito de doença na Medicina antiga era exatamente a versão orgânica da culpa ou expressão material do pecado. Por tradição, deduz-se que aquele que cura absolve a culpa, desfaz o erro de origem do semelhante. Por isso, soa como despropósito que o médico possa ele também errar, sobretudo no exercício da cura.⁹⁸³

Pode-se delinear a evolução histórica da responsabilidade civil médica exaltando os seguintes contextos e momentos que foram decisivos para o desenvolvimento da temática: o Código de Hammurabi, o tratamento no Egito, passando pelo fortalecimento no Direito Romano, na intensa influência do Direito Francês, chegando-se até os dias de hoje.

Desde a Antiguidade, a responsabilidade civil já era conhecida⁹⁸⁴, tendo o Código de Hammurabi^{985,986} estabelecido as primeiras penas aos médicos e cirurgiões que causassem lesões aos seus pacientes ou, de algum modo, lhes fosse responsável por sua morte. Não havia a conceituação da culpa, sendo o erro analisado de forma objetiva, bastando ter causado um dano ao paciente, o médico já era considerado culpado e deveria sofrer a punição.

No Egito, o povo possuía um “Livro Sagrado” no qual constavam todas as práticas médicas, sendo que, quando os médicos as seguiam rigorosamente estavam livres de qualquer interpelação, mesmo que o doente viesse a falecer; Todavia, se não as observassem, eram imediatamente punidos com a morte, qualquer que fosse o desfecho

⁹⁸³ GOMES, Júlio Cezar Meirelles. Erro médico: reflexões. *Revista Bioética*, vol.2, n.2, 2009, Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/459>. Acesso em: 13.02.2012.

⁹⁸⁴ Conforme Giostri, o Código de Hammurabi não é a mais antiga codificação, apresentando-se as mais antigas que tratam sobre a temática: o corpo de leis do rei Urukagina de Lagos, no terceiro milênio da era pré-cristã; a coligação de leis do rei Ur-Namu (2111-2084 a.C.), em que o art. 625 referia-se à responsabilidade médica; o código de Lipsit Istar de Isin (1934-1924 a.C.) e, por último; as leis de Eshnumma, do rei Dadusha (1875-1787 a.C.), que representam ricos exemplos que precederam a codificação de Hammurabi e, com certeza, lhe serviram de base compilatória para posterior desenvolvimento. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, pp. 24-25.

⁹⁸⁵ O Código de Hammurabi (1686-1750 a.C.) dedicou os arts. 215 a 223 para tratar das atividades e obrigações decorrentes da atividade médica. As penalidades aplicáveis aos médicos eram severas, uma vez que caso não obtivesse sucesso na intervenção cirúrgica e o paciente viesse a óbito, ou sofresse de cegueira, ser-lhe-ia aplicada pena contra a sua mão, membro considerado responsável para o fim de que se evitassem futuras intervenções por aquele profissional. BOUZON, Emanuel. *O código de hammurabi*. 4.ed., rev., Petropolis: Vozes, 1987, pp. 188-189.

⁹⁸⁶ Transcrevemos três normas do Código de Hammurabi a respeito da atuação da profissão médica: Art. 215. Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o cura ou se ele abre a alguém uma incisão com a lanceta de bronze e o olho é salvo, deverá receber dez siclos. (...) Art. 218. Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos. Art. 219. Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo.

da doença.⁹⁸⁷ Os médicos ocupavam altas posições sociais, mesclando suas funções com as de sacerdote, sempre em observância às regras constantes no referido livro.⁹⁸⁸

A responsabilidade civil médica repousa seus antecedentes no Direito Romano. Conforme alude Paz, “entre los pueblos de la antigüedad quizá sea el romano el que más valora la salud.”⁹⁸⁹ A Lei das XII Tábuas, adotada por volta do ano 452 a.C. (Tábua VII – Dos Delitos), trouxe alguns destes princípios gerais da responsabilidade civil. Tratou-se do inadimplemento de obrigação de resultado, mas os romanos atribuíam a responsabilidade ao médico quando, mesmo agindo corretamente, os resultados não eram os esperados. Neste período, não havia uma separação entre a responsabilidade civil e a penal. Mais tarde, os romanos foram os primeiros a distinguir *pena de reparação*, com a distinção entre os delitos públicos e ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem, e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima. A vingança privada foi sendo, aos poucos, substituída por legislações que estabeleciam a responsabilidade civil, passando o Poder Público a intervir e evitar as vinganças privadas. O Estado Romano, com sua função jurisdicional, apartou de todas as pessoas o direito de punir, decretando, conseqüentemente, a necessidade de ação de indenização, em que a composição de cunho econômico, posta a critério da vítima, passou a ser, tempos depois, a regra obrigatória.⁹⁹⁰ Portanto, somente se imputava a responsabilidade ao médico que causasse a morte do paciente por sua imperícia⁹⁹¹.

A *Lex Aquilia*, que sobreveio no século III a.C. trouxe a ideia de culpa como pressuposto da obrigação de indenizar, surgindo com ela os primeiros rudimentos da responsabilidade dos médicos⁹⁹². Estabeleceu a base para as legislações acerca da responsabilidade civil médica ao obrigar os médicos a arcar com uma indenização por

⁹⁸⁷ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro médico e o direito*. 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 08.

⁹⁸⁸ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 37-38.

⁹⁸⁹ PAZ, María Isabel Nuñez. *La responsabilidad de los médicos en el derecho romano*. Gijon: Gráficas Apel, 1996, p. 14.

⁹⁹⁰ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro médico e o direito*. 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 08.

⁹⁹¹ Acerca da responsabilidade médica, Ulpiano, no Digesto, Livro I, título XVIII, fl. 6, § 7º estabelece que “*sicut medico imputari eventos mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit imputari ei debet*” (“*assim como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar a ele o que cometeu por imperícia.*”). MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. Responsabilidade civil dos médicos. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. – 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 315.

⁹⁹² OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Responsabilidade civil dos médicos*, p. 18.

todo escravo que morresse sob seus cuidados. Aboliu-se a pena de morte, adotando em seu lugar o exílio e a deportação do médico no caso de imperícia.⁹⁹³

Na Grécia antiga, no século V a.C., houve significativa evolução na Medicina. Hipócrates⁹⁹⁴ rejeitou a ideia do misticismo que envolvia a área médica, começou a direcionar os estudos para o campo mais científico. Para Hipócrates, a doença era um processo natural, com a influência de fatores externos como o clima, ambiente, etc., proporcionando que se emitissem diagnósticos com base num processo lógico e não somente uma inspiração divina, migrando de uma Medicina mágica para uma Medicina Clínica. Os textos de Hipócrates trouxeram um enorme rol de procedimentos cirúrgicos e instrumentos a estes ligados.⁹⁹⁵ Diversos estudiosos da Escola de Alexandria, no século II, reuniram no *Corpus Hipocraticum*, um conjunto de ideias representando o Pensamento Hipocrático. Buscaram os teóricos da época separar a Medicina das interpretações divinas e imaginárias. A doutrina de maior alcance foi o Juramento Hipocrático que formulou postulados éticos como pilares para condução da Medicina, mesmo sem estar fundamentados em aspectos jurídicos.⁹⁹⁶

Desta maneira, a relação médico-paciente permaneceu durante séculos, sem grandes mudanças, sendo estabelecida nos pressupostos deontológicos hipocráticos clássicos nos quais o médico tinha dever de beneficiar os pacientes.

O Direito Francês foi o grande marco de estabelecimento das primeiras normas de forma codificada da responsabilidade médica, influenciado pela jurisprudência e doutrina que evoluíram muito a apreciação desse tema. O Código Francês abandonou o critério de enumerar os casos de composição obrigatória, determinando que qualquer ato causador de dano ensejaria reparação, aplicando-se esta determinação também à classe médica. As decisões incipientes de responsabilização do médico iniciaram no princípio do século XIX, na França, em contraponto aos pareceres emanados pela Academia

⁹⁹³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p. 28.

⁹⁹⁴ Pouco se sabe sobre o autor da doutrina hipocrática. É conhecido que nasceu na ilha de Cós, 400 anos a.C., estudou em Atenas e praticou Medicina na Trácia, Crotona, Perinto, Salamina e Macedônia, morrendo em Tessália entre os 104 e 107 anos.

⁹⁹⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 432.

⁹⁹⁶ França alude sobre as principais obras de Hipócrates dizendo que “em ‘Epidemias’ descreveu com rigoroso caráter científico o desenrolar das doenças; em ‘Ares, Águas e Lugares’, criou o primeiro tratado de saúde pública e geografia médica; em ‘Histórias Clínicas’, trouxe à tona o valor do exame minucioso e a razão desse ato ser judicioso, solene e meditado; em ‘Prognóstico’, além de descrever a alteração do pulso e da temperatura como elementos importantes em determinados processos patológicos, relata com a mais alta precisão os ruídos auscultados nos derrames pleurais hidrogasosos, conhecidos até hoje como ‘sucção hipocrática’. Escreveu, ainda, ‘Aforismos’, ‘Regime das Doenças Agudas’, ‘Articulações e Fraturas’, ‘Feridas da Cabeça’, ‘Medicina Antiga’, dentre outros”. FRANÇA, Genival. *Direito médico*, p. 13.

Francesa de Medicina, que se posicionava no sentido de não responsabilizar os médicos por erros profissionais, a não ser que tivessem agido com intenção de causar danos.^{997,998}

Foi somente em 1836 que a responsabilidade civil por erro médico se firmou nos meios jurídicos franceses. O *leading case* de responsabilização civil dos médicos ocorreu na jurisprudência francesa, em 1832, em Domfront, no julgamento que condenou o médico Dr. Helie ao pagamento de pensão anual de 200 francos à família Foucault, em face da atuação do Procurador-Geral da Câmara Civil da Corte de Cassação de Paris, André Marie Jean-Jacques Dupin.^{999,1000}

⁹⁹⁷ FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Revista AJURIS* 55, p. 119.

⁹⁹⁸ Conforme ensina Mosset Iturraspe, a Academia de Medicina de Paris, em 1829, proclamou que a responsabilidade dos profissionais médicos deveria ser unicamente moral, o que influenciou a doutrina e a jurisprudência francesa por um tempo, estabelecendo critérios como diagnóstico, prognóstico, tratamento, intervenção cirúrgica, decidindo que: a) o médico só poderia ser responsabilizado com base em uma “culpa material” – não em uma “culpa médica” – ou seja, ele responderia quando cometesse falta igual àquela cometida por um homem comum, mas não por uma especificamente decorrente do agir médico; b) a culpa médica seria escusável devido às dificuldades existentes no exercício da Medicina; c) poderia haver responsabilidade desde que ocorresse culpa grave, inescusável, um erro grosseiro ou elementar; d) incumbiria ao doente provar os erros ou os descuidos do médico; e) o laudo dos peritos médicos deveria ser decisivo no assunto, pois só eles podem emitir opinião autorizada. O autor denomina esta doutrina de “responsabilidade eufemística”. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad de los profesionales*. Rubinzal-Culzoni editores, 2005, pp. 255-257.

⁹⁹⁹ Este julgado ocorreu da seguinte forma: o Dr. Helie de Domfront foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault. Somente se apresentou às nove horas. Constatou, ao primeiro exame, que o feto estava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro para facilitar o trabalho de parto. A seguir, notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como consequência, a criança nasceu e sobreviveu ao toco-traumatismo. Diante de tal situação, a família Foucault ingressa em juízo contra o médico. Nasceu daí um dos mais famosos processos submetidos à justiça francesa. A sociedade dividiu-se: A Academia Nacional de Medicina da França pronunciou-se a favor do médico e, solicitada pelo Tribunal, nomeou quatro médicos, dos maiores obstetras da época. O resultado do laudo foi o seguinte: 1. Nada provado que o braço fetal estivesse macerado; 2. Nada provado que fosse impossível alterar a versão manual do feto; 3. Não havia razões recomendáveis para a amputação do braço direito e, muito menos, do esquerdo; 4. A operação realizada pelo Dr. Helie foi considerada como uma falta grave contra as regras da arte. Apesar da imparcialidade do laudo, a Academia o impugnou e outro é emitido por outros médicos, que chegam à conclusão contrária à primeira manifestação dos Delegados da Academia. Cabe, assim, transcrever o lapidar parecer do Procurador-Geral que se mostra extremamente atual: “*O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se dessa noção fundamental; para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão. Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção; basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto, inescusáveis. Em circunstâncias raras, que podem, porém, apresentar-se às vezes, se o médico é levado ante os tribunais, não se deve dizer que sua reputação está sem garantias. Somente seus atos são submetidos à sua apreciação, como são as ações de todos os outros cidadãos, quaisquer que sejam os seus estados ou as suas condições. Na responsabilidade, tal como se pode entender da lei civil, não se trata de capacidade, mais ou menos ampla, ou do talento mais ou menos brilhante, mais ou menos sólido, senão somente da garantia contra imprudência, a negligência, a pressa e uma ignorância crassa a respeito daquilo que se devia necessariamente saber e praticar em uma profissão. Os tribunais estão ali para apreciar os feitos, e nessa apreciação não devem perder de vista*”

A existência de medidas corretivas aplicadas ao médico que cometia um erro, e o tratamento despendido a este fenômeno ao longo da história, demonstra que a figura do erro médico sempre esteve presente nos meios sociais, desde os primórdios da medicina até o momento atual, sendo sempre motivo de atenção, no intuito de criar mecanismos de indenização às vítimas desses erros.

A área da ciência do Direito que sofreu maiores transformações no transcorrer do século XX¹⁰⁰¹ foi, sem dúvida, a da responsabilidade civil, sendo tão fulminante que se tratou não de uma simples *evolução*, mas uma verdadeira *revolução*. Não só isso, os domínios da responsabilidade civil se ampliaram exponencialmente com vasta produção legislativa, literatura jurídica e enorme frequência de casos que chegam aos Tribunais.

As demandas com pedidos ressarcitórios em face de médicos se proliferaram. Nos Estados Unidos, nos anos 70 se moviam cinco demandas para cada cem médicos. Já nos anos 80, houve aumento de dezesseis demandas para cada cem profissionais. Contemporaneamente, há vasta proliferação de demandas por *medical malpractice*, o que esta germinando uma reação do exercício de uma *medicina defensiva* e a erosão da confiança da relação médico-paciente diante do potencial paciente demandante.¹⁰⁰²

estes princípios: para que um homem possa ser considerado responsável por um ato em sua profissão, é necessário que haja uma falha em seu ato, que não haja sido possível, com uma vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos, garantir-se contra ela; o que no feito se espera é que a falta seja de tal natureza, que se torne completamente inescusável o havê-lo cometido. Desde o momento em que os feitos médicos reprovados, que por sua natureza estão exclusivamente reservados às dúvidas e discussões da ciência, saem da classe médica; desde que eles se compliquem de negligência e ignorância de coisas que se devem necessariamente saber, então a responsabilidade de direito comum existe, e a competência da justiça está aberta. (...) Aos tribunais corresponde aplicar a lei com discernimento, com moderação, deixando para ciência toda latitude de que se necessita, dando, porém, à justiça e ao direito comum tudo o que lhe pertence (...) Que os médicos se confortem: o exercício de sua arte não está em perigo; a glória e a reputação de quem a exerce com tantas vantagens para a Humanidade não serão comprometidas pela falta de um homem que falhe sob o título de doutor. Não se sacam conclusões e dificilmente se conclui partindo do particular ao geral, e de um fato isolado a casos que não oferecem nada de semelhante. Cada profissão encerra, em seu meio, homem dos quais ela se orgulha e outros que ela renega.” KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, p. 56.

¹⁰⁰⁰ PACHECO, Newton. *O erro médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991, pp. 23-24.

¹⁰⁰¹ Mosset Iturraspe alude que entre os anos de 1958 e 2000, houve notável transformação na responsabilidade médica e, em face desta alteração, proliferaram-se demandas de pacientes considerando-se vítimas de danos. Aponta, de forma sintética, as seguintes principais causas dos litígios sobre responsabilidade civil dos médicos: a) uma revalorização da vida humana, da integridade e da saúde; b) a proteção do consumidor; c) a inquietude na relação causal; d) o desaparecimento da relação médico familiar-paciente; e) os médicos incompetentes; f) os advogados inescrupulosos e; g) os juízes “incontroláveis”. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad de los profesionales*, pp. 263-271.

¹⁰⁰² Como diz Bueres, “*la responsabilidad médica (o cuando menos la responsabilidad profesional) se ha erigido en la gran ‘vedette’ del derecho de daños.*” BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 36.

Como reação a tais demandas, começou-se uma verdadeira corrida em busca dos seguros¹⁰⁰³, cuja procura aumenta trinta e cinco por cento anualmente.¹⁰⁰⁴

Por fim, podem-se destacar dois fatores como principais da evolução da responsabilidade civil: a revolução industrial, com o desenvolvimento tecnológico e científico e a busca de uma justiça social, gerando intervenção social para garantir o acesso a todos aos bens e serviços necessários a uma vida digna.¹⁰⁰⁵

5.2 DIMENSÕES CONCEITUAIS E A NATUREZA JURÍDICA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade civil é imposta a todo indivíduo que por comportamento lesivo causar dano a direito alheio e tem por finalidade reprimir o dano privado e restabelecer o equilíbrio individual perturbado, visando à convivência social pacífica.

A responsabilidade civil médica pode ser considerada como a violação de um dever jurídico originário, que configura o ilícito e que acarreta danos a outra pessoa. Trata-se de ação humana que tem como pressupostos a existência de uma conduta, um dano injusto sofrido pela vítima, que pode ser de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, tendo relação de causalidade entre a ação e o dano. Assim, atribui-se a responsabilidade pelo dano ao agente de forma subjetiva (culpa ou dolo ou objetiva - risco).¹⁰⁰⁶ Estruturou-se como um sistema rigoroso de obrigações jurídicas que surgem em decorrência dos notáveis progressos da medicina moderna. Esta evolução social em ritmo alucinante aproxima os problemas comuns da Medicina e do Direito.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰³ Sobre o aumento da procura por contratação de seguro de responsabilidade profissional nos Estados Unidos, ver: MELLO, Michelle M., *et al.* The new medical malpractice crisis. *New England Journal of Medicine*, 2003, pp. 2281-2284.

¹⁰⁰⁴ BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 37.

¹⁰⁰⁵ Referem Direito e Cavalieri Filho acerca da conferência proferida por Louis Josserand na Universidade de Coimbra, em 1936, quando disse que “foi tão rápido, tão fulminante foi o movimento que levou a teoria da responsabilidade civil a novos destinos.” DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, pp. 01-02.

¹⁰⁰⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, p. 123.

¹⁰⁰⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*, p. 10.

No direito brasileiro, a responsabilidade médica está delimitada em dois campos: o *civil*, incluindo as relações de consumo e o *penal*. Nestas searas jurídicas, há a previsão de deveres de comportamento preestabelecidos.¹⁰⁰⁸

Em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil médica obedece aos mesmos princípios da responsabilidade civil em geral, segundo a qual quem realizar determinado ato com intenção, ou ainda que seja com “mera culpa”, que causar danos, terá o dever de repará-los. Exige-se para a sua configuração a culpa, ou seja, deve-se demonstrar que não houve o cumprimento dos deveres jurídicos essenciais decorrentes da obrigação da prestação de serviços médicos, que caracterizem culpa, em qualquer de suas modalidades (negligência, imprudência ou imperícia), ou dolo, no cumprimento das obrigações.

5.2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES JURÍDICOS CONTRATUAIS E EXTRA CONTRATUAIS

O vínculo jurídico constituído entre o médico e o paciente pode se estabelecer através de uma prestação de serviço público, como um negócio jurídico privado de prestação de serviços médicos, ou, ainda, em decorrência de um dever ético-profissional de que tem recai sobre o médico de ter que prestar socorro a quem se encontre em situação de perigo, sem que haja prévia relação jurídica.

A responsabilidade civil do médico pode ser configurada, também, pelo fato de outrem¹⁰⁰⁹, quando houver substituição entre profissionais médicos, na relação médico-anestesiologista¹⁰¹⁰, por exemplo, ou pelo fato da coisa¹⁰¹¹, no caso de utilização de

¹⁰⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Revista dos Tribunais* 831, p. 108.

¹⁰⁰⁹ Conforme Giostri, a responsabilidade civil do médico por fato de outrem no caso da substituição entre profissionais pode ocorrer: a) quando um médico (A) é substituído por outro (B), atuando este de forma independente, diretamente vinculado ao doente. Ocorrendo erro médico, não o médico (A) não poderá ser responsabilizado em vista de que não havia nenhuma relação entre os dois profissionais; b) quando um médico (A), necessitando da presença de um outro médico (B), subordina a atuação deste à sua direção. Neste caso, caso o médico substituído (B) incorra em culpa, o médico (A) será também responsabilizado por fato de outrem. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p. 45.

¹⁰¹⁰ O STJ já se manifestou, apesar de o cirurgião plástico ser considerado o chefe da equipe e único responsável, uma mudança de posicionamento no caso do anestesiologista que atua como profissional autônomo, sendo responsabilizado individualmente pelo que deu causa, como segue a decisão: “Embargos de Divergência em Recurso Especial. Processual Civil. Civil e Consumidor. Erro Médico. Responsabilidade dos Médicos Cirurgião e Anestesiologista. Culpa de profissional liberal (CDC, Art. 14, § 4º). Responsabilidade pessoal e subjetiva. Predominância da autonomia do anestesiologista, durante a cirurgia.

instrumento ou aparelho utilizado pelo médico causar danos ou no caso de defeitos no aparelho, decorrente de questões mecânicas.¹⁰¹²

A relação médico-paciente caracteriza-se, sob o prisma jurídico, de duas formas: *contratual*, quando advém de um negócio jurídico prévio, ainda que tácito, entre o paciente e o médico, mesmo que o paciente seja considerado civilmente incapaz, estando representado ou assistido, restringindo-se às questões que pertinem à medicina privada; *extracontratual*, quando o atendimento médico decorre na inexistência prévia de negócio jurídico, no caso em que o próprio risco de morte coloca o médico e o paciente frente a frente, mesmo sem o consentimento deste, em casos graves ou emergenciais, em razão do dever geral médico de prestar assistência. Além do mais, será considerada *extracontratual*, no caso de atendimento¹⁰¹³, quando houver a prestação de serviços por médico servidor público, atendendo em instituições que

Solidariedade e responsabilidade objetiva afastadas. 1. Não se conhece dos embargos de divergência apresentados pela Clínica, pois: (I) ausente o necessário cotejo analítico entre os acórdãos embargado e paradigma, para fins de comprovação da divergência pretoriana (RISTJ, arts. 255, §§ 1º e 2º, e 266, § 1º); e (II) o dissídio apontado baseia-se em regra técnica de conhecimento do recurso especial. 2. Comprovado o dissídio pretoriano nos embargos de divergência opostos pelo médico cirurgião, devem ser conhecidos. 3. A divergência cinge-se ao reconhecimento, ou afastamento, da responsabilidade solidária e objetiva (CDC, art. 14, caput) do médico-cirurgião, chefe da equipe que realiza o ato cirúrgico, por danos causados ao paciente em decorrência de erro médico cometido exclusivamente pelo médico-anestesiologista. 4. Na Medicina moderna a operação cirúrgica não pode ser compreendida apenas em seu aspecto unitário, pois frequentemente nela interferem múltiplas especialidades médicas. Nesse contexto, normalmente só caberá a responsabilização solidária e objetiva do cirurgião-chefe da equipe médica quando o causador do dano for profissional que atue sob predominante subordinação àquele. 5. No caso de médico anestesista, em razão de sua capacitação especializada e de suas funções específicas durante a cirurgia, age com acentuada autonomia, segundo técnicas médico-científicas que domina e suas convicções e decisões pessoais, assumindo, assim, responsabilidades próprias, segregadas, dentro da equipe médica. Destarte, se o dano ao paciente advém, comprovadamente, de ato praticado pelo anestesista, no exercício de seu mister, este responde individualmente pelo evento. 6. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, caput, prevê a responsabilidade objetiva aos fornecedores de serviço pelos danos causados ao consumidor em virtude de defeitos na prestação do serviço ou nas informações prestadas - fato do serviço. Todavia, no § 4º do mesmo artigo, excepciona a regra, consagrando a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. Não há, assim, solidariedade decorrente de responsabilidade objetiva, entre o cirurgião-chefe e o anestesista, por erro médico deste último durante a cirurgia. 7. No caso vertente, com base na análise do contexto fático-probatório dos autos, o colendo Tribunal de Justiça afastou a culpa do médico-cirurgião - chefe da equipe -, reconhecendo a culpa exclusiva, com base em imperícia, do anestesista. 8. Embargos de divergência da Clínica não conhecidos. 9. Embargos de divergência do médico cirurgião conhecidos e providos.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 605.435/RJ*. Segunda Seção. Embargante: Roberto Debs Bicudo. Embargado: Celso do Nascimento. Relator: Min. Nancy Andrighi. Rio de Janeiro/RJ, em 14.09.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=201100414220&data=17/4/2013> Acesso em: 01.05.2013.

¹⁰¹¹ SOUZA, Neri Tadeu Camara. Erro médico e fato da coisa. In: FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. *Direito médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 375-382.

¹⁰¹² FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Revista AJURIS* 55, pp. 133-137.

¹⁰¹³ Aguiar Júnior exemplifica relatando quando acontece o encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção, em favor de incapaz por idade ou doença mental. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, p. 124.

compulsoriamente recebem segurados da saúde pública, assim como quando há médico contratado por sociedades empresárias para prestar assistência a seus empregados.

O adimplemento da relação obrigacional médica é o núcleo que se realiza no interesse do credor, participando o devedor através de conduta devida, que se presume aquela lícita, válida, possível, determinada ou determinável (art. 166, inc. II do CC/02), útil ao credor (art. 395, parágrafo único, do CC/02), em consonância com seu fim econômico-social, à boa-fé e aos bons costumes (art. 187 do CC/02), realizando-se no lugar, tempo e forma que a lei ou a convenção estabelecer.¹⁰¹⁴ Não só isso, também se perfectibiliza o adimplemento quando se alcançar o conjunto de interesses envolvidos na relação¹⁰¹⁵, já que a valoração dos interesses regulados necessita de, fundamentalmente, uma *relação de cooperação*.¹⁰¹⁶

A responsabilidade contratual emana de um contrato ajustado livremente e de boa-fé entre o paciente e o médico que, na maioria das vezes, ocorre de forma tácita no espaço da medicina privada. Está prevista, no CC/02, nos arts. 389 a 400, que fixa questões como o inadimplemento e a mora decorrentes das declarações de vontade.

A responsabilidade civil do médico ocorre quando a inexecução da obrigação contratual for faltosa.¹⁰¹⁷ Nesta responsabilidade, a culpa se presume, invertendo-se o ônus probatório, uma vez que cabe ao credor apenas demonstrar o inadimplemento da obrigação. Ao devedor caberá o encargo de provar que não agiu com culpa ou que se sucedeu alguma das excludentes do nexo de causalidade, como a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Caso preexista este vínculo jurídico-obrigacional entre o galeno e o paciente, o dever de indenizar poderá emergir como consectário do inadimplemento contratual. Nesse caso, caracteriza-se a responsabilidade civil contratual, também denominada de ilícito contratual.¹⁰¹⁸ Cumpre repisar que no campo contratual o ressarcimento pode advir de relações que são estabelecidas em todas as fases. Daí as modalidades de responsabilidade nesse campo, conforme Bittar:

¹⁰¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil, volume V, tomo I, do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. – Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 66.

¹⁰¹⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, p. 69.

¹⁰¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil, volume V, tomo I, do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*, p. 85.

¹⁰¹⁷ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p. 95.

¹⁰¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade*, p. 15.

a) pré-contratual, a b) contratual propriamente dita e a c) pós-contratual; a primeira, quando as partes estejam em negociações, com manifestação de intenção e execução de medidas compatíveis; a segunda, quando já firmado o contrato e no curso de sua execução; a terceira, com a subsistência de efeito após a cessação da relação (como, respectivamente, nos seguintes casos: na não-celebração do ajuste com a pessoa com quem se negociava, que, no entanto, fizera despesas para ajustar-se aos interesses da outra parte no contrato; no não-pagamento de quantia vencida; e nos efeitos, após a entrega do prédio, de vícios que, por falta de conservação, vêm aparecer, e outros).¹⁰¹⁹

A responsabilidade extracontratual resta configurada em razão de fatos que unem frente a frente o médico e o paciente, tendo aquele o dever de prestar assistência médica, como, por exemplo^{1020,1021}, uma emergência em razão de atropelamento. De igual forma, o médico servidor de instituição pública, ao receber o paciente, enquadra-se nesta situação de não contratação, por exemplo, quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental.¹⁰²² Encontra sua previsão nos arts. 186, 187, 927 e 932 do CC/02 e tratam da violação de deveres originários estabelecidos como regras de comportamento.

Embora muito se tenha discutido a esse respeito, hoje já não pairam dúvidas sobre a natureza contratual da responsabilidade civil médica.¹⁰²³ Desta forma, a responsabilidade civil médica melhor se enquadra como responsabilidade contratual¹⁰²⁴, ressalvados os casos expostos, mas, sobremaneira, concorda-se com Cavalieri Filho que alude que

¹⁰¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 45.

¹⁰²⁰ Andorno alude aos seguintes casos de responsabilidade civil extracontratual: a) quando o fato configura delito; b) relação de origem legal; se os serviços são requeridos por uma pessoa distinta do paciente sem representação legal ou voluntária; c) incapaz sem poder se comunicar; d) serviços prestados em caso de urgência. ANDORNO, Luis O. La responsabilidad civil médica. *Revista AJURIS* 59, p. 220.

¹⁰²¹ Giostri arrola casos em que a responsabilidade médica pode ser tida como extracontratual: a) atendimento do médico a incapaz de fato, sem poder comunicar-se com seu representante legal a fim de obter a devida autorização; b) atitudes desenvolvidas contra a vontade do paciente nos casos de tentativa de suicídio, fornecendo assistência antes da consumação do ato; c) quando o contrato celebrado com o paciente for nulo; d) atendimento fornecido pelo serviço público, que caracterizaria responsabilidade civil objetiva. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, pp. 60-61.

¹⁰²² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, p. 126.

¹⁰²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil*, p. 238.

¹⁰²⁴ Neste mesmo sentido, os autores: DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 328; KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, p. 74; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor*, p. 199.

após o Código do Consumidor essas discussões perderam relevância. Hoje a responsabilidade médica/hospitalar deve ser examinada por dois ângulos distintos. Em primeiro lugar a responsabilidade decorrente da prestação de serviços direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal. Em segundo lugar a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos, etc.¹⁰²⁵

Ainda, há uma terceira corrente que defende, isoladamente, que a relação médico-paciente será sempre extracontratual, resultando daí que do descumprimento dos deveres poderia advir uma responsabilidade civil extracontratual.¹⁰²⁶

Nesta diferenciação entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, o reflexo ecoa na distribuição do ônus probatório, pois se for contratual, de regra, há a presunção de culpa do devedor no caso de inadimplemento. Todavia, no caso de extracontratual, deve haver a demonstração da existência de culpa decorrente de um dever genérico de não lesar.¹⁰²⁷

Quando o paciente contrata um médico para uma consulta, um tratamento, uma terapia ou uma cirurgia, o negócio jurídico é nitidamente contratual, oneroso e comutativo. Assim, também, decidiu o STJ, que já se manifestou no sentido de que a relação médico-paciente é, eminentemente, de natureza contratual.¹⁰²⁸

¹⁰²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 370.

¹⁰²⁶ Para Borda, a responsabilidade que pesa sobre um médico que atende a um enfermo em seu consultório ou o opera com seu consentimento, não diferiria da que tem o profissional que atende ao trabalhador de uma empresa que necessita de atendimento em face de um aciente. Este autor sustenta que a responsabilidade civil do médico deve ser extracontratual para todos os casos, já que os deveres não surgem da contratação e sim das obrigações que o próprio exercício da medicina impõe. BORDA, Guillermo A. *Naturaleza jurídica de la responsabilidad médica*. In: TRIGO REPRESAS, Félix A.. *Responsabilidad civil: doctrinas esenciales. 1936-2007*. 1.ed. Buenos Aires: La Ley, 2007, pp. 57-64.

¹⁰²⁷ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 60.

¹⁰²⁸ O acórdão do STJ corrobora que a relação médico-paciente é uma relação contratual, veja-se: “Recurso Especial - Ação de Indenização - Danos morais e materiais - Cirurgia de vasectomia - Suposto Erro Médico - Responsabilidade Civil Subjetiva - Obrigação de meio - Precedentes - Ausência de comprovação de imprudência na conduta do profissional - Cumprimento do dever de informação - Entendimento obtido da análise do conjunto fático-probatório - Reexame de provas - Impossibilidade - óbice do Enunciado n. 7 da Súmula/STJ - Recurso Especial não conhecido. I - A relação entre médico e paciente é contratual, e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, e não de resultado. II - Em razão disso, no caso da ineficácia porventura decorrente da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva; III - Estando comprovado perante as instâncias ordinárias o cumprimento do dever de informação ao paciente e a ausência de negligência na conduta do profissional, a revisão de tal entendimento implicaria reexame do material fático-probatório, providência inadmissível nesta instância extraordinária (Enunciado n. 7/STJ); IV - Recurso especial não conhecido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.051.674/RS*. Terceira Turma. Recorrente: João Carlos Picolo. Recorrido: Lênio Carlos Dagnoluzzo Tregnago. Relator: Min. Massami Uyeda. Rio Grande do Sul/RS, em 03.02.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=200800872590&data=24/4/2009> Acesso em: 24.04.2013.

A análise da responsabilidade civil médica compreende a responsabilidade civil do profissional da medicina, das instituições hospitalares e dos demais estabelecimentos que prestam serviços de assistência à saúde.

O ônus da prova da culpa é diferente na responsabilidade civil contratual e extracontratual. Na contratual, o devedor (profissional liberal) tem, normalmente, o ônus da prova da inoccorrência da culpa, cabendo ao credor (paciente) comprovar apenas a existência de contrato, o inadimplemento, o dano sofrido e o nexo causal. Já na responsabilidade extracontratual, o ônus da prova da ocorrência da culpa é do autor da demanda (cliente).¹⁰²⁹

No âmbito da relação médico-paciente, não há contrato prévio, mas *contato social* e daí decorrem os efeitos. Em matéria de reponsabilidade, pontuou-se a relação contratual com uma série de deveres que não são contratuais, como a Boa-fé, por exemplo. A incidência de normas extracontratuais, princípios, como a Boa-fé e os deveres que ela gera não são contratuais, não decorrem da vontade das partes, embora tenha contrato. Não precisa estar posto no contrato para que existam deveres. A consequência prática são, fundamentalmente, os efeitos do inadimplemento. Se há contrato e há inadimplemento, este é regulado através da cláusula penal, juros, etc. Se não há contrato, vai-se direto para a indenização.

Durante muito tempo, discutiu-se se a responsabilidade médica seria contratual ou extracontratual.¹⁰³⁰ Houve uma mutação principiológica especialmente no CC/02, passando alguns princípios a gozar de central importância na ordem jurídica. A fronteira, assim, entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual se permeabiliza, a partir da superação da *summa divisio*.^{1031,1032,1033} Caminha-se para a

¹⁰²⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor*, p. 199.

¹⁰³⁰ Andriighi alude que a discussão era incentivada, sobretudo, pelo fato de que a regra especial que determinava ao médico o dever de reparar o dano causado constava, no Código Civil revogado, não no capítulo relativo à responsabilidade contratual, mas naquele que tratava da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos (Título VIII, Capítulo II, art. 1.545) ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil na cirurgia estética*. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2278>>. Acesso em: 03.05. 2013.

¹⁰³¹ Marques, ao falar sobre o princípio básico da confiança e a superação da *summa divisio* entre a responsabilidade contratual e extracontratual, refere que “*note-se que a ciência do direito, para proteger convenientemente a confiança despertada pela atuação dos fornecedores no mercado, terá de superar a ‘summa divisio’ entre a responsabilidade contratual e extracontratual, e o fará revigorando a figura dos deveres anexos (Nebenpflichten). Estes são deveres de conduta, deveres de boa-fé presentes nas relações sociais mesmo antes da conclusão dos contratos, presentes mesmo depois de exauridas as prestações principais ou em caso de contratos nulos ou inexistentes. Em verdade, os deveres anexos de cuidado, de informação, de segurança e de cooperação estão presentes em todas as relações, mesmo as extracontratuais, pois são deveres de conduta humana (Verkehrspflichten), só indiretamente (ou*

unificação do sistema.¹⁰³⁴ O CDC, portanto, suplantou a antiga dicotomia¹⁰³⁵, advinda do *contato social* já que a Boa-fé passa a ser critério de interpretação dos negócios jurídicos.

De tal modo, a classificação genérica que estabelece os critérios de separação se mostra inadequada mesmo se considerando a prestação de serviços médicos como um prévio ajuste, como espécie de prestação de serviços públicos ou, ainda, em situações excepcionais, sem uma relação jurídica pré-determinada, mas que decorre de um dever ético-profissional do médico de prestar o devido socorro a quem se encontre em situação de perigo. O princípio da boa-fé fez com que passasse a se observar na relação obrigacional deveres anexos, ainda que não estejam previstos no contrato.¹⁰³⁶

A abordagem do presente trabalho está delimitada à análise da responsabilidade civil médica por fato próprio do cirurgião plástico. Circunscreve-se o estudo à relação jurídica material entre o cirurgião plástico e o paciente, a par das questões de responsabilidade civil decorrentes do exercício da medicina coletiva.¹⁰³⁷

eventualmente) dirigidos à prestação contratual.” MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 1143.

¹⁰³² Andriighi também sustenta que essa discussão está superada, não apenas porque o Novo Código Civil solucionou tal impropriedade, mas também por força da evolução do pensamento jurídico e dos debates que se formaram mesmo à luz da legislação anterior. ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil na cirurgia estética*. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2278>>. Acesso em: 03.05. 2013

¹⁰³³ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. Responsabilidade civil dos médicos. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, p. 312.

¹⁰³⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, p. 124.

¹⁰³⁵ Como alude Tepedino, “a superação da dicotomia entre a responsabilidade contratual e extracontratual foi corroborada, posteriormente, pela promulgação da Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.” TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil, t. II*, p. 87.

¹⁰³⁶ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 60.

¹⁰³⁷ Como ensina AGUIAR JÚNIOR, no caso de medicina coletiva, “é preciso distinguir entre (1) o ato médico propriamente dito, que somente pode ser realizado por médico (diagnóstico, indicação terapêutica, cirurgia, prognóstico), e pelo qual ele responde, (2) e os atos realizados por pessoal auxiliar mediante a sua direta supervisão, ou por pessoal qualificado que segue suas instruções, pelos quais também responde, (3) dos atos derivados do contrato de hospedagem, ligados à administração hospitalar, como o dever de guarda do doente, e (4) dos atos de tratamento, realizados em hospital ou em farmácia, de que são exemplos a administração de remédio errado, injeção mal feita, compressas excessivamente quentes etc., pelos quais o médico não responde.” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, p. 131.

5.3 TRATAMENTO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO DIREITO BRASILEIRO

As fontes do Direito se multiplicam e não estão mais centradas unicamente no CC/02. Surgem as questões de massa e os contratos passam a ter distribuição indireta, fazendo-se necessários regramentos jurídicos como o CDC, por exemplo. Não só isso, perdeu-se o elemento confiança em face deste distanciamento, o que originou a necessidade da proteção no CDC.

No Direito Brasileiro, a responsabilidade civil do médico recebe o mesmo tratamento da responsabilidade civil em geral. Está disciplinada nos artigos 186¹⁰³⁸, 187¹⁰³⁹ combinado com o art. 927, *caput*¹⁰⁴⁰, do CC/02. Em matéria de responsabilidade civil médica, o CC/02 prevê também o dispositivo específico no artigo 951¹⁰⁴¹.

Quando se trata de vínculo jurídico-obrigacional estabelecido nas figuras do médico, como fornecedor de serviços, e do paciente, como destinatário final deste serviço, aplica-se o estatuto do CDC. No que pertine à responsabilidade civil dos profissionais liberais, neste caso a regra que incide é a prevista no art. 14, § 4º, do CDC, exigindo a análise da culpa.¹⁰⁴²

A controvérsia acerca da responsabilidade civil médica e qual o seu regime aplicável, se contratual ou extracontratual, se de meios ou de resultados, como dito, perdeu força com a entrada em vigor do CDC e do CC/02. A análise do tratamento jurídico se faz a partir de duas perspectivas. Se se tratar de prestação de serviços médicos ofertados de maneira empresarial, a partir de, por exemplo, hospitais, clínicas, laboratórios, estar-se-á diante do enquadramento da responsabilidade civil objetiva com

¹⁰³⁸ 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.

¹⁰³⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁰⁴⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁰⁴¹ 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.

¹⁰⁴² Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

base nas previsões do art. 927, parágrafo único do CC/02 e 14 do CDC, sendo o paciente-consumidor considerado destinatário final dos serviços médicos.

De outro lado, a prestação de serviços realizada por profissional liberal que atua direta e pessoalmente frente ao paciente, não importa se contratual ou extracontratual, a tal relação jurídica será sempre analisada a responsabilidade civil subjetiva, com base na análise da culpa, já que o art. 951 do CC/02 refere expressamente as suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia. Entende-se como profissional liberal como aquele *prestador de serviços solitário*, que faz do seu conhecimento ferramenta de seu trabalho e sobrevivência.¹⁰⁴³

No caso de este profissional médico trabalhar em hospital, responderá por culpa, sendo o hospital responsável de forma objetiva¹⁰⁴⁴, mesmo que sem vínculo empregatício com a instituição. Não só isso, a circunstância de os serviços médicos terem sido prestados gratuitamente, ou remunerados pelo SUS, não isenta o profissional e a instituição da responsabilidade civil por erro médico.¹⁰⁴⁵

¹⁰⁴³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, p. 174.

¹⁰⁴⁴ Assim já decidiu o STJ sobre a temática: “Direito Civil. Responsabilidade do hospital por erro médico e por defeito no serviço. Súmula 7 do STJ. Violação dos arts. 334 e 335 do CPC. Não ocorrência. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Redimensionamento do valor fixado para pensão. Súmula 7 do STJ. Indenização por danos morais. Termo inicial de incidência da correção monetária. Data da decisão que fixou o valor da indenização. 1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada: (i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC); (ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano; (iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC). 2. No caso em apreço, as instâncias ordinárias entenderam pela imputação de responsabilidade à instituição hospitalar com base em dupla causa: (a) a ausência de médico especializado na sala de parto apto a evitar ou estancar o quadro clínico da neonata - subitem (iii); e (b) a falha na prestação dos serviços relativos ao atendimento hospitalar, haja vista a ausência de vaga no CTI e a espera de mais de uma hora, agravando consideravelmente o estado da recém-nascida, evento encartado no subitem (i). 3. De fato, infirmar a decisão recorrida demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é defeso a este Tribunal, ante o óbice contido na Súmula 7 do STJ. (...)” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.145.728/MG*. Quarta Turma. Recorrente: Maternidade Octaviano Neves S/A. Recorrido: Valéria Mendes Spagnol Ferreira. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Minas Gerais/MG, em 28.06.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2009/0118263-2&data=8/9/2011> Acesso em: 04.06.2013.

¹⁰⁴⁵ Veja-se na decisão do STJ: “Civil e Processual. Recursos especiais. Indenização. Erro médico. Primeiro recurso. Intempestividade. Súmula 418 do STJ. Segundo recurso. Cumulação de danos morais e estéticos. Possibilidade. Súmula 284 do STF. Súmula 387 do STJ. Responsabilidade do hospital pelos

Fixado, então, o tratamento jurídico da responsabilidade civil médica no Direito Brasileiro, passa-se a análise dos sistemas jurídicos aplicáveis e do diálogo das fontes.

5.3.1 SISTEMAS JURÍDICOS APLICÁVEIS À RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O NECESSÁRIO DIÁLOGO DAS FONTES

Há diversos regimes de responsabilidade civil, como a aplicação do CDC, a responsabilidade civil extracontratual do Estado e o CC/02. Esta multiplicidade de regimes de responsabilidade médica, de acordo com a responsabilidade civil contemporânea, faz com que ocorra uma aproximação dos regimes em face da coincidência da finalidade, além da incidência dos deveres jurídicos decorrentes da boa-fé objetiva.¹⁰⁴⁶

O regime de responsabilidade civil médica do CC/02 traz previsão geral acerca da responsabilidade civil no art. 927, *caput*, que refere “*aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*” Agregando ao conceito de ato ilícito, o CC/02 traz no seu art. 186 a previsão que “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*” e, ainda, o art. 187 estabelece que “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*”

atos de sua equipe médica. (...) 3. Consoante entendimento sedimentado no verbete 387 do STJ, “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.” 4. A natureza da responsabilidade das instituições hospitalares por erros médicos deve ser examinada à luz da natureza do vínculo existente entre as referidas instituições e os profissionais a que se imputa o ato danoso. 5. Responde o hospital pelo ato culposo praticado por profissional de sua equipe médica, mesmo que sem vínculo empregatício com a instituição. A circunstância de os serviços médicos terem sido prestados gratuitamente, ou remunerados pelo SUS, não isenta o profissional e a instituição da responsabilidade civil por erro médico. 6. Recurso especial de Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro não conhecido e recurso especial de Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro não provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 774.963/RJ*. Quarta Turma. Recorrente: Luiz Fernando Pinho do Amaral e Outro. Recorrido: Cecília Marques de Souza. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Rio de Janeiro/RJ, em 06.12.2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=7417009&formato=PDF>> Acesso em: 04.06.2013.

¹⁰⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra*. O novo Código Civil e a Lei de Imprensa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 234.

Pode-se dizer, então, que há dois sistemas de responsabilidade civil médica¹⁰⁴⁷, o sistema do CC/02, caso não se configure relação de consumo e o CDC, caso presentes e incidentes as hipóteses de enquadramento nas figuras de consumidor e fornecedor de serviços.

A discussão que exsurgiu, como aludido, foi acerca da possibilidade de os profissionais liberais responderem de forma objetiva, com base na aplicação do art. 927, parágrafo único do CC/02 e do CDC, tendo em vista o exercício de atividade de risco. Mesmo sendo a atividade médica de risco, tal fato, de per se, não gera responsabilidade civil objetiva, não se aplicando a regra do art. 927, parágrafo único, do CC/02.¹⁰⁴⁸ Em se tratando de profissionais liberais, a responsabilidade civil terá sua natureza subjetiva, é imprescindível a análise da culpa, consoante art. 14, § 4º do CDC. Corroborar-se a opinião de Aguiar Júnior, quando refere que *“a regra atinge o empresário e o profissional liberal e, nesse ponto, contraria a regra do Código de Defesa do Consumidor, que exige, para a responsabilidade do profissional liberal, a demonstração da culpa.”*¹⁰⁴⁹

O CC/02 não tratou de forma exaustiva da questão da responsabilidade civil, já que tal concentração seria impraticável, pois muitas questões acabam em responsabilidade civil. Como sustentam Direito e Cavalieri Filho, *“a responsabilidade civil é uma espécie de estuário onde deságuam todas as áreas do direito – público e privado, contratual e extracontratual, material e processual; é uma abóbada que concentra e amarra toda a estrutura jurídica, de sorte a não permitir a centralização de toda a sua disciplina.”*¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴⁷ Os autores Barroso e Frota defendem, aduzindo que a maior parcela da doutrina, da jurisprudência e da legislação pátrias não compreendeu a alteração do paradigma da responsabilidade civil, que os tradicionais contornos da responsabilidade civil e dos seus efeitos no direito brasileiro, se inclinam, ainda que lentamente, para o direito de danos, trabalhado fortemente no direito argentino, com a busca de uma objetivação do resultado na aferição dos danos que devem ser reparados e, notadamente, foco na vítima e na ética da alteridade. Aludem, ainda, que os direitos de danos alteram a perspectiva do intérprete, ao deslocar o âmbito de investigação da conduta do lesante para o dano. Por fim, sugerem que o direito brasileiro ultrapasse a fronteira epistemológica, como ocorreu em diversos países com realidades sociais bastante parecidas com a nossa. Neste sentido, veja-se: BARROSO, L. A.; FROTA, P. M. C. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 43, 2010, pp. 99-114.

¹⁰⁴⁸ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 435.

¹⁰⁴⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Obrigações e contratos – projeto do código civil. *Revista CEJ*, vol. 3 núm. 9, set./dez., 1999.

¹⁰⁵⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 35.

No que toca à responsabilidade civil do médico dos profissionais liberais, no Direito Civil, foi ela tratada pelo CC/02 no art. 951, instituindo regra específica que alude que “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.” As remissões feitas no art. 951 aos arts. 948, 949 e 950, todos do CC/02, dispõem especificamente sobre indenização por homicídio, no art. 948¹⁰⁵¹, indenização por lesão ou outra ofensa à saúde, no art. 949¹⁰⁵² e, indenização por ocorrência de defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho no art. 950¹⁰⁵³.

O CC/02 prevê, portanto, excepcionalmente, um sistema de reparação que possibilita a redução equitativa da indenização¹⁰⁵⁴ (art. 944, parágrafo único¹⁰⁵⁵), levando em conta o grau de culpa do ofensor, diferentemente do CDC que apregoa o *princípio da reparação integral dos danos*¹⁰⁵⁶.

Em relação à aplicação do CDC nas relações médico-paciente, de forma amplamente majoritária, os juristas brasileiros entendem perfeitamente cabível tal hipótese.¹⁰⁵⁷ A jurisprudência brasileira construiu seu entendimento nesse sentido, enquadrando a atividade médica como relação de consumo, sendo aplicáveis, desta forma, os princípios e regras do CDC.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵¹ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

¹⁰⁵² Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

¹⁰⁵³ Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

¹⁰⁵⁴ Como ensina Martins-Costa, em relação à indenização, aduzindo que “na verdade, não se trata propriamente de ‘indenização’, já que, uma vez realizado o prejuízo, não se pode, nem por ficção jurídica, considera-lo ‘in-demne’. Aventa-se, por isso, o caráter conjugadamente satisfativo (à vítima); punitivo (ao autor do dano) e exemplar (à sociedade) subjacente aos mecanismos da responsabilidade extracontratual.” MARTINS-COSTA, Judith. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. *Revista dos Tribunais*, vol.831, p. 110.

¹⁰⁵⁵ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

¹⁰⁵⁶ Sobre o *princípio da reparação integral*, ver a bela obra de: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – indenização no código civil*. – São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁰⁵⁷ Claudia Lima Marques, Bruno Miragem, Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Sérgio Cavalieri Filho, Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas, etc.

¹⁰⁵⁸ O STJ vem aplicando reiteradamente as regras do CDC em matéria de responsabilidade civil médica, veja-se: “Recurso Especial. Erro Médico. Cirurgião Plástico. Profissional Liberal. Aplicação do Código

Ao revés, ainda há vozes isoladas que defendem a inaplicabilidade do CDC à relação médico-paciente, destacando que a saúde se trata de um serviço *sui generis*.¹⁰⁵⁹

Busca-se a proteção do consumidor, que é a parte mais frágil, vulnerável e patentemente em condições de desigualdade em relação ao fornecedor de produtos ou serviços.¹⁰⁶⁰ A aplicabilidade do CDC, destarte, em se tratando de defeito no serviço de profissional liberal ou instituição hospitalar se impõe, já que há remuneração, ainda que indireta, pelo fornecimento dos serviços.

O estatuto consumerista caracteriza-se como um microsistema protetivo do consumidor, em vista do reconhecimento de sua vulnerabilidade, conforme capitulado no art. 4º, inc. I¹⁰⁶¹, do CDC. Adequando-se o CDC a estas relações, faz com que exsurjam os direitos básicos do consumidor-paciente arrolados no art. 6º, destacando-se, dentre eles: a proteção da vida, da saúde e da segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de serviços (art. 6, inc. I¹⁰⁶²); o direito à informação adequada e clara sobre os serviços (art. 6, inc. III¹⁰⁶³); proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, assim como métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de serviços (art. 6, inc. IV¹⁰⁶⁴); efetiva prevenção e reparação de danos (art. 6, inc. VI¹⁰⁶⁵) e; (art. 6, inc.

de Defesa do Consumidor. Precedentes. Prescrição Consumerista. I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14. (...) Recurso especial não conhecido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 731.078/SP*. Terceira Turma. Recorrente: Leonard Edward Bannet. Recorrido: Maria Elisa Vaz de Almeida Rapacini. Relator: Min. Castro Filho. São Paulo/SP, em 13.12.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=200500360432&data=13/2/2006> Acesso em: 10.06.2013.

¹⁰⁵⁹ Couto Filho e Souza referem que “a relação médico-paciente não pode ser considerada mera relação de consumo. É preciso que se faça uma reflexão de transcendental importância de que o serviço de saúde é ‘sui generis’, posto que possui uma função social ímpar, incomparável com qualquer outra. A vida e a saúde não são bens de consumo, não podendo ser comparadas a um produto qualquer. Também não podem ser vistas como serviços prestados oriundos da relação médico-paciente até porque desta relação não são oferecidos bens de consumo.” SOUZA, Alex Pereira de; COUTO FILHO, Antônio Ferreira. *A improcedência no suposto erro médico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 40-43.

¹⁰⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 71.

¹⁰⁶¹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

¹⁰⁶² Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

¹⁰⁶³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

¹⁰⁶⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

VIII¹⁰⁶⁶). Portanto, haverá enquadramento jurídico e aplicação do CDC quando se emoldurarem o paciente e o médico nos conceitos de consumidor, nas hipóteses do art. 2º¹⁰⁶⁷ e de fornecedor, que é definido no art. 3º.¹⁰⁶⁸

Os hospitais e clínicas serão regidos sob o regime da responsabilidade civil objetiva, independentemente da avaliação da culpa, conforme previsão do art. 14, *caput*¹⁰⁶⁹, do CDC. A jurisprudência vem se manifestando no sentido de que mesmo nos casos de atendimento através do SUS^{1070,1071}, há relação de consumo e aplicação do CDC, com o fundamento de que ainda que o paciente não custeie diretamente o médico e o hospital, estes são remunerados com verba pública, que advém dos impostos pagos pela sociedade.

Os profissionais liberais médicos, objeto de estudo neste trabalho, por outro lado, estarão subordinados ao regime da responsabilidade civil subjetiva, sendo premente a avaliação da culpa médica, consoante o art. 14, § 4º do CDC. Tal dispositivo é exceção do sistema de responsabilidade civil objetiva do CDC, que privilegia os profissionais liberais¹⁰⁷², aplicando um sistema de apreciação subjetiva da culpa

¹⁰⁶⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

¹⁰⁶⁶ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

¹⁰⁶⁷ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹⁰⁶⁸ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

¹⁰⁶⁹ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

¹⁰⁷⁰ Conforme Miragem, tratando-se de serviço médico prestado na condição de servidor público intermediário do Estado, de forma gratuita, em observância das regras esculpidas na Lei 8.080/90, que trata do Sistema Único de Saúde, o regramento aplicável é o do direito comum. Nas hipóteses de serviço público *uti universi* prestado de modo gratuito pelo Estado, a responsabilidade médica se dá a partir da junção das regras de responsabilidade do Estado (art. 37, §6º da CF/88) com as disposições do Código Civil (arts. 186, 927, *caput* e 951 do CC/02). Todavia, nas situações em que ocorra a participação de profissionais médicos, hospitais e clínicas em regime particular, ainda que não haja remuneração direta pelo paciente, já que o Estado a realiza, cabe aplicação do CDC. MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 68.

¹⁰⁷¹ Quando o vínculo do médico cirurgião for com hospital público, a relação deste com o paciente será extracontratual, uma vez que se realiza através do SUS. Não se aplica, portanto, o CDC, por se tratar de uma relação eminentemente de direito administrativo. Mesmo levando em conta a regra esculpida no art. 37, §6º da CF/88, mesmo assim o médico cirurgião responde na condição de preposto do hospital público, em face do art. 932, inc. III do CC/02, já que, se a relação é de direito administrativo, aplica-se subsidiariamente o CC/02.

¹⁰⁷² Sanseverino aponta que são características comuns aos profissionais liberais: “a) prestação de serviços técnicos ou científicos especializados; b) formação técnica especializada, normalmente me nível

médica¹⁰⁷³, na medida em que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” Desta maneira, uma vez emoldurando-se no conceito de relação de consumo, impõe-se a aplicação da hipótese legal prevista no artigo 14 do CDC, por serem afligidos danos ao consumidor em razão da configuração de fato do serviço,¹⁰⁷⁴ que tem relação com a presença de defeitos de execução ou defeitos de informação.¹⁰⁷⁵

Da perspectiva da Ética Médica, o CEM reafirma a regra da responsabilidade subjetiva do médico, conforme previsão do art. 1º do CEM que alude que é vedado ao médico: “art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.” E, além disso, no parágrafo único, alude que “a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.”¹⁰⁷⁶

Delimita-se, deste modo, o campo de incidência das normas jurídicas à relação médico-paciente, em vista de se tratar de um vínculo *sui generis*, a partir do necessário estabelecimento de um diálogo entre as fontes do CC/02, do CDC e, ainda, do CEM, buscando-se fornecer tratamento diferenciado em relação aos pacientes hipervulneráveis, como se verá.

universitário; c) vínculo de confiança com o cliente (*intuitu personae*); d) ausência de vínculo de subordinação com o cliente ou com terceiro e; e) exercício permanente da profissão.” SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor*, pp. 196-197.

¹⁰⁷³ Como refere Marques, ao comentar o § 4º do art. 14, “este artigo apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, falhas de segurança deste, muito comum no caso de médicos, mas pouco comum no caso dos advogados. As falhas de adequação dos serviços dos profissionais continuam reguladas pelo art. 20 e ss. do CDC, com sua responsabilidade solidária e de estilo contratual, logo, sem culpa. Também me parece que as pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais perdem este privilégio, devendo ser tratadas como fornecedores normais, elas mesmas não profissionais liberais. Aqui privilegiado não é o tipo de serviço, mas a pessoa (física) do profissional liberal. Difícil o caso das cadeias de profissionais liberais, como grupos de médicos ou cirúrgicos que não abram mão de sua característica de profissionais liberais, mas atuem em grupo, talvez até com pessoas que não sejam profissionais liberais.” MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. – 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 421.

¹⁰⁷⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor*, p. 196.

¹⁰⁷⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, p. 552.

¹⁰⁷⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*. – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010, p. 41.

5.3.1.2.1 Paciente considerado como hipervulnerável em sua relação com o médico

O arcabouço normativo deve buscar a proteção integral do paciente, considerado o mais frágil na relação médico-paciente, nesta sociedade dividida por classes em razão do consumo de per se excludente da alteridade. Sabe-se que quem não possui capacidade econômica de arcar com os serviços médicos privados, ou não possui planos de saúde, estará sumariamente excluído da relação médico-paciente individualizada. Esta é a chapa radiográfica da saúde pública no contexto latino-americano. Os pacientes são tratados de forma ‘reprodutiva’, já que a capacidade de gastos está diretamente relacionada com a ocupação social do indivíduo.¹⁰⁷⁷

No atendimento médico público e, também no privado, apresenta-se uma verdadeira relação de poder entre o médico e o paciente reeditando verticalidade reprimível exposta na modernidade. Por um lado, o paciente não tem voz e acata a vontade dominante do médico que, por outro, não encontra respaldo na estrutura estatal para atendê-los de forma adequada e individualizada, o que afronta os direitos fundamentais mais básicos como o acesso à saúde garantido no texto dos arts. 1º, inciso III¹⁰⁷⁸ e 196¹⁰⁷⁹ da CF/88.

A questão é complexa, já que o ser humano precisa ser entendido em sua individualidade e o significado de seus atos, em consonância com o que ensina Morin, ao dizer que: “*o ser humano nos é revelado em sua complexidade: ser, ao mesmo tempo totalmente biológico e totalmente cultural.*”¹⁰⁸⁰

A deterioração da saúde com o passar dos tempos, assim como a morte é talvez uma das únicas certezas que podemos ter da vida. O sentimento de imortalidade que envolve os seres humanos faz com que muitos relutem em aceitar que há, inexoravelmente, um estágio final e intransponível à vida.¹⁰⁸¹ Neste sentido, impõe-se a

¹⁰⁷⁷ Sobre a temática da reprodução e da sociedade dividida em razão das classes de consumo, veja-se: PERCIO, Enrique Del. *La condición social: consumo, poder y representación*. 2.ed. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2010.

¹⁰⁷⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁰⁷⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁰⁸⁰ MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução de Eloá Jacobina. 12 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 40.

¹⁰⁸¹ BORGES, Gustavo Silveira. *Revista de Estudos Criminais*, p. 159.

necessidade de uma reflexão relativamente ao comportamento dos profissionais da atividade médica.

A relação médico-paciente está pautada, na maioria das vezes, como a ciência, pela conexão e a adoção de características do Mercado.¹⁰⁸² Esta ‘mercantilização’^{1083,1084,1085,1086,1087} da Medicina faz com que a indústria influencie os médicos na tomada de decisões sem analisar, muitas vezes, a real necessidade da prescrição de determinados medicamentos. Inclusive essa mercantilização é vedada pelo CEM, notadamente, no artigo 58.

Nas questões da saúde, isso é mais patente. O paciente, ao procurar um médico está, quase sempre, em situação de vulnerabilidade, fragilidade, tanto de sua saúde física, quanto dos aspectos psíquicos. Nesse contexto, sustenta-se a posição de *hipervulnerabilidade do paciente*¹⁰⁸⁸ na relação médico-paciente, utilizando-se da

¹⁰⁸² PÉRCIO, Enrique Del. *La condición social: consumo, poder y representación*, p. 130.

¹⁰⁸³ O CFM já se manifestou, através de Resolução, no sentido de vedar ao médico o atendimento de pacientes encaminhados por empresas que anunciem e/ou comercializem planos de financiamento ou consórcios para procedimentos médicos. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.836/2008*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2008/1836_2008.htm> Acesso em: 27.05.2013.

¹⁰⁸⁴ O CFM também se emitiu Resolução para estabelecer os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.974/2011*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2011/1974_2011.htm> Acesso em: 27.05.2013.

¹⁰⁸⁵ A mercantilização da medicina tem seus reflexos diretos no consumidor, na medida em que este, por vezes, pode assumir dívida para realizar cirurgia plástica tornando-se consumidor-devedor, passando a conviver com um verdadeiro caos econômico, diminuindo drasticamente as possibilidades de uma vida com qualidade, o que deve ser coibido. SCHMITT, Cristiano Heineck. Inexigibilidade de dívida derivada de concessão de crédito causadora de superendividamento de consumidor de baixa renda. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 84, 2012, p. 382.

¹⁰⁸⁶ Tramita no Senado Federal o PLS 283, de 2012, que visa a alterar o CDC para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento. Este projeto busca incluir na legislação consumerista normas principiológicas referentes aos temas da concessão de crédito e da prevenção do superendividamento dos consumidores prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando-se o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas. Sobre a questão do superendividamento, ver as belíssimas obras e artigos de: LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, K. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no poder judiciário*. 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009; SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão de contratos com base no superendividamento - do código de defesa do consumidor ao código civil*. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2012; SCHMITT, Cristiano Heineck. Inexigibilidade de dívida derivada de concessão de crédito causadora de superendividamento de consumidor de baixa renda. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 84, 2012, pp. 365-386.

¹⁰⁸⁷ A publicidade denominada *neuromarketing* é dirigida, com a utilização de estruturas publicitárias, aos hipervulneráveis, ativando o mecanismo dos sonhos em nível neural, o que deve ser vedado em relação aos pacientes que se enquadram nesta categoria fragilizada. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. – 3.ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, e com os acréscimos relativos a internet, neuromarketing, conceitos psicanalíticos e questões tributárias. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 295.

¹⁰⁸⁸ BORGES, Gustavo Silveira. Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 84, pp. 13-44.

nomenclatura originalmente cunhada pelo Min. do STJ, Hermam Benjamim.¹⁰⁸⁹ Concorde-se, como bem pontuam Nishiyama e Densa que “*certas pessoas, classe, grupo ou categoria de pessoas podem ser consideradas hipervulneráveis, necessitando de proteção maior do que os consumidores em geral*”¹⁰⁹⁰ e, dentre estes, estão os pacientes.

Não raras vezes, no âmbito da prática médica, os profissionais da saúde se deparam com pacientes que, embora legalmente capazes sob o prisma civil, podem ser considerados dotados desta vulnerabilidade. Não aquelas vulnerabilidades a que todos estamos submetidos e que superamos ao longo de nossas vidas, pois essas são inerentes ao desenvolvimento físico e intelectual dos seres humanos, mas sim aquelas vulnerabilidades incidentais, circunstâncias desfavoráveis que tornam os pacientes ainda mais suscetíveis a sofrer danos, e, portanto, sem capacidade real de decidir o melhor para si.¹⁰⁹¹ A vulnerabilidade do consumidor pode ser dividida em: *vulnerabilidade extrínseca*, que está ligada a fragilidade técnica e; *vulnerabilidade intrínseca* do paciente, conectada a aspectos psíquicos. Embora cognitivamente vulneráveis, não se pode negar diminuição da possibilidade de o paciente decidir seu destino clínico, já que consabido que o paciente que procura um médico está - quase sempre - frágil, tanto em sua saúde física, quanto psíquica.

O CDC traz a vulnerabilidade como princípio-chave, no art. 4, inciso I¹⁰⁹², da mesma forma, o art. 6, inciso I¹⁰⁹³. A porta do diálogo das fontes entre os diferentes

¹⁰⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 586.316/MG*. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: ABIA - Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação. Relator: Min. Herman Benjamin. Minas Gerais, em 19/03/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=2003/0161208-5&data=19/3/2009> Acesso em: 20.04.2013.

¹⁰⁹⁰ NISHIYAMA, A. M.; DENSA, R.. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (org.). *Direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção doutrinas essenciais - Direito do Consumidor; v. II, 2011, p. 436.

¹⁰⁹¹ KOTTOW, Michael. Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção. GARRAFA, Volnei e PESSINI, Leo (Orgs.). In: *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003, p. 72.

¹⁰⁹² Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 09.02.2013.

¹⁰⁹³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos (*grifa-se*) BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 09.02.2013.

estatutos jurídicos será o art. 7¹⁰⁹⁴ do CDC que permite o diálogo. Além disso, o art. 37, §2¹⁰⁹⁵ e o art. 39, inciso IV¹⁰⁹⁶ do CDC referem expressamente acerca de que: “*é abusiva, dentre outras a publicidade (...) seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança*” e “*fraqueza (...) tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social.*”

Por isso, como apregoa Pereiro de Grigaravicius, “*no debemos olvidar, asimismo que cuando se requiere su auxilio profesional, lo que se busca es su ciencia y pericia y sus directivas y opiniones se respetan y cumplen a menudo con una confianza ciega.*”¹⁰⁹⁷ e é desta forma que devemos visualizar a relação médico-paciente.

5.3.1.2.1.1 Diálogo (necessário) das fontes como método de interpretação sistemática protetiva do paciente hipervulnerável

No campo de aplicação jurídica, os já utilizados critérios de anterioridade, especialidade e hierarquia - revogação total ou parcial de uma lei antiga - são substituídos, neste pluralismo pós-moderno, através do diálogo das fontes.

Esta teoria foi desenvolvida inicialmente por Erik Jayme e densificada no Brasil por Claudia Lima Marques, que propugna uma visão sistemática e funcional, dentro de uma nova perspectiva mais humanista. No dizer de Marques, “*a teoria do diálogo das fontes é, em minha opinião, um método da nova teoria geral do direito muito útil e pode ser usada na aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e*

¹⁰⁹⁴ Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 09.02.2013.

¹⁰⁹⁵ Art. 37 (...) § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua **saúde** ou segurança. (*grifa-se*) BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 09.02.2013.

¹⁰⁹⁶ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, **saúde**, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; (*grifa-se*) BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 09.02.2013.

¹⁰⁹⁷ PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Delia. La responsabilidad civil del médico en el derecho argentino. Trabajo publicado en “*La responsabilité – Aspects nouveaux Association Henri Capitant LGDJ*”. Paris 2003. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 1085.

internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, que não parece diminuir no século XXI.¹⁰⁹⁸ A partir desta teoria, Marques defende um “*diálogo sistemático de coerência, diálogo sistemático de complementaridade ou subsidiariedade e diálogo de adaptação ou coordenação*”¹⁰⁹⁹ Tal debate teórico transcende as teorias positivistas, buscando coerência do direito posto, já que, como assinala Miragem “*esta noção de incompletude do sistema legitima a adoção de soluções que complete o direito a partir de outras fontes normativas.*”¹¹⁰⁰ Como seguem os ensinamentos de Marques, no sentido de que “*efetivamente, hoje não há mais dúvidas em nosso País sobre a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por médicos, hospitais e clínicas privadas, seja na medicina individual ou em grupo, mediante seguro-saúde ou planos de saúde*”.¹¹⁰¹

Na seara médica, no tocante à responsabilidade civil médica, deve-se estabelecer um diálogo das fontes entre CC/02, o CDC e, ainda, o CEM, especialmente, a partir do tratamento diferente em relação aos vulneráveis que são os pacientes encontrados em situação de hipervulnerabilidade.

Tal entendimento foi tratado na V Jornada de Direito Civil, realizada no Conselho da Justiça Federal, quando houve manifestação expressa no Enunciado 460, ao interpretar o art. 951 do CC/02, instituindo que “*Enunciado 460 - Art. 951. A responsabilidade subjetiva do profissional da área da saúde, nos termos do art. 951 do Código Civil e do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, não afasta a sua responsabilidade objetiva pelo fato da coisa da qual tem a guarda, em caso de uso de aparelhos ou instrumentos que, por eventual disfunção, venham a causar danos a pacientes, sem prejuízo do direito regressivo do profissional em relação ao fornecedor*

¹⁰⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima (coord.). O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 21.

¹⁰⁹⁹ MARQUES, Claudia Lima (coord.) O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, p. 35.

¹¹⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 84.

¹¹⁰¹ MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Org.). *Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais*, p. 394.

do aparelho e sem prejuízo da ação direta do paciente, na condição de consumidor, contra tal fornecedor”.¹¹⁰²

No âmbito deontológico, o CEM estabelece a possibilidade do diálogo com outras fontes no seu art. 1º, no capítulo III e quando trata da responsabilidade profissional médica, nos arts. 1 a 21 do CEM. Ainda, nas considerações de aprovação do CEM, na parte expositiva há referência expressa a que: “o Código está, portanto, subordinado à Constituição e às leis.” Diz ainda: “subordinado à Constituição Federal e à legislação brasileira, o Código reafirma os direitos dos pacientes, a necessidade de informar e de proteger a população assistida.”¹¹⁰³ Desta forma, pode-se dizer que a relação médico-paciente, como refere Maluf, “poderia ser definida como uma relação contratual permeada por valores éticos, extraídos do Código de Ética Médica e expostos como metajurídicos – baseados nos princípios da boa-fé contratual, da justiça e da autonomia da vontade, em que o aspecto patrimonial submeter-se-ia ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.”¹¹⁰⁴ De maneira que se deve considerar como premissa a proteção do sujeito frágil da relação, vulnerável e hipossuficiente¹¹⁰⁵, ao se interpretar o contrato.¹¹⁰⁶

Nesta cultura da pós-modernidade, como refere Marques, “(...) as leis hoje não são mais ‘castelos’ estanques e compartimentados ‘feudos’ de uma só lei, mas que sob a ordem dos valores constitucionais, as leis a aplicar podem compartilhar ‘finalidades

¹¹⁰² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coordenador científico). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 66.

¹¹⁰³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122> Acesso em: 03.02.2013.

¹¹⁰⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A responsabilidade civil na relação dos profissionais na área da saúde e paciente. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coordenadores). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 519.

¹¹⁰⁵ Conforme alude Martins-Costa em relação à diferenciação entre vulnerabilidade e hipossuficiência, que “um e outro conceito denotam realidades jurídicas distintas, com conseqüências jurídicas também distintas. Nem todo o consumidor é ‘hipossuficiente’. O preenchimento valorativo da hipossuficiência – a qual se pode medir por ‘graus’ – se há de fazer, nos casos concretos, pelo juiz, com base nas ‘regras ordinárias de experiência’ e em seu suporte fático encontra-se, comumente, elemento de natureza socioeconômica....Todo consumidor, seja considerado hipossuficiente ou não é, ao contrário, ‘vulnerável’ no mercado de consumo. Aqui não há valoração do ‘grau’ de vulnerabilidade individual porque a lei presume que, neste mercado, qualquer consumidor, seja ele hiper ou hipossuficiente do ponto de vista sócio-econômico, é vulnerável ‘tecnicamente’: no seu suporte fático está o desequilíbrio técnico entre o consumidor e o fabricante no que diz com a ‘informação’ veiculada sobre o produto ou serviço.” MARTINS-COSTA, Judith. A “guerra” do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina. *Revista de Direito do Consumidor*, vol.06. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun., 1993, pp. 222.

¹¹⁰⁶ SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (org.). *Direito do consumidor: contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção doutrinas essenciais - Direito do Consumidor; vol.IV, 2011, p. 315.

e ratio' para alcançar um resultado justo e de acordo com aquela sociedade e o sistema de valores positivado na Constituição ou recebido nos direitos humanos (...).¹¹⁰⁷

Jayme, assim, propõe o *revival* dos direitos humanos como o guia, o fio condutor, o *Leitmotiv*, do Direito na pós-modernidade a orientar toda a produção legislativa.¹¹⁰⁸

A natureza jurídica da relação dos profissionais da área da saúde com os pacientes pode ser situada como relação *sui generis*, permeada por valores deontológicos e características metajurídicas, fazendo-se, em razão do necessário um diálogo interdisciplinar, em razão do pluralismo de sujeitos de direito, fontes e métodos. Refere-se que, “*não se pode emoldurar a conduta médica diante da complexidade e dentre as tantas vicissitudes e reveses da vida humana.*”¹¹⁰⁹

Importante esclarecer que quando se fala em interdisciplinaridade não significa a defesa do rompimento com a histórica construção normativa. Ao revés, significa sim, assumir uma postura crítica que possibilite a rediscussão do congelado arcabouço normativo. Como diz Miragem, “*A afirmação do sistema jurídico como sistema aberto e móvel fundado na Constituição, portanto realidade dinâmica, exige que tal circunstância seja compreendida pelos métodos de interpretação das normas que o compõem.*”¹¹¹⁰

O diálogo das fontes, então, é um método que se ocupa somente da interpretação das normas jurídicas ou permite um diálogo de coerência e complementariedade inclusive interdisciplinar com outras áreas do conhecimento, possibilitando a busca pela coerência e coordenação das normas, a partir da noção de pessoa¹¹¹¹ humana, a defesa de uma relação médico-paciente compreendida de forma horizontal dialogal, sendo o paciente considerado hipervulnerável no contexto Pós-moderno.

¹¹⁰⁷ MARQUES, Claudia Lima (coord.) O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, p. 25.

¹¹⁰⁸ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé posmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer, Doordrecht, 1995, p. 37.

¹¹⁰⁹ BORGES, Gustavo Silveira. Uma breve reflexão interdisciplinar acerca da eutanásia passiva. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 21, p. 66.

¹¹¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, p. 83.

¹¹¹¹ Não se deve atribuir o significado à pessoa, para o Direito, como ‘*sujeito de direitos*’, sob pena de estar atribuindo valor instrumental à humanidade. Neste sentido, conforme o jurista PERLINGIERI: “onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa que constitui ao mesmo tempo o sujeito titular e o ponto de referência objetivo de relação”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Necessário, portanto, serem constituídos diálogos das fontes entre os três estatutos jurídicos (CC/02, CDC e CEM), preenchendo as lacunas em *favor debilis*¹¹¹² do paciente, parte hipervulnerável na relação médico-paciente.

5.3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

Para que se configure a responsabilidade civil médica são necessários os seguintes pressupostos: (i) conduta médica; (ii) dano e; (iii) nexos de causalidade. A responsabilidade civil, então, se caracteriza com a presença da conduta humana médica voluntária que cause danos patrimoniais ou extrapatrimoniais sofridos pela vítima, o nexos de causalidade entre a conduta médica e os danos, assim como um fator de atribuição que pode ser de natureza subjetiva, como a culpa ou dolo, ou objetiva, em razão do risco. Aguiar Júnior alude sobre os pressupostos da responsabilidade civil como: ato médico, praticado com violação de um dever médico imposto pela lei, pelo uso social, ou pelo contrato, imputável a título de culpa, causador de um dano injusto patrimonial ou extrapatrimonial.¹¹¹³

A conduta médica¹¹¹⁴ é um comportamento humano comissivo ou omissivo que causa determinado resultado, podendo violação dos deveres jurídicos essenciais serem traduzidas pela ocorrência de um erro médico.

¹¹¹² O *favor debilis* está vinculado à superação do fundamento de que basta a igualdade formal para que todos sejam considerados iguais na sociedade. Trata-se do reconhecimento de que algumas pessoas tem uma presunção de vulnerabilidade, consoante a regra do art. 4º, inc. I do CDC, em detrimento de outras que detêm uma posição jurídica mais forte em face de que detêm mais informações técnicas, por serem *experts*, ou transferem seus riscos e custos profissionais para outros mais leigos. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, pp. 38-39.

¹¹¹³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano XLV*, p. 124.

¹¹¹⁴ Conforme Lorenzetti, a enfermidade, como acontecimento natural, pode ter como desenlace a morte do paciente ou uma afetação permanente ou transitória da saúde. A ação do profissional médico será um plus, que pode agregar algo de benefício, prejudicial ou não causar nenhuma influência no paciente. A ação pode ser: a) *ação benéfica*: na qual a conduta médica modifica o curso da enfermidade em benefício do bem jurídico protegido, a saúde e a vida. Neste caso, normalmente não há responsabilidade já que não se causou dano. Ainda que a enfermidade seja danosa, não haverá responsabilidade médica; b) *ação prejudicial*, quando a conduta agrava o curso da enfermidade, causando danos ao paciente. Haverá responsabilidade médica se se comprova a presença dos demais requisitos; c) *ação inócua*, quando a ação médica não produz nenhum efeito sobre a enfermidade. Somente será responsabilizado o profissional médico se se comprovar que poderia, de forma diligente, ter agido, e não agiu, e; d) *omissão*, quando o médico se abstém de agir. Caso se comprove que o fato de ter deixado de agir prejudicou o paciente, descumprindo obrigação jurídica, haverá responsabilização. LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Responsabilidad civil de los médicos*, pp. 415-416.

Na omissão, é necessário que o médico tenha o dever jurídico de praticar determinado ato (de não se omitir) e de que, do descumprimento do dever de agir advenha um dano. A omissão médica, por conseguinte, é aquilo que se faz, não fazendo; é a violação desse dever geral de abstenção que se realiza através de um fazer.

Na responsabilidade civil médica, a conduta é realizada por profissional que deve estar legalmente habilitado para tanto, uma vez que esta habilitação o credencia a realizar procedimentos médicos, seja de forma comissiva ou omissiva, utilizando-se dos conceitos já consagrados da Medicina de prevenção, promoção e recuperação da saúde do paciente. Aquele que exerce atividades médicas sem a devida habilitação, não responderá por responsabilidade civil médica, mas em decorrência de práticas ilícitas em geral.¹¹¹⁵

A proteção do futuro da responsabilidade civil se volta para assegurar uma situação mais favorável enfocando sempre a vítima do dano e não mais o autor do ilícito.¹¹¹⁶ O dano, portanto, deixa de estar centrado na vítima e se volta contra a coletividade, passando a ser um problema social, sendo instrumento de garantia de qualidade de vida as pessoas.¹¹¹⁷

Os danos que podem ser causados pela conduta médica estão consagrados no art. 5º, inc. V, da CF/88. Podem ser definidos como a diminuição ou subtração de um bem jurídico, englobando o patrimônio (danos patrimoniais), mas também os danos a direitos da personalidade, que tem o conteúdo extrapatrimonial (danos morais, danos estéticos, danos existenciais, etc.).

Os danos patrimoniais, ou materiais, englobam consequências dos danos físicos, como: *danos emergentes*, tudo aquilo que a vítima perdeu, o que importa em efetiva diminuição no patrimônio desta, como as despesas médico-hospitalares, medicamentos, contratação de enfermeiros, etc, e; *lucros cessantes*, que são a perda do ganho esperável, a frustração da expectativa de lucro, conforme art. 402 do CC/02¹¹¹⁸.

¹¹¹⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p. 43.

¹¹¹⁶ Catalan, em sua obra, defende também a superação da responsabilidade civil pelo direito de danos, fundamentada na metamorfose que o Direito Civil está passando, na qual sustenta a morte da culpa. CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 17 e segs.

¹¹¹⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 40.

¹¹¹⁸ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Os danos extrapatrimoniais dizem respeito aos sofrimentos psíquicos de dor e de tristeza ocasionados pelo causador do dano, que abarcam os conhecidos danos morais e danos estéticos.

Os danos materiais são cumuláveis com os danos morais, conforme Súmula 37 do STJ¹¹¹⁹, assim como os danos morais são cumuláveis com danos estéticos, consoante a Súmula 387 também do STJ.¹¹²⁰

Diversas espécies de danos extrapatrimoniais vêm sendo desenvolvidas de forma descolada dos danos morais, na Europa, notadamente no Direito Italiano, Francês e Português. Dentro dessas novas tipologias de danos na legislação estrangeira, destacam-se: *Perda de uma chance*¹¹²¹, *Danos Existenciais*¹¹²², *Danos Biológicos*¹¹²³, *Dano Corporal*¹¹²⁴, *Dano Sexual*¹¹²⁵, *Dano Tanatológico*¹¹²⁶, além das expressões *Danos à Saúde*, *Danos ao Projeto de Vida*, *Dano à Vida de Relação*, *Dano à Identidade Pessoal*, *Dano à Integridade Corporal* e, por fim, configuração dos danos relacionados com as categorias de *Wrongful Conception*, *Wrongful Birth* e *Wrongful Life*¹¹²⁷. A taxinomia,

¹¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 37*. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 03.05.2013.

¹¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 387*. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 03.05.2013.

¹¹²¹ Já incorporados pela nossa jurisprudência e trabalhados na bela obra de: SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹¹²² SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2009.

¹¹²³ PIRRO, Massimiliano di. *Responsabilità del medico – tutela civile, penale e profili deontologici*. 3. ed. Grupo Editoriale Simone, 2012, pp. 212-215.

¹¹²⁴ O dano corporal consiste na diminuição ou lesão da integridade psico-física da pessoa, em si e por si considerada, e incidindo sobre o valor homem em toda a sua concreta dimensão. DIAS, João António Álvaro. *Dano corporal – quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 272.

¹¹²⁵ Soares aponta que a jurisprudência italiana reconhece indenização a pessoa que restou impossibilitada de manter relações sexuais com seu cônjuge, em razão de um ato ilícito que ofendeu a integridade física, já que a omissão poderia caracterizar a violação de um dever conjugal e, inclusive, autorizar a extinção do casamento. SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2009, p. 69.

¹¹²⁶ O dano tanatológico (ou a morte imediata) não constitui uma categoria independente de dano, mas é atribuído ao dano moral, entendida no seu sentido mais amplo, como o sofrimento da vítima que assistimos claramente a extinção de suas vidas. PIRRO, Massimiliano di. *Responsabilità del medico – tutela civile, penale e profili deontologici*. 3.ed. Grupo Editoriale Simone, 2012, pp. 217-219.

¹¹²⁷ Sobre a configuração dos danos relacionados com as categorias de *Wrongful Conception*, *Wrongful Birth* e *Wrongful Life*, em especial, entretecendo os avanços registrados principalmente no Direito Norte-Americano e no Direito Francês, veja-se: SILVA, Rafael Peteffi da. *Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelos ordenamentos brasileiro*. *Revista da Ajuris*, vol. 117, 2010, pp. 311-341; SILVA, Rafael Peteffi da; Santos, Ricardo Stersi dos. *Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais*. In: ABREU, Celia Barbosa; REZENDE, Elcio Nacur; LISBOA, Roberto Senise. (Org.). *Direito civil*. vol.01, 1.ed. Florianópolis: Funjab, 2012, pp. 432-457.

ordem humana elaborada, pode, por vezes, suscitar o caos ante o crescimento das espécies e os danos às pessoas, que constituem *fattispecie* em constante construção. A grande discussão é a de se estas espécies de danos são, em verdade, um *tertium genus* em relação aos danos materiais e morais, ou se estariam compreendidas nas categorias dos danos morais.¹¹²⁸

Existem alguns requisitos que devem estar presentes para que o dano seja indenizável: (i) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; (ii) a certeza do dano, no sentido de que não se pode obrigar alguém a compensar a vítima de um dano abstrato ou hipotético e; (iii) a subsistência deste dano, que se considera quando o dano ainda não foi reparado.¹¹²⁹

No caso de indenização por homicídio causado por profissional médico, o art. 948 do CC/02 estabelece indenização de pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família e prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Caso o dano cause à vítima a perda ou redução da capacidade laboral, a indenização consistirá em uma pensão indenizatória, que tem o objetivo de suprir a renda que estava sendo percebida. Tais valores serão arbitrados com base no ganho da vítima antes do evento danoso, conforme previsão dos arts. 949 e 950 do CC/02.

Quando ocorrer lesão ou outra ofensa à saúde, o art. 949 do CC/02 prevê indenização pelo ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Por fim, no caso de a ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, o art. 950 do CC/02 fixa indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, também para uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Os danos que podem advir de um erro médico na cirurgia plástica são os danos patrimoniais (danos emergentes e lucros cessantes) e os danos extrapatrimoniais (danos morais, danos estéticos¹¹³⁰, perda de uma chance e danos existenciais). Em se tratando de danos materiais decorrentes de erro médico na cirurgia plástica, o cirurgião plástico

¹¹²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, vol.789, 2001, pp. 27-28.

¹¹²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil*, pp. 84-90.

¹¹³⁰ Tema que será abordado de forma separada a seguir, em razão do objeto de pesquisa desenvolvido neste trabalho.

deverá arcar com os danos patrimoniais (emergentes e lucros cessantes), e as despesas com novos procedimentos cirúrgicos necessários à correção do erro cometido.

A reparação dos danos será apurada a partir da sua extensão, conforme previsão do art. 944, *caput*, do CC/02. Nos danos extrapatrimoniais, que podem advir por causarem dor ou aflição psíquica à vítima, a indenização será arbitrada judicialmente. Porém, como já reconheceu o STJ, a fixação destes danos é “*tormentosa e não encontra parâmetro fixo, dependendo das particularidades de cada caso levado ao conhecimento do juiz*”,¹¹³¹ sendo levado em conta fatores como a dimensão do dano para a pessoa concretamente considerada, sua repercussão na esfera social, etc.

Inúmeros são os danos que atingem as pessoas, mas o dever de indenizar só nasce quando for possível estabelecer um nexos causal entre a conduta do agente e o resultado danoso.¹¹³² O nexos de causalidade talvez seja a questão mais complexa na responsabilidade civil.¹¹³³ A temática da responsabilidade civil do nexos de causalidade é o tema que suscita maiores dificuldades dentre as temáticas estruturantes. Schreiber ressalta o maior problema da responsabilidade civil, falando sobre a diferença entre a causalidade natural ou lógica e a jurídica, já que “*nem tudo que, no mundo dos fatos ou da razão, é considerado como causa de um evento pode assim ser considerado juridicamente*”¹¹³⁴

Deve-se buscar, diante das múltiplas causas (concausas), a eleição, ou não, de uma delas como determinante para a ocorrência do dano. Entretanto, praticamente a dificuldade da comprovação do nexos causal se impõe. Diversas teorias foram construídas em torno do nexos de causalidade.

Muito embora o objetivo não seja o de esgotar uma das temáticas mais complexas da responsabilidade civil¹¹³⁵, apontam-se as três principais teorias que

¹¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 437.041/TO*. Terceira Turma. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Vera Lúcia Ramos Souza Almeida. Relator: Min. Castro Filho. Tocantins/TO, em 07/08/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200565055&dt_publicacao=01/09/2003> Acesso em: 17.06.2013.

¹¹³² CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 04.

¹¹³³ Alguns autores desenvolvem a temática, conforme legislação comparada: BUERES, Alberto J. *Responsabilidade civil de los médicos*, pp. 239-278; MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad de los profesionales*, p. 172.

¹¹³⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 51.

¹¹³⁵ A obra mais completa que enfrenta a temática do problema do nexos causal e todas as suas teorias é: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

buscam fornecer a explicação do nexos de causalidade: a) teoria da equivalência das condições; b) teoria da causalidade adequada e; c) teoria dos danos diretos e imediatos.

Primeiramente, trabalhou-se com a teoria da equivalência das condições, elaborada pelo jurista alemão Von Buri, na segunda metade do século XIX¹¹³⁶, em que não faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos). Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, todas se equivalem. Para saber se uma condição é causa, elimina-se mentalmente essa condição, através de um processo hipotético. Se o resultado desaparecer, a condição é causa e enseja a responsabilidade. Baseia-se no fato de que qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada como causa. A principal crítica à adoção desta teoria é a de que ela leva a uma regressão infinita do nexos causal e, no dizer de Tepedino, “*a inconveniência desta teoria, logo apontada, está na desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes. Afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade*”.¹¹³⁷

No Direito Brasileiro, a teoria mais adotada é a denominada *causalidade adequada*. De acordo com esta teoria, erige-se como causa apenas aquele fato que, por si só, é apto a produzir o resultado danoso. Causa é o antecedente não só necessário, mas também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada a produzir o evento. Assim, havendo vários comportamentos idôneos a provocar o resultado, não seria possível individualizar aquele que, por si só, tivesse proporcionado o dano. Como refere Miragem, esta teoria propõe “*a aptidão de uma causa na promoção de um determinado resultado danoso, justamente em razão de um juízo de probabilidade e possibilidade desta afirmação. Em acordo com esta teoria, quanto maior a probabilidade de que determinada causa tenha dado origem a um dano, mais adequada e, portanto, apta a ser vinculada ao agente coo pressuposto de imputação de responsabilidade. Neste sentido, diante de uma pluralidade de concausas, é preciso que se demonstre que uma condição tem tal preponderância que possa produzir regularmente um mesmo resultado. Trata-se de um juízo de probabilidade realizado em abstrato, considerando as condições dadas para a*

¹¹³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil*, p. 138.

¹¹³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *Temas de direito civil, t. II*. Rio de Janeiro, 2006, pp. 63-81.

realização do dano, e demonstrando a possibilidade de causar este dano.” Portanto, prega a escolha da causa adequada, através do processo de eliminação, dentre as concausas possíveis, as daquelas não passíveis de causar o dano.¹¹³⁸

Por fim, a teoria dos *danos diretos e imediatos* parte da interpretação do art. 403 do CC/02. Em sede de responsabilidade civil nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Assim, apura-se se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, retirando-se a condição e ainda assim o resultado se produziria. A causa adequada é aquela que teve a interferência decisiva. Se se declara que a ação ou omissão era adequada a produzir o dano, então, este é objetivamente imputável ao agente. O problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que se destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido.¹¹³⁹

Há divisão por parte dos juristas brasileiros acerca da adoção da teoria. Para uns, seria aplicável a *teoria da causalidade adequada*¹¹⁴⁰ e a *teoria dos danos diretos e imediatos*.

O nexo de causalidade não mais obedece a critérios meramente naturalistas, por isso o ordenamento limita os efeitos indenizatórios em uma cadeia causal aos efeitos diretos e imediatos do inadimplemento, conforme art. 403, do CC/02. Desta maneira, adota-se o juízo de *razoabilidade de ocorrência do resultado* com vistas a analisar as circunstâncias concretas em que a ação se realizou.¹¹⁴¹

¹¹³⁸ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 83.

¹¹³⁹ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, pp. 100-101.

¹¹⁴⁰ Refere AGUIAR JÚNIOR que “a mais aceita, inclusive no âmbito do Direito Civil, é a teoria da causalidade adequada, segundo a qual o juiz, num juízo de inferência estabelecido a partir dos dados experimentais, determina qual, naquelas circunstâncias, era a condição mais adequada para produzir o resultado. O autor dessa condição responde pelo resultado danoso.” Mas que, em se tratando de responsabilidade civil médica admite a dificuldade aludindo que “a resolução do tema da causalidade, em se tratando de responsabilidade médica, tem sido sempre um tormento para a doutrina, e também para os tribunais, uma vez que a ação médica se faz presente em situações peculiares, provocando reações orgânicas e psíquicas às vezes imprevisíveis e de conseqüências sérias. Daí a dificuldade de explicitar qual realmente foi a causa posta pelo galeno. Ainda mais se agrava a questão quando interferem condições supervenientes, com a participação de outras pessoas, médicos ou não; nestes casos, não há a responsabilidade do que primeiro atuou se o resultado decorreu de fato novo e alheio, que por si só causou o resultado.” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, p. 145; COUTO E SILVA, Clóvis. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 195; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor*, pp. 255-260.

¹¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Revista dos Tribunais* 831, p. 114.

5.3.2.1 Dano estético

O dano estético, espécie de dano extrapatrimonial, implica em uma modificação na aparência externa da pessoa, que abrange não só as áreas do corpo mais visíveis que tem como marca a permanência, e causa uma espécie de “enfeamento” na vítima.

Esta categoria já foi muito desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência nacional, muito embora não tenha disciplina própria no CC/02. O dano estético descolou-se do dano moral e passou a ser tratado em sede jurisprudencial pelo STJ como uma alteração morfológica corporal que agride a visão, causando repulsa ou desgosto.¹¹⁴²

Os danos estéticos são conceituados como todas as deformidades físicas que causem à vítima desgosto ou complexo de inferioridade. Conceitua Magalhães, que é “*qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um enfeamento e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral*”.¹¹⁴³

A realização das cirurgias plásticas produzem modificações permanentes nas pessoas, que podem ocasionar efeitos danosos. Em relação ao conceito dos danos estéticos, estes serão avaliados subjetivamente, a partir da visão do paciente em frente ao espelho. O desfecho cirúrgico não pode ficar em desconformidade com uma visão geral corporal razoável da imagem.

O que se deve avaliar é se houve, ou não, promessa por parte do cirurgião plástico em relação a um determinado resultado. O magistrado, ao analisar a quantificação da indenização em decorrência dos danos estéticos, deve levar em conta a gravidade dos danos e as circunstâncias particulares do ofendido, tais como sexo, idade, profissão, beleza.¹¹⁴⁴ Em matéria de danos estéticos, não se fala em reparação natural, nem na indenização propriamente dita (*restitutio in integrum*), pois indenizar significa tornar indene, ou seja, suprimir o prejuízo e as suas consequências, o que não acontece nesta situação, uma vez que haverá uma compensação para atenuar o sofrimento.¹¹⁴⁵

¹¹⁴² Referem DIREITO e CAVALIERI FILHO os julgados que paradigmáticos sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça: REsp 65.393, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; REsp 84.752-RJ, Rel. Min. Ari Pargendler. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 37.

¹¹⁴³ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético: responsabilidade civil*, p. 46.

¹¹⁴⁴ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético: responsabilidade civil*, p. 131.

¹¹⁴⁵ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético: responsabilidade civil*, p. 105.

Importante lembrar que o paciente submetido à cirurgia plástica, portador do TDC, em face da sua distorcida percepção corporal, pode alegar supostos danos que, em verdade, assim não se caracterizariam se comparados em relação a conduta técnica *standard* manejada pelo cirurgião plástico. Os dados trazidos chamam a atenção para o fato de que muitos danos estéticos, em verdade, em face da avaliação subjetiva feita pelo paciente, podem não serem enquadrados como danos, em razão de que não houve nenhuma violação de dever de conduta, nem quaisquer danos. Portanto, o que deve ser avaliado *in concreto* é não o “resultado” cirúrgico, por si só, mas a conduta médica se culposa, ou não, em razão da violação dos seus deveres jurídicos essenciais.

5.3.2.2 Culpa médica

A culpa é requisito de imputação da responsabilidade civil médica no CDC e no CC/02. Somente não se verificará a culpa quando for responsabilidade de instituição hospitalar ou clínica, que se trata de responsabilidade objetiva, conforme art. 14, *caput*, do CDC e atividade que envolva o fornecimento de meios para a prestação de serviços médicos, como internações hospitalares, exames, transporte de pacientes, sendo nestes casos responsabilidade também objetiva, consoante incidência do mesmo marco legal.¹¹⁴⁶

A culpa médica, em nosso ordenamento jurídico, não difere da culpa geral.

Para fins da reparação civil dos danos, não se faz qualquer distinção entre o dolo e a culpa, nem mesmo de seus graus, já que será calculada sobre a extensão do dano.

A culpa *lato sensu* está ligada à censurabilidade do comportamento humano, nas situações em que o agente, dito culpado, atua contrariamente a um dever quando podia ter atuado de acordo com ele.¹¹⁴⁷ Inclui tanto o dolo, quanto a própria culpa *stricto sensu*, dividida entre negligência, imprudência e imperícia, todos passíveis de caracterizar os atos ilícitos. Em aspectos práticos, a culpa “*representa, em relação ao*

¹¹⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 79.

¹¹⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. *Revista dos Tribunais*, vol.831, p. 111.

*domínio em que é considerada, situação contrária ao ‘estado de graça’, que, na linguagem teológica, se atribui à alma isenta de pecado.”*¹¹⁴⁸

A culpa médica se configura pela falha nos deveres de conduta obrigatórios ao profissional cirurgião plástico. Inicialmente, havia distinção de conceitos entre a denominada *culpa ordinária*, que seria aquela que acometeria a qualquer pessoa, e a *culpa profissional*, que seria restrita a ausência de deveres de conduta médica. Tais conceitos já estão superados em face de que não se perquire mais sobre a espécie de culpa, sendo responsável o profissional por falha dos deveres ordinários de conduta e, ainda, pela falha no desempenho dos deveres específicos da atividade profissional.¹¹⁴⁹ Tal reconhecimento parte da diferenciação entre a culpa, que é a carência dos deveres atinentes a qualquer pessoa, e a culpa profissional, que trata dos deveres de conduta específicos de profissionais em sua respectiva área de atividade.¹¹⁵⁰ Para a imputação da responsabilidade civil médica, é necessária a culpa que enseja responsabilização subjetiva do profissional.¹¹⁵¹

Toda a culpa se apresenta através de três modalidades: negligência, imprudência e imperícia¹¹⁵², que leva à responsabilização civil decorre da infração a deveres jurídicos essenciais.¹¹⁵³ Estas três espécies de culpa apresentam características comuns, tornando porosas as suas divisas, como refere Dias sustentando que “*é preciso, entretanto, observar que essas espécies se entrelaçam, e daí verificar-se a negligência revestida de imprevisão, a imprudência forrada do desprezo pela diligência e pelas regras de habilidade, a imperícia traçada de negligência.*”¹¹⁵⁴

¹¹⁴⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 134.

¹¹⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 77.

¹¹⁵⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, p. 81.

¹¹⁵¹ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 77.

¹¹⁵² Como assevera Costa, as três hipóteses de culpa (negligência, imprudência e imperícia) reconduzem, em verdade, ao conceito de negligência, já que tanto a ação imprudente quanto a imperita revelam, no fundo, a violação de um dever de cuidado ou diligência, refletindo o desleixo, a desídia, que caracterizam a negligência. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. – 12.ed., rev. actual. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 578-584.

¹¹⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. *Revista dos Tribunais*, vol.831, p. 111.

¹¹⁵⁴ Dias alude que as noções das espécies de culpa se misturam tanto que os alemães reconhecem somente duas espécies de negligência: a *negligência consciente (bewusste Fahrlässigkeit)*, configurada no ato daquele que, conhecedor da possibilidade de conduzir a sua atitude a resultado ilícito, ainda, assim, levianamente, a assume, na ilusão de que essa possibilidade não se apresente no caso ou de que, a apresentar-se, possa ele evitar o resultado, por sua habilidade pessoal; e a *negligência inconsciente (unbewusste Fahrlässigkeit)*, verificada no caso de não prever o agente as consequências que um bom pai de família ou um homem prudente poderia prever.” DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, pp. 150-151.

A *negligência* se caracteriza por inércia, inação, comportamento passivo, do cirurgião plástico que se abstém de cumprir os deveres necessários por desídia. Esse descuido é qualificado por uma passividade, uma displicência, capazes de causar sequelas no paciente que poderiam ser evitadas. Alguns exemplos podem ser citados, como o esquecimento de material no interior do corpo dos pacientes, a prescrição de medicamentos sem o devido exame, o exame superficial no paciente que ocasione erro de diagnóstico e deixar de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia.¹¹⁵⁵

No caso de *imprudência*, ocorre uma espécie de culpa comissiva, na qual o profissional age com atitudes açodadas, precipitadas, sem cautela. Neste caso, o cirurgião plástico assume determinados procedimentos de risco para o paciente sem o devido respaldo científico ou, ainda, sem qualquer esclarecimento e anuência prévia do paciente.¹¹⁵⁶ Por exemplo, na determinação de alta hospitalar a pacientes que espera exame laboratorial, iniciar uma cirurgia sem a chegada do anestesista, realizar uma cirurgia sem a devida aprovação científica, ciente das possíveis consequências prejudiciais pós-operatórias, injetando inadvertidamente substância no paciente¹¹⁵⁷.

Por fim, no caso da *imperícia*¹¹⁵⁸, o que ocorre é a ausência das observações das normas dos conhecimentos técnicos, falta de preparo técnico, sem habilidade para a

¹¹⁵⁵ Veja-se julgado do STJ considerando negligência médica o fato de deixar de informar o paciente dos riscos: “Civil. Responsabilidade Civil. Cirurgia Plástica. Dano Moral. O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 818.144/SP*. Terceira Turma. Agravante: Sérgio Passerotti. Agravado: Maria Aparecida Hernandez dos Santos. Relator: Min. Ari Pargendler. São Paulo/SP, em 09.10.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200601942305&data=5/11/2007> Acesso em: 05.06.2013.

¹¹⁵⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, p. 332.

¹¹⁵⁷ Veja-se a decisão do TJRS: “Apelação cível. Responsabilidade civil. Erro médico. Cirurgião plástico. Procedimento de medicina estética de natureza ambulatorial. Preenchimento permanente com o uso da substância polimetilmetacrilato (PMMA). Erro no procedimento. Injeção de material no interior da artéria. Trombose de artéria facial. Necrose e perda de tecidos. Danos morais de grande monta. Deformidade. Ausência de informação precisa quanto aos riscos. Culpa configurada. Dever de indenizar. Danos morais e materiais. Verificada a culpa do réu, na modalidade imprudência, na medida em que não se houve com as necessárias e imprescindíveis cautelas na realização do procedimento, injetando inadvertidamente a substância PMMA (nome de fantasia: Metacril) no interior da artéria facial da apelante, fato que desencadeou o processo (de trombose ou embolia) que culminou na necrose de tecidos, insofismável sua responsabilidade civil pelo dano causado, impondo-lhe a obrigação de indenizar os danos materiais e morais decorrentes. Negaram provimento aos agravos retidos e deram provimento à apelação. Unânime”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70031837669*. Quinta Câmara Cível. Apelante: Zayr Menezes da Silveira. Apelado: Blas Carlos Saul Barrancos Terrazas. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, em 12.05.2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 18.06.2013.

¹¹⁵⁸ Os autores França e Giostrì sustentam que a imperícia não seria o melhor enquadramento para os profissionais médicos. Giostrì alude que o melhor seria o emprego de “incapacidade técnica” já que o médico estaria legalmente habilitado por um diploma, o que não significa o capacitar para todas as

prática de determinados atos que demandam este conhecimento. Ocorre quando o cirurgião plástico não tem a necessária habilidade técnica para realizar o ato cirúrgico¹¹⁵⁹. Trata-se de dever ético não só do cirurgião plástico como de todo e qualquer profissional que recomende um especialista ou alguém que entenda melhor de certa matéria, quando seu conhecimento não alcançar a complexidade do problema.¹¹⁶⁰

Desta maneira, a culpa médica, em suas modalidades, é elemento estruturante para a configuração da responsabilidade civil médica do profissional liberal.

5.3.2.2.1 A caracterização e os critérios de avaliação da culpa médica nas cirurgias plásticas

Em matéria de vida humana, a culpa mesmo que levíssima, sempre obriga a indenizar. Neste caso, não há espaço para culpas “pequenas”.¹¹⁶¹ Para que incida na culpa, é necessário que o cirurgião plástico não tenha cumprido com seus deveres jurídicos essenciais já tratados.

A avaliação da culpa¹¹⁶² do cirurgião plástico deve ser realizada a partir de um critério estrito, posto que a intervenção direta e invasiva sobre o corpo, os riscos que

técnicas da profissão ampla da Medicina. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p. 37; FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*, p. 225.

¹¹⁵⁹ O TJRS decidiu caso que considerou que houve imperícia técnica do médico, veja-se: “Apelações cíveis. Responsabilidade civil. Indenização. Cerceamento de defesa. Afastamento. Erro médico. Cirurgia plástica. Implante de prótese mamária de silicone. Aplicação do diploma consumerista. Obrigação de resultado não atendida. Conjunto probatório que evidencia a ocorrência de dano estético decorrente de imperícia técnica quando da realização do procedimento cirúrgico. Dever de indenizar. manutenção do *quantum debeatur*. Precedentes jurisprudenciais. À unanimidade, afastada a preliminar, negaram provimento aos apelos.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70037080926*. Sexta Câmara Cível. Apelante: Tiago Valenti e Outro. Apelado: AESC - Hospital Giovanni Battista e Outro. Relator: Des. Luís Augusto Coelho Braga. Porto Alegre, em 24.11.2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 18.06.2013.

¹¹⁶⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Responsabilidade civil por erro médico: aspectos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, núm. 04, Ed. Síntese, mar.-abr, 2000, p. 34.

¹¹⁶¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, p. 81.

¹¹⁶² No Direito Argentino, o sistema de valoração da culpa médica é baseado na teoria da previsibilidade do agente responsável pelas consequências danosas de sua conduta ou obrar, a partir de dois sistemas: a) o *abstrato* ou *objetivo*, através do qual se valora a culpa em função de um determinado e preestabelecido modelo ou tipo; b) o *concreto* ou *subjetivo*, que considera a pessoa do agente do dano e as circunstâncias de tempo e lugar em que o mesmo se ocasionou. Alude Fumarola que, de acordo com a doutrina mais moderna, a culpa deve ser apreciada *in concreto*, sem que obste o emprego de um modelo comparativo, abstrato, mas não rígido, sendo um complementar ao outro. Assim, em um caso específico a resolver, o juiz deverá observar e apreciar a conduta obraça pelo suposto autor do dano (o médico que foi demandado), segundo a natureza da obrigação ou do fato cometido, as circunstâncias fáticas da pessoa, tempo e lugar (sistema subjetivo ou concreto), e comparar se se ajusta, ou não, com a devida prestação médica que deveria cumprir, a que estaria vinculado por lei, CEM ou convenção particular, recorrendo a

implicam cortes dos tecidos, etc., obrigam o profissional a acentuar, de maneira mais especial, providências de diligência e precaução.¹¹⁶³

A culpa médica, na maioria das vezes, é de difícil comprovação, já que encontra alguns obstáculos, como, por exemplo: a natureza confidencial das relações médico-paciente, o silêncio dos que assistem ou participam do ato médico e, em especial, as questões técnicas que envolvem a culpa médica, aspectos esses que limitam a apreciação sob o ponto de vista jurídico.^{1164,1165}

A verificação do cumprimento, ou não, por parte do cirurgião plástico, dos deveres jurídicos médicos essenciais deve ser realizada com a coexistência de dois critérios: o abstrato e o concreto. O juiz, para concretizar a avaliação *in abstracto*, deve comparar o comportamento do cirurgião plástico acusado com o de outro profissional tido como “padrão”, como uma espécie de “médico ideal”, da mesma especialidade, na intenção de determinar como este teria agido. A comparação da conduta do médico com uma conduta padrão indicada pela Medicina como adequada, observadas as mesmas condições e iguais circunstâncias de tempo e lugar¹¹⁶⁶, o grau de culpa do causador do dano, levando em consideração a intensidade da imperícia, imprudência ou negligência, se foi levíssima, leve ou grave.

Após esse processo comparativo, estabelece quais são os cuidados que o cirurgião plástico deveria dispensar ao paciente, de acordo com os padrões determinados pelas ciências médicas.

Ao depois, o magistrado se utilizará do critério *in concreto*¹¹⁶⁷, tendo como ferramentas as respostas a alguns questionamentos, como: “*o profissional acusado, usando de toda a diligência, teria, objetivamente, acesso à informação e aos meios ideais para adotar a conduta adequada? As condições que lhe foram oferecidas, seja pelo hospital, seja pelos demais membros da equipe, tiveram peso determinant e no seu*

um parâmetro ou esquema anteriormente fixado, que variará conforme o caso. FUMAROLA, Luis Alejandro. *Eximentes de responsabilidad civil médica*, p. 55.

¹¹⁶³ LOVECE, Graciela. La cirugía estética, el paradigma sociológico de la salud: la responsabilidad del cirujano plástico. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia (directores). *Derecho médico: responsabilidad de cirujanos y equipo médico*. – 1.ed. Rosário: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007, p. 37.

¹¹⁶⁴ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, pp. 36-38.

¹¹⁶⁵ FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Revista AJURIS* 55, pp. 124-125.

¹¹⁶⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, p. 79.

¹¹⁶⁷ Também é assim no Direito Italiano, em que se propõe que: “*dal punto de vista valutativo, l’errore non dovrà mai essere considerato in astratto, ma rigorosamente in concreto rispetto alle caratteristiche del caso, rispetto alla patologia, al paziente, all’ambiente ed al sanitario. Quanto a questi dovrà essere valutata la sua posizione professionale, la di lui specializzazione, la di lui esperienza, le di lui condizioni psico-fisiche in quel momento, ecc.*” AA.VV. *Medicina Legale*. – Edizioni Giuridiche Simone, 2012, p. 210.

comportamento? Houve, por parte do paciente, o descumprimento de recomendações dos médicos? Essas recomendações estavam devidamente formalizadas, de modo a que o paciente tivesse acesso?”. A partir das respostas destas indagações, poder-se-á avaliar *in concreto* a prática da atividade do cirurgião plástico.¹¹⁶⁸

O juiz, no caso de cirurgia plástica, deve sopesar *in concreto* o caso, sempre tendo em mente as particularidades da complexidade que envolvem os procedimentos cirúrgicos, como: o risco operatório, o diagnóstico pré-operatório, a técnica que foi utilizada pelo cirurgião, se está em acordo com a orientação das ciências médicas, existência de fatores externos, como: infecções, alergias, anomalias anatômicas e, por fim, as orientações e o cuidado pós-operatório.

Magalhães, aludindo que a apreciação da culpa vai depender no campo médico, de cada caso concreto, também sugere alguns princípios para avaliação da culpa: (i) quando se tratar de lesão que teve origem em diagnóstico errado, só será imputada responsabilidade ao médico que tiver cometido por culpa grave ou erro grosseiro. Se o seu diagnóstico foi consciente e cuidadoso, não haverá responsabilização, mesmo que esteja errado; (ii) o clínico geral deve ser tratado com maior benevolência que o especialista, já que este tem mais habilidades específicas e não um grau normal de conhecimento exigido pela profissão; (iii) é essencial o consentimento expresso ou tácito do paciente, ou de seus familiares, no caso de cirurgia em que há risco de mutilação ou deixem sequelas, já que qualquer operação sem o devido consentimento caracteriza agressão à integridade física do paciente; (iv) age com culpa grave o médico que submete o paciente a tratamento ou operação perigosa, sem antes certificar-se da imperiosidade de sua realização; (v) o médico só poderá mutilar o paciente se a vida, bem superior, exigir, responsabilizando-se o médico no caso de realizar tratamentos ou operações desnecessárias; (vi) o médico sempre trabalha com uma margem de risco, inerente ao seu ofício, circunstância que deverá ser avaliada previamente; (vii) nas intervenções médicas sem finalidade terapêutica ou curativa, a responsabilidade deve ser avaliada com maior rigor.¹¹⁶⁹ Magalhães sugere, ainda, os seguintes critérios para avaliação da responsabilidade civil médica, que deverá ser realizada *in concreto*: (i) se houve infração contratual, ou seja, descumprimento dos deveres contratuais; (ii) se houve infração a deveres extracontratuais, como lesões a direitos da saúde, integridade

¹¹⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. *Revista dos Tribunais*, vol.831, 2005, pp. 122-123.

¹¹⁶⁹ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. Responsabilidade civil dos médicos. In: CAHALI, Yussef Said (coord.) *Responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência*, pp. 320-324.

física e à vida; (iii) quais foram as circunstâncias objetivas do dano, como: lugar, espécie e extensão e; (iv) quais as circunstâncias subjetivas da vítima e do ofensor.¹¹⁷⁰

Na apreciação da culpa médica, Giostri sugere critérios para a sua apreciação de forma a tornar mais justa a análise da conduta comparada com outros médicos como: (i) do médico radicado no interior não se pode exigir o mesmo conhecimento, desempenho e que utilize as mesmas técnicas e práticas mais sofisticadas do que aquele que vive em um centro urbano e tem acesso aos mais modernos aparelhos; (ii) o diagnóstico preliminar é obtido de uma forma genérica, de modo que não se pode constituir em culpa, a não ser que se dê por erro grosseiro e; (iii) em situações de emergência, deve-se considerar uma atenuante na valoração da conduta, pois o médico não terá quase tempo de reflexão sobre o problema e da resposta dada ao paciente.¹¹⁷¹

Desta forma, na determinação da culpa médica, podem ser observados os seguintes critérios: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis ao profissional que lhe cabia fornecer ao paciente, de acordo com os padrões científicos determinados pela ciência para, a partir deles, confrontá-los com a norma concreta fixada para o caso, com o comportamento adotado pelo cirurgião plástico. Se ele não a observou, agiu com culpa.¹¹⁷²

O critério interpretativo da conduta médica deve ser, por conseguinte, a preservação do *dever de tutela do melhor interesse do paciente*, que significa dizer que em qualquer circunstância ou interesse – pecuniário, profissional ou mesmo científico – deve o cirurgião plástico zelar pela integridade psicofísica do paciente e por sua dignidade, em observância à tutela constitucional do art. 1º, inc. III, da CF/88.¹¹⁷³

A jurisprudência, de um modo geral, não se detém na análise da culpa dos cirurgiões plásticos, notadamente nas cirurgias plásticas estéticas, ao verificar os requisitos da responsabilidade civil médica. No STJ, prevalece a tese de que nas cirurgias plásticas estéticas, as obrigações assumidas pelo cirurgião plástico são de

¹¹⁷⁰ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético: responsabilidade civil*. – 3.ed. revista, ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 113-114.

¹¹⁷¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, pp. 38-39.

¹¹⁷² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, p. 128.

¹¹⁷³ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Temas de direito civil, t. II*. Rio de Janeiro, 2006, pp. 94-95

resultado, mas a questão ainda suscita, e provavelmente continuará a suscitar, debates calorosos.¹¹⁷⁴

O exame resta circunscrito ao sucesso cirúrgico (resultado) que, como já sobejamente demonstrado, será inalcançável em vista das indeléveis marcas assimétricas humanas. Tal comportamento interpretativo contraria a previsão do art. 14, §4º do CDC, que estabelece a imperiosidade de se avaliar a comprovação de que o mesmo agiu com culpa.

A graduação desta culpa, além do próprio comportamento da vítima, na fixação da extensão dos danos, está prevista nos arts. 944 e 945 do CC/02. A indenização, portanto, é medida pela extensão do dano e, se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

5.3.2.2.2 A evolução e o atual posicionamento jurisprudencial brasileiro acerca da culpa médica nas cirurgias plásticas

Em matéria jurisprudencial sobre a questão da culpa médica, algumas decisões chegaram a responsabilizar o cirurgião plástico ainda que não comprovada a sua culpa, sem quaisquer provas, aproximando-se de uma forma objetiva de responsabilização por erro médico.¹¹⁷⁵

Percebe-se, atualmente, forte tendência à adoção de um paradigma solidarista em matéria de responsabilidade civil, com o propósito de não deixar qualquer dano sem reparação, de modo a ampliarem-se as teorias calcadas em meras presunções.

¹¹⁷⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil na cirurgia estética*. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2278>>. Acesso em: 03.05.2013.

¹¹⁷⁵ Veja-se no julgado: “Responsabilidade Civil - Cirurgião plástico - Abdominoplastia. Paciente que, após o ato cirúrgico, apresenta deformidades estéticas. Cicatrizes suprapúbicas, com prolongamentos laterais excessivos. Depressão na parte mediana da cicatriz, em relação à distância umbigo/púbis. Gorduras remanescentes. Resultado não-satisfatório. Embora não evidenciada culpa extracontratual do cirurgião, é cabível o ressarcimento. A obrigação, no caso, é de resultado, e não de meio. Conseqüentemente, àquele se vincula o cirurgião plástico. Procedência parcial do pedido, para condenar o réu ao pagamento das despesas necessárias aos procedimentos médicos reparatórios. Dano estético reduzido. Ressarcimento proporcional. Custas e honorários de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.” RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n° 338-93*. Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Marcus Faver. Rio de Janeiro, em 04.06.1993. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em: 19.06.2013.

De um modo geral, atualmente, as decisões dos Tribunais Superiores têm sido no sentido de que se presume a culpa do cirurgião plástico até que este prove a sua não-culpa ou demonstre, de maneira cabal, qualquer outra causa exonerativa. Tal linha de raciocínio, ainda que por outros meios, avizinha os fundamentos da responsabilidade civil subjetiva com presunção de culpa a uma responsabilização objetiva.

Esse posicionamento é sustentado, por exemplo, em julgado do TJSC, que defende que, diferentemente, na obrigação de resultado, o credor tem direito à indenização pela não efetivação do resultado certo e determinado contratado com o devedor, que a garantiu. Caso soubesse que outro resultado ocorreria, o credor não teria aderido ao negócio, o que impediria a formação da relação jurídico-contratual. Deixando a intervenção cirúrgica dessa natureza de atingir o objetivo desejado e previamente definido pelo profissional da saúde com o seu paciente, deve responder o cirurgião plástico (prestador de serviço) pelos danos causados à vítima (consumidor), salvo demonstrada de maneira cabal alguma causa de exclusão de culpa (inexistência de falha ou defeito na prestação dos serviços hospitalares contratados pelo paciente, ocorrência de culpa exclusiva do consumidor, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior), hipóteses não verificadas no caso em exame.¹¹⁷⁶ Nestas hipóteses, tal entendimento ocorre porque o simples fato de o médico não atingir a finalidade anunciada – embelezamento, melhoramento estético – faz presumir sua culpa, mesmo quando não comprovado qualquer rastro de imperícia, negligência ou imprudência.

Entende-se de forma diferente, que a culpa médica, enquanto elemento estruturante sem o qual a responsabilidade não se configura, deve ser cabalmente comprovada, não havendo qualquer espaço para nenhum tipo de presunção. A mera intervenção cirúrgica, conseqüentemente, sem a comprovação de culpa, não pode ser causa de responsabilização do cirurgião, se não restarem configurados os pressupostos

¹¹⁷⁶ Veja-se a decisão do TJSC: “Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Pretendido reconhecimento de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide. Requerimento feito em audiência por ambas as partes. Preliminar afastada. Alegada ausência de motivação do julgador. Indicação clara dos motivos determinantes do *decisum*. Nulidade inexistente. Realização de cirurgia plástica estética (rinoplastia). Erro médico. Sequelas físicas deixadas no nariz da autora. Procedência em primeiro grau. Responsabilidade objetiva. Obrigação de resultado. Exegese do artigo 14 do código consumerista. Não comprovação das causas excludentes da responsabilidade civil. Dever de indenizar caracterizado. Majoração do *quantum* compensatório que se faz necessária. Juros de mora e correção monetária. Matéria de ordem pública. Retificação, de ofício, dos termos iniciais de incidência no que se refere aos danos estéticos. Pretendida elevação dos honorários advocatícios. Possibilidade. Apelo desprovido e recurso adesivo provido.” SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2009.023463-9*. Primeira Câmara de Direito Civil. Apelante: Renato Bez Batti. Apelada: Iara Melo. Relatora: Desa. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Criciúma, em 27.03.2012. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>> Acesso em: 18.06.2013.

da responsabilidade civil, uma vez que o embasamento das demandas, no caso de cirurgia plástica, é a posição subjetiva do paciente em relação a imagem que tem de seu próprio corpo que, como vimos, pode ser completamente distorcida.

No caso de presunção de culpa, “*a culpa não é verificável em concreto. Ao legislador bastou indicar alguém como presumivelmente culpado, sem a necessidade de prová-lo. A presunção é, normalmente, ‘juris tantum’, quando se admite a prova em contrário (inversão do ônus da prova)*”,¹¹⁷⁷ o que não pode ocorrer em relação aos profissionais liberais. Esta presunção da culpa também é rechaçada pelo CEM, que assevera ser inadmissível a presunção de culpa em especialidades como a cirurgia plástica, assim como se encontra positivada no parágrafo único do art. 1º, aludindo que: “*a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida*”.¹¹⁷⁸

O médico, desta maneira, somente poderá ser responsabilizado em face de culpa provada, jamais presumida. Como alude Kfourri Neto, dizendo que “*diversos fatores do paciente inerentes ao paciente que influenciam e condicionam o sucesso da terapia: debilidade orgânica; predisposição congênita; infecções; culpa do próprio paciente; complexidade do organismo humano; efeitos secundários dos medicamentos e anomalias anatômicas.*”¹¹⁷⁹ Assim, a essência da responsabilidade civil subjetiva deve se assentar na indagação de como o comportamento do cirurgião plástico contribui para o prejuízo da vítima, apurando-se detidamente a sua culpa, que deve ser certa e provada. Não pode haver espaço para presunções de culpa médica, como uma espécie de “*culpa virtual*”¹¹⁸⁰, em relação a esta atividade que tem, intrinsecamente, a presença do fator álea, mas esta deve devidamente ser comprovada para gerar o dever de indenizar.

Entende-se que, para ocorrer a condenação do médico é necessária a prova da culpa, não a partir de uma presunção, nem meras ilações, mas de um juízo de certeza, carregada por um suporte probatório. Nesse sentido, já se manifestou o TJSP em bela decisão da qual se extrai o seguinte trecho: “*culpa que exige juízo de certeza, que não*

¹¹⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito das obrigações*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 143.

¹¹⁷⁸ KFOURI NETO, Miguel. A conduta culposa do médico: negligência, imperícia e imprudência. In: Neves, Nedy Maria Branco Cerqueira (coord.). *A medicina para além das normas: reflexões sobre o novo código de ética médica*. - Brasília: CFM, 2010, p. 215.

¹¹⁷⁹ KFOURI NETO, Miguel. A conduta culposa do médico: negligência, imperícia e imprudência. In: Neves, Nedy Maria Branco Cerqueira (coord.). *A medicina para além das normas: reflexões sobre o novo código de ética médica*. - Brasília: CFM, 2010, p. 218.

¹¹⁸⁰ Aguiar Júnior citando Penneau, que alude que “*diante de certas circunstâncias, estabelece-se, não que o demandado tenha cometido tal culpa, mas que não possa senão tê-la cometido*”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, p. 132.

se amolda a presunções e/ou ilações carentes de suporte científico. Inteligência do art. 14, § 4º, do CDC.”¹¹⁸¹

5.3.2.3 O ônus da prova e a sua distribuição na prova da culpa do cirurgião plástico

O CREMESP, em inédito estudo que analisou demandas judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao abordar a questão da caracterização do erro médico, divulgou a dificuldade de se provar a ocorrência deste tipo de erro.¹¹⁸²

A participação ativa de colegiados e sociedades de especialistas e a boa compreensão da linguagem jurídica e do funcionamento do sistema judicial pelos cirurgiões plásticos são fundamentais para que se atinja o sucesso na redução de litígios.¹¹⁸³

A prova do erro médico pode ser realizada por diversos meios, como provas testemunhais ou documentais. Já houve, inclusive a utilização de gravações de conversas do paciente com o médico como provas,¹¹⁸⁴ não sendo admitidas a utilização de provas obtidas por meios ilícitos.

¹¹⁸¹ Veja-se na decisão do TJSP: “Erro Médico. Afastada pela perícia a culpa do médico que atendeu a autora, profissional liberal, não se pode falar em responsabilidade. Hipótese em que é indispensável a análise da sua conduta. Precedente do STJ. Culpa que exige juízo de certeza, que não se amolda a presunções e/ou ilações carentes de suporte científico. Inteligência do art. 14, § 4º, do CDC. Recurso desprovido” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 0008849-40.2008.8.26.0079*. Sétima Câmara de Direito Privado. Apelante: Aurora Maria Vieira. Apelado: Celso Manoel Pizarro e Outro. Relator: Des. Ferreira da Cruz. São Paulo, em 06/03/2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>> Acesso em: 18.06.2013.

¹¹⁸² Conforme dados do CREMESP: “A grande dificuldade no reconhecimento do alegado erro médico e do dever de indenizar é justamente a comprovação da culpa. A apropriação do conhecimento técnico e o ambiente reservado da prestação de serviços são grandes barreiras a serem enfrentadas pelos autores das ações e até mesmo pelos juízes. Isso ocorre mesmo diante da possibilidade da inversão do ônus da prova, que, no caso, atribui ao médico ou outro prestador de serviço o dever de comprovar a correção de sua conduta.” CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. Centro de Dados. *Denúncias e processos relacionados ao exercício profissional da medicina no Estado de São Paulo no período de 2000 a 2006*. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/library/modulos/centro_de_dados/arquivos/denuncias_cremesp.pdf> Acesso em: 14.02.2013.

¹¹⁸³ MAVROFOROU, A., et al, E. *Medical Law*, pp. 479-488.

¹¹⁸⁴ Na decisão monocrática do Ministro do STJ, constou que não se cuida de sigilo algum protegido. E nada há de imoral na gravação, mesmo que da gravação não tivessem ciência os outros interlocutores. O recorrido apenas registrou em gravação magnética a conversa própria mantida com os médicos que lhe prestaram um serviço de assistência à saúde, e que versou sobre um assunto ligado exclusivamente à sua saúde. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Medida Cautelar nº 7.625/SP*. Terceira Turma. Requerente: hospital São Bernardo S/A. Requerido: Ultramar Alves de Lima. Relator: Min. Antônio De Pádua Ribeiro. São Paulo/SP, em 05.02.2004. Disponível em:

A prova principal se dá mediante a realização de perícia médica para verificação do requisito da culpa do ato médico *sub judice*. O juiz valorará o laudo pericial, assim como possíveis manifestações de assistentes técnicos, sempre guiado pelo princípio da persuasão racional, consoante art. 436 do CPC.¹¹⁸⁵

Quanto ao ônus da prova, na obrigação de meio deve ser provada conduta ilícita por parte do devedor que acarretou o descumprimento, tendo este agido em desacordo com a diligência e o cuidado necessários para a execução contratual. Na obrigação de resultado, somente é necessário que se demonstre a relação contratual e o não alcance do resultado prometido, restando ao devedor excluir sua responsabilidade a partir da prova do caso fortuito e força maior.

Na análise do erro médico, a prova da culpa médica depende da demonstração de que o médico tenha deixado de se utilizar das qualidades que dispunha para evitar a ocorrência do evento danoso.¹¹⁸⁶ Pelo fato de a culpa não ser um ente material, tangível, sendo, em verdade, um produto de referência, há duas formas, sob o prisma probatório, que podem servir de comprovação da culpa do cirurgião plástico, a *prova direta* e a *prova indireta*.

A prova pericial é a primeira que surgirá.¹¹⁸⁷ Como ensina Pontes de Miranda, “*sempre que se tem de apurar a culpa do profissional, profissionais devem ser ouvidos. Só a atenta consideração das normas técnicas, que devem ser por eles cumprida, pode, na maioria dos casos, apanhar as circunstâncias em toda a sua delicada significação.*”¹¹⁸⁸ Além desta prova, são mais comuns o depoimento pessoal do médico, inquirição de testemunhas, prova documental, inspeção judicial e a convicção do juiz.

A culpa médica pode ser inferida quando o dano pode ser considerado inexplicável ou quando aquela situação normalmente não ocorreria caso não tivesse havido culpa. Em determinadas circunstâncias a culpa “salta à vista” como o caso, por exemplo, do esquecimento de um bisturi no corpo do paciente.¹¹⁸⁹

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=1075580&formato=PDF>> Acesso em: 30.05.2013.

¹¹⁸⁵ Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

¹¹⁸⁶ BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 71.

¹¹⁸⁷ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 171.

¹¹⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. LIII, 3.ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, p. 28.

¹¹⁸⁹ Knijnik apresenta o caso *Law v. Harter*, 534 S.W. 2d 449, segundo o qual o esquecimento de um objeto no corpo do paciente constituiu-se em prova da culpa *per se*. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 186.

Não se pode confundir, portanto, inversão do ônus da prova com presunção de culpa, já que a responsabilidade civil médica segue os mesmos princípios da responsabilidade civil em geral, na qual só se apura a responsabilidade se presente a culpa. A inversão do ônus probatório pode ocorrer sem que isso acarrete uma presunção de culpa que leva a uma objetivação da responsabilidade civil médica, que vai de encontro a previsão normativa dos estatutos CC/02 e do CDC. Nesse sentido, manifestou-se Dias aludindo que “o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa.”¹¹⁹⁰

É de extrema relevância, para apuração da responsabilidade civil médica, a análise profunda da conduta do cirurgião plástico, e também do paciente, para verificar o cumprimento, ou não, dos deveres jurídicos essenciais, já que o desfecho cirúrgico final depende da interação ativa e da obediência por parte deste. Não basta somente a verificação gélida da observância das técnicas cirúrgicas pelo cirurgião plástico que, sem a compatibilidade orgânica e dos cuidados por parte do paciente, serão esvaziados de sucesso. Trata-se de um processo de interdependência entre as duas partes.

No Brasil, o STJ já se manifestou no sentido de que, no caso de cirurgia plástica, que denomina de *cirurgia plástica meramente estética*, o cirurgião plástico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, diferentemente do enquadramento jurídico que se apresenta neste trabalho. Por este fato, segue o entendimento de que, por serem obrigações de resultado, basta que a vítima demonstre o dano (que o cirurgião plástico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.¹¹⁹¹ E esse é o

¹¹⁹⁰ DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade dos médicos. In: *Advocacia dinâmica: seleções jurídicas. núm.05*. São Paulo, mai., 1994, p. 07.

¹¹⁹¹ Veja-se no julgado que representa a posição atual da Corte Superior: “Civil. Processual Civil. Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Nulidade dos acórdãos proferidos em sede de Embargos de Declaração não configurada. Cirurgia Plástica Estética. Obrigação de resultado. Dano comprovado. Presunção de culpa do médico não afastada. Precedentes. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico.

entendimento do STJ, manifestado pelo acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, que alude que “nas obrigações de resultado, como na cirurgia plástica embelezadora, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva, mas transfere para o médico o ônus de demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.”¹¹⁹²

Em relação ao CDC, compreende-se que é possível a inversão do ônus da prova, com base no art. 6º, inc. VIII, do CDC, ainda no caso de responsabilização subjetiva do cirurgião plástico. Não só isso, o próprio CDC trata da questão do ônus da prova de modo a permitir sua inversão *ope iudicis* nas hipóteses do art. 6, inciso VIII desde que seja verossímil a alegação ou quando for o paciente hipossuficiente, tendo em vista a situação de fragilidade do consumidor-paciente. Como mencionado, a relação de desigualdade entre cirurgião plástico e paciente tem na linguagem jurídica a denominação de *hipossuficiência*. Representa no paciente a debilidade causada pela enfermidade e no médico, o domínio do conhecimento. A inversão do ônus da prova deve ocorrer em duas situações específicas: “(a) quando a prestação obrigacional estiver inserida na seara das obrigações de resultado; (b) quando a vítima (paciente) for considerada hipossuficiente ou houver indícios de verossimilhança, de acordo com o Código do Consumidor, condição que deverá ser arbitrada pelo juiz.”¹¹⁹³

Segundo a jurisprudência do STJ, a responsabilidade subjetiva do cirurgião plástico (art. 14, § 4º, do CDC) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, inciso VIII, do CDC. Deve o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis e ter adotado as

Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova. 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente). 6. Recurso especial a que se nega provimento.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 236.708/PR*. Quarta Turma. Recorrente: Oromar Moreira Filho. Recorrido: Elizabeth Eneida Pacifico Sales. Relator: Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região). Minas Gerais/MG, em 18.05.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=199900990994&data=18/5/2009> Acesso em: 18.06.2013.

¹¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.180.815/MG*. Terceira Turma. Recorrente: Fernanda de Souza Panta. Recorrido: Carlos Fernando Hudson Nascimento. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Minas Gerais/MG, em 19.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=201000255310&data=26/8/2010> Acesso em: 14.04.2013.

¹¹⁹³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 100-101.

devidas cautelas. Igualmente, explica a decisão que a inversão do ônus da prova não implica procedência do pedido, mas significa apenas que o juízo de origem, em razão dos elementos de prova já trazidos aos autos e da situação das partes, considerou presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência), os quais não podem ser revistos em recurso especial (Súm n. 7-STJ).¹¹⁹⁴

Em vários países europeus essa inversão do ônus da prova é costumeiramente solicitada em casos nos quais o cirurgião plástico é acusado de erro grosseiro ou quando não cumpriu com as obrigações de documentar adequadamente o prontuário do paciente.¹¹⁹⁵ Em matéria de prova da culpa médica, em alguns países, como Itália, Alemanha e Espanha, criaram-se teorias para facilitação por parte do ofendido, destacando-se as seguintes: a) *prima facie*; b) *perte d'une chance*¹¹⁹⁶; c) *res ipsa loquitur* (a coisa fala por si)¹¹⁹⁷ e; d) cargas probatórias dinâmicas.¹¹⁹⁸

¹¹⁹⁴ Veja-se a decisão do STJ: “Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ação de indenização. Inversão do ônus da prova. Violação aos arts. 165 e 535 do CPC. Não Ocorrência. Reexame de matéria de fato. Prequestionamento. Inexistência. Dissídio Jurisprudencial Não Caracterizado. 1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação aos arts. 165 e 535 do Código de Processo Civil. 2. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes deste Tribunal. 3. A verificação da presença dos requisitos estabelecidos art. 6º, VIII, do CDC (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência), implica reexame de matéria de fato vedado pela Súmula 7. 4. À caracterização do dissídio jurisprudencial, nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, é necessária a demonstração da similitude de panorama de fato e da divergência na interpretação do direito entre os acórdãos confrontados. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Agravo Regimental no Agravo 969.015/SC. Quarta Turma. Agravante: Luiz Renato Garcez de Oliveira Mello. Agravado: Benta Madalena Brito Machado. Relatora: Ministra. Maria Isabel Gallotti. São Santa Catarina/SC, em 07.04.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=200702444210&data=28/4/2011> Acesso em: 18.06.2013.

¹¹⁹⁵ MURR, Leidimar Pereira. A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela legislação brasileira. *Revista Bioética*, vol.18, núm.01, 2010, p. 40.

¹¹⁹⁶ Sobre a perda de uma chance, veja-se: SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009

¹¹⁹⁷ Trata-se de uma presunção objetiva de que o médico agiu com negligência, pelo fato, por exemplo, da ocorrência de amputação de um braço, etc. A formulação parte do “direito de evidência circunstancial”, aplicando-se quando: 1) não há evidência de como e por que ocorreu o dano; 2) acredita-se que não teria ocorrido se não houvesse culpa; 3) recai sobre o médico que estava atendendo pessoalmente o paciente. No Direito Norte-Americano, há algumas categorias que, se ocorrerem, serão hipóteses de presunção de culpa: a) esquecimento de objetos no corpo do paciente; b) danos a parte saudável do corpo; c) remoção equivocada de parte do corpo; d) dentes que caem pela traquéia; e) queimaduras de lâmpadas, radiografias e produtos químicos; f) infecção consequente de instrumento não esterilizado; g) omissão em radiografar sem diagnosticar possível fratura; h) colocação equivocada de gesso; i) incapacidade resultante de má aplicação de injeção; j) explosão de gases anestésicos. CHAGAS, Edilson Enedino das. Erro médico nas cirurgias estéticas. *Revista de doutrina e jurisprudência*, núm.96, mai.-ago., Brasília, 2011, pp. 33-34.

¹¹⁹⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, pp. 58-67.

O tratamento da distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro ocorre de maneira *a priori*, congelada, sendo definida no art. 333 do CPC. Tais incumbências partem de presunções pertinentes à capacidade probatória das partes de que caberá sempre ao autor da demanda comprovar os fatos constitutivos do direito.¹¹⁹⁹ Ocorre que tal concepção pode determinar disparidades e injustiças no caso concreto, o que pode ser retificado através da Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da prova¹²⁰⁰, que prega que aquele que tem melhores condições para apresentá-las receberá o encargo pelo juiz. No caso da obrigação médica, o ônus da prova é matéria que merece leitura para além da previsão do art. 333 do CPC, de acordo com a teoria da carga dinâmica das provas, concedendo ao juiz a definição de quem tem as melhores condições de apresentar, sendo providência imposta à expertise do profissional médico.¹²⁰¹

Na Argentina, predomina hoje o entendimento de que, “*em determinadas circunstâncias, se produz uma transferência da carga probatória ao profissional, em razão de encontrar-se em melhores condições de cumprir tal dever*”. Trata-se do princípio da carga probatória dinâmica, que se fundamenta no fato de que, tendo as partes o dever de agir com boa-fé e de fornecer ao juiz o maior número de informações para a melhor solução da causa, cada uma delas está obrigada a concorrer com os elementos de prova a seu alcance.¹²⁰²

Nas relações médico-paciente, o cirurgião plástico é, normalmente, quem dispõe de maior número e de melhores dados sobre os fatos, daí o seu dever processual de levá-los ao processo, fazendo a prova da correção do seu comportamento e cabendo a ele o ônus de provar que agiu sem culpa. Quer dizer, não impõe ao cirurgião plástico a produção probatória negativa, apenas se determina dele a demonstração “*de como fez o diagnóstico, de haver empregado conhecimentos e técnicas aceitáveis, haver ministrado ou indicado a medicação adequada, haver efetuado a operação que correspondia em*

¹¹⁹⁹ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a ‘probatio diabólica’. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson (orgs.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 934-944.

¹²⁰⁰ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 179.

¹²⁰¹ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil médica no direito brasileiro*. Revista de Direito do Consumidor, ano 16, n. 63, jul.-set./2007, p. 56.

¹²⁰² ANDORNO, Luis O. La responsabilidad civil médica. *Revista AJURIS* 59. Porto Alegre, nov. 1993, p. 224.

forma adequada, haver controlado devidamente o paciente, etc.”.¹²⁰³ É desta forma que os Tribunais vêm decidindo ao aplicar na responsabilidade civil médica a Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da prova.¹²⁰⁴

Caberá, portanto, ao cirurgião plástico, nas demandas, o ônus de comprovar o cumprimento de seus deveres jurídicos essenciais. Este ônus não recai sobre a comprovação ou não do atingimento do resultado, uma vez que este é, de início, de percepção corporal do paciente e, como visto, um grande percentual deles apresenta o TDC, suficiente para distorcer a sua apreciação adequada e real corporal. O desfecho cirúrgico passa a estar limitado ao contentamento ou não – diga-se, elemento eminentemente subjetivo – do paciente com a cirurgia, o que já está sendo coibido corretamente, mesmo que em tímidas decisões.

Ressalta-se decisão da Quarta Turma do STJ que afastou a responsabilidade do cirurgião plástico por conta de mera insatisfação do paciente que se submeteu a cirurgia de redução de mamas. O procedimento foi considerado de natureza mista – estética e corretiva – e os ministros entenderam que não foi comprovada imperícia do profissional, de modo que o dano alegado pela autora seria decorrente de fatores

¹²⁰³ ANDORNO, Luis O. La responsabilidad civil médica. *Revista AJURIS* 59. Porto Alegre, nov. 1993, p. 233.

¹²⁰⁴ Sobre a aplicação da Teoria da carga probatória dinâmica nas demandas envolvendo responsabilidade civil médica, veja-se o julgado do TJRS: “Embargos Infringentes. Responsabilidade Civil. Erro Médico. Teoria da Carga Probatória Dinâmica. Aplicabilidade Diante do Peculiar e Escasso Material Probatório. 1. A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz, não se limita, no caso, apenas às questões documentais, como prontuários e exames, que se alega pertencem ao hospital, mas à prova do fato como um conjunto, ou seja, não se duvida que ao médico é muito mais fácil de comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada, do que ao leigo demonstrar que esta mesma técnica não foi convenientemente observada. 2. Quando a aplicação dos contornos tradicionais do ônus probatório na legislação processual civil não socorre a formação de um juízo de convencimento sobre a formação da culpa do médico, a teoria da carga dinâmica da prova, importada da Alemanha e da Argentina, prevê a possibilidade de atribuir ao médico a prova da sua não-culpa, isto é, não incumbe à vítima demonstrar a imperícia, a imprudência ou a negligência do profissional, mas a este, diante das peculiaridades casuísticas, a sua diligência profissional e o emprego da técnica aprovada pela literatura médica. Destarte, a aplicação de dita teoria não corresponde a uma inversão do ônus da prova, mas avaliação sobre o ônus que competia a cada uma das partes. Incumbe, pois, ao médico especialista o ônus de reconstituir o procedimento adotado, para evidenciar que não deu causa ao ocorrido. 3. No caso dos autos, não se encontra justificativa razoável para uma fratura no braço culminar com a sua amputação, a não ser a culpa do médico que nada fez a respeito, a despeito dos sintomas indicativos da falta de melhora do autor ao longo da via crucis percorrida até descobrir, em Porto Alegre, que a dificuldade de circulação do sangue, devido à má colocação do gesso, conduziria à perda do membro. O resultado da omissão médica possui maior peso, constituindo-se, dentro desse quadro, em evidência suficiente para sua condenação, não se concebendo, sem explicação plausível, que uma fratura sem gravidade venha a causar a perda de um membro. Embargos infringentes desacolhidos, por maioria de votos.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Embargos Infringentes nº 70017662487*. Quinto Grupo de Câmaras Cíveis. Embargante: Leopoldino Ceretta. Apelado: Eduardo Alves Ribeiro. Relator: Des. Odone Sanguiné. Porto Alegre, em 31.08.2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 05.06.2013.

imprevisíveis e inesperados. O Min. Raul Araújo relata que se “*percebe a tênue fronteira entre o erro médico e a mera insatisfação do lesado. Porém, se o resultado ficou aquém das expectativas da paciente, isso não quer dizer que houve falhas durante a intervenção.*” E arremata de forma lúcida e precisa, ponderando que “*a responsabilidade do médico é, sem dúvida, contratual, mas baseada, fundamentalmente, na culpa. É necessário ter coerência com o exame das provas dos autos, responsabilizando o profissional porque ele realmente errou grosseiramente ou foi omissivo, e não simplesmente com a argumentação simplista de que sua obrigação seria de resultado, presumindo-se a culpa.*”

Desta forma, caso não se constate a culpa na conduta do cirurgião plástico, que o mesmo tenha se utilizado de regras e técnicas atualizadas da ciência médica e, em particular, de sua especialidade, adotando todas as cautelas indicadas para o ato cirúrgico, não haverá responsabilização.¹²⁰⁵ A mera insatisfação do paciente em relação ao resultado não autoriza, por si só, o dever de indenizar, sendo cogente verificar se o cirurgião plástico agiu com culpa, descumprindo com seus deveres jurídicos essenciais.

Exigir que o cirurgião plástico comprove o não atingimento do resultado, a partir de uma visão corporal do paciente, e não técnica de uma das modalidades culposas, é restringir o direito fundamental à prova, através de um perigoso fenômeno da *probatio diabolica* reversa, que representaria a impossibilidade ou excessiva dificuldade na atividade de produção probatória,¹²⁰⁶ podendo ser um verdadeiro obstáculo ao direito fundamental ao processo justo.^{1207,1208} Nesses casos, a transferência da prova acarreta a

¹²⁰⁵ Veja-se a ementa da referida decisão do STJ: “Civil. Responsabilidade civil. Erro médico. Cirurgia plástica estética e reparadora. Natureza obrigacional mista. Responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais (CDC, Art. 14, § 4º). Improcedência do pedido reparatório. Recurso especial provido. 1. Pela valoração do contexto fático extraído do v. aresto recorrido, constata-se que na cirurgia plástica a que se submeteu a autora havia finalidade não apenas estética, mas também reparadora, de natureza terapêutica, sobressaindo, assim, a natureza mista da intervenção. 2. A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética. 3. “Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora” (REsp 1.097.955/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/9/2011, DJe de 3/10/2011). 4. Recurso especial provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 819.008/PR. Quarta Turma. Recorrente: Waldir Augusto de Carvalho Braga. Recorrido: Ilda Rodrigues de Andrade. Relator: Min. Raul Araújo. Paraná/PR, em 04.10.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2006/0029864-0&data=29/10/2012> Acesso em: 18.06.2013.

¹²⁰⁶ CARPES, Artur Thompsen. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 93.

¹²⁰⁷ Para Carpes, “a *probatio diabolica* pode estar vinculada não somente ao estabelecimento do ônus de provar de um *fato negativo*, mas também à condição de *hipossuficiência* da parte onerada, em face das peculiaridades da controvérsia posta em causa ou, ainda, simplesmente em face da sua distância quanto ao

mesma dificuldade para a parte contrária, posto que o suposto dano estético partirá, inicialmente, da percepção da imagem corporal que o paciente tem de si, que se trata de um critério puramente subjetivo¹²⁰⁹ e objetivado como modelo social.

A constante sujeição à valoração *a posteriori* da conduta médica do profissional pode levar a práticas de medicina defensiva.¹²¹⁰ Assim, a presença e a comprovação da culpa, em suas modalidades de imprudência, negligência e imperícia é *conditio sine qua non* para a condenação por erro e tipificação da responsabilidade civil,¹²¹¹ pois a “*dinamização do ônus não pode derivar na consagração de uma ‘probatio diabolica’ reversa*”.¹²¹²

Sustenta-se, em síntese, a possibilidade da inversão do ônus da prova nas demandas por erro médico, desde que respeitada a necessidade de apuração dos pressupostos da responsabilidade civil, cabendo ao cirurgião plástico provar que agiu de modo a cumprir os deveres jurídicos essenciais, atuando de forma diligente, prudente e cuidadosa em relação ao paciente em todo o processo pré, trans e pós-operatório. Haverá condenação, portanto, somente se restar comprovado que o cirurgião plástico agiu de forma imprudente, imperita ou negligente, causando danos ao paciente.

material probatório”. CARPES, Artur Thompsen. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91.

¹²⁰⁸ Sobre a concepção de Processo Justo, Mitiديو alude que é o direito fundamental que atua como sobreprincípio processual, sendo uma espécie de nova roupagem do Devido Processo Legal. Abarca todos os direitos fundamentais processuais, como alude Mitiديو: “O direito ao processo justo conta, pois, com um *perfil mínimo*. Em primeiro lugar, do ponto de vista da “divisão do trabalho” processual, o processo justo é pautado pela *colaboração* do juiz para com as partes. *O juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões*. Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar *tutela jurisdicional adequada e efetiva*, em que as partes participam em pé de *igualdade* e com *paridade de armas*, em *contraditório*, com *ampla defesa*, com *direito à prova*, perante *juiz natural*, em que todos os seus pronunciamentos são *previsíveis, confiáveis e motivados*, em procedimento *público*, com *duração razoável* e, em sendo o caso, com *direito à assistência jurídica integral* e formação de *coisa julgada*.” Sobre a temática, veja-se: MITIDIERO, Daniel Francisco. Direito fundamental ao processo justo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol.08, núm.45, Porto Alegre, nov.-dez., 2011, pp. 22-34; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO; Daniel. *Curso de direito constitucional*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

¹²⁰⁹ GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia (directores). *Derecho médico: responsabilidad de cirujanos y equipo médico*. – 1.ed. Rosário: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007, pp. 28-29.

¹²¹⁰ FERREIRA, Roberto Vázquez. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, p. 110.

¹²¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, p. 331

¹²¹² KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 182.

5.3.2.4 A prescrição das ações médicas

Em matéria de prescrição, o fato de se exigir comprovação da culpa médica para poder responsabilizar o profissional liberal afasta a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no CC/02.¹²¹³

O prazo prescricional para obtenção de pleitos reparatórios por defeito na prestação de serviços, conforme art. 27 do CDC¹²¹⁴, é de cinco anos, que serão iniciados a partir do conhecimento do dano ou de sua autoria. Este também é o entendimento consolidado na jurisprudência¹²¹⁵, que aplica o art. 27 do CDC a estas ações que pleiteiam reparações por fato do serviço médico, não se aplicando o prazo de três anos previsto no art. 206, § 3º, inc. V¹²¹⁶ CC/02.

E, por derradeiro, quanto ao termo *a quo* da prescrição da pretensão indenizatória pelo erro médico, o STJ fixou a data da ciência do dano, não a data do ato ilícito.¹²¹⁷

¹²¹³ O STJ vem aplicando as regras do CDC em matéria de responsabilidade civil médica, veja-se: “Recurso Especial. Erro Médico. Cirurgião Plástico. Profissional Liberal. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Prescrição Consumerista. (...) II - O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil. Recurso especial não conhecido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 731.078/SP*. Terceira Turma. Recorrente: Leonard Edward Bannet. Recorrido: Maria Elisa Vaz de Almeida Rapacini. Relator: Min. Castro Filho. São Paulo/SP, em 13.12.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200500360432&data=13/2/2006> Acesso em: 06.06.2013.

¹²¹⁴ Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

¹²¹⁵ Veja-se na decisão a seguir: “Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ação de indenização. Recurso especial. Erro médico. Prescrição quinquenal. Artigo 27 do CDC. Decisão agravada. Manutenção. A orientação desta Corte é no sentido de que aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 27 do CDC. Agravo Regimental improvido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo nº 1.229.919/PR*. Terceira Turma. Agravante: Clínica de Fraturas e Ortopedia XV Ltda e Outro. Agravado: Anderson Turmina de Lara. Relator: Min. Sidnei Beneti. Paraná/PR, em 15.04.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200901712705&data=7/5/2010> Acesso em: 06.06.2013.

¹²¹⁶ Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V - a pretensão de reparação civil.

¹²¹⁷ Em caso emblemático, o STJ deu provimento ao recurso especial da vítima de erro médico para afastar a prescrição reconhecida em primeira instância e mantida pelo tribunal de origem. No caso concreto, a recorrente pleiteou indenização por danos morais sob a alegação de que, ao realizar exames radiográficos em 1995, foi constatada a presença de uma agulha cirúrgica em seu abdome. Afirmou que o objeto foi deixado na operação cesariana, única cirurgia a que se submeteu. Nesse contexto, consignou-se que o termo *a quo* da prescrição da pretensão indenizatória pelo erro médico é a data da ciência do dano, não a data do ato ilícito. A paciente não sabia que havia instrumentos cirúrgicos em seu corpo, a lesão ao

5.4 CAUSAS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS

Existem elementos capazes de excluir a responsabilidade civil médica em razão do rompimento do nexa causal. A responsabilidade civil médica não se configura nestes casos quando cessa a relação de causalidade entre a conduta médica e o evento danoso. Tais exclusões podem ocorrer, inclusive, por culpa da vítima.

Não há definição taxativa na doutrina acerca de todas as situações capazes de excluir o dever de indenizar do cirurgião plástico, de modo que trabalharemos as principais que excluem ou atenuam a responsabilização civil médica.

5.4.1 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O cirurgião plástico goza de discricionariedade científica com respeito às técnicas cirúrgicas que irá utilizar, que o facultam sopesar os prós e os contras dos diferentes métodos científicos aprovados e decidir a respeito do mais apropriado com uma margem de liberdade, sempre limitado pela proibição de experimentar.¹²¹⁸

No caso da cirurgia plástica, como já aludido, é remansosa a jurisprudência que considera as cirurgias plásticas estéticas como obrigação de resultado. Assim, considera-se exonerada a responsabilidade se adimplida a obrigação médica alcançando-se um “determinado resultado”.

direito subjetivo era desconhecida, portanto ainda não existia pretensão a ser demandada em juízo, veja-se: “Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Erro Médico. Conhecimento da lesão posteriormente ao fato lesivo. Prescrição. Termo a quo. Data da ciência. 1. Ignorando a parte que em seu corpo foram deixados instrumentos utilizados em procedimento cirúrgico, a lesão ao direito subjetivo é desconhecida e não há como a pretensão ser demandada em juízo. 2. O termo a quo do prazo prescricional é a data em que o lesado tomou conhecimento da existência do corpo estranho deixado no seu abdome. 3. Recurso especial conhecido em parte e provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.020.801/SP*. Quarta Turma. Recorrente: Maria do Socorro Souza dos Santos. Recorrido: Alberico José de Barros Pires. Relator: Min. João Otávio de Noronha. São Paulo/SP, em 26/4/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=200703107599&data=3/5/2011> Acesso em: 06.06.2013.

¹²¹⁸ LOVECE, Graciela. La cirugía estética, el paradigma sociológico de la salud: la responsabilidad del cirujano plástico. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia (directores). *Derecho médico: responsabilidad de cirujanos y equipo médico*, p. 37.

As excludentes de responsabilidade previstas no CDC são estreitas e outorgam o ônus probatório ao fornecedor na medida em que o 14, § 3º, refere que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: (i) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste e (ii) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Este fardo probatório é irrogado ao fornecedor, tanto o fornecedor em sentido amplo (art. 14, *caput*), quanto ao fornecedor profissional liberal (14, § 4º).

As excludentes de responsabilidade por inexistência do defeito e da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro devem ser investigadas de modo diferenciado, conforme seja responsabilidade do hospital, clínica ou do profissional liberal. Os hospitais ou clínicas, na condição de fornecedores, deverão demonstrar o cumprimento de todos os deveres procedimentais que serão verificados em conjunto com o dano sofrido pelo paciente. Sendo eximidos da responsabilidade se comprovado que os danos infligidos ao paciente decorreram de outra causa que não a de responsabilidade dos hospital ou clínica, assim como de seus fornecedores, quando houver conexão contratual, por exemplo, na hipótese de distribuidores de medicamentos. Em relação aos profissionais liberais médicos, para a exclusão da responsabilidade por defeito na prestação do serviço, deve-se adentrar na questão da culpa no descumprimento dos seus deveres, uma vez que para se sopesar a responsabilidade há fusão entre a culpa e os deveres impostos.¹²¹⁹

Quando se tratar de excludente por fato do consumidor ou de terceiro, estar-se-á diante de culpa exclusiva, não culpa concorrente, maior ou menor, esta que deverá, em razão da situação de vulnerabilidade do consumidor-paciente, ser interpretada de forma restritiva. Na aplicabilidade do CDC, não se consideram como terceiros o profissional médico, o responsável pelo transporte médico, membros da equipe médica para este efeito de exclusão da responsabilidade do médico, hospital ou clínica.¹²²⁰

Em matéria de exclusão da responsabilidade dos profissionais liberais, o risco do desenvolvimento não ingressará na esfera da exclusão da responsabilidade.¹²²¹

A culpa exclusiva da vítima ocorre quando o paciente não cumpre com as determinações médicas, ou as realiza de modo errôneo, gerando, através desta conduta, o dano. Ocorre, ainda, conforme julgado do STJ, nos casos em que não teria retornado

¹²¹⁹ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 73.

¹²²⁰ MIRAGEM, Bruno. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, p. 74.

¹²²¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, p. 174.

ao consultório ou hospital na data marcada para a consulta, nem procura o serviço médico tão logo apresente qualquer alteração estranha.¹²²²

O *estado de saúde geral do paciente*, como desnutrição, estresse, etc., pode, sobremaneira, influir decisivamente na patologia, como causa do desenvolvimento do dano-patologia, podendo eximir ou atenuar a responsabilidade médica. O comportamento do paciente, sua conduta desidiosa ou, ainda, a produção do auto-dano, podem coexistir com a responsabilidade civil, ou ainda eximir o profissional quando a conduta do paciente gerar nova relação causal excludente.¹²²³ O paciente, destarte, ao não cumprir as determinações e indicações médicas, pode causar o *auto dano*, que excluirá a responsabilidade do cirurgião plástico. Do mesmo modo, se o dano for consequência normal do desenvolvimento da patologia ou for inevitável, estar-se-á diante de causas excludentes.¹²²⁴ A relação cirurgião plástico-paciente trata-se de um vínculo que exige o colaboração recíproca e o cumprimento de deveres essenciais. Cabe ao paciente o cumprimento de determinadas condutas, tanto as orientadas pelo médico, quanto as de preservação de sua própria integridade. O descumprimento desses deveres

¹²²² Veja-se o julgado do STJ: “Administrativo – Responsabilidade civil do Estado – Pretensão de indenização contra a Fazenda Nacional – Erro médico – Reexame de provas – Procedimento estético – Responsabilidade do médico pelo resultado – Negligência do paciente. 1. A responsabilidade do agravado em indenizar apenas existiria se fosse reconhecido, pelas instâncias responsáveis pela análise das circunstâncias fáticas da causa, a existência de nexo causal, o que não ocorreu. O Tribunal de origem reconheceu claramente a inexistência de nexo causal entre a cirurgia realizada e as sequelas da embargante. 2. Quanto ao “caráter de contrato de resultado” da cirurgia estética realizada pela embargante, verifica-se que tal afirmativa em nada influencia no fato reconhecido pelo Tribunal de origem de que a necrose ocorreu em razão de que a autora não teria retornado ao hospital na data marcada para a consulta, nem procurou o serviço médico tão logo apresentou necrose no lóbulo da orelha direita. 3. Assim, ainda que se pudesse considerar que o médico teria obrigação em apresentar o resultado estético pretendido, a paciente teria que se responsabilizar pelos cuidados médicos prescritos, o que não ocorreu, como verificado no acórdão recorrido. Rever tal afirmação também demandaria reexame do material fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ. 4. Quanto à inversão do ônus da prova, esta Corte vem entendendo que “não é automática, tornando-se, entretanto, possível num contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao ‘critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências’.” (AgRg nos EDcl no Ag 854.005/MT, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.8.2008, DJe 11.9.2008.) Agravo regimental improvido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 994.978/SP*. Segunda Turma. Recorrente: Jacy Pereira dos Santos Carvalho. Recorrido: Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade De São Paulo. Relator: Min. Humberto Martins. São Paulo/SP, em 05/02/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=201101841872&data=13/9/2011> Acesso em: 18.06.2013.

¹²²³ GHERSI, Carlos A. El derecho de los médicos y las excepciones de responsabilidad. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*, p. 246.

¹²²⁴ GHERSI, Carlos A. La responsabilidad de los médicos frente a los pacientes. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 207.

de colaboração podem fazer com que se exclua a responsabilidade médica em face de sua conduta.

Também se estende aos seus familiares quando, por exemplo, estes não observam as prescrições médicas ou quando o paciente sai prematuramente do hospital. Nestas situações, não se pode impor a responsabilização ao médico, pois a culpa em razão da ocorrência do resultado foi da vítima, o paciente.

É possível configurar-se culpa concorrente entre o cirurgião plástico e o paciente, na situação em que os dois contribuam para a ocorrência do resultado. Neste caso, em face da responsabilidade bipartida, cada um responde pela parcela de culpa que lhe cabe,¹²²⁵ de acordo com o artigo 945¹²²⁶ do CC/02.

5.4.2 OUTRAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Dentre as demais hipóteses de exclusão de responsabilidade civil médica não previstas no CDC, destaca-se, inicialmente, o caso fortuito e a força maior.¹²²⁷

Tais circunstâncias estão previstas no art. 393¹²²⁸ do CC/02, e ocorrem nas situações nas quais não se pode evitar. Estão ligadas a questões naturais, como sendo consequência de fatos alheios à conduta médica, assim como o comportamento do paciente.

Acaloradas discussões foram travadas ao longo dos tempos sobre a diferença entre o fortuito e a força maior,¹²²⁹ inclusive sendo classificado como um *debate secular* entre as correntes subjetivistas e objetivistas.¹²³⁰ Alguns doutrinadores defendem que,

¹²²⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p. 66.

¹²²⁶ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

¹²²⁷ No Direito Romano, para Ulpiano, o *fortuito (casus)*, trata do acontecimento *imprevisível* e, por isso, irresistível (*quos nullum humanum consilium praevidere potest*), e a *força maior (vis major)*, sendo *previsível*, é impossível de ser resistido (*omnem vim cui resisti non potest*). Em um deles a impossibilidade se dá em face da imprevisibilidade e no outro, a irresistibilidade em virtude da necessidade, não obstante a previsibilidade. SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 79-80.

¹²²⁸ 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.

¹²²⁹ Conforme refere SILVA, a dificuldade está na delimitação das causas e os motivos determinantes da existência de uma e de outra figura jurídica, conceitos que estão a desafiar, através dos tempos, a sapiência e a argúcia dos doutos. SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*, pp. 81-82.

¹²³⁰ Conforme Fonseca, “Desde os mais remotos tempos, dois critérios opostos defrontaram-se para a fixação do conceito do caso fortuito ou de força maior: um objetivo, procurando caracterizá-lo com

ontologicamente, não há qualquer distinção entre os institutos, e pregam o denominado unionismo entre o *caso fortuito* e a *força maior*, com o argumento de que há sinonímia entre as locuções.¹²³¹ Não só isso, a definição dos institutos jurídicos também é difícil tarefa.

A delimitação do dever de diligência médica a que está obrigado o devedor que, se por um lado há a imposição deste dever de suportar um ônus, de outro, não se pode exigir a obrigação do cirurgião plástico arruinar-se, exigindo-se sacrifícios insuportáveis.¹²³² Neste caso, não se pode considerar que o devedor descumpriu a obrigação ou está em mora. A exigência legal e ética de diligência está limitada a certo grau; ultrapassando-o, estar-se-á no campo do fortuito.

No caso fortuito, exsurge um fato da natureza, sendo a força maior derivada de um fato humano. São ocorrências extraordinárias e excepcionais, alheias à vontade do cirurgião plástico, que apresentam características de *imprevisibilidade* e de *inevitabilidade*.¹²³³ Há enormes divergências doutrinárias, mas o importante é que se verifique se um fato externo à conduta do agente se caracteriza como inevitável, que não se pode combater, daí sim ocorreria a exclusão da responsabilidade.

No caso fortuito¹²³⁴, ocorre a imprevisibilidade e inevitabilidade do resultado. São considerados imprevisíveis os que não provocam como consequência o que

elementos decorrentes dos próprios acontecimentos, com abstração das condições pessoais e da diligência do obrigado; outro subjetivo, conduzindo à perfeita identificação daquela noção com a ausência de culpa. Prevalecendo, afinal, a primeira doutrina, todavia a divergência não cessou no período que se seguiu. E, conquanto uma definição objetiva de caso fortuito chegasse a ser adotada por autores recentes e incluída em Códigos modernos, como o nosso, a tendência subjetiva ressurgiu, voltando como uma novidade, a despertar a preferência de muitos juristas. O debate perdura há séculos.” Grifados no original. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1943, p. 27.

¹²³¹ Equiparando os dois conceitos, vejam-se os seguintes autores: FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1943, p. 115; SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*, 1980, p. 88; ALVIM, Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 332.

¹²³² ALVIM, Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, p. 329.

¹²³³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. *Revista trimestral de direito civi*, vol.05, - jan.-mar., 2001, p. 113.

¹²³⁴ Sobre o caso fortuito como excludente do dever de indenizar, veja-se o julgado do STJ: “Administrativo. Responsabilidade Civil. Erro Médico. Obrigação de Meio. Natureza Estética. Reexame fático-probatório. Súmula 07/STJ. Caso Fortuito. Exclusão da Responsabilidade. 1. A instância ordinária valeu-se da detida avaliação dos elementos fático-probatórios acostados aos autos para atingir a conclusão de que a cirurgia a que se submeteu a ora recorrente não encerrava natureza estética - cirurgia plástica destinada a melhorar a aparência física do paciente -, não sendo viável a alteração do entendimento estampado no acórdão combatido em obséquio à vedação insculpida na Súmula 07/STJ. 2. Mesmo que se admitisse, a título de argumentação, que o procedimento cirúrgico promovido pelo recorrido ostentou caráter estético, é curial que na obrigação de resultado a responsabilidade do médico remanesce subjetiva, cabendo-lhe, todavia, comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios a sua atuação profissional. 3. Demonstrado o caso fortuito, afasta-se o dever de indenizar na medida em que se elimina o nexo causal entre o pretenso prejuízo e o serviço desempenhado pelo médico.

normalmente ocorreria com os demais pacientes, desde que o cirurgião plástico não tenha agido com culpa, nas suas modalidades. Ocorrerá, por exemplo, se o paciente tiver alguma reação orgânica anormal, como a reação alérgica¹²³⁵. Caso o cirurgião plástico tenha prévia ciência, ainda que remota, da possibilidade da ocorrência desta reação, haverá responsabilidade.

Considera-se previsível, aquilo que pode ser previsto por outro profissional em igual situação à do médico, com os mesmos conhecimentos e de acordo com o atual estado das ciências médicas. Caso outro profissional seja colocado em seu lugar, se este também não pudesse prever o fato e o possível resultado danoso, haverá exclusão de responsabilidade. Agora, se outro profissional chegasse a conclusões diferentes, prevendo um resultado danoso, ter-se-ia um fato previsível e o médico, diante disso, deve ser responsabilizado.

Se o insucesso parcial ou total da intervenção ocorrer em razão de peculiar característica inerente ao próprio paciente e se essa circunstância não for possível de ser detectada antes da operação, estar-se-á diante de verdadeira escusa absolutória ou causa excludente de responsabilidade.¹²³⁶

Precedente: REsp 1.180.815/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26.08.10. 4. Recurso especial não conhecido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.269.832/RS*. Segunda Turma. Recorrente: CCB. Recorrido: Universidade Federal de Pelotas Ufpel. Relator: Castro Meira. Rio Grande do Sul/RS, em 06.09.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201101841872&data=13/9/2011> Acesso em: 27.05.2013.

¹²³⁵ Neste julgado, considerou-se que a médica não se desincumbiu do dever de informação, na medida em que não informou à paciente as possíveis reações alérgicas que poderiam advir do tratamento ministrado, veja-se “apelação cível. Indenização. Dano moral. Medicamento. Reação alérgica. Relação de consumo. Médico. Responsabilidade subjetiva. Dever de informação. A responsabilidade do profissional médico perante seu paciente é a subjetiva, prevista no artigo 14, § 4º, do CDC, requerendo, portanto, a demonstração de culpa para a configuração do dever de reparar. Situação em que a médica não se desincumbiu do dever de informação, na medida em que não informou à paciente as possíveis reações alérgicas que poderiam advir do tratamento ministrado. Falha do dever de informação que acarreta o dever de reparar pelo dano moral sofrido. Orientação doutrinária e jurisprudencial. Laboratório. Responsabilidade Objetiva. Risco Inerente. O serviço prestado pelo laboratório fabricante de medicamento insere-se na relação de consumo, e a responsabilidade é objetiva. Situação em que os danos decorrentes da periculosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar, uma vez que o laboratório fabricante do medicamento ingerido pela autora fez constar, da bula do remédio, todas as possíveis reações alérgicas que eventualmente poderiam ser sentidas pelos usuários. Orientação doutrinária. Apelação Parcialmente Provida.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70030952246*. Nona Câmara Cível. Apelante: Leonilda Conceicao Rodrigues do Prado. Apelado: EUROFARMA Laboratorios Ltda. e outro. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Caxias do Sul/RS, em 09/12/2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 30.05.2013.

¹²³⁶ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, p. 162.

A força maior se constitui em uma razão ou poder mais forte que torna *irresistível* um determinado fato que, por sua potencialidade exacerbada, impede a realização ou a modificação de uma obrigação a que estava adstrito o devedor.¹²³⁷

Ao devedor cabe o ônus de provar que cumpriu a obrigação, ou de que não cumpriu em razão de escusa legítima.¹²³⁸ Logo, quando a culpa estiver presente, não se fala em *fortuito* ou *força maior*. Como refere Silva, “*fortuito e força maior não caminham pela mesma trilha idêntica à da culpa, mas por trilhas diferentes.*”¹²³⁹

A falta de toda e qualquer culpa por parte do responsável somada à impossibilidade (absoluta) de se cumprir o que se obrigou, basta para exclusão da responsabilidade. Portanto, caso o evento decorra de ato culposos, evitável, deve o devedor provar a inexistência da culpa para, desta forma, estar-se diante de um caso fortuito¹²⁴⁰ ou força maior.

Conforme Pontes de Miranda, “*caso fortuito dizia-se o fato da natureza; a força maior, a força do homem, como o assalto dos ladrões*”.¹²⁴¹ Trata-se de um interessante critério de diferenciação, especialmente para efeitos didáticos, pois valoriza a presença da vontade humana no suporte fático na esteira da teoria do fato jurídica desenvolvida por Pontes de Miranda. No caso fortuito, a vontade humana não está presente (v.g. eventos da natureza), enquanto, na força maior, deve estar (ex.: greve, motim, atentado terrorista).¹²⁴² Concorda-se com Pontes de Miranda, no sentido de que se trata de *perda de tempo*¹²⁴³ em face de sua *inutilidade prática*¹²⁴⁴. O que importa, em verdade, a par da discussão sobre a diferença ontológica e semântica entre *fortuito* ou *força maior*, é discussão da presença ou da ausência da culpa.

¹²³⁷ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 199.

¹²³⁸ ALVIM, Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, p. 334.

¹²³⁹ SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*, p. 88.

¹²⁴⁰ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 143.

¹²⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. II, Rio de Janeiro: Borsói, 1966, p. 264; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXIII, Rio de Janeiro: Borsói, 1966, § 2793, p. 84.

¹²⁴² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor*, p. 318.

¹²⁴³ Pontes de Miranda alude sobre o debate que, “*a distinção entre força maior e caso fortuito só teria de ser feita, só seria importante, se as regras jurídicas a respeito daquela e desse fossem diferentes. Então, ter-se-ia de definir força maior e caso fortuito, conforme a comodidade da exposição. Não ocorrendo tal necessidade, é escusado estarem os juristas a atribuir significados que não tem base histórica, nem segurança em doutrina. Lamentável é que, em vez de se fixarem conceitos, se perca tempo em critério de sabor pessoal dos escritores (...)*” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXIII. 2.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsói, 1958, p. 79.

¹²⁴⁴ Noronha refere que se trata de uma distinção que não tem qualquer interesse prático, uma vez que o tratamento jurídico é um só. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. – 3.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 659.

Tais fatos rompem o nexo de causalidade entre a conduta médica e o dano.

Caso se prove que o cirurgião plástico agiu de forma adequada, utilizando-se de todos os meios que a atual ciência lhe fornece, dentro dos parâmetros da discricionarieidade médico-científica, e ocorra um fato imprevisível e inevitável, não haverá responsabilização. De outro lado, se o cirurgião plástico prevê fato previsível, que poderia ser evitado, incidirá a responsabilização.

Segundo o entendimento da jurisprudência do STJ, o fato de o artigo 14, § 3º, do CDC não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas.¹²⁴⁵

Deve ser verificada a previsibilidade, ou não, do evento, de acordo com as regras de experiência da profissão médica. Caso não se possa prever, não se fala em culpa, já que se estará no terreno do caso fortuito, decorrente de um fato humano (fortuito interno); ou da força maior, decorrente de evento da natureza.

O risco é umbilicalmente ligado à ciência, especialmente médica. Assim, qualquer previsão, por mais rigorosa e prudente que seja, nunca excluirá o risco inerente. Este *risco imprevisível* tem uma espécie de *conteúdo universal*, posto que atinge a todos os seres humanos, em todos os países. Portanto, os riscos previsíveis e conhecidos devem ser devidamente informados ao paciente.¹²⁴⁶

Se o cirurgião plástico atua dentro das técnicas médicas aceitas como científicas, os danos, caso ocorram, passam à esfera de risco assumido pelo paciente. Diz Ghersi,

de allí que el asentimiento es lícito, sólo cuando el acto médico no exceda el límite de dañosidad propia de la alternativa discrecional científica asumida, pero nunca sobre los que pueda resultar de una conducta impropia, anormal o inadecuada, lo cual implicaría conceder al profesional un bill de indemnidad, convalidando la ejecución impropia de la prestación. Insistimos en este concepto los daños efectuados en una alternativa discrecional como propios de la terapia, no son reparables, pues son parte de la asunción del riesgo del sujeto frente a la medicina (no el médico).¹²⁴⁷

¹²⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 120.647/SP*. Terceira Turma. Recorrente: Francisco Gonzaga Reis. Recorrido: Auto Posto Cyborg Ltda. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. São Paulo/SP, em 15.05.2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700123740&dt_publicacao=15-05-2000&cod_tipo_documento=>> Acesso em: 07.03.2013.

¹²⁴⁶ GHERSI, Carlos A. El derecho de los médicos y las excepciones de responsabilidad. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*, p. 258.

¹²⁴⁷ GHERSI, Carlos A. La responsabilidad de los médicos: factores de atribución. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*, p. 182.

A objeção de consciência pode também ser considerada com uma excludente de responsabilidade, posto que se trata de uma conduta individual que é materializada na própria consciência e que contraria o que é juridicamente obrigatório. O cirurgião plástico tem a obrigação jurídica de assistir ao paciente.

A emergência ocorre quando há enorme magnitude do evento danoso e a urgência acontece nas situações em que a demora na atuação pode colocar alguém em perigo de vida. Nestes dois casos, o médico atua pautado pela humanidade do paciente, não havendo inadimplemento das obrigações ou direitos dos pacientes. Na análise de uma *mala praxis*, deve ser analisada a questão da *condicionante* da emergência e da urgência, assim como a *causa* do paciente encontrar-se em situação de emergência ou urgência, podendo atuar como excludente da responsabilidade civil.¹²⁴⁸

Ainda, no plano das excludentes, ocorre o fato de terceiro quando alguém, sem vínculo com a vítima ou o causador do dano, atua no processo causal e provoca o evento lesivo. Terceiro pode ser qualquer pessoa estranha à relação médico-paciente, tais como instrumentadores, enfermeiros, auxiliares, etc.

No caso da equipe subordinada ao cirurgião plástico, ocorrendo danos em face do agir destes profissionais sob a supervisão, caberá ao cirurgião a responsabilidade. No entanto, no caso da necessidade da presença de outros médicos, no exercício das suas especialidades, como redistribuição das funções para o sucesso da cirurgia, atuando de forma independente, cabe a este a responsabilidade.

Por fim, não é possível excluir a sanção decorrente da responsabilidade civil médica através de cláusula contratual que exonere ou atenua a obrigação de indenizar do fornecedor, sendo nula tal disposição, conforme previsão do art. 51, inc. I do CDC.

¹²⁴⁸ GHERSI, Carlos A. El derecho de los médicos y las excepciones de responsabilidad. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 245.

5.5 O DIREITO DOS MÉDICOS E A MEDICINA DEFENSIVA

A marca da medicina contemporânea é a eficácia, já que o médico não mais se limita a prevenir ou tratar as doenças, mas procura superar a falha de uma função natural, ou substituir esta função ou alteração de características naturais do sujeito, como nas cirurgias plásticas.¹²⁴⁹

O tratamento dispensado aos pacientes diante da massificação da medicina cria enormes problemas que, se resolvidos, poderiam minimizar em muito os processos judiciais, já que o paciente está indefeso ao se submeter a qualquer espécie de tratamento, devendo receber tratamento cuidadoso, atenção e apoio pessoal e familiar.¹²⁵⁰ Dentre os fatores que motivaram os litígios, a relação médico-paciente estava comprometida em todos eles, porque houve a deterioração deste vínculo especialmente no período pós-operatório. A qualidade de relação e do vínculo estabelecido entre médico e paciente é que irá definir a adesão e o comprometimento do paciente ao processo cirúrgico que escolheu realizar¹²⁵¹. Logo, o zelo ao período pós-operatório é crucial para a manutenção da boa relação médico-paciente e a redução de demandas. As queixas mais comuns nos processos envolvendo as cirurgias plásticas são cicatrizes (48,9%) e complicações pós-operatórias, como, por exemplo, infecções, necroses e seromas (25,5%).¹²⁵²

Estudos realizados no Reino Unido, Irlanda e Hong Kong também concluíram que as falhas na comunicação entre médico e paciente representaram a causa principal dos litígios e sugeriram que a melhora deste aspecto poderia prevenir e evitar o litígio médico potencial.¹²⁵³

¹²⁴⁹ Assinala Penneau, “*L’efficacité est sans doute, aux yeux du profane, ce qui caractérise la médecine contemporaine ; efficacité telle que le médecin ou le biologiste ne se contente plus seulement de prévenir ou soigner les maladies, mais entreprend de répondre à certaines convenances du sujet soit en palliant la défaillance d’une fonction naturelle, soit en substituant cette fonction ou en modifiant certaines caractéristiques naturelles du sujet: il suffit de citer les techniques de procréation assistée, de contraception médicale, ou de chirurgie esthétique.*” PENNEAU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol.42, p. 525.

¹²⁵⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 432.

¹²⁵¹ CHAHRAOUI, K; DANINO, A; FRACHEBOIS, C; CLERC, A.S; MALKA, G. Chirurgie esthétique et qualité de vie subjective avant et quatre mois après l’opération. *Annales de chirurgie plastique esthétique*, vol. 51, issue 3, 2006, pp. 207-210.

¹²⁵² SILVA, Dione Batista Vila-Nova da. *Custas e fatores do desfecho de processos judiciais em cirurgia plástica no rio grande do sul*, pp. 39-40.

¹²⁵³ B-LYNCH, C; COKER, A; DUA, JA. A clinical analysis of 500 médico-legal claims evaluating the causes and assessing the potential benefit of alternative dispute resolution. *British Journal of Obstetrics and Gynaecology*. 103, 1996, pp. 1236-1242.

Uma das diversas definições para o conceito de erro médico encontra-se no Manual de Orientação Ética Disciplinar do CFM como sendo a falha do médico no exercício da profissão¹²⁵⁴. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior.¹²⁵⁵ Outra concepção é a dada por Gomes e França que afirmam ser o erro médico a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência.¹²⁵⁶ O CEM, em capítulo reservado à responsabilidade médica, determina em seu artigo 29 ser vedado ao médico praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência. Portanto, da ocorrência do erro médico decorre a responsabilidade civil do médico de indenizar pelo dano causado em razão de negligência, imperícia ou imprudência. O paciente que sofrer dano em decorrência de um tratamento ou cirurgia poderá buscar as esferas administrativas, civil e penal, a fim de ver ressarcido o seu dano, devendo, em regra, comprovar o erro alegado. Todavia, dada a dificuldade que tem a Justiça de verificar a ocorrência do erro médico, serão estudados no capítulo seguinte os elementos essenciais da responsabilidade civil, como a ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, dano e nexos da causalidade.

Importante dizer que qualquer intervenção realizada sobre o corpo humano tem, inexoravelmente, como característica o risco da imprevisibilidade. A Medicina não é uma ciência exata, com parâmetros congelados e perenes de objetividade, mas apresenta resultados objetivos abstratamente a partir de uma margem aleatória.¹²⁵⁷

Os principais direitos dos médicos decorrentes da relação com o paciente são a discricionariedade médica e o direito a percepção dos honorários profissionais. A discricionariedade, como referido, está ligada ao processo de eleição dos métodos e estratégias disponíveis a serem empregados no tratamento diagnóstico-terapêutico, em comparação com as características principais de outros, a partir da avaliação dos riscos e

¹²⁵⁴ CRMSC. Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. *Manual de orientação ética disciplinar*. Disponível em: <<http://200.102.6.108/homepage/etica/parte3d.htm>> Acesso em: 01.05.2013.

¹²⁵⁵ MANUAL de Orientação Ética Disciplinar. Disponível em: <<http://200.102.6.108/homepage/etica/parte3d.htm>> Acesso em: 01.05.2013.

¹²⁵⁶ GOMES, Júlio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso. *Erro médico – um enfoque sobre sua origem e consequências*. Montes Claros (MG): Unimontes, 2010, p. 45.

¹²⁵⁷ LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*, p. 45.

sempre levando em conta as mais recentes e atualizadas informações científicas. Este direito fornece ao cirurgião plástico a faculdade de escolha dos procedimentos e técnicas cirúrgicas aplicáveis aos pacientes. Além disso, será direito do médico perceber seus honorários profissionais como uma retribuição pelo trabalho, seja pelo próprio paciente, seus familiares ou terceiro que tiver se obrigado a assumir o encargo.

A ruína psicológica na vida de um profissional médico envolvido em demandas judiciais é enorme, já que as demandas, por si só, transformam-se em fonte perene de desestímulo ao trabalho dos bons profissionais. Giostri faz as seguintes indagações, tendo em conta o aumento de demandas aventureiras no Poder Judiciário, e o agigantamento da problemática na seara da cirurgia plástica: *“não deveria haver uma triagem prévia, quando então seria analisado se houve erro ou se o resultado não exitoso adveio por evolução de moléstia, por condições físicas, por falta de equipamentos, pela limitação – ainda – da Medicina, apesar de suas maravilhosas conquistas, ou por problemas subjetivos da psique individualista de cada ser?”* E, ao final, novamente questiona: *e se todos esses médicos, que realmente foram injustiçados, começassem a se voltar contra os pacientes que os prejudicam financeira e moralmente, movendo-lhes demandas pleiteando danos morais?*¹²⁵⁸

A Medicina é uma atividade de risco, chegando a ser considerada como a atividade mais vulnerável de se exercer sob o risco de demandas dos pacientes.¹²⁵⁹ Não só no Brasil, nos EUA também crescem exponencialmente o número de pacientes que movem demandas, fazendo com que o Poder Judiciário adotasse medidas muito rigorosas, tendo, inclusive surgido uma classe de advogados especializada nas demandas de responsabilidade médica, os juristas médicos (Medical malpractice lawyers)¹²⁶⁰.

¹²⁵⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, pp. 128-130.

¹²⁵⁹ FRANÇA, Genival. *Direito médico*, p. 202.

¹²⁶⁰ Alguns sítios de escritórios de advocacia especializados na atuação de responsabilidade civil médica que prometem *your legal solution*. Aludem a especialidades como: *medical malpractice cases involving such events as: doctor errors; hospital negligence; anesthesia errors; misdiagnosis or failure to diagnose serious illness; emergency room errors; birth injuries; medication errors and surgical errors. Especialmente sobre a responsabilidade medica decorrente de ato cirúrgico nas hipóteses: bowel perforation and organ puncture; failed cataract surgery; injuries caused by robotic surgery, including those related to prostate surgery; injury during obstetrical and gynecological surgery; orthopedic surgical errors, including spinal cord injury, shoulder injury and knee injury; x-ray mistakes; nerve damage; wrong site surgery; bariatric surgery or gastric by-pass; cosmetic or plastic surgery; gallbladder surgery; back surgery and hernia surgery; surgical instruments left in the body; anesthesia errors; post-surgical infections; abdominal surgery; breast reduction surgery; penile implant surgery. MEDICAL MALPRACTICE. Disponível em: <<http://medical-malpractice.lawyers.com/>>; <<http://www.medicalmalpractice.com/>>; FINDLAW Disponível em: <<http://lawyers.findlaw.com/lawyer/practice/medical-malpractice>> Acesso em 14.02.2013.*

Este crescente aumento das demandas¹²⁶¹ ocasiona a chamada “medicina defensiva”, que se trata da prática médica que busca adotar rotinas e estratégias médicas com o objetivo de evitar demandas judiciais, beneficiando, em primeiro lugar, o médico.

A medicina defensiva deteriora a relação médico-paciente, favorecendo a perda de confiança entre eles.¹²⁶² Causa diversos resultados, dentre os quais: a utilização demasiada de recursos de diagnóstico, por indicação do médico ou do próprio paciente; mudanças nos procedimentos terapêuticos, com a indicação do médico de procedimentos terapêuticos de última tecnologia e de elevado custo, atendendo solicitação do paciente para evitar possíveis discussões judiciais; a seleção de pacientes por parte do médico de acordo com o risco de uma futura ação que o paciente possa gerar; a não atuação em casos de riscos; o aumento dos honorários médicos para cobrir os gastos e a própria perda de pacientes e, por fim; a contratação de seguros para proteção de futuros processos judiciais.¹²⁶³

A taxa média de condenações de cirurgiões plásticos brasileiros, nos últimos anos, conforme pesquisa, é de 55%, chegando a Estados com taxa de 85%. As causas mais frequentes que motivaram as ações foram cicatriz cirúrgica, resultado cirúrgico alegado como insuficiente, necrose da pele, abandono médico do paciente e abandono do tratamento por parte do paciente. Os principais elementos probatórios considerados pelos julgadores e que contribuíram para a condenação ou absolvição médica foram a perícia médica do juízo, a prestação de informações pré-cirúrgicas adequadas, a apuração da culpa do médico ou do paciente, a presença do fator aleatório e a prova

¹²⁶¹ Narram os autores pesquisa realizada em novembro de 1999, pela Academia Nacional das Ciências dos Estados Unidos da América, que apurou a ocorrência de 44 mil mortes causadas por erros médicos. Outro estudo, da American Hospital Association, apontou número de mortes bem mais elevado: 98 mil. Ainda que se admita a quantidade menor, esta supera as 43.458 mortes em acidentes de trânsito nos Estados Unidos. O custo anual dos erros médicos oscila entre 17 e 29 bilhões de dólares. Tais estatísticas demonstram a necessidade da adoção de métodos avançados de gestão, com a correta identificação das causas e medidas de controle eficaz dos riscos em medicina. FRAGATA, José; MARTINS, Luís. *O erro em medicina: perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 29.

¹²⁶² Paredes refere que as causas do proceder defensivo do médico são múltiplas, mas destacam-se principalmente: a falta de responsabilidade do médico; a proliferação de faculdades de medicina; os avanços na tecnologia, comunicação e informática; a situação econômica; e a administração da Medicina institucional. Aduz que “*La medicina defensiva no es ética, ni es sólo el médico el único responsable de su existencia; si consideramos que el médico se auto-protege al solicitar exámenes, prescribir medicamentos o realizar procedimientos quirúrgicos para evitarse problemas, concluimos que se trata de un proceder inadecuado y es consecuencia de su historia personal, tanto de su preparación deficiente o no actualizada como de su inadecuada formación ética y moral en el seno familiar, su medio social y en la escuela.*” PAREDES, Raymundo. *Ética y medicina defensiva*. Seminario El Ejercicio Actual de la Medicina. Disponível em: <http://www.facmed.unam.mx/eventos/seam2k1/2003/ponencia_sep_2k3.htm> Acesso em: 12.03.2013.

¹²⁶³ PAREDES, Raymundo; RIVERO, Octavio. Medicina defensiva. In: RIVERO, Octavio; TANIMOTO, Miguel (coord.). *El ejercicio actual de la medicina*. México: Siglo XXI, 2003, p. 83;

testemunhal. As cirurgias mais frequentemente envolvidas em ações são abdominoplastia, mamoplastias redutoras e implante de próteses mamárias.¹²⁶⁴

O número de processos anuais aumentou contra cirurgiões plásticos, conforme constatado em pesquisa entre 2000 e 2008, no TJRS. Como conclusão desta pesquisa, entendeu-se que os fatores que mais influenciaram no desfecho desfavorável ao médico foram: prontuário médico ruim, termo de consentimento ausente e laudo pericial desfavorável.¹²⁶⁵

Desta forma, deve-se buscar o cumprimento, por parte dos cirurgiões plásticos, dos deveres jurídicos essenciais médicos, sempre em observância aos preceitos técnicos das resoluções do CFM e do MS.

¹²⁶⁴ Doncatto apresenta estudo realizado a partir da análise de 100 acórdãos obtidos nos Tribunais de Justiça de Brasília, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo, em casos alegados envolvendo erros em cirurgia plástica estética. Este estudo retrospectivo foi realizado no período de julho de 2010 a agosto de 2012, em um universo de 3.427 cirurgiões plásticos. Foram avaliadas as causas mais frequentes das ações e os principais elementos probatórios que levaram à condenação ou absolvição dos casos. DONCATTO, Léo Francisco. *Revista Brasileira de Cirurgia Plástica*, p. 358.

¹²⁶⁵ SILVA, Dione Batista Vila-Nova da. *Custas e fatores do desfecho de processos judiciais em cirurgia plástica no rio grande do sul*, p. 208.

6 ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

6.1 CARACTERIZAÇÃO DO ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

A função do cirurgião plástico, ao desempenhar sua profissão, é a de aplicar todo o conhecimento de que dispõe para fornecer o melhor tratamento ao paciente que o procura.

A análise da atividade do cirurgião plástico para que se configure em erro médico deve ser estabelecida a partir da verificação do emprego, correto ou não, de sua técnica, em contraste com os *parâmetros científicos*, ou seja, se a sua ação se enquadra dentro dos limites de sua discricionariedade médico-científica, já que qualquer procedimento cirúrgico, por mais simples que seja, cria potencialização de um *risco genérico*.¹²⁶⁶

Para que o erro médico possa ser analisado adequadamente, há que se fazer um estudo com base na análise da conduta de todos os participantes envolvidos no processo cirúrgico, incluindo o cirurgião plástico, o paciente e a sua família. A ausência do fornecimento das informações ao paciente dos riscos aos quais estará exposto, assim como o não cumprimento do que foi ofertado, são fatores que podem ser imputados ao cirurgião plástico.¹²⁶⁷

Segundo definição contida no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde, a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e ao médico cabe auxiliar a busca por essa realização. Assim também o é para o cirurgião plástico, mas levando em conta as limitações a que estão sujeitos todos os profissionais. Seu objetivo maior é o de preservar a vida do paciente. Sendo assim, fica claro que os objetivos a serem buscados pelo cirurgião plástico são os mesmos: pleno bem-estar do paciente.

¹²⁶⁶ LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*, p. 46.

¹²⁶⁷ LOVECE, Graciela. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*, p. 47.

6.1.1 A FALIBILIDADE HUMANA, O RISCO INERENTE DA ATIVIDADE MÉDICA E OS LIMITES DE CONTATO COM O ERRO MÉDICO

O ser humano é falível. O erro faz parte desta própria condição. Tal situação encontra-se incorporada no aforismo latino “*errare humanum est*”. Todavia, já que a falibilidade é elemento inerente à condição humana, deve-se evitar, de todas as formas, a persistência neste erro (“*sed diabolicum perseverare*”), uma vez que errar é humano, mas diabólico é nele perseverar.¹²⁶⁸

O erro, elemento indissociável da vida humana, entretanto, pode ser minimizado, ou até eliminado, em determinadas situações, quando se age com a devida atenção, cuidado e diligência a fim de evitá-lo. Este erro quando ocorre pode provocar, muitas vezes, lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos pessoais, tais como a integridade física, a saúde e até a própria vida do paciente. Na atividade médica, o fracasso na realização dos objetivos médicos não implica considerar, por si só, o cometimento do erro e a causação de danos ao paciente, em vista desta própria qualidade inseparável do ser humano.¹²⁶⁹

Na análise do erro, em especial do erro médico, o que deve sim ser levado em conta é o processo deste errar.

Propõem Direito e Cavalieri Filho, como critério para aferição do erro do médico, tendo como parâmetros de comparação o ponto de interrupção entre a fatalidade e a falta de diligência necessária para o exercício da profissão como passível de responsabilização civil, que se deva avaliar se o cirurgião plástico agiu de acordo com as técnicas médicas de seu tempo, utilizando todos os recursos disponíveis. Se agiu desta forma, o erro será escusável, sendo avaliado pelo Magistrado em cada caso concreto. Do contrário, teremos o erro do médico como inescusável e a sua posterior responsabilização.¹²⁷⁰ A falibilidade médica só ingressará na seara de punição em dois casos: a) nas falhas relativas aos deveres de humanidade, como, por exemplo, deixar de socorrer um doente, e; b) nas falhas de natureza técnica, como nos casos de erro de

¹²⁶⁸ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente. *Revista Data Venia*, núm. 01, jul.-dez., 2012, p. 06.

¹²⁶⁹ FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Revista AJURIS* 55, p. 129.

¹²⁷⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, pp. 437-441.

diagnóstico, erro de prognóstico, dentre outros casos nos quais se configura a culpa médica.¹²⁷¹

Podem-se considerar, ainda, como puníveis certas técnicas ainda que não classificadas como científicas, denominadas *condutas não-médicas*¹²⁷², de quem atua à margem dos limites do conhecimento científico, fora da legislação, por leigos, por exemplo. Caso a materialização dessa conduta não-médica seja realizada por profissional médico, com a atitude de apostar em suposições prognósticas, desprovidas de qualquer procedência científica, totalmente distante do conhecimento médico, ficará agravada, podendo, inclusive, ser punida no âmbito ético-disciplinar e penal.

No caso de cirurgia plástica, a destreza do cirurgião plástico é um dos pré-requisitos para o pleno resultado da cirurgia plástica. É necessária também a resposta do paciente a este ato cirúrgico e, por mais apurados que tenham sido feitos os exames pré-operatórios, sempre há risco na realização do procedimento.

O risco, que inerente à atividade médica, é questão que circunda o ato médico. Há circunstâncias que são imprevisíveis e que podem gerar consequências graves ao paciente, devendo-se responsabilizar o cirurgião plástico por danos em face do ato médico somente nos casos em que o risco é previsível. Exigir-se, de forma diversa, estar-se-ia equivalendo a conduta médica a uma espécie de conduta divina.

Dentro desta perspectiva da falibilidade humana, é importante se definir os limites entre a falibilidade humana e o erro médico. Estes são balisados pelo erro escusável e inescusável.

O *erro escusável* não configura a culpa médica, pois, neste caso, a conduta médica foi diligente e de acordo com os deveres jurídicos essenciais exigidos do médico. Conforme Aguiar Júnior, “há erro escusável, e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e as regras da sua ciência, chega a uma conclusão falsa, possa, embora, advir daí um resultado de dano ou de perigo”.¹²⁷³ Portanto, se o cirurgião plástico agiu de acordo com as regras técnicas atualizadas das ciências médicas, cumprindo com todos os seus deveres jurídicos

¹²⁷¹ MELLO FILHO, Jonas de. Erro médico. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José. *Curso de direito médico*. – São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 336.

¹²⁷² Os autores exemplificam uma *conduta não-médica*, realizada por médico, a prática de abuso sexual em paciente submetida a exame ginecológico. FERRAZ, Edmundo Machado; NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Erro médico e prática não médica. In: FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. *Direito médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 355.

¹²⁷³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, p. 128.

essenciais, eventual erro que porventura ocorra, reconhece-se como escusável, desprovido de caráter punitivo-indenizatório.¹²⁷⁴

Explicitados os limites, importante, ainda, esclarecer alguns conceitos, como: o *acidente imprevisível*¹²⁷⁵, o *resultado incontrolável*¹²⁷⁶ e as *complicações*.

O erro médico oriundo de um *acidente imprevisível* é o resultado lesivo¹²⁷⁷ advindo de caso fortuito ou força maior, incapaz de ser previsto ou evitado, qualquer que seja o autor em idênticas circunstâncias. Por outro lado, o *resultado incontrolável* é aquele decorrente de situação incontornável, de curso inexorável, próprio da evolução do caso – quando, até o momento da ocorrência, a ciência e a competência profissional não dispõem de solução. No *acidente imprevisível*, há um resultado lesivo supostamente oriundo de caso fortuito ou força maior, à integridade física ou psíquica do paciente durante o ato médico. Por exemplo, o caso de um cirurgião que vai executar um procedimento e lesa inadvertidamente o paciente, promovendo-lhe danos. Se o cirurgião devidamente habilitado realizou o ato com toda cautela e teve um mau resultado, obviamente não poderá responder pelo dano, pois não se trata de erro médico e sim, um acidente imprevisível. O *resultado incontrolável* seria aquele decorrente de uma situação grave e de curso inexorável. Ou seja, aquele resultado danoso proveniente de sua própria evolução, para o qual as condições atuais da ciência e a capacidade profissional ainda não oferecem solução.¹²⁷⁸

Sobre a distinção entre *erro propriamente dito* e *acidente*, e entre este conceito e o de *complicação*, Moraes alude que o *acidente* é “a ocorrência desagradável não esperada mas previsível, como as intercorrências que acontecem, tanto no processo diagnóstico, como no terapêutico, como são, por exemplo, os acidentes radiológicos, anestésicos e cirúrgicos”. E a *complicação* seria “o aparecimento de uma nova

¹²⁷⁴ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 59.

¹²⁷⁵ França alude que *acidente imprevisível* é “um resultado lesivo, supostamente oriundo de caso fortuito ou força maior, à integridade física ou psíquica do paciente durante o ato médico ou em face dele, porém incapaz de ser previsto e evitado, não só pelo autor, mas por outro qualquer em seu lugar.” FRANÇA, Genival. *Direito médico*, p. 253.

¹²⁷⁶ França diz que *resultado incontrolável* é “decorrente de uma situação grave e de curso inexorável. Ou seja, aquele resultado danoso proveniente de sua própria evolução, para o qual as condições atuais da ciência e a capacidade profissional ainda não oferecem solução.” FRANÇA, Genival. *Direito médico*, p. 253.

¹²⁷⁷ GOMES, Júlio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de. Erro médico. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (orgs.) *Iniciação à bioética*. – Brasília: Conselho. Federal de Medicina, 1998, pp. 244-245.

¹²⁷⁸ MINOSSI, José Guilherme. Prevenção de conflitos médico-legais no exercício da medicina. *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgias*, vol.36, núm.1, 2009, p. 91.

condição mórbida no decorrer de uma doença, devida ou não à mesma causa”.¹²⁷⁹ Por detrás de um acidente ou de uma complicação, pode estar um *erro de percepção ou cognitivo* (como um erro de diagnóstico, da errada interpretação da sintomatologia do paciente ou de dados laboratoriais, em face de deformada ou distorcida percepção da realidade); ou um *erro de execução*, como o manejo indevido de instrumentos na realização do ato clínico ou cirúrgico ou troca de produtos farmacológicos no tratamento do paciente.¹²⁸⁰

O erro médico ocorre, então, quando a técnica aplicada é a adequada, mas a atuação do médico é incorreta. Tal erro é civilmente punível, por denominar-se “erro inescusável”, não justificável; ensejando, então, o dever de reparar. No caso da cirurgia plástica, não se pode perder de vista que o próprio ato cirúrgico, em si, é um ato de violência sobre a integridade física e determina importantes repercussões psíquicas.¹²⁸¹

6.1.1.1 A culpa e o erro profissional

Outra expressão designada que merece a delimitação quanto ao alcance jurídico é o *erro profissional*¹²⁸², também denominada de *erro escusável*, *erro de técnica*¹²⁸³.

A diferença entre *culpa médica* e *erro profissional*, muitas vezes utilizado erroneamente como sinônimo de negligência, está em que o erro profissional ocorre quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; haverá culpa médica quando a técnica utilizada for correta, mas a conduta médica for considerada incorreta.¹²⁸⁴

O *erro profissional* é aquele que advém de uma falha não imputável ao cirurgião plástico, em face das naturais limitações científicas. Neste caso, incluem-se as situações nas quais o cirurgião plástico procedeu de forma correta, mas o paciente omitiu informações e não colaborou, descumprindo os seus deveres de fornecer subsídios à indicação diagnóstico-terapêutica. Nestes casos, o erro ficará configurado, mas não se

¹²⁷⁹ MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*, p. 493.

¹²⁸⁰ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente. *Revista Data Venia*, n. 01, jul.-dez., 2012, p. 10.

¹²⁸¹ GHERSI, Carlos A. (dir.). *Responsabilidad profesional*, p. 01.

¹²⁸² GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p. 76.

¹²⁸³ STOCO, Rui. Iatrogenia e responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, vol.789, 2001, pp. 109.

¹²⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 372.

poderá imputar a culpa ao profissional em razão das limitações da profissão, assim como da natureza humana, sendo considerado um erro escusável, excluindo-se, desta forma, a responsabilidade civil médica. Ocorre quando resulta da incerteza ou da imperfeição da arte e não de negligência ou incapacidade de quem a exercita, excepcionando-se os casos de erro grosseiro. É insuscetível de responsabilização do cirurgião plástico, que ocorre quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta, da culpa que ocorre quando a técnica é correta, mas a conduta é incorreta. Erros acontecem, mas não podem ser tomados sempre como aberrações. Não se trata de buscar o médico infalível, nem se pode buscar uma ciência acima de qualquer erro, sendo este o ponto da dificuldade do erro que tem como efeitos deletérios a responsabilidade civil. Como alude Stoco, “*a imperfeição da ciência é uma realidade. Daí a escusa se tolera a fatabilidade do profissional.*”¹²⁸⁵ Nestes casos, não caberá ao juiz dizer se a técnica é boa ou inadequada, ou ainda se há outra melhor. O erro, desde que a técnica utilizada seja conhecida e aceita por grande parte da literatura médica, deve ser escusável para que se isente o médico da responsabilização.

A violação dos deveres jurídicos essenciais por parte do cirurgião plástico enseja a caracterização da culpa, que é dividida nas três espécies: negligência, imprudência e imperícia. Em sede de responsabilidade civil médica. Também a manutenção de elevados padrões na prática diária com formação contínua e documentação de todos os procedimentos são todos uma defesa suficiente do cirurgião plástico em caso de litígio médico.¹²⁸⁶

O erro profissional decorre, portanto, da imprecisão, incerteza ou imperfeição da arte médica¹²⁸⁷, sendo a culpa, nas suas modalidades de imperícia, imprudência e negligência, que caracteriza a ocorrência do erro médico. No erro profissional, estar-se-á diante de um quadro de probabilidade decorrente da incerteza científica, e não da

¹²⁸⁵ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, p. 660.

¹²⁸⁶ Penneau refere acerca da divisão entre culpa resultante de falta de informação ou consentimento do doente e a falta técnica aludindo a uma decisão da Corte de Cassação da França, datada de 29 de maio 1951: “*Il est classique de distinguer, en cette matière, la faute résultant du défaut d'information ou de consentement du patient et la faute technique. a) Sur le premier point, on se bornera à indiquer que la jurisprudence admet, en principe, qu'en ce qui concerne le risque thérapeutique, l'information : 1) pour être compréhensible peut être simple et approximative à condition d'être loyale, 2) peut ne porter à la connaissance du patient que les risques normalement prévisibles, les risques exceptionnels pouvant être laissés dans l'ombre. En ce qui concerne, en revanche, les suites ou conséquences d'une intervention, la Cour de cassation a récemment précisé que l'information doit être exhaustive. En toute hypothèse, il est constant, depuis une décision du 29 mai 1951 que la charge de la preuve et du défaut d'information et du défaut de consentement incombe au patient.*” PENNEAU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol.42, n.2, 1990, p. 531.

¹²⁸⁷ ANDREONI, Wilson Rubens. Cirurgia plástica – obrigação de meio. In: AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 426.

incapacidade de exercício técnico do profissional. O médico só poderá ser responsabilizado por atos que dependam de sua atenção e técnica, e não por fatores externos, que independem do seu atuar, do seu conhecimento.¹²⁸⁸ A culpa médica supõe a falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana.

A culpa se consubstancia na ausência de um dever de cuidado que o médico possui em relação aos meios necessários para o tratamento do paciente, pressupondo a falta de diligência e atenção, bem como a devida técnica que é esperada do médico no exercício da profissão. A culpa, portanto, será analisada a partir da comparação em relação ao que se esperaria de um bom profissional escolhido como padrão. Esse é o entendimento do STJ, que já se manifestou aludindo que *“a culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar de um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto.”*¹²⁸⁹

Desta forma, o erro de técnica não se confunde com o erro médico, não se devendo nos casos controvertidos ou duvidosos considerar que houve imperícia, imprudência ou negligência. No erro profissional, há o erro escusável, já que a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta, significando que o médico aplica corretamente uma técnica ruim ou duvidosa, embora aceita e defendida na literatura; já no erro inescusável, há imperícia, não se justificando, nem se admitindo, impondo-se, no caso, o dever de indenizar.¹²⁹⁰ Desta maneira, preenchidos os requisitos, presume-se que um profissional está habilitado para a tomada de decisões médicas, dentro da sua discricionariedade médico-científica, de qual o melhor tratamento para o paciente e só será responsabilizado se agir grosseiramente, com imperícia, imprudência e negligência.

¹²⁸⁸ SOUZA, Alex Pereira de; COUTO FILHO, Antônio Ferreira. *A improcedência no suposto erro médico*, p. 14-15.

¹²⁸⁹ Veja-se no julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 904.682/RS*. Terceira Turma. Recorrente: Antônio Carlos Dalla Costa. Recorrido: Maristela Tavares. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Rio Grande do Sul/RS, em 12/11/2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=25353949&formato=PDF>> Acesso em: 14.06.2013.

¹²⁹⁰ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, p. 661.

6.1.2 DELIMITAÇÃO JURÍDICO-CIVIL E AS CONSEQUÊNCIAS DO ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

Ao recortar a temática sob o aspecto jurídico-civil, assim como as suas consequências nas cirurgias plásticas, cabe suscitar a discussão acerca da terminologia correntemente utilizada pela doutrina e pela jurisprudência, “erro médico”.

A palavra “erro” apresenta plurissignificação, incluindo, em determinadas situações, a própria noção de “culpa”. O “erro” tanto pode consistir na circunstância de uma afirmação resultar numa falsidade, como pode expressar uma falsa representação da realidade.

A menção do termo “erro”, automaticamente, remete à noção de que o médico fez algo errado, causando algum tipo de mal ao paciente. Ao se adotar a expressão “erro médico”, leva-se a crer que pré-conceitualmente já se incorreu num equívoco, pois a culpa parece estar imputada com a palavra erro. E ninguém pode ser considerado culpado sem que sejam devidamente apurados os seus aspectos judicantes. Como alude Silva, *“o chamado erro médico não é a melhor expressão. Erro, na órbita jurídica, é vício existente na manifestação de vontade, que anula um negócio jurídico, nos termos dos arts. 138 a 144 do Código Civil. Quando é utilizada a expressão erro médico, seu significado é de atuação negligente, imperita ou imprudente, isto é, de culpa em sentido estrito, que pode levar à aplicação do princípio da reparação dos danos, conforme art. 186 do Código Civil”*.¹²⁹¹

De qualquer forma, tendo em conta as críticas expostas às questões terminológicas, tendo em vista ser predominantemente a mais recorrente tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência nacional.¹²⁹²

¹²⁹¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde: ação, dano e nexos causal. Fundamentos da responsabilidade civil na área da saúde: culpa ou risco. A prova. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Org.). Responsabilidade civil na área da saúde. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

¹²⁹² Conforme exposição da conclusão do relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada pelo Ato nº 58 de 2009, com a finalidade de investigar informações divulgadas pela imprensa de erros cometidos por médicos no Estado de São Paulo, conforme Requerimento nº 1150, de 2007, relatada pelo Deputado Uebe Rezek, da qual o termo final da denominada “CPI do Erro Médico” se deu em 03 de fevereiro de 2010, com o seguinte termo que transcrevemos parcialmente: *“faz-se necessária uma reflexão sobre: o que é erro médico? “Segundo o magistrado José Idelfonso Bizatto, “... o erro médico, no campo da responsabilidade pode ser de ordem pessoal ou de ordem estrutural. É estritamente pessoal quando o ato lesivo se deu, na ação ou omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas ou emocionais. Pode também o erro médico ser procedente de falhas estruturais, quando os meios ou condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta satisfatória” SÃO PAULO.*

Para delimitação jurídico-civil do tema, parte-se da compreensão do ato médico e quais os possíveis fatores causais que podem levar à ocorrência do erro médico.

O ato médico “*é toda a actuação directa ou indirecta sobre um organismo humano por parte de um médico (ou equipa de médicos), no exercício da sua profissão, para a qual tem o devido título académico de licenciado em medicina e cirurgia*”¹²⁹³. Está disciplinado na *Resolução CFM nº 1.627/2001* do CFM, sendo definido no art. 1º como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado com o objetivo geral de prestar assistência médica, investigar as enfermidades ou a condição de enfermo ou ensinar disciplinas médicas. É função privativa de quem é formado em Medicina, em estabelecimentos educacionais oficiais ou oficialmente reconhecidos

Alguns critérios devem ser observados na realização do ato médico: 1) Critério profissional, na medida em que só pode ser praticado por médico que possui um “título habilitante”; 2) A execução deve ser típica e regular, respeitando às “*legis artis ad hoc*”, que impõem ao médico que atue com diligência e utilizando-se das técnicas normais exigidas pelo caso em concreto; 3) O objetivo da atividade médica deve ser o de prestar assistência médica, investigar as enfermidades ou a condição de enfermo ou ensinar disciplinas médicas e; 4) A conduta deve ser lícita, já que praticado em conformidade com os princípios do “consenso social” ou, de outro modo, aceitas por toda a coletividade e em conforme a lei.¹²⁹⁴ Dentro destes atos médicos, Pedro Rodríguez considera que a atividade do médico engloba diferentes tipos: a) *Atos de prevenção*, que visam a adotar as medidas necessárias para evitar que a doença se verifique; b) *Atos de diagnóstico*, com vista a determinar a natureza e origem da doença do paciente, que se verificou dos exames e análises clínicas; c) *Atos de prescrição*, os quais têm por missão determinar a terapêutica que o paciente deve seguir, após a realização do seu diagnóstico; d) *Atos de tratamento* – que se traduzem na execução de medidas idóneas à cura ou melhora do doente; e) *Atos de reabilitação*, que supõem todo um conjunto de

Assembleia legislativa. *Relatório final da comissão parlamentar de inquérito sobre erro médico*. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cpi_erro_medico_relatorio_final.pdf>. Acesso em: 23.05.2013.

¹²⁹³ LÓPEZ, Pedro Rodríguez. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Bosch, 2004, pp. 34-35.

¹²⁹⁴ SOUSA, Isa António de. A responsabilidade do Estado por actos médicos: entre a "présomption de faute" francesa e a "objectivização" espanhola – breve resenha comparativa: uma convergência de regimes? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 2, núm. 2, 2013, pp. 97-98.

ações dirigidas ao restabelecimento do paciente (órgão, membro) ao seu estado saudável e; f) *Outros atos médicos*.¹²⁹⁵

Na realização destes atos médicos, podem-se identificar alguns fatores causais potenciais geradores de erro médico que são, basicamente, resumidos em quatro grupos distintos: a) O processo psíquico de formação de juízo, em que tenha faltado a confrontação com parâmetros ou critérios reconhecidos como corretos e adequados no particular âmbito de exame, sendo que tal juízo não é validado. Neste caso, o médico pode provocar o erro de diagnóstico, já que poderia ter sido facilmente evitado mediante prévia comprovação técnica; b) Os parâmetros em questão foram corretamente utilizados, mas a dedução ultrapassou os limites da sua aplicabilidade. Nesta situação, a imperícia resulta de fatos praticados sem a devida “autorização” por parte da ciência médica; c) O parâmetro válido às finalidades de avaliação revela-se “estranho” no âmbito em que se desenvolve a investigação crítica, verificando-se, assim, um “desajustamento” teórico e científico, nocivos ao tratamento do paciente. Neste caso, foi utilizado um critério que não era válido no caso concreto, podendo existir ou não culpa, conforme o “erro” se deva ou não a um vácuo da ciência médica, à apresentação pelo paciente de sintomas desconcertantes e susceptíveis de causar equívocos no espírito do médico ou à falta de meios de investigação adequados e, por fim; d) O parâmetro é apropriado, mas incapaz de discriminar o problema de saúde do paciente, no caso concreto. É a situação em que mais claramente se pode constatar que o “erro” não implica a responsabilidade civil, porquanto o agente de saúde faz tudo o que está ao seu alcance para ajudar o paciente, e ainda assim, não consegue alcançar o efeito almejado; nem pode ter a certeza de que terá êxito no tratamento e cura do paciente, atendendo ao juízo médico-científico e ao critério do “bom profissional de saúde”.¹²⁹⁶

Desta forma, é necessário estabelecer as diferenças entre o erro médico e certas figuras que, com ele, apresentam afinidades.

¹²⁹⁵ LÓPEZ, Pedro Rodríguez. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Bosch, 2004, pp. 341-342.

¹²⁹⁶ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Editorial Montecorvo: Madrid, 1985, p. 311.

Como diz Fragata, “o erro é cinzento na cor, sinistro no perfil e amargo no travo (sabor)”, “um dos segredos mais mal guardados da profissão”.¹²⁹⁷ E segue, “o erro, sinônimo de negligência – pior ainda, de falta de carácter – ocasiona profundo impacto pessoal e profissional. É vivido em dramática solidão”.¹²⁹⁸

Concorda-se com Direito, que alude que “*não se deve falar em erro médico, mas erro do médico*”.¹²⁹⁹ No Direito Francês, utiliza-se o termo *erreur* em distinção ao *faute medicale*. Penneau diferencia *erro*, como uma falha do homem normal, que pode ocorrer com todo bom profissional em decorrência de uma falibilidade humana inevitável, independentemente de qualquer negligência ou imprudência e *falta médica*, como sendo falta de diligência ou cuidado em relação a um bom padrão profissional.¹³⁰⁰ Esta diferenciação não é feita na jurisprudência brasileira, o que significa dizer que, na prática, muitas vezes, se está a condenar médicos por *erro escusável*, fato que não se pode admitir em face da necessidade de comprovação da culpa médica somente nos casos de *erro inescusável*.¹³⁰¹

Como dito, o rigor na análise da culpa é maior em relação ao especialista cirurgião plástico, no caso de descumprimento dos deveres de informação e cuidado na execução do trabalho, do que em relação ao generalista.¹³⁰²

O erro médico é denominado, pela doutrina, de diversas maneiras, como: *erro técnico, má prática profissional, mala praxis, conduta imprópria, falha médica, etc.*

O erro médico pode ser definido como o resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico por inobservância dos deveres jurídicos essenciais exigidos na

¹²⁹⁷ ANTUNES, João Logo. Prefácio. In: FRAGATA, José; MARTINS, Luís. *O erro em medicina: perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 29.

¹²⁹⁸ ANTUNES, João Logo. Prefácio. In: FRAGATA, José; MARTINS, Luís. *O erro em medicina: perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade*, p. 29.

¹²⁹⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Erro médico. *Revista de Direito Renovar*, vol.01, Rio de Janeiro, 1995, pp. 105.

¹³⁰⁰ Alude Penneau que “*La faute, on l'a rappelé, suppose un défaut de diligence ou de prudence par rapport à la diligence ou à la prudence qui aurait été celle du bon professionnel choisi comme standard. L'erreur, c'est la défaillance de l'homme normal, et à ce titre de tout bon professionnel, rançon inéluctable de la faillibilité humaine, indépendamment de toute négligence ou imprudence. Tout bon professionnel est exposé à avoir une telle défaillance dans le contexte d'une diligence normale de sa prestation, et encore plus dans le contexte extrêmement complexe de la médecine moderne.*” PENNEAU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol.42, pp. 532-533.

¹³⁰¹ Willhelm defende que a ausência desta diferenciação gera o desestímulo da atividade médica especialmente para quem atua na área da cirurgia plástica. WILLHELM, Camila Neves. *Responsabilidade civil do cirurgião plástico: obrigação de meio ou de resultado*, p. 55.

¹³⁰² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, p. 128.

atuação médica. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior.

Moraes conceitua o *erro médico* como “*a falha do médico no exercício da profissão. Excluem-se dele as da própria natureza, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo profissional para o tratamento de um mal maior.*”¹³⁰³ E segue aludindo que para a caracterização do erro médico é preciso que estejam presentes:

1. o dano ao doente; 2. a ação do médico; 3. o nexó efetivo de causa e efeito entre o procedimento médico e o dano causado; 4. uma das três citadas falhas – imperícia, imprudência e negligência. A falta de qualquer desses itens discriminados descaracteriza o erro médico. Quanto à ação ou omissão do médico, no exercício profissional, causando dano à saúde do paciente, somente se lhe imputará o erro se for comprovado o nexó causal entre sua ou suas falhas e o mau resultado para o doente.¹³⁰⁴

O erro médico é a falha do médico no exercício da profissão excluindo de tão amplo conceito, as falhas da própria natureza, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo profissional para o tratamento de um mal maior, como a amputação de uma perna para o tratamento de uma gangrena que, por si só, poderia levar o paciente à morte.

Giostrì conceitua o erro médico, diferenciando-o do “insucesso”, que é considerado um resultado para o paciente por conta de sua resposta orgânica, como “*uma falha no exercício da profissão, do que advém um mal resultado ou resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional.*”¹³⁰⁵

O “erro médico” pode ser definido como a conduta profissional inadequada resultante da utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorretas que se mostra lesivas para a saúde ou vida de um paciente, podendo traduzir-se em imperícia, negligência ou imperícia.

O CEM também trata da questão da responsabilização médica no capítulo III, no art. 1º, quando diz que é vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Não só isso, há ainda outros artigos que proíbem o médico de realizar condutas que possam causar danos aos pacientes.

¹³⁰³ MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*, p. 306.

¹³⁰⁴ MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*, p. 426.

¹³⁰⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p. 125.

O cirurgião plástico, ao atuar, tem seus critérios de beleza¹³⁰⁶, que são, de certa forma, objetivados pelo grupo científico a que pertence. Seu trabalho, nesta perspectiva, é desenvolvido levando em conta o seu modelo ideal da imagem corporal que podem não corresponder ao do paciente, chegando no que este considera um *resultado infeliz*¹³⁰⁷. São duas perspectivas subjetivas da imagem corporal que, em muitos casos, entram em choque em razão das diversas formas de percepção da realidade anatômica, a do paciente, que confronta a expectativa criada em seus pensamentos e a do cirurgião, que trabalha com suas subjetivas percepções científico-discricionárias, levando em conta as orientações da literatura médica que fornece um standard objetivo abstrato possível de enquadramento no caso concreto.

O paciente que se submete a uma cirurgia plástica se encontra psicologicamente condicionado na expectativa de um determinado resultado corporal, que pode lhe parecer uma lesão antiestética a partir da sua distorcida percepção da concreta realidade.¹³⁰⁸

O enfrentamento da temática impõe que sejam delimitados os contornos para a exata compreensão de seu significado, diferenciando-se do entendimento comum no qual a ação do médico é atrelada a uma expectativa de cura.

Nem todo o erro médico assumirá relevância jurídico-civil, mas apenas aquele que é susceptível de integrar ou determinar os danos causados e reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil, constitua o seu autor no dever de indenizar. O erro médico configura-se, deste modo, como uma falha profissional, independentemente da sua valoração jurídica e, portanto, um erro do ponto de vista técnico.

Desta maneira, podem-se extrair as seguintes conclusões sobre a relevância jurídico-civil do erro médico: a) O erro médico que não produza resultado lesivo ou coloque em perigo grave de lesão a saúde ou a vida do paciente é irrelevante para o direito civil; b) O erro médico que não tenha sido fruto de violação dos deveres jurídicos essenciais, e não obstante toda a diligência possível do médico, tenha ocorrido, não pode ser civilmente relevante, por inexistência dos respectivos pressupostos de responsabilidade; c) A conduta médica errada que, no exercício da atividade médica que se mostre indicada para o caso, tenha observado as *leges artis*, seja realizada por médico ou pessoa legalmente autorizada e com intenção curativa, ainda que produza resultado

¹³⁰⁶ LOVECE, Graciela. Daños derivados de los cirujanos estéticos. In: GHERSI, C. (Dir.); WEINGARTNER, C. (coord.). *Tratado de daños reparables*, p. 235

¹³⁰⁷ POLICASTRO, Décio. *Erro médico e suas consequências jurídicas*, p. 01.

¹³⁰⁸ GHERSI, Carlos A. (dir.). *Responsabilidad profesional*, p. 35

infausto, no plano jurídico-civil, dependerá das circunstâncias concretas na apreciação da ilicitude e da culpa. Desta maneira, no plano jurídico-civil, relevará desde que o resultado danoso seja objetivamente imputável à conduta errada e tal conduta seja censurável ao agente a título de dolo ou de culpa, em todas as suas modalidades.¹³⁰⁹

O erro médico, em si mesmo, isto é, desligado das suas consequências, não releva para o civil, o que não quer dizer que não seja censurável noutros domínios jurídicos, como, v.g, no plano disciplinar, ou até, consoante o circunstancialismo da sua ocorrência, ética e socialmente reprovável. A importância social, médica e mesmo jurídica do erro médico, assim, decorre da potencialidade de tal fenómeno causar, no sentido ôntico-fenomenológico do termo, lesão ao corpo ou à saúde do paciente, por ação ou omissão, ou produzir um elevado risco para a integridade física do mesmo.¹³¹⁰

6.1.3 CLASSIFICAÇÃO DOS TIPOS DE ERRO MÉDICO

A classificação dos tipos de erro médico é divergente na doutrina brasileira^{1311,1312,1313,1314,1315} e também na legislação comparada^{1316,1317,1318,1319}.

¹³⁰⁹ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente. *Revista Data Venia*, n. 01, jul.-dez., 2012, p. 08.

¹³¹⁰ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente. *Revista Data Venia*, p. 08-11.

¹³¹¹ Freire, estudioso de medicina legal no início do século, foi um dos primeiros a classificar o erro médico em três tipos: (i) *Erro de tratamento*; (ii) *Erro de diagnóstico* e; (iii) *Erro na dosagem de medicamentos*. FREIRE, Oscar. *Pareceres*. São Paulo, Saraiva, 1935.

¹³¹² Rizzardo divide em: (i) *erro de diagnóstico* ou *profissional*; (ii) *erro de tratamento* e; (iii) *erro cirúrgico*. RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, pp. 334-336.

¹³¹³ Dias trabalha com: (i) *erro de técnica*; (ii) *erro de diagnóstico* e; (iii) *erro de prognóstico*. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, pp. 353-354.

¹³¹⁴ Chaves propõe que os devem ser divididos em seis espécies: (i) *erros de diagnóstico*; (ii) *faltas relativas ao tratamento*; (iii) *faltas por ocasião de uma operação ou intervenção*; (iv) *erros de prognóstico*; (v) *falta de higiene* e; (vi) *erros cometidos por radiólogos e outras especialidades*, em especial anestesistas. CHAVES, Antônio. Responsabilidade das clínicas, hospitais e médicos. Responsabilidade civil do médico. *Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XXXVII, núm. 159, 1991, pp. 122-124.

¹³¹⁵ Branco alude que o médico intervém diagnosticando e tratando de doenças e enfermidades, por isso fraciona o erro médico em: (i) *erro no diagnóstico*; e (ii) *erro no tratamento*. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e o dano médico. *Revista dos Tribunais* 733, p. 62.

¹³¹⁶ Conforme RODRIGUES, de acordo com grande parte da doutrina médica e jurídica portuguesa especializada, também destaca três modalidades de “erro médico”. São eles: (i) *Erro de diagnóstico*; (ii) *Erro de tratamento ou terapêutico*; (iii) *Erro na relação com o paciente*. RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *Responsabilidade médica em direito penal (estudo dos pressupostos sistemáticos)*. Almedina, 2007, p. 293.

¹³¹⁷ Fragata e Martins enquadram os erros médicos em quatro grandes categorias: (i) *Erros de diagnóstico*; (ii) *Erros de tratamento*; (iii) *Erros preventivos* (falhas para providenciar o tratamento

O fato de existirem poucas classificações dos tipos de erro médico está relacionado com a falta de informação sobre a temática, porque eles são o resultado de cadeias de eventos raramente estudados, relatos inadequados de erros por parte dos médicos, variações ou mesmo ignorância da definição de erro médico.

A maior parte da doutrina se resume a tratar o erro médico como a caracterização da culpa, em suas modalidades, sendo erro médico as situações nas quais o médico age com negligência, imprudência ou imperícia. Poucos autores tentaram agrupar as espécies de erro médico.

Entende-se que os erros médicos em cirurgia plástica podem ser agrupados em três tipos: (i) *erro de diagnóstico*; (ii) *erro de tratamento* e; (iii) *erro na relação com o paciente*.

O diagnóstico¹³²⁰ é o primeiro ato médico realizado pelo profissional anteriormente à indicação do tratamento adequado. O cirurgião plástico, no diagnóstico, reconhece os diferentes signos e sinais que caracterizam as enfermidades (observação dos aspectos objetivos) e os sintomas sobre os quais o paciente o alerta (apreciação subjetiva). Utiliza-se de sua experiência clínica e os métodos científicos para, acrescido

profilático adequado e monitorização inadequada ou de seguimento (*follow up*) do tratamento) e; *Outros erros* (falhas na comunicação, falhas no equipamento e outras falhas no sistema. FRAGATA, José; MARTINS, Luís. *O erro em medicina: perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 29.

¹³¹⁸ Leape e outros dividem os erros médicos em: (i) *Diagnostic*: error or delay in diagnosis, failure to employ indicated tests, use of outmoded tests or therapy, failure to act on results of monitoring or testing; (ii) *Treatment*: error in the performance of an operation, procedure, or test, error in administering the treatment, error in the dose or method of using a drug, avoidable delay in treatment or in responding to an abnormal test, inappropriate (not indicated) care; (iii) *Preventive*: failure to provide prophylactic treatment Inadequate monitoring or follow-up of treatment; (iv) *Other*: failure of communication, equipment failure and other system failure. LEAPE, Lucian; LAWTHERS, Ann G.; BRENNAN, Troyen A., et al. Preventing Medical Injury. *Quality Review Bulletin*. núm 19, 1993, 144-149; A apresentação dos erros médicos a partir de uma taxonomia quase exaustiva de suas modalidades, da autoria podemos encontrar na obra americana: KOHN, L.T; CORRIGAN, J.M; DONALDSON, M.S. *To err is human: building a safer health system*. Washington, DC: National Academy Press, 2000.

¹³¹⁹ No Direito Italiano, classifica-se o erro médico em quatro tipos: “(i) *Errore di diagnosi: per mancato od inesatto inquadramento medico; una affezione morbosa a seguito di insufficiente raccolta anamnestica, superficialità od incompletezza dell’esame obiettivo o mancata esecuzione di esami strumentali o di laboratorio. Esiste una sorta di proporzione inversa tra l’errore diagnostico e la difficoltà del caso. Esiste altresì un minuto livello di preparazione medica al di sotto del quale ogni manchevolezza diagnostica è di per sé errore*; (ii) *Errore di scelta di trattamento: spesso conseguenza dell’errore di diagnosi, che implica la mancata valutazione delle opzioni di scelta nella terapia di un determinato caso clinico*; (iii) *Errore di esecuzione di trattamento: per scelta non corretta del farmaco e dosaggio incongruo, in particolare in ambito di antibioticoterapia, od errore di manualità*; (iv) *Errore di prognosi, peraltro spesso irrilevante nella causazione del danno materiale*.” AA.VV. *Medicina Legale*. – Edizioni Giuridiche Simone, 2012, p. 210.

¹³²⁰ “El término diagnóstico se deriva del griego *diagnostikós* y significa “distinto, que permite distinguir”, derivado de *diagignóstkein* “distinguir, discernir” y este de *gignóskein* “conocer”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Tomo I. Vigésimo segunda edición. Espasa Calpe: Madrid. 2001.

dos resultados experimentais de exames, radiografias, etc., chegar a uma indicação, ou não, cirúrgica.¹³²¹

O conceito de diagnóstico em Medicina é de uma amplitude admirável. Pode-se conceituá-lo como o parecer do médico sobre o estado do paciente após a anamnese. É momento no qual se informa ao paciente qual é a doença ou mal que lhe afeta, após buscar junto a este as informações necessárias. Trata-se de um processo de identificação de uma doença com base nos sinais e sintomas que o doente apresenta.¹³²²

O diagnóstico, como bem lembra Branco, é o momento no qual se informa ao paciente qual é a doença ou mal que lhe afeta, sendo, talvez, o momento mais importante da intervenção médica, haja vista que um erro nesse momento poderá comprometer não só a possibilidade de cura, mas também trazer danos não previsíveis para o tratamento¹³²³

A formação do diagnóstico tem uma série de obrigações científicas mínimas a serem cumpridas¹³²⁴, que partem do *interrogatório*, no qual se realizará a identificação do paciente, a valoração do seu estado geral de saúde, investigações com base na tecnologia, tudo incorporado ao seu histórico clínico.¹³²⁵ Para formular o diagnóstico, o médico necessita de algumas mínimas informações científicas prévias. Primeiramente, o *interrogatório* será fonte de informações sobre a identidade do paciente, seu grupo familiar, etc. Ainda, o cirurgião plástico analisará o estado geral de saúde do paciente, através do seu peso, pulso, temperatura, pressão arterial, etc. Por fim, será munido, se necessário, de informações tecnológicas decorrentes de sua investigação científica que lhe darão firmeza suficiente para formular o diagnóstico.¹³²⁶ E, uma vez conhecido este

¹³²¹ GHERSI, Carlos A. (dir.). *Responsabilidad profesional*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 21.

¹³²² GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Diccionario de termos médicos, enfermagem e radiologia*, p. 140.

¹³²³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e o dano médico. *Revista dos Tribunais* 733, p. 62.

¹³²⁴ Falando sobre os erros de diagnóstico, que decorrem, normalmente, do resultado de várias falhas no processo de diagnóstico e de vários fatores que contribuem, de acordo com a sua origem pode ser classificados em “1. Errores cognitivos (*Cognitive errors*): se reflejan en las fallas diagnósticas debido a una mala recolección de datos o interpretación de estos, fallas en el razonamiento o conocimiento incompleto. Su origen se centra en las limitaciones del proceso humano de la información y los sesgos producidos al utilizar la heurística, lo que garantiza que este tipo de errores persistirán. 2. Errores del sistema (*System errors*): estos se presentan cuando un diagnóstico es retrasado o no se realiza debido a las fallas latentes en los sistemas de salud. 3. Errores sin culpa (“*No fault*” errors): ocurren cuando la presentación del cuadro clínico es silenciosa, atípica, o miméticas de algún cuadro más común.” ALVARADO-GUEVARA, Ana Teresa; FLORES-SANDI, Gretchen. Errores médicos. *Acta médica costarricense*, vol.51, núm.01, 2009, p. 20.

¹³²⁵ GHERSI, Carlos A. La responsabilidad de los médicos frente a los pacientes. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*, p. 197.

¹³²⁶ GHERSI, Carlos A. La responsabilidad de los médicos: factores de atribución. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*, p. 196.

diagnóstico, o paciente deverá ser informado sobre todos os riscos do procedimento indicado ao qual se submeterá.

É muito comum que frente a determinados sintomas o médico opte por determinado diagnóstico ou tratamento dentre os vários cientificamente indicados e, mais tarde, se verifique que o elegido não era o mais indicado. Caso a sua escolha esteja dentro dos aconselhados *prima facie* pela ciência médica, não incidirá em responsabilização civil.¹³²⁷

O erro de diagnóstico, nas palavras de Carvalho, “*é fruto, quase sempre, de uma investigação mal realizada, quase sempre marcada pela insuficiência dos meios utilizados ou pela negligência do investigador.*”¹³²⁸ Pode se dar em face de ato pessoal do profissional ou, ainda, por ato do próprio paciente, quando, por exemplo, omite informação ao médico. Não se pode esquecer, também, o fato de que a falha nos exames complementares podem induzir a uma posição em relação ao tratamento. No caso de o paciente informar e/ou omitir informações ao médico, ainda que não dolosamente, ocorrerá o rompimento do nexo de causalidade. Assim, o médico só será responsável em indenizar o paciente, pelo erro de diagnóstico, se ficar provada a ocorrência de algum dano. No erro de diagnóstico, Stoco distingue o *erro de procedimento* do *erro no procedimento*. Quando o diagnóstico estiver correto e o profissional tenha identificado o mal de que padece a pessoa, estar-se-á diante de um erro *de procedimento*; de outro lado, quando o diagnóstico foi correto e adequado, mas houve falha profissional, durante o procedimento, o médico incorrerá em erro no procedimento.¹³²⁹

Três situações podem ocorrer em relação ao diagnóstico realizado por ato pessoal: a omissão na realização do diagnóstico, o atraso ou a realização de diagnóstico equivocado. A falha na prestação do serviço somente ocorrerá se a conduta realizada não for similar àquela que se poderia esperar de um médico nas mesmas circunstâncias enfrentadas pelo médico que realizou o ato.¹³³⁰ O diagnóstico esperado não é aquele considerado correto, mas de acordo com a atenção e as precauções indicadas pela ciência médica atual.

¹³²⁷ FERREIRA, Roberto Vázquez. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, p. 124

¹³²⁸ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*, p. 57.

¹³²⁹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. – 8.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 626.

¹³³⁰ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor*. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 154-155.

Haverá responsabilidade civil médica, levando-se em conta o risco envolvido no diagnóstico e a preservação dos critérios subjetivos científico-discrecional do médico, quando o médico agiu com culpa. Ao averiguar a culpa do médico frente ao erro de diagnóstico, deve-se levar em conta a conduta do profissional, isto é, se houve a escolha de um tratamento inadequado à patologia, se o diagnóstico foi feito às pressas, se ocorreu erro grosseiro, ou seja, se o tratamento foi utilizado inadequadamente, atitude essa que qualquer médico prudente, atuando nas mesmas condições externas que o demandado, não utilizaria por ser de notável percepção o erro. A questão deverá ser baseada pela regra geral: se, naquelas circunstâncias, com os meios de que dispunha, o profissional não se desviou crassamente da conduta prevista para aquele caso, inexistirá culpa – portanto, inexistirá o dever de indenizar. Contudo, o contrário ocorrerá (dever de indenizar), se o médico não utilizou todos os recursos à sua disposição, como, por exemplo, não analisando cuidadosamente a doença de seu paciente, não realizando todos os exames necessários para elevar o grau de certeza diagnóstica, sem dúvida errou em sua conduta e, por isso, deverá ser responsabilizado civilmente

Como dizem Direito e Cavalieri Filho, “*o clínico, na verdade, é um cão-perdigreiro, que deve farejar tudo, buscar cada possibilidade diagnóstica, exaustivamente.*” Ao averiguar a responsabilidade civil por erro de diagnóstico, o juiz deverá investigar todos os cuidados que foram dispensados ao paciente lesado, como a atenção, o tipo de exame, as possibilidades para a investigação científica de acordo com o momento científico, de modo que a desatenção, negligência são elementos suficientes para constatação da culpa do médico.¹³³¹

Quando o erro de diagnóstico for escusável, não se poderá imputar a responsabilidade ao médico, já que se está diante de conhecimento médico que não é necessariamente infalível. O médico deve tratar do paciente com zelo e diligência, proporcionando todos os recursos que a ciência médica oferece.¹³³²

Devem ser analisados dois fatores determinantes de tal irresponsabilidade: se o erro é escusável em face do atual estado da ciência médica e não tenha acarretado danos

¹³³¹ Direito e Cavalieri Filho dizem que não há necessidade de erro grosseiro para a configuração da responsabilidade médica. Referem que “*o que o juiz deve examinar são as condições da atuação do médico na elaboração do diagnóstico, sem qualquer adjetivo, mesmo porque em medicina a situação do paciente, as condições disponíveis para a elaboração do diagnóstico e a capacitação do profissional são elementos importantes para que seja imposta a obrigação de indenizar.*” DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, pp. 443-445.

¹³³² ANDREONI, Wilson Rubens. *Cirurgia plástica – obrigação de meio*. In: AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*, p. 426.

ao paciente. Desta maneira, a priori, o erro de diagnóstico é considerado escusável, a não ser que se comprove que se trata de erro grosseiro, ou seja, presente a culpa, em qualquer de suas modalidades. Na avaliação da culpa médica, deve-se ter em conta que a própria ciência médica impossibilita o acesso à totalidade da certeza fornecida pelo conhecimento médico-científico. Deve-se, então, aquilatar este elemento de acordo com o desenvolvimento atual da ciência médica, salvo em casos excepcionais.¹³³³ Se restar comprovado que o cirurgião plástico cumpriu com seus deveres jurídicos essenciais, efetuando uma anamnese completa, atento aos meios técnicos atualizados e disponíveis, entende-se que não será caso de responsabilidade civil médica. Pensar contrariamente, seria impor ao médico um encargo de infalibilidade contrário à própria essência humana. Como alude Trigo Represas “*responderá pues de toda negligencia, imprudencia o impericia, cuya apreciación habrá de hacerse en abstracto y tomando como modelo de comparación al arquetipo del 'buen profesional: 'ni el mejor, ni el superhombre de Nietzsche, ni um héroe, pero tampoco el peor, el descuidado, el ignorante, el desidioso o desaprensivo'*”.¹³³⁴

O erro de tratamento ocorre posteriormente ao diagnóstico, quando o médico indicará os meios, os medicamentos e as condutas para o tratamento do paciente.¹³³⁵ Inclui falhas em qualquer fase do processo de prestação de serviços de cuidados com a saúde, tanto na tomada de decisão, quanto na execução da técnica.

São alguns exemplos de erro de tratamento o erro na realização de uma operação ou procedimento, o erro na administração do tratamento, o erro na dose de medicação ou seu método de uso, o atraso no tratamento ou na resposta à situação que os testes diagnósticos indicaram e a prestação de serviços não apropriados para aquele paciente.¹³³⁶

Consistirá, portanto, em erro no tratamento não apenas o erro na execução de uma cirurgia, por exemplo, mas também o descuido com elementos secundários que possam trazer prejuízo, problema de infecção hospitalar¹³³⁷ provocada pela falta de higiene e descuido na utilização dos equipamentos.¹³³⁸

¹³³³ CHAVES, Antônio. Responsabilidade das clínicas, hospitais e médicos. Responsabilidade civil do médico. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, p. 125.

¹³³⁴ TRIGO REPRESAS, Félix A. *Reparación de daños por “mala praxis” médica*, p. 40.

¹³³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, p. 336.

¹³³⁶ ANTUNES, João Logo. Prefácio. In: FRAGATA, José; MARTINS, Luís. *O erro em medicina: perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade*, p. 62.

¹³³⁷ No caso de infecção hospitalar, já decidiu o STJ que o hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si, veja-se:

O erro na relação com os pacientes agrupa as demais formas de erros médicos que não se encaixam no erro de diagnóstico e no erro de tratamento.

Neste caso, envolvem questões de comunicação, de relacionamento e ainda as demais que podem ocorrer tanto na fase pré-contratual, como na fase pós-contratual, na medida em que ocorram transgressões às regras tidas como recomendáveis e aplicáveis à relação médico-paciente. Nesta espécie de erro médico incluem-se os erros preventivos, como: a falha em providenciar tratamento profilático adequado, a monitoração inadequada, falha de comunicação com o paciente, falha no equipamento, etc.

Tais erros médicos decorrem da violação e/ou descumprimento, por parte do cirurgião plástico, dos deveres jurídicos essenciais, como o erro em relação ao prognóstico.

6.1.4 ERRO MÉDICO E IATROGENIA

Todo procedimento médico, por mais simples que seja, possui potencial risco danoso em graus variáveis, inclusive o risco da morte. Há reações corporais que se situam em terreno para além da atual compreensão e justificativas técnico-científicas. As denominadas complicações ou intercorrências, nesse passo, não se confundem com a iatrogenia, que deriva do correto agir médico, de acordo com os parâmetros científicos. As complicações ou intercorrências se reportam a eventos danosos ao paciente, oriundos não de ato médico isolado, mas de diversos fatores, como reações adversas do organismo, imunodeficiências, uso de drogas, etc. Nesses dois casos, se o agir médico

“Responsabilidade Civil. Consumidor. Infecção Hospitalar. Responsabilidade objetiva do hospital. Art. 14 do CDC. Dano Moral. Quantum Indenizatório. O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si. O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal a quo não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando a excepcional intervenção desta Corte para revê-lo. Recurso especial não conhecido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 629.212/RJ*. Quarta Turma. Recorrente: medise Medicina Diagnóstico e Serviços Ltda. Recorrido: Valesca Da Costa Medeiros. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Rio de Janeiro/RJ, em 07/09/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=2004/0019175-2&data=17/9/2007> Acesso em: 07.06.2013.

¹³³⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Responsabilidade civil por erro médico: aspectos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 137.

não for falho, não incidirá a obrigação de indenizar, já que se enquadram nas hipóteses de caso fortuito ou força maior.¹³³⁹

O exercício da atividade médica do cirurgião plástico, sob o ponto de vista estritamente jurídico, consiste em um *exercício regular de uma faculdade legítima*¹³⁴⁰, já que constitui um meio justo a um fim justo e adequado, reconhecido pela ordem estatal. De modo que as lesões são permitidas e lícitas, uma vez que tem o objetivo de cura ou melhora mais favorável ao paciente. Conforme Moraes, três de sequelas decorrentes do procedimento clínico: as lesões *previsíveis e também esperadas*; as *previsíveis, mas inesperadas*, decorrentes do perigo inerente a todo e qualquer procedimento e as *falhas decorrentes do comportamento humano no exercício da profissão*, passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal.¹³⁴¹ Somente as lesões previsíveis – esperadas ou não – e que decorrem do natural procedimento médico é que podem ser conceituadas como iatrogênicas. As demais, que resultem de comportamento culposos, ingressarão no campo da responsabilidade civil.

Fator preponderante para a irresponsabilidade do profissional será o conhecimento profundo das respostas do organismo humano relativamente a qualquer prescrição medicamentosa e de seu mecanismo de ação, inclusive quanto aos efeitos colaterais. Diante da correta prescrição e de tal prévia avaliação criteriosa os resultados indesejáveis – iatrogênicos, por natureza – não serão passíveis de atestar sua culpa.

Entende-se que iatrogenia é “*a ocorrência de danos ou lesões físicos, psíquicos, farmacológicos ou instrumentais, provocados, porém, por um procedimento médico de manifesto propósito benéfico, que não configure negligência, imprudência e*

¹³³⁹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. – São Paulo: Atlas, 2007, pp. 96-101.

¹³⁴⁰ STOCO, Rui. Iatrogenia e responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, vol.789, p. 108.

¹³⁴¹ MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*, p. 489.

imperícia.”¹³⁴² Trata-se de “*um estado ou prejuízo provocado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados.*”¹³⁴³

A iatrogenia caracteriza erro escusável como aquele que não gera a responsabilidade em qualquer de suas esferas civil, penal ou administrativa.

Alguns autores dividem a iatrogenia em *lato sensu*, que açambarca tanto o atuar correto, lícito médico, quanto o ilícito e a *stricto sensu*, que é aquela que abrange a lesão causada ao paciente, mas decorrente de um agir médico correto, cauteloso e dentro das recomendações médicas rotineiras.¹³⁴⁴

E outros, como Stoco, aludem que a iatrogenia é uma “*alteração patológica provocada no paciente por tratamento de qualquer tipo*”. Seria, portanto, um acontecimento ou resultado danoso, no mundo físico – juridicamente considerado *fato lato sensu* – que decorre da atuação médica. Para o autor, “*a iatrogenia como dano à pessoa – quando decorra de uma conduta culposa do agente, e, assim, se possa identificar um nexó etiológico entre essa conduta e o resultado iatrogênico – transforma o fato danoso em ato ilícito, insere-se mna teoria da culpa e passa a ser regida pelas regras da responsabilidade civil*”¹³⁴⁵

Constatada a iatrogenia, a implicação automática será a ruptura do nexó de causalidade entre o dano sofrido e a conduta médica, ainda que causados danos ao paciente.¹³⁴⁶ A lesão iatrogênica é aquela causada pelo agir correto do médico, em observância das normas e dos princípios da ciência médica.¹³⁴⁷

¹³⁴² Discutiu-se, em sede pericial, a ocorrência de iatrogenia em vítima de choque anafilático ocorrido durante a realização de cirurgia plástica, veja-se: “Responsabilidade Civil - Alegado erro médico em cirurgia estética - Choque anestésico - Morte da paciente - Ação de indenização por danos materiais e morais proposta pelos filhos e pelo cônjuge - Sentença de improcedência - Prova pericial concludente pela ausência de culpa na conduta adotada durante os procedimentos anestésicos e de tentativa de reanimação - Cirurgia estética que não chegou a ser realizada - Dever legal de fornecer informações acerca dos riscos do procedimento cirúrgico - Descumprimento não caracterizado - Parcialidade do perito judicial - Suspeita infundada - Indenização indevida - Apelação desprovida”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 3002941-04.2003.8.26.0506*. Quarta Câmara de Direito Privado. Apelante: Thiago Daniel da Silva e Outros. Apelado: Sérgio Luiz Benetti Silva e Outros. Relator: Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan. São Paulo, em 21.07.2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>> Acesso em: 14.06.2013.

¹³⁴³ BARBOSA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (orgs.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 215.

¹³⁴⁴ SOUZA, Alex Pereira de; COUTO FILHO, Antônio Ferreira. *A improcedência no suposto erro médico*, p. 33.

¹³⁴⁵ STOCO, Rui. Iatrogenia e responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, vol.789, p. 110.

¹³⁴⁶ No sentido de excluir a responsabilidade do profissional que atua de forma adequada e diligente, ainda que sobrevenha resultado danoso ao paciente manifestou-se o TJRJ: “Indenização por danos materiais e morais. Cirurgia redutora de mamas. Mulher idosa. Seios volumosos. Procedimento cirúrgico reduziu consideravelmente o volume dos seios. Infecção decorrente do excesso de gordura no local tem origem da reação do próprio organismo. Prova pericial demonstrou que a técnica cirúrgica

CONCLUSÕES ALCANÇADAS

Esta tese doutoral tem o objetivo de estudar a responsabilidade civil médica nas cirurgias plásticas, a partir de um enfoque interdisciplinar, com a contribuição dos instrumentais da Psicanálise, Medicina e Bioética, para compreender toda a trilha desde a conversão da pessoa em paciente até a judicialização nos casos de erro médico.

O objetivo geral só conseguiu ser atingido, em vista da complexidade da temática escolhida, por consequência do esforço e da exigência peculiar de abordagem do objeto a partir de um diálogo interdisciplinar entre o Direito e os referidos ramos do conhecimento, sempre buscando a integração terminológica pela transposição de conceitos estanques. Ainda, cabe pronunciar que o empenho interdisciplinar se trata de um novo prisma metodológico, sem esquecer, em nenhum momento, que o pára-raios científico destinatário será o das ciências jurídicas.

Apresenta-se, então, a síntese das conclusões alcançadas durante todo o processo de construção da tese, a partir das principais ideias desenvolvidas, que comprovaram as hipóteses inicialmente alçadas.

Na Parte I, visando-se a compreender o fenômeno do aumento das demandas de erro médico nas cirurgias plásticas, utilizou-se do instrumental da Psicanálise, para enfrentar a questão da metamorfose da pessoa em paciente, especificamente o mal-estar produzido pela subjetividade que impulsiona o intento pela mudança em busca de um ideal de beleza corporal. Principiou-se desenhando um panorama cartográfico de constatação do mal-estar contemporâneo que aflige o ser humano, delimitado a partir da

adequada fora utilizada, bem como presente a habilidade do cirurgião. Frustração da apelante sobre o resultado esperado é insuficiente para proporcionar a verba reparatória. Hospital correu não teve nenhuma participação que contribuisse na insatisfação da apelante. Recorrente apresentava problema de saúde, inclusive, assaduras na região dos seios, antes de se submeter à cirurgia. Peculiaridades outras não interferiram no desfecho cirúrgico. Ausência de responsabilidade dos apelados. Apelo desprovido.” Transcrevemos curioso trecho do voto condutor deste julgado que aludiu que: “*questões estéticas devem observar inúmeros fatores, mesmo porque, como a própria apelante expôs o tamanho de seus seios era bem destacado, basta a referência do número do sutiã, ou seja, 54, portanto, a cirurgia plástica tem suas limitações, porém, não está apta a proporcionar metamorfose, enquanto que o processo infeccioso decorrente de excesso de gordura no local faz parte do imponderável, ocorrendo as mais diversas alterações do organismo humano e variando de pessoa a pessoa.*” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 0337721-98.2009.8.26.0000*. Quarta Câmara de Direito Privado. Apelante: Zenaide Silva Fraguas. Apelado: Fundação para o progresso da Cirurgia e Outros. Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda. São Paulo, em 12/08/2010. Disponível em: <<http://www.tjsp.gov.br>>. Acesso em: 14.06.2013.

¹³⁴⁷ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*, p. 65.

modernidade, com característica marcante de reforço das individualidades e a solidez das relações, até a contemporaneidade, na qual se instalou a crise epistemológica e o descentramento do sujeito, assim como se apresentam nestes espaços temporais a subjetividade e as suas novas composições. Ademais, na formação das identidades, apresentaram-se as novas formas de subjetivação, ingressando-se na questão da beleza, nas questões do conceito corporal, no corpo como experiência, nas distorções da imagem e nos possíveis transtornos mentais que dela podem surgir, partindo-se do diálogo interdisciplinar para compreensão deste fenômeno. Ao final, enfrentaram-se as questões da transformação da pessoa em paciente e todos os possíveis estados psíquicos que este pode apresentar na relação com o médico.

Desta forma, passa-se a responder os problemas centrais propostos que serviram de norte para o desenvolvimento do marco teórico da Parte I, com base na testagem das hipóteses expendidas, apresentando-se as seguintes teses delas decorrentes:

(I.1) É possível se desenhar uma cartografia do mal-estar produzido pela subjetividade, desde a modernidade até a pós-modernidade?

(I.1.1) Utilizando-se do ferramental integrativo e do diálogo interdisciplinar com a Psicanálise, é possível partir-se da subjetividade, que é o modo como a pessoa interpreta a realidade, sua maneira de pensar, única e exclusiva, sobre suas experiências, para mapeá-la, a partir das descrições de psicanalistas e psiquiatras em relação a seus pacientes;

(I.1.2) Comparando-se tais relatos extraídos pelos profissionais de seus pacientes e estabelecendo-se os componentes das subjetividade, da modernidade até os relatos pós-modernos, pode-se traçar um processo histórico-evolutivo, evidenciando-se as diferenças do mal-estar que assolava as subjetividades na civilização moderna, época de Freud, para o mal-estar na atualidade (pós-modernidade), em que algumas categorias do pensamento são exaltadas, dentre elas, o corpo e a sua imagem;

(I.1.3) Não se pode falar de mal-estar sem que se pondere acerca do sujeito sofrente, aquele que é assolado com este mal-estar, que é entendido como a produção do sofrimento no indivíduo, ou, nas individualidades;

(I.1.4) Para a compreensão desse mal-estar contemporâneo, é necessário pensar nos destinos do desejo destas novas formas de subjetivação na atualidade, orientação que possibilita fornecer subsídios capazes de captar o conteúdo atual das subjetividades.

(I.2) A constituição da identidade e as novas formas de subjetivação podem ser consideradas como uma das causas da crescente busca de sentido individual pela realização de cirurgias plásticas?

(I.2.1) A constituição da identidade, ou experiência do ‘self’, não é estável, estando o desenvolvimento da imagem corporal no cerne da sua formação, na medida em que se alteram os estágios de evolução do self psicológico conforme a variação dos contextos sociais;

(I.2.2) No estado originário de desamparo, que Freud denominou de feminilidade, as forças pulsionais pressionam excessivamente o desígnio de satisfação e prazer, impulsionando a passagem do sentimento de *angústia do real* para uma *angústia do desejo*, assumindo uma posição masoquista de oferta do corpo a outro;

(I.2.3) A construção do sentimento de identidade é edificada sobre as bases da subjetividade e desta posição de desamparo;

(I.2.4) O sujeito se constitui e se modifica partindo desta posição originária de desamparo, em um posterior fenômeno de identificação que, por ter a característica de psicológico em decorrência de um resultado de produção em massa, constrói-se no nível individual do mundo simbólico, mas tem seus componentes sociais intrínsecos;

(I.2.5) O descentramento do sujeito é um processo característico da pós-modernidade, já que passamos a viver em uma sociedade de consumo, com exaltação da tirania do efêmero, do líquido, do esgotável, dentro de um espaço permeado pelo império da beleza;

(I.2.6) A face contemporânea do desamparo caracterizada pela fragilização das relações sociais e a perda dos referenciais sólidos das “verdades”, apresentados como imutáveis na modernidade, fragmentaram a subjetividade na sociedade ocidental;

(I.2.6.1) Esta situação de fragilização, fragmentação, desconforto corporal e sentimento de vazio vivenciados pelas pessoas na sociedade do consumo, por meio da determinação de interesses econômicos, mormente da indústria da beleza, fortalecem a fetichização do corpo;

(I.2.6.2) O alívio para este sofrimento e mal-estar é a intenção de uma identificação corporal analógica que assegure conforto e preenchimento do espaço interno desocupado por consequência do desamparo primitivo;

(I.2.7) A perda das relações do ser humano com o saber e a verdade, faz com que transpareça o que se denomina de face contemporânea do desamparo.

(I.2.7.1) Esta fragmentação da subjetividade no Ocidente é destacada pela condição trágica do sujeito pós-moderno, o desamparo e, diante desta situação, com a fetichização do corpo nesta sociedade do consumo, determinada por interesses econômicos por meio da indústria da beleza do consumo, buscam-se soluções imediatas para o alívio do sofrimento e, dentre elas, as novidades oferecidas pelas cirurgias plásticas, assim como os psicofármacos, como calmantes instantâneos do mal-estar sentido;

(I.2.8) A constituição da identidade, compreendida nas novas formas de subjetividade produtoras do mal-estar contemporâneo, constitui-se dentro da perspectiva da homogeneidade das individualidades, sendo a cirurgia plástica um instrumento capaz de proporcionar o bem-estar mental e o encontro com o sentido individual;

(I.2.9) No processo de construção identitária, portanto, as cirurgias plásticas, sejam reparadoras, sejam estéticas, auxiliam na promoção do bem-estar mental, através do alcance de uma representação de beleza e saúde, realizando o desejo de os indivíduos se identificarem com os demais.

(I.3) A Psicanálise pode auxiliar na leitura dos perfis das subjetividades para a compreensão dos transtornos psicológicos decorrentes das deformidades físicas ou distorções de imagem corporal e quais as consequências nas ações de responsabilidade civil que suscitam erro médico nas cirurgias plásticas?

(I.3.1) A Psicanálise é o saber mais consistente, construído pela sociedade ocidental, para indagar as relações turbulentas do sujeito com seu desejo e, enquanto espaço do conhecimento, está também inserida nesse novo contexto da complexidade atual;

(I.3.2) Muitos dos mal-estares ocorrem no plano corporal, como o estresse, a anorexia, o Transtorno Dismórfico Corporal, assim como o crescimento das patologias em face de questões que tem como pano de fundo aspectos psicossomáticos;

(I.3.3) Diversos dos males que demandam tratamento médico nos dias atuais são constituídos por doenças “iatrogênicas”, condições patológicas causadas por questões psíquicas anteriores;

(I.3.4) A insatisfação com a imagem corporal pode motivar a busca por tratamentos médicos, sendo estes distúrbios psiquiátricos caracterizados por distorções de imagem corporal, como o TDC e distúrbios alimentares, que são relativamente comuns entre esses pacientes;

(I.3.5) A literatura médica sugere a alta prevalência de sintomas do TDC, chegando a quase 60%, em candidatos à abdominoplastia, rinoplastia e ritidoplastia, em razão da projeção de conflitos psíquicos em uma determinada região corporal através de um fenômeno intrapsíquico de distorção da imagem;

(I.3.5.1) Na mesma pesquisa, concluiu-se que a cirurgia plástica é extremamente contraindicada para tais pacientes com diagnóstico de TDC

(I.3.6) Estes defeitos imaginários na aparência ou a supervalorização podem gerar demandas por erro médico tendo em vista que portador irá procurar um cirurgião plástico para amenizar seu sofrimento com o procedimento cirúrgico.

(I.4) É possível identificar na construção destas novas subjetividades o desígnio de homogeneização das individualidades em razão de um ímpeto de se identificar corporalmente através do procedimento de cirurgias plásticas?

(I.4.1) Este neo-individualismo é marcado pelo narcisismo pela paixão por si mesmo e o extremado cuidado com a aparência;

(I.4.2) Esta imersão da sociedade pós-moderna na cultura do narcisismo e na sociedade do espetáculo, faz com que o olhar do outro, no campo social, ocupe uma posição de destaque no campo psíquico, assumindo, a subjetividade, uma configuração estetizante;

(I.4.3) Na pós-modernidade experimentamos toda a sorte de rupturas das referências da sociedade moderna tradicional, sólida, calcada em um modelo fordista, motivando a produção do desamparo e, por consequência, o produto das individualidades homogeneizadas invadidas pelo masoquismo;

(I.4.2) A posição masoquista acarreta a produção da homogeneidade das individualidades corporais, uma das características da sociedade de massas, em razão da ruptura com as referências da sociedade moderna.

(I.5) As cirurgias plásticas podem ser consideradas como instrumento da constituição subjetiva de sentido corporal que propicie a promoção e o acesso bem-estar mental?

(I.5.1) A identidade do indivíduo, com o passar do tempo, se fragmenta, na representação “do que eu era” e “do que sou hoje” emerge a sensação de desapossamento corporal, ou seja, a percepção de descontrole do corpo, pelo envelhecimento e pela doença;

(I.5.2) A intervenção cirúrgica representa um resgate do comando sobre o corpo, desafiando o tempo e a lei da gravidade e, também, o padrão de beleza social que compromete substancialmente o presente e o futuro das vítimas da discriminação estética;

(I.5.3) O cirurgião plástico exerce, muitas vezes, um papel de responsabilidade social, em programas nacionais de saúde, por exemplo, para cuidar, tratar e reestabelecer as várias deformidades em colaboração de instituições governamentais, das ONGs e das cooperativas que prestam cuidados de saúde;

(I.5.4) A cirurgia plástica, tanto em sua forma reparadora, quanto na estética, é importante instrumento para o processo de reconhecimento dos indivíduos, especialmente na sociedade que impõe um standard de beleza;

(I.5.5) A cirurgia plástica pode ser considerada um dos condutores do sentimento de bem-estar mental, ajudando na diminuição da insegurança das relações afetivas, diminuição de sofrimentos em face da segregação e auxiliando no (re)encontro com a imagem desejada pelo paciente na busca da felicidade.

(I.6) Como são estabelecidos os padrões de beleza corporal?

(I.6.1) A beleza é uma maneira de nos relacionarmos com o mundo, não diz respeito às qualidades dos objetos, mas a forma como nos relacionamos com eles;

(I.6.2) A conceituação de beleza é efêmera, variante no tempo em face de aspectos sociais, culturais e étnicos;

(I.6.3) O aspecto cultural é tão presente, que tem influência não só no condicionamento da visão de mundo da pessoa, mas interfere no plano biológico, sendo capaz de provocar até curas de doenças, reais ou imaginárias;

(I.6.4) Esculpimos nossos corpos de acordo com a cultura na qual estamos inscritos, variando no tempo e espaço.

(I.7) Os transtornos mentais são capazes de gerar distorções em relação à própria imagem corporal?

(I.7.1) É no corpo sofrido que a dor se enraíza, sendo a existência humana eminentemente corporal;

(I.7.2) O corpo revela o mal-estar que o assola, externando esta fragilidade do existir, polarizada entre a vida e a morte e compartilhada pela subjetividade, fica registrada no corpo.

(I.7.3) A imagem é condição para o espetáculo na cena social e para a captação narcísica do outro;

(I.7.4) O não enquadramento da própria imagem nestes códigos interpretativos, no ajuste nos limites dos desejos estéticos, seja por deformidades, doenças, degenerescência inevitável dos anos, podem gerar muitas distorções em frente ao espelho pela insatisfação, ocasionando um estado interior transtornado;

(I.7.5) Todas as pessoas apresentam certo desvio de autoimagem, ocorrendo os transtornos mentais corporais quando alguém constroi uma imagem idealizada, fantasmática, que não se confirma na realidade, fortalecendo defeitos imaginários na aparência ou supervalorizando determinadas partes do corpo que entende defeitosas.

(I.8) O estado psíquico do paciente tem influência na sua relação com o médico?

(I.8.1) A relação médico-paciente esta envolta no entrecruzamento de vínculos de transferências recíprocas;

(I.8.2) O paciente quando busca um médico está acometido de sintomas, sejam reais ou imaginários, que lhe proporcionam dor e angústia, colocando-o na condição de desamparo e regressão;

(I.8.3) Esta enfermidade, real ou imaginária, que angustia o enfermo é conseqüência da insolência narcisista do eu que se percebe débil e vulnerável e que é capaz de mobilizar os diversos mecanismos defensivos aptos a determinar as posturas subjetivas que ele adotará nesta relação e no enfrentamento da enfermidade;

(I.8.4) O manejo e a atitude do médico com o paciente não deve ser o mesmo diante de um quadro clínico de hipocondria, ou um paciente masoquista, que procurará castigar-se com tratamentos cruéis, de modo que o estado psíquico do paciente tem influência direta na relação com o médico.

Na Parte II, objetivou-se estabelecer os contornos da relação médico-paciente, quais os reflexos nas cirurgias plásticas e a vinculação jurídico-obrigacional a partir da visão protetiva da pessoa humana.

Começou-se pela abordagem dos fundamentos da relação médico-paciente, identificando-os dentro desta perspectiva de massificação dos serviços médicos e a necessidade da busca por uma horizontalização dialogal deste vínculo. Tratou-se da bioética como instrumento de releitura desta conexão, mais detidamente dos aspectos fundamentais do consentimento informado. Além disso, discutiu-se sobre a questão da discricionariedade médico-científica, quais as escolhas que podem ser feitas pelo galeno e os riscos que estão envolvidos neste processo decisório. Adiante, adentrou-se nas diretrizes normativo-deontológicas e a responsabilidade ético-profissional, traçando-se um panorama das cirurgias plásticas, conceituando-as e diferenciando-as nas espécies estética e reparadora. Além disso, contextualizou-se a cirurgia plástica no Brasil, assim como se apresentaram as diretrizes e as possíveis intercorrências durante o transcurso da cirurgia, chegando-se no desfecho cirúrgico. Delineou-se o vínculo jurídico-obrigacional entre o cirurgião plástico e o paciente, iniciando-se pela análise do direito fundamental do paciente à saúde mental, especialmente sustentando que a cirurgia plástica pode servir como forma de promoção do bem-estar mental e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. Discutiu-se a natureza jurídica da relação cirurgião plástico-paciente e o enquadramento entre as obrigações de meios e de resultados. Por derradeiro, analisaram-se os deveres jurídicos essenciais dos cirurgiões plásticos e dos pacientes, assim como a relação contratual de prestação de serviços médicos vista a partir de um processo obrigacional, que se inicia na fase pré-contratual (pré-operatória) e transcorre até o momento pós-contratual (pós-operatória).

Assim sendo, passamos a responder as indagações que suscitaram o desenvolvimento teórico da Parte II, com base no enfrentamento das hipóteses suscitadas, chegando-se as seguintes teses:

(II.1) Como deve ser compreendida a relação médico-paciente com a massificação dos serviços médicos, no contexto da pós-modernidade?

(II.1.1) A relação médico-paciente deve ser entendida como uma relação bipessoal, de dependência, com componentes de afetividade, já que o paciente, nesta situação, regride, situando-se em uma situação de hipervulnerabilidade;

(II.1.2) A conduta do esculápio na condução do atendimento do paciente tem significativa e decisiva relevância no resultado do tratamento, devendo aquele se esforçar no sentido de agir com zelo e atenção, fazendo-se necessária, também, a cooperação do paciente em todo o processo cirúrgico;

(II.1.3) Esta relação se apresenta como uma relação de poder entre o galeno e o paciente, necessitando-se de uma transformação que possibilite o acesso do paciente à saúde individualizada e a um tratamento digno;

(II.1.4) Muitas das demandas de responsabilidade civil por erro médico estão associadas a questões de falta de orientação e informações inadequadas, requerendo-se sensibilidade por parte do médico para perceber o paciente em seu contexto social, a maneira de se comunicar, seus valores, estilos e características individuais, estabelecendo uma relação empática e acolhedora.

(II.2) A Bioética, como instrumento de releitura da relação médico-paciente, pode auxiliar na diminuição de demandas através do consentimento informado?

(II.2.1) A Bioética serve como ferramenta norteadora das relações médico-paciente, uma vez que auxilia na investigação e resolução dos dilemas morais em decorrência da explosão tecnológico-científica que apresentam seus reflexos no mundo do Direito;

(II.2.2) O consentimento informado, instrumento fornecido através de estudos no campo da Bioética, que é um direito moral dos pacientes que gera obrigações morais para os médicos, é o processo informativo no qual se subsidiam informações ao paciente para a sua tomada de decisão de se submeter a indicações diagnóstico-terapêuticas;

(II.2.3) Mesmo o consentimento informado se tratando de um processo comunicativo entre o médico e o paciente, que precede uma decisão autônoma, parte integrante do prontuário médico, é necessária a formalização e assinatura por parte do paciente já que muitas decisões judiciais de condenação utilizam como fundamento a ausência do termo de consentimento informado no processo.

(II.3) Qual a extensão da discricionarietà médico-científica nas escolhas eficazes diagnóstico-terapêuticas e os riscos envolvidos neste processo decisório?

(II.3.1) A discricionarietà médica é o processo de escolha, por parte do médico, dos métodos e estratégias disponíveis a serem empregados na indicação diagnóstico-terapêutica, em comparação com as características principais de outros, a partir da avaliação dos riscos e sempre levando em conta as mais recentes informações científicas sobre esta opção;

(II.3.2) As decisões médicas devem estar em perfeita harmonia com o fator evolutivo científico-tecnológico da medicina, assim como com as técnicas usuais mais adequadas, consoante um standard objetivo científico-tecnológico;

(II.3.3) O risco faz parte da própria atividade médica e a posição do médico com relação a ele vai influenciar na sua decisão de orientação diagnóstico-terapêutica;

(II.3.4) A assimetria de informações entre o médico e o paciente não permite que o galeno possua informações totais e/ou perfeitas para que possa tomar uma decisão que garanta, em sentido absoluto, a inexistência de riscos, em face do fato de que nem todas as informações necessárias estarão disponíveis e acessíveis em razão da incapacidade de a Medicina prever todas as possibilidades, além das limitações de tempo, de capacidade técnica;

(II.3.5) A relação médico-paciente é um vínculo de ignorância compartilhada no sentido de que o médico, em razão da incapacidade da Medicina de prever a totalidade dos possíveis riscos, ou não questiona adequadamente o paciente, ou não está habilitado cientificamente para tanto; e o paciente, por outro lado, ou não informa o médico sobre suas informações biográficas necessárias para subsidiá-lo na indicação diagnóstico-terapêutica, seja por que desconhece seus antecedentes genéticos, seja por que a omite, dolosamente, cabendo, portanto, ao médico esgotar todos os questionamentos cientificamente indicados como imperiosos para subsidiar a sua indicação diagnóstico-terapêutica;

(II.3.6) O que vai definir se uma decisão médica está mais adequada é se o médico buscou, racionalmente, um mínimo de informações necessárias apontadas por um standard objetivo científico-tecnológico para a tomada de sua decisão, e se sua decisão representou a melhor alternativa em termo de custo-benefício;

(II.3.7) Na cirurgia plástica, além das questões de assimetria informacional, exige-se a habilidade do profissional como um dos requisitos para o êxito do procedimento cirúrgico.

(II.4) Qual a diferença entre a cirurgia plástica estética e a reparadora, ou reconstrutiva, e as suas consequências nas decisões judiciais em relação às espécies de obrigações que assumem o médico?

(II.4.1) Para a literatura médica, a cirurgia plástica reparadora, ou reconstrutiva, é destinada para correção de defeitos congênitos ou que sejam adquiridos, com finalidade curativa, enquanto que a cirurgia plástica estética objetiva precisamente o embelezamento, tendo como consectário a melhora da autoestima do paciente;

(II.4.2) Sob o prisma jurídico, os Tribunais Superiores brasileiros estabelecem que na cirurgia plástica reparadora a obrigação do cirurgião plástico é de meio e cirurgia plástica estética a obrigação é de resultado;

(II.4.3) Entende-se que, muito embora a linha entre as ditas cirurgias plásticas reparadoras e estéticas seja entrecruzada, já que sempre estarão presentes ambos os efeitos, as obrigações dos cirurgiões plásticos serão sempre de meios, podendo se transformar em equivalência a obrigações de resultados em face das informações veiculadas na oferta que integram o contrato.

(II.5) A cirurgia plástica pode ser considerada como um instrumento de promoção do bem-estar mental e um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana?

(II.5.1) O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde estabelece que a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, de modo que se deve dar especial atenção a saúde mental para se alcançar a plenitude do bem-estar biopsicossocial;

(II.5.2) O direito ao bem-estar mental está conectado com a dignidade da pessoa humana, notadamente com a proteção e promoção do livre desenvolvimento da personalidade, de modo que a desproteção do bem-estar mental determina afronta direta aos direitos da personalidade, mormente o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade;

(II.5.3) O direito fundamental de proteção da integridade física e psíquica possui o mesmo objeto do direito à proteção e promoção da saúde, que é um direito social;

(II.5.4) A cirurgia plástica propõe-se a fornecer ao paciente, através do manejo de todos os recursos científicos disponíveis e do máximo da atenção médica, sempre o melhor possível acesso à saúde plena;

(II.5.5) A realização deste procedimento cirúrgico para modificação do paradigma corporal, seja de forma reparadora, seja de maneira estética, caracteriza-se, em muitos casos, como um problema de saúde coletiva que demanda políticas públicas por parte do Estado para garantia da promoção do bem-estar mental da pessoa humana;

(II.5.6) A cirurgia plástica possibilita a constituição de novos padrões de imagem corporal, possibilitando a pessoa o acesso ao direito à saúde, à igualdade, minimizando discriminações, de forma a garantir o livre desenvolvimento da personalidade.

(II.6) A cirurgia plástica deve ser enquadrada como obrigações de meios ou de resultados e quais os efeitos jurídicos daí decorrentes?

(II.6.1) A clássica bipartição das obrigações entre obrigações de meios e de resultados, consagrada por René Demogue, desconsiderou o fator do risco, já que foi elaborada para questões obrigacionais envolvendo transportes de pessoas, coisas e mercadorias;

(II.6.2) Nas relações cirurgião plástico-paciente, o elemento risco é intrínseco ao próprio exercício da atividade médica;

(II.6.3) Muito embora a posição da doutrina e das decisões dos Tribunais Superiores brasileiros seja a de que os cirurgiões plásticos assumem, nos casos das cirurgias plásticas estéticas, obrigações de resultados, entende-se que as obrigações dos cirurgiões plásticos são de meios, tendo estes o dever de prestar os serviços médicos utilizando-se de todo o cuidado, atenção e diligência, assim como o empregar todos os recursos que tem à disposição, de acordo com o atual desenvolvimento da ciência, pelos seguintes fundamentos:

(II.6.3.1) O alcance de uma simetria corporal é organicamente inatingível, posto que cada indivíduo é um ser uno, sem outro igual na humanidade e nosso corpo é dividido dois dimídios, o lado direito e o lado esquerdo, sendo tais metades desiguais, desta forma impossível preestabelecer-se determinado resultado diante desta vedação natural do organismo humano de assimetria corporal que, se prometida, estar-se-ia atentando contra a própria natureza humana;

(II.6.3.2) O risco cirúrgico é característica intrínseca do ato cirúrgico e da própria investigação científica, não se podendo firmar certeza absoluta sobre quais serão as respostas diagnóstico-terapêuticas do paciente, ainda que o médico tenha agido com extremo rigor na diligência, cuidado e em observância às técnicas indicadas pelo mais atual conhecimento científico;

(II.6.3.3) A participação do paciente, tanto no pré-operatório, seguindo as prescrições norteadas pelo galeno, quanto no pós-operatório, são imperiosos para o desfecho cirúrgico exitoso;

(II.6.3.4) A cirurgia plástica é uma especialidade que demanda, em muitos casos, a necessidade de outras intervenções, retoques, correções, reparações e/ou complementações cirúrgicas no paciente, de maneira que os deveres do médico-cirurgião se miscigenam, assim, os resultados físicos decorrentes da primeira cirurgia, podem ser provisórios, necessitando-se de um prolongamento da relação em face das novas intervenções;

(II.6.3.5) O tratamento jurídico, no direito brasileiro, para a responsabilidade civil médica em geral, esta previsto no CC/02 e no CDC, mais detidamente no art. 14, § 4º, e não há, nestes diplomas, um regime excepcionalizado para a cirurgia plástica enquadrando-as como obrigações de resultados;

(II.6.3.6) A definição das obrigações de resultados parte da seara jurídica, sendo impossível esta delimitar os riscos médicos tendo em vista sua limitação para tratar de questões que envolvam conhecimento técnico específico;

(II.6.4) As obrigações do cirurgião plástico são de meios na medida em que cumpre seus deveres jurídicos essenciais, transmitindo ao paciente todas as informações que dizem respeito aos riscos e benefícios cirúrgicos, de modo claro e atécnico, para que possa decidir autonomamente se quer, ou não, se submeter a determinado procedimento cirúrgico, mas sem nele criar expectativas legítimas de alcance de determinados resultados, esclarecendo-o que tal medida é cientificamente inatingível;

(II.6.5) O conteúdo da oferta que é transmitida pelo cirurgião plástico pode se transformar em equivalência a verdadeiras obrigações de resultados, conforme previsão do art. 30 do CDC, tendo em vista que as informações fornecidas ao paciente, notadamente o seu conteúdo, integram o contrato em face da proteção da confiança do consumidor, que é um dos mais importantes princípios do direito privado, que objetiva assegurar que sejam preservadas as expectativas legítimas que nascem na outra parte candidata a contratação;

(II.6.6) A consequência do descumprimento da oferta, e do seu conteúdo, está prevista no art. 35 e garante o direito potestativo do paciente-consumidor de exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outra prestação de serviço equivalente ou; rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

(II.7) Quais são os deveres essenciais dos médicos e dos pacientes nesta relação?

(II.7.1) A relação médico-paciente se trata de um autêntico vínculo jurídico que se desenvolve através de um processo obrigacional, permeado pela Boa-fé objetiva, estabelecido entre estas partes desde o mais primitivo contato social, que inicia na fase pré-contratual, passando pelo vínculo contratual, na sua formação com a proposta e a aceitação, a execução contratual e, por fim, chegando-se a fase pós-contratual

(II.7.2) Destaca-se, aprioristicamente, um dever *lato sensu* de perícia, que se impõe independentemente da existência ou não de previsão contratual, em razão de um dever de humanismo;

(II.7.3) Em nosso entendimento, os cirurgiões plásticos, no exercício de suas atividades profissionais médicas, devem cumprir os seguintes deveres que congregamos em três grupos: (i) deveres de informação e esclarecimento; (ii) deveres de técnica e perícia e; (iii) deveres de cuidado e diligência;

(II.7.4) No dever de informação e esclarecimento, o cirurgião plástico deve prestar ao paciente todas as informações sobre: os riscos da(s) cirurgia(s); as mudanças corporais que “podem” ser alcançadas com o procedimento cirúrgico, sempre, e taxativamente, alertando sobre a impossibilidade de se prometer, face às limitações científicas e anatômicas, a um determinado “resultado”; quais as partes do corpo que serão afetadas e os possíveis efeitos colaterais; as vantagens e desvantagens da hospitalização e da técnica a ser empregada; a duração que se prevê do tratamento, desde o pré-cirúrgico até o pós-cirúrgico; os exames que necessários, assim como suas finalidades; a necessidade ou não de anestesia e o tipo a ser aplicada e, por fim; o instrumental que será utilizado, de modo a dar suporte e todos os subsídios para que o paciente possa se autodeterminar, de forma esclarecida, na tomada da decisão tendo plena ciência dos riscos e de suas condições clínicas;

(II.7.5) Os deveres de técnica e perícia conhecimento técnico-científico da necessidade de aprimoramento e lapidação constante do saber médico, mas que concretamente é deve ser aplicado pelos médicos;

(II.7.6) Os deveres de cuidado e diligência diz com a obrigação de o médico zelar pelo paciente, orientá-lo e visitá-lo, caso seja necessário, assim como assistir o paciente nas fases pré-operatória, operatória e pós-operatória.

Ao final do trabalho, apresentam-se as teses derivadas da Parte III, na qual se buscou enfrentar os fundamentos da responsabilidade civil médica, mais detidamente o erro médico nas cirurgias plásticas.

Principiou-se pelos fundamentos da responsabilidade civil médica, partindo dos seus aspectos históricos. Adentrou-se no tratamento jurídico da responsabilidade civil médica no direito brasileiro, densificando-se os sistemas jurídicos aplicáveis e abordando a necessidade do estabelecimento de um diálogo entre as fontes na interpretação das regras em favor do paciente considerado como hipervulnerável. Ao depois, foram trabalhados os pressupostos da responsabilidade civil médica decorrente da cirurgia plástica, tratando dos seus elementos estruturantes, assim como das questões envolvendo a culpa médica e o ônus da prova. Apresentaram-se as possíveis excludentes de responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos, tanto as previstas no CDC, como as demais hipóteses. Ao depois, tratou-se da questão da caracterização do erro médico nas cirurgias plásticas, desde a falibilidade humana até a delimitação conceitual do erro médico e suas consequências jurídico-civis. Enfim, apresentou-se a classificação dos tipos de erro médico, bem como os casos de iatrogenia.

Por derradeiro, a partir do confronto com as hipóteses ventiladas, expõem-se as seguintes teses:

(III.1) Qual(is) o(s) estatuto(s) jurídico(s) aplicável(is) para a responsabilidade civil médica dos profissionais liberais no Direito Brasileiro?

(III.1.1) No Direito Brasileiro, o CC/02 prevê a responsabilidade civil do profissional médico nos artigos 186, 187 combinado com o art. 927, *caput* do CC/02.

(III.1.2) O CC/02 ainda fornece dispositivo específico tratando do tema no artigo 951;

(III.1.3) O CDC também trata da responsabilidade civil subjetiva dos profissionais liberais, aí incluindo-se os médicos cirurgiões plásticos, conforme previsão do art. 14, § 4º, sendo apurada mediante a verificação de culpa;

(III.1.4) A responsabilidade civil do profissional liberal não se enquadra na previsão da responsabilidade civil objetiva com base nas previsões do art. 927, parágrafo único do CC/02 e 14 do CDC, sendo o paciente-consumidor considerado destinatário final dos serviços médicos, cabendo tais hipóteses aos hospitais, clínicas, etc.;

(III.1.5) O CEM também estabelece no art. 1º a vedação de se causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência, no parágrafo único, que a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida;

(III.2) Pode-se estabelecer, em matéria de responsabilidade civil médica, o diálogo das fontes entre o CC/02, o CDC e o CEM?

(III.2.1) O contrato entre o médico e o paciente, por se considerado um vínculo contratual *sui generis*, permeado por valores éticos e metajurídicos – que tem como princípios vetores a boa-fé contratual, a justiça e a autonomia da vontade, sendo o aspecto principal a proteção da dignidade da pessoa humana, necessita da aplicação do instrumento do diálogo das fontes;

(III.2.2) Necessário o diálogo das fontes entre os três estatutos jurídicos o CC/02, o CDC e o CEM, preenchendo as lacunas em *favor debilis* do paciente, parte hipervulnerável nesta relação.

(III.3) Pode o paciente ser considerado hipervulnerável e, por isso, necessário um diálogo *favor debilis*?

(III.3.1) Deve-se reconhecer a presunção da vulnerabilidade do paciente, realizando-se interpretação de forma a protegê-lo, em face de sua situação de vulnerabilidade, fragilidade, tanto de sua saúde física, quanto dos aspectos psíquicos;

(III.3.2) O diálogo das fontes necessário um diálogo *favor debilis*, tendo como fio condutor a proteção dos direitos humanos.

(III.4) Como se estabelece a culpa médica na cirurgia plástica e quais são os seus critérios de avaliação?

(III.4.1) A culpa médica não difere da culpa geral, apresentando-se em suas três modalidades: negligência, imprudência e imperícia;

(III.4.2) A culpa médica se configura pela falha nos deveres de conduta obrigatórios ao profissional médico;

(III.4.3) A avaliação da culpa médica do cirurgião plástico deve ser realizada a partir de um critério estrito;

(III.4.4) A verificação da culpa médica do cumprimento, ou não, por parte do cirurgião plástico dos deveres jurídicos médicos essenciais deve ser realizado com a coexistência de dois critérios: o abstrato e o concreto;

(III.4.5) O juiz, para concretizar a avaliação *in abstracto*, deve comparar o comportamento do cirurgião plástico acusado com o de outro profissional tido como “padrão”, como uma espécie de “médico ideal”, da mesma especialidade, na intenção de determinar como este teria agido, observadas as mesmas condições e iguais circunstâncias de tempo e lugar e, ainda, o grau de culpa do causador do dano, levando em consideração a intensidade da imperícia, imprudência ou negligência;

(III.4.6) Ao depois, o magistrado se utilizará do critério *in concreto*, respondendo as seguintes indagações: “*o profissional acusado, usando de toda a diligência, teria, objetivamente, acesso à informação e aos meios ideais para adotar a conduta adequada? As condições que lhe foram oferecidas, seja pelo hospital, seja pelos demais membros da equipe, tiveram peso determinant e no seu comportamento? Houve, por parte do paciente, o descumprimento de recomendações dos médicos? Essas recomendações estavam devidamente formalizadas, de modo a que o paciente tivesse acesso?*”. A partir das respostas destas indagações, poder-se-á avaliar *in concreto* a prática da atividade do cirurgião plástico;

(III.4.7) O juiz deve sopesar as particularidades da complexidade que envolvem os procedimentos cirúrgicos, como: o risco operatório, o diagnóstico pré-operatório, a técnica que foi utilizada pelo cirurgião, se está e acordo com a orientação das ciências médicas, existência de fatores externos, como: infecções, alergias, anomalias anatômicas e, por fim, as orientações e o cuidado pós-operatório;

(III.4.8) O critério interpretativo da conduta médica deve ser, por conseguinte, a preservação do *dever de tutela do melhor interesse do paciente*, devendo o cirurgião plástico zelar pela integridade psicofísica do paciente e por sua dignidade, em observância a tutela constitucional do art. 1º, inc. III, da CF/88.

(III.5) Qual é o posicionamento jurisprudencial brasileiro acerca da culpa médica nas cirurgias plásticas e como deve se compreender a culpa médica nas cirurgias plásticas?

(III.5.1) Atualmente, as decisões são no sentido de que, por se enquadrar as cirurgias plásticas estéticas como obrigação de resultado, presume-se a culpa médica do cirurgião plástico, até que este prove a sua não-culpa ou que este demonstre de maneira cabal qualquer outra causa exonerativa;

(III.5.2) A culpa médica, que se presume, ocorre nas hipóteses nas quais um “resultado” cirúrgico não teria sido alcançado, inclusive transferindo-se para o médico o ônus de demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia;

(III.5.3) O médico somente poderá ser responsabilizado em face de culpa certa e provada, jamais presumida;

(III.5.4) A mera intervenção cirúrgica, conseqüentemente, sem a comprovação de culpa, não pode ser causa de responsabilização do cirurgião, se não restarem configurados os pressupostos da responsabilidade civil, uma vez que o embasamento das demandas, no caso de cirurgia plástica, é a posição subjetiva do paciente em relação a imagem que tem de seu próprio corpo que, como vimos, pode ser completamente distorcida;

(III.5.5) Entende-se que para a caracterização da culpa médica deve-se exigir um juízo de certeza, que não se amolda a presunções e/ou ilações;

(III.5.6) É necessário, portanto, analisar a conduta do cirurgião plástico e, também do paciente para verificar o cumprimento, ou não, dos deveres jurídicos essenciais para verificação da responsabilização civil médica.

(III.6) Como deve ser realizada a distribuição na prova da culpa médica no caso de cirurgia plástica?

(III.6.1) É possível a inversão do ônus da prova, com base no art. 6º, inc. VIII, do CDC, ainda no caso de responsabilização subjetiva do cirurgião plástico;

(III.6.2) Também se pode inverter o ônus probatório com base na Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova na responsabilidade civil médica, para que o cirurgião plástico possa comprovar o cumprimento de seus deveres jurídicos essenciais;

(III.6.3) O ônus probatório do cirurgião plástico não pode recair sobre a comprovação ou não de atingimento do resultado e/ou por conta de insatisfação de paciente, uma vez que este é, de início, de percepção corporal do paciente e, como visto, um grande percentual deles apresenta o TDC, suficiente para distorcer a sua apreciação adequada e real corporal, mas dever ser sobre o cumprimento dos seus deveres jurídicos essenciais;

(III.6.4) Caso não se constate a culpa na conduta do cirurgião, que o mesmo tenha se utilizado de regras e técnicas atualizadas da ciência médica e, em particular, de sua especialidade, adotando todas as cautelas indicadas para o ato cirúrgico, não haverá responsabilização posto que a *fronteira entre o erro médico e a mera insatisfação do lesado é tênue*;

(III.6.4) A mera insatisfação da paciente com o resultado não autoriza, por si só, a indenização, sendo cogente verificar se o cirurgião plástico agiu com culpa, descumprindo com seus deveres jurídicos essenciais;

(III.6.5) A comprovação da culpa, em suas modalidades de imprudência, negligência e imperícia, é *conditio sine qua non* para a condenação por erro e tipificação da responsabilidade civil, pois a “*dinamização do ônus não pode derivar na consagração de uma ‘probatio diabolica’ reversa*”;

(III.6.6) Propõe-se a possibilidade da inversão do ônus da prova, desde que respeitada a necessidade de apuração dos pressupostos da responsabilidade civil, cabendo ao cirurgião plástico provar que agiu de modo a cumprir os deveres jurídicos essenciais, atuando de forma diligente, prudente e cuidadosa em relação ao paciente em todo o processo pré, trans e pós-operatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A A.VV. *Medicina Legale*. – Edizioni Giuridiche Simone, 2012.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 4.ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XLV, n. 231, 1997, pp. 122-147.

_____. Obrigações e contratos – projeto do código civil. *Revista CEJ*, vol.03, núm. 9, set./dez., 1999.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord. Científico). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Teoria geral do direito sanitário brasileiro*. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde Pública, Área de Concentração Serviços de Saúde Pública, da Universidade de São Paulo. São Paulo-SP, 2006.

ALMEIDA, Alda Rosana Duarte de. *Esperança: construção e tese de um modelo teórico da sua influência no processo de compra do consumidor de cirurgia plástica estética*. Tese de Doutorado em Administração, apresentada na Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-24062010-110506/>>. Acesso em: 21.05.2013.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la responsabilidad civil*. 9.ed. ampliada y actualizada. Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1997.

ALTERINI, Atílio Aníbal. *Derecho de obligaciones: civiles y comerciales*. 4.ed. Buenos Aires, Buenos Aires, Abeledo-perrot, 2009.

ÁLVAREZA, Juan Carlos; FERRER, Jorge José. *Para fundamentar la bioética: teorías y paradigmas teóricos em la bioética contemporánea*. Madrid, 2003.

ALVARADO-GUEVARA, Ana Teresa; FLORES-SANDI, Gretchen. Errores médicos. *Acta médica costarricense*, vol.51, núm.01, 2009, pp. 16-23.

ALVIM, Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL-GARCIA, Sofia Isabel de Carvalho. *Quantifying the economics of medical malpractice – a view from a civil law perspective*. Tese apresentada à Erasmus University of Rotterdam, no curso de European Doctorate in Law and Economics, 2011.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and statistical manual of mental disorders (DSM-IV-TR)*. 4.ed. Washington (DC): Text Revision, 2000.

ANDERSON, P. *O fim da história: de Hegel a Fukuyama*. Tradução de Álvaro Cabral. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1992.

ANDORNO, Luis O. La responsabilidad civil médica. *Revista AJURIS* 59. Porto Alegre, nov., 1993, pp. 224-235.

ANDREONI, Wilson Rubens. Cirurgia plástica – obrigação de meio. In: AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*. – São Paulo: Hipócrates, 2000, pp. 421-436.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade civil na cirurgia estética*. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2278>>. Acesso em: 03.05.2013.

ANTE, Ana Beatriz; PASIAN, Sonia Regina. Imagem corporal e características de personalidade de mulheres solicitantes de cirurgia plástica estética. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, vol.24, núm.03, 2011, pp. 429-437.

ANTUNES, João Logo. Prefácio. In: FRAGATA, José; MARTINS, Luís. *O erro em medicina: perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade*. Coimbra: Almedina, 2006.

ARISTÓTELES. *Poética*. Tradução Eudoro de Souza. São Paulo: Editora Abril. Cap. I a XII, pp. 241-252 (os pensadores).

ARMANI, Carlos Henrique. Tempo, história e interdisciplinaridade. In: CANCELLI, Elizabeth; GAUER, Ruth M. Chittó. *Sobre interdisciplinaridade*. Caxias do Sul: EDUCS, 2005, pp. 66-67.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. *Código internacional de ética médica*. Disponível em: <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/c8/17a_es.pdf> Acesso em: 04.02.2013.

_____. *Manual de ética médica*. Disponível em: <http://www.wma.net/es/30publications/30ethicsmanual/pdf/ethics_manual_es.pdf> Acesso em: 04.02.2013.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Editorial Montecorvo: Madrid, 1985.

AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*. – São Paulo: Hipócrates, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12.ed., ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Lazslo Antônio. *O eu e o corpo*. – São Paulo: Escuta, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (org.). *Direito do consumidor: contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção doutrinas essenciais - Direito do Consumidor; v. IV, 2011, pp. 25-34.

BAEZ DE FIGUEROLA, Alicia. *Responsabilidad civil de los cirujanos plásticos*, tº 62, D-49, Zeuz, 1993.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998.

BAL, B Sonny. An introduction to medical malpractice in the united states. *Clinical orthopaedics and related research*, vol.467, 2009, pp. 339-47.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. In: *Bioética*. vol.08, núm.02, 2000, Brasília: Conselho Federal de Medicina, pp. 209-216.

_____. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (orgs.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 205-234.

BARROS, Ana Paula Ferrari Lemos (org.) *Beleza à venda: auto-estima não tem preço*. Brasília: Thesaurus, 2008.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. – São Paulo: Atlas, 2007.

BARROSO, Fernando Luiz. O paciente e seu cirurgião. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*. 2.ed. – Porto Alegre: Artmed, 2010, pp. 350-355.

BARROSO, L. A.; FROTA, P. M. C. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 43, 2010, pp. 99-114.

BARTOLOMEI, Carlos Emanuel Fontes; et al. Medicina e direito: atuação na integralidade destes dois saberes. *Diagnóstico e Tratamento*, jan.-mar., 2010, pp. 39-42.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. Capacidade jurídica e consentimento informado. *Revista Bioética*, vol.08, núm.02, 2001, pp. 285-295.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Rio de Janeiro: Elfos, 1995.

BAUMAN, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

_____. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

_____. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. *Vidas desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

_____. *Identidade: entrevista a benedetto vecchi*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

_____. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

_____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BAUMER, Franklin L. *O pensamento moderno europeu*. Vol. I. Séculos XVII e XVIII. Rio de Janeiro: Edições 70, 1990.

BAUMGARTEN, Alexander Gottlieb. *Estética: a lógica da arte e do poema*. Tradução de Míriam Sutter Medeiros. Petrópolis: Editora Vozes, 1993, pp. 105-120.

BELL, Daniel. *Las contradicciones culturales del capitalismo*. Ed. Alianza, Madrid, 1996.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. – 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BENOMRAN, Fawzi. Medical responsibility in the united arab emirates. *Journal of Forensic and Legal Medicine*, vol. 17, 2010, pp. 188-193.

BEUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. *Princípios de Ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. Edições Loyola, São Paulo: 2002.

BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. Tradução de Myriam Ávila. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2005.

BHATT, Yogesh; *et al.* Social responsibility of the plastic surgeon. *Indian Journal of Plastic Surgery*, vol.41, 2008, pp. 128-132.

BIONDO-SIMOES, Maria de Lourdes Pessole, *et al.* Compreensão do termo de consentimento. *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões*, vol. 34, 2007, pp. 183-188.

BIRMAN, Joel. *Freud & a filosofia*. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

_____. *Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*. 5.ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. *Arquivos do mal-estar e da resistência*. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

BIRMAN, Joel; FORTES, Isabel; PERELSON, Simone (orgs.). *Um novo lance de dados: psicanálise e medicina na contemporaneidade*. – Rio de Janeiro: Cia de Freud, 2010.

BISMARCK, Marie M., *et al.* Legal disputes over informed consent for cosmetic procedures: a descriptive study of negligence claims and complaints in australia. *Journal of Plastic, Reconstructive & Aesthetic Surgery*, vol. 65, 2012, pp. 1506-1512.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BLACK, Henry Campell. *Black's Law Dictionary*. 6thed., St. Paul, 1990.

BOFF, Almerindo Antônio. Transtorno dismórfico Corporal. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (orgs.). *Psiquiatria para estudantes de medicina*. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, pp. 472-479.

BORDA, Guillermo A. Naturaleza jurídica de la responsabilidad médica. In: TRIGO REPRESAS, Félix A. *Responsabilidad civil: doctrinas esenciales. 1936-2007*. 1.ed. Buenos Aires: La Ley, 2007, pp. 57-64.

BORGES, Gustavo Silveira. Uma breve reflexão interdisciplinar acerca da eutanásia passiva. *Revista de Estudos Criminais*, vol.21, n. IV, Porto Alegre, 2006, pp. 159-177.

_____. *Os comitês de bioética e as vias de acesso à justiça criminal*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Área de concentração Sistema Penal e Violência, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre/RS, 2007.

_____. Responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos nas cirurgias estéticas: um estudo comparativo entre aspectos jurídico-civis no direito argentino e brasileiro. *Revista Jurídica*, vol.414, Porto Alegre, 2012, pp. 51-64.

_____. Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: (re)leitura da relação médico-paciente a partir da interdisciplinaridade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol.84, 2012, pp. 13-44.

BORGES, Gustavo Silveira; GAUER, Gabriel José Chittó, *et al.* Estudo casuístico da capacidade decisória dos pacientes: uma abordagem interdisciplinar. In: LOCH, Jussara de Azambuja; GAUER, Gabriel José Chittó; CASADO, María. (org.). *Bioética, interdisciplinaridade e prática clínica*. 1.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, pp. 137-160.

BORGES, Gustavo Silveira; GAUER, Gabriel José Chittó, *et al.* Bases filosóficas da Bioética aplicada a saúde mental. *Revista Eletrônica da Sociedade Rio-Grandense de Bioética*, vol.01, pp. 01-03, 2008.

BOUMIL, Marcia Mobilia; ELIAS, Clifford E. *The law of medical liability in a nutshell*. Publisher: West (St. Paul, Minn.). Series Title, 1995.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

BOUZON, Emanuel. *O código de hammurabi*. 4.ed., rev., Petropolis: Vozes, 1987.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e o dano médico. *Revista dos Tribunais* 733, nov., 1996, pp. 53-75.

_____. Responsabilidade civil por erro médico: aspectos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, núm. 04, Ed. Síntese, mar.-abr, 2000, pp. 128-151.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Processos por erro médico no STJ aumentaram 200% em seis anos*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89920&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=erro médico](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89920&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=erro_médico)> Acesso em: 13.02.2013.

BRASIL. Senado. *Comissão de assuntos sociais*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/>> Acesso em: 07.02.2013.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Tábuas completas de mortalidade: 2011*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2011/pdf/ambos_pdf.pdf> Acesso em: 10.03.2013.

BRITO, César Luís de Souza; MOMBACH, Karin Daniele. Bulimia. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (orgs.). *Psiquiatria para estudantes de medicina*. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, pp. 506-510.

BRITO, Maria José Azevedo de. BRITO, Maria José Azevedo de. *Body shape questionnaire, sf-36 e escala de auto-estima rosenberg - epm em pacientes submetidas a abdominoplastia*. Dissertação apresentada à Universidade Federal de São Paulo, na Escola Paulista de Medicina – UNIFESP, para obtenção do título de Mestrado em Ciências São Paulo-SP, 2007.

_____. *Prevalência de sintomas do transtorno dismórfico corporal em abdominoplastia, rinoplastia e ritidoplastia*. Tese apresentada à Universidade Federal de São Paulo, na Escola Paulista de Medicina – UNIFESP, para obtenção do título de Doutor em Ciências. São Paulo-SP, 2011.

BRITO, Maria José Azevedo de; NAHAS, Fabio Xerfan; *et al.* Effects of abdominoplasty on female sexuality: a pilot study. *The Journal of Sexual Medicine*, vol.09, núm.03, mar., 2012, pp. 918-926.

BRUCKNER, Pascal. Filhos e vítimas: o tempo da inocência. Tradução de Luís M. Couceiro Feio. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (orgs.). *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa, Piaget, 1996.

BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. 3.ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CAHALI, Yussef Said (coord.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. – 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CALDERÓN, W. Historia de la cirugía plástica mundial. *Cirurgía Plástica*. Santiago. Sociedad de Cirujanos de Chile 2001.

CAMPANA, Angela Nogueira Neves Betanho; FERREIRA, Lucilene; TAVARES, Maria da Consolação Gomes Cunha Fernandes. Associações e diferenças entre homens e mulheres na aceitação de cirurgia plástica estética no Brasil. *Revista Brasileira de Cirurgia Plástica*, vol.27, núm.1, 2012, pp. 108-114.

CAMPOS, R. A. C.; CAMARGO, R. A. E. *As diretrizes médicas como fonte do direito*. *Jornal da Associação Médica Brasileira*, nov.-dez., 2010.

CANADIAN MEDICAL PROTECTIVE ASSOCIATION. *Medico-legal handbook for physicians in Canada*. 7.ed., 2010. Disponível em: <http://www.cmpa-acpm.ca/cmpapd04/docs/resource_files/ml_guides/pdf/com_medico_legal_handbook-e.pdf> Acesso em: 02.02.2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1991.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANTLUPE, Joe. Malpractice cases gobble 11% of doctors' time. *The doctor's office*, abril, vol.32, 2013.

CAPISANO, Helládio Francisco. Imagem corporal. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*. 2.ed. – Porto Alegre: Artmed, 2010, pp. 255-270.

CARPES, Artur Thompsen. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARRETEIRO, Teresa Cristina. Corpo e contemporaneidade. *Psicologia em revista*, vol.11, núm.17, Belo Horizonte, 2005, pp. 62-76.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2004, pp. 179-212.

CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (orgs.). *Psiquiatria para estudantes de medicina*. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

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

_____. A responsabilidade médica e o dever de informar. *Revista da EMERJ*, vol.07, núm.28, 2004, pp. 81-87.

CHAGAS, Edilson Eneidino das. Erro médico nas cirurgias estéticas. *Revista de doutrina e jurisprudência*, núm.96, mai.-ago., Brasília, 2011, pp. 13-40.

CHAN, Zenobia C. Y. Medical misconduct in Hong Kong: implications for medical education around the world. *Medical Education*, vol.46, 2012, pp. 1009-1016.

CHAHRAOUI, K., et al. Chirurgie esthétique et qualité de vie subjective avant et quatre mois après l'opération. *Annales de chirurgie plastique esthétique*, vol.51, issue 3, 2006, pp. 207-210.

CHAVES, Antônio. Responsabilidade das clínicas, hospitais e médicos. Responsabilidade civil do médico. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano XXXVII, núm. 159, 1991, pp. 119-147.

CHÁVEZ, Mauricio Genet Guzmán. *O mais profundo é a pele: sociedade cosmética na era da biodiversidade*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis-SC, 2004.

CHIU, Yu-chan. What drives patients to sue doctors? the role of cultural factors in the pursuit of malpractice claims in taiwan. *Social science & medicine*, vol. 71, 2010, pp. 702-707.

CLOTET, Joaquim. Por que bioética? In: *Bioética*. vol.01, núm.01, Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1993, pp. 13-19.

_____. O consentimento informado nos comitês de ética em pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. *Bioética*, núm.01, 1995, pp. 51-59.

_____. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultados e de garantia. *Revista dos Tribunais*, vol. 386. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, dez., 1967, pp. 27-33.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Normas informativas compartilhadas em cirurgia plástica*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/cfm_normas.pdf>. Acesso em: 03.02.2013.

_____. *Estatística - Números de médicos*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_estatistica> Acesso em: 06.02.2013.

_____. *Corregedoria do CFM - Sobre número de processos julgados*. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/JornalMedicina/2012/jornal205.pdf>> Acesso em: 05.02.2013.

_____. *Pareceres sobre cirurgia plástica*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&buscaEfetuada=true&pareceresUf=&pareceresNumero=&pareceresAno=&pareceresAssunto=88&pareceresTexto=#buscaPareceres> Acesso em: 04.02.2013.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO CEARÁ. *Parecer CREMEC nº 09/2001*. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/>> Acesso em: 05.02.2013.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *O médico e a justiça*. Coordenação Institucional de Nacime Mansur e Reinaldo Ayer de Oliveira. São Paulo: 2006.

_____. Centro de Dados. *Denúncias e processos relacionados ao exercício profissional da medicina no estado de são paulo no período de 2000 a 2006*. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/library/modulos/centro_de_dados/arquivos/denuncias_cremesp.pdf> Acesso em: 14.02.2013.

_____. *Cirurgia plástica: 97% dos médicos processados não têm título de especialista*. *Jornal do CREMESP*. vol. 253, 2008, pp. 03-04.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Médico e paciente: questões éticas e jurídicas*. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

CONTI, Paulo Henrique Burg. O papel da regulação em aspectos sensíveis do biodireito: um estudo de caso do conselho federal de medicina. *III Seminário de Ciências Sociais Aplicadas*. vol.03, núm.03, 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/index.php/seminariocsa/article/view/655>> Acesso em: 06.02.2013.

CORTÉS, Julio César Galán. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, 2001.

_____. O consentimento informado e a cirurgia estética. Tradução José Geraldo de Freitas Drumond. *Revista Bioética*, vol.12, núm.1, 2004.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira. O consentimento informado. *Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular*, vol.23, núm.2, 2008, p. 295.

COSTA, Jurandir Freire. *O vestígio e a aura – corpo e consumismo na moral do espetáculo*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. – 12.ed., rev. actual. Coimbra: Almedina, 2012.

COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira. *Instituições de direito médico*. Editora Forense, 1.ed., Rio de Janeiro, 2004.

CRAMER, Britt. Puerto rico creates legal precedent for regulation of aesthetic medicine. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol.40, Summer, 2012, pp. 418-422.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Erro médico e o direito*. 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA, Maicon Pereira da. *Freud e o mal-estar na modernidade*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria Psicanalítica, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro-RJ, 2012.

DAMÁSIO, Antônio. *O erro de descartes: emoção, razão e cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. Lisboa: Editora Europa-América, 1994.

_____. *E o cérebro criou o homem*. Tradução de Laura Teixeira Motta – São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DANTAS, Flávio; SOUSA, Evandro Guimarães de. Ensino da deontologia, ética médica e bioética nas escolas médicas brasileiras: uma revisão sistemática. *Revista Brasileira de Educação Médica*, vol. 32, núm.04, 2008, pp. 507-517.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Direito médico*. – Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinícius. *Comentários ao código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*. – Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. – Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DELAY, Emmanuel, *et al.* Patient information before aesthetic lipomodeling (lipoaugmentation): a french plastic surgeon's perspective. *Aesthetic Surgery Journal*, 2009, vol.29, pp. 386-395.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*. t. V. Paris: Arthur Rousseau, 1925.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Maria Ermantina Gaivão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DIAS, João António Álvaro. *Dano corporal – quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*. Coimbra: Almedina, 2001.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11.ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Responsabilidade dos médicos. In: *Advocacia dinâmica: seleções jurídicas*. núm.05. São Paulo, mai., 1994, pp. 07-31

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2005.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Erro médico. *Revista de Direito Renovar*, vol.01, Rio de Janeiro, 1995, pp. 101-110.

_____. A responsabilidade civil em cirurgia plástica. *Revista de Direito Renovar*, vol.07, Rio de Janeiro, 1997, pp. 11-19.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DONCATTO, Léo Francisco. Uso do termo de consentimento informado em cirurgia plástica estética. *Revista Brasileira de Cirurgia Plástica*, vol.27, núm.03, 2012, pp. 353-358.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DORON, Roland; PAROT, Françoise. *Dicionário de psicologia*. Portugal: Climepsi Editores, 2001.

DUARTE, Rodrigo (organização e seleção de textos). *O belo autônomo: textos clássicos de estética* – Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1997.

DUARTE JÚNIOR, João-Francisco. *O que é beleza*. São Paulo: Brasiliense, 2009.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

ECO, Humberto. *História da beleza*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

_____. *História da feiúra*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2007.

EDWARDS, I. Ralph. The WHO world alliance for patient safety: a new challenge or an old one neglected? *Drug Safety*, vol.28, núm.5, 2005, pp. 379-386.

EL DIB, Regina Paolucci. Como praticar a medicina baseada em evidências. *Jornal Vascular Brasileiro*, vol.6, núm.1, 2007, pp. 1-4.

ELIAS, Nobert. *A sociedade dos indivíduos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

_____. *Sobre o tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998

EKSTERMAN, Abram. Psicossomática: o diálogo entre a psicanálise e a medicina. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*. 2.ed. – Porto Alegre: Artmed, 2010, pp. 93-105.

EVES, F. B. C. S.; BRASIL, I. S. P. S.; SANTOS, L. S. C. Análise do erro médico em processos ético-profissionais: implicações na educação médica. *Revista brasileira de educação médica*, Rio de Janeiro, vol.31, núm.03, dez., 2007, pp. 224-228.

FACHIN, Luiz Edson. Luzes e sombras no diálogo entre direito e medicina. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FEDERAÇÃO IBERO LATINO-AMERICANA DE CIRURGIA PLÁSTICA. *Código de ética*. Disponível em: <http://filacp.org/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=14> Acesso em: 04.02.2013.

FEITOSA, C. Alteridade na estética: reflexões sobre a feiura. In: KATZ, C. S.; KUPERMANN, D.; MOSÉ, V. (orgs.). *Beleza, feiura e psicanálise*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2004, pp. 29-39.

FERRAZ, Edmundo Machado. Complicação ou erro médico? *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões*, 2006, vol.33, pp. 205-206.

FERRAZ, Edmundo Machado; NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Erro médico e prática não médica. In: FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. *Direito médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 347-373.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor*. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FERREIRA, M. C; LEITE, N. G. M. Adaptação e validação de um instrumento de avaliação da satisfação com a imagem corporal. *Avaliação Psicológica*, vol.2, 2002, pp. 141-149.

FERNANDES, Maria Helena. *Corpo*. 4.ed. – São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011.

FERREIRA, Francisco Romão. *Os sentidos do corpo: cirurgias estéticas, discurso médico e saúde pública*. Tese de doutorado em Saúde Pública apresentada ao Programa e Pós-Graduação em Saúde Pública da Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro-RJ, 2006.

FERREIRA, Francisco Romão. A produção de sentidos sobre a imagem do corpo. *Interface*. vol.12, núm.26, 2008, pp. 471-483.

FERREIRA, Marcus Castro. Cirurgia plástica estética: avaliação dos resultados. *Revista da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica*, vol. 15, núm.01, São Paulo, jan.-abr., 2000, pp. 55-66.

FERREIRA, Roberto Vázquez. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. 2.ed, Colección “Responsabilidad Civil”, vol. 12, Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

FINDLAW. Disponível em: <<http://lawyers.findlaw.com/lawyer/practice/medical-malpractice>> Acesso em 14.02.2013.

FISCHLER, C. Obeso benigno, obeso maligno. In: SANT’ANNA, D. B. (org.). *Políticas do corpo*. São Paulo: Estação Liberdade, 1995, pp. 69-80.

FLEIG, Mario. O mal-estar no corpo. In: TIBURI, Márcia; KEIL, Ivete (orgs.) *O corpo torturado*. – Porto Alegre: Escritos Editora, 2004, pp. 131-139.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1943.

FORTES, Isabel. O corpo na clínica contemporânea e a anorexia mental. BIRMAN, Joel; FORTES, Isabel; PERELSON, Simone (orgs.). *Um novo lance de dados: psicanálise e medicina na contemporaneidade*. – Rio de Janeiro: Cia de Freud, 2010.

_____. *Masoquismo e desamparo no sofrimento contemporâneo*. Revista de Psicanálise, São Paulo, ano 21, núm. 4, dez., 2008, pp. 27-38.

FOSTER, Nestor José. Cirurgia plástica: obrigação de resultado ou obrigação de meios? *Revista dos Tribunais* 738, abr., 1997, pp. 83-89.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Responsabilidade civil dos médicos. *Revista AJURIS* 55. Porto Alegre, jul. 1992, pp. 116-139.

_____. La responsabilité. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, PPDDIR/UFRGS*. Porto Alegre, vol. 2, 2004, pp. 237-241.

FRANCO, Luis Felipe Galeazzi. A cirurgia de transgenitalização e a possibilidade de retificação do registro civil como tutela aos direitos do transexual. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, núm.13, jun., 2012, pp. 53-63.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao código de ética médica*. 6.ed. – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

_____. *Direito médico*. – 11.ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FREIRE, Oscar. *Pareceres*. São Paulo, Saraiva, 1935.

FREUD, Sigmund. (1915) Pulsões e Destinos da Pulsão. In: _____. *Escritos sobre a Psicologia do Inconsciente: obras psicológicas de Sigmund Freud – volume 1*. Coordenação de tradução de Luiz Alberto Hanns. Rio de Janeiro: IMAGO, 2004, pp. 133-173.

_____. (1923) O ego e o id. *Obras Completas de Sigmund Freud, vol. XIX* (pp. 13-89) Rio de Janeiro: Imago, 1976.

_____. Sobre os critérios para destacar da neurastenia uma síndrome particular intitulada neurose da angústia. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud, v. III*. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

_____. Análise com fim e análise sem fim [1937]. In: _____. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1980. v. XXIII.

_____. *O mal-estar na civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. – Rio de Janeiro: Imago Ed., 1997.

FREUD, Sigmund. *A interpretação dos sonhos*. Tradução de Walderedo Ismael de Oliveira. 8.ed. Editora: IMAGO, 1999.

FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Tradução de Aulyde S. Rodrigues. Rio de Janeiro, Rocco, 1992.

FUMAROLA, Luis Alejandro. *Eximentes de responsabilidad civil médica*. Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Colección Responsabilidad Civil, vol.18, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil*. – 11.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALVÃO, Gabriel de Mello. *Fundamentos e limites da atribuição de poder normativo às autarquias autônomas federais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARABETYAN, Enrique. *Historia de la cirugía plástica. Cortar por lo bello*. núm.834, Suplemento Futuro diário, 2005.

GARFINKEL, Ana. Responsabilidade civil por erro médico segundo a jurisprudência do tribunal de justiça do estado de são paulo. *Revista Direito GV*, vol.03, núm.02, jul.-dez., 2007, pp. 37-58.

GAUDERER, Christian. *Os direitos do paciente: um manual de sobrevivência*. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 1993.

GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências Históricas*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2004, pp. 01-16.

_____. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

GAUER, Gabriel J. C. Fatores biológicos associados à conduta agressiva. In: GAUER, Gabriel J. C. (coord.). *Agressividade: uma leitura biopsicossocial*. Curitiba: Juruá, 2001.

GAUER, Gabriel J. C.; LOCH, J. A.; KIPPER, D. J. Breves reflexões sobre bioética e psiquiatria. In: KIPPER, Délio José (org.). *Ética: teoria e prática: uma visão multidisciplinar*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

GHERSI, Carlos A. (dir.). *Responsabilidad profesional*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.

_____. Las obligaciones esenciales de los médicos: diagnóstico y terapéuticas. In: GHERSI, Carlos A.; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 159-174.

_____. Las obligaciones de comportamientos legales. In: GHERSI, Carlos A.; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 175-178.

_____. La responsabilidad de los médicos: factores de atribución. In: GHERSI, Carlos A.; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 179-194.

_____. La responsabilidad de los médicos frente a los pacientes. In: GHERSI, Carlos A.; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 195-210.

_____. El derecho de los médicos y las excepciones de responsabilidad. In: GHERSI, Carlos A.; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 239-266.

GHERSI, Carlos A.; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo I*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012.

_____. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012.

_____. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012.

_____. El consentimiento informado o la información sobre riesgos y la voluntad del paciente. In: GHERSI, Carlos A.; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 65-76.

_____. GHERSI, Carlos A.; WEINGARTNER, Célia (directores). *Derecho médico: responsabilidad de cirujanos y equipo médico*. – 1.ed. Rosário: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007.

GIL, José. *Corpo, espaço e poder*. Lisboa: Ed. Litoral, 1988.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. *Revista trimestral de direito civil*, vol.05, - jan.-mar., 2001, pp. 101-116.

_____. *Responsabilidade médica: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004.

GITRAMA GONZALEZ, Manuel. En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho (Sobre el contrato de servicios médicos). *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, Madrid, vol.30, núm.2, 1977.

GLICENSTEIN, J. Chirurgie esthétique et histoire. *Annales de Chirurgie Plastique Esthétique*, vol.48, pp. 257-272.

GODINHO, Adriano Marteleto, *et al.* Termo de consentimento informado: a visão dos advogados e tribunais. *Revista Brasileira de Anestesiologia*, vol.60, núm.2, 2010, pp. 207-211.

GOLDENBERG, Mirian. Gênero e corpo na cultura brasileira. *Psicologia Clínica*. vol.17, núm.2, Rio de Janeiro, 2005, pp. 65-80.

GOLDIM, José Roberto. *Definição de bioética - Fritz Jahr 1927*. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/bioet27.htm>> Acesso em: 11.02.2013.

_____. *Definição de bioética: dicionários e enciclopédias*. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/modelos.htm>> Acesso em: 11.02.2013.

_____. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia. *Revista AMRIGS*, Porto Alegre, vol.46, n.3, 2002, pp. 109-116.

GOLDIM, José Roberto; FRANCISCONI, Carlos Fernando. Aspectos bioéticos da confidencialidade e privacidade. Brasília, DF. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/include/biblioteca_virtua/bioetica/parteIVaspectosbioeticos.html> Acesso em: 03.04.2013.

GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. *Revista de Direito Privado* 12, out., 2002, pp. 81-91.

GOMES, Júlio Cezar Meirelles. Erro médico: reflexões. *Revista Bioética*, vol.2, n.2, 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/459> Acesso em: 13.02.2012.

GOMES, Júlio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso. *Erro médico – um enfoque sobre sua origem e consequências*. Montes Claros (MG): Unimontes, 2010.

_____. Erro médico. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (orgs.) *Iniciação à bioética*. – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, pp. 243-256.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Responsabilidade civil*. – 14.ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GORNEY M, Martello J. The genesis of plastic surgeons claims. *Clinics in Plastic Surgery*, 1999, pp. 123-131.

GORNEY, M; MARTELLO J; HART, L. The medical record. Informing your patients before they consent. *Clinics in Plastic Surgery*, vol.26, núm.1, 1999, pp. 57-68.

GRAEFF-MARTINS, Joana. Cirurgia plástica estética: natureza da obrigação do cirurgião. *Revista de Direito Privado*, ano 10, núm.37, jan.-mar., 2009, pp. 105-129.

GRANT, Robert T.; CHEN, Constance M. *Cosmetic surgery*. McGraw-Hill, 2010.

GUATTARI, Felix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica – Cartografias do desejo*. Petrópolis: Vozes, 1999.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Dicionário de termos médicos, enfermagem e radiologia*. 4.ed. – São Paulo: Rideel, 2010.

HADDOCK-LOBO, Rafael (organizador). *Os filósofos e a arte*. – Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva, Guacira Lopes Louro. 10.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HARRIS, Dean M; WU, Chien-Chang. Medical malpractice in the people's republic of china: the 2002 regulation on the handling of medical accidents. (medical malpractice: u.s. and international perspectives). *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol.33, Fall, 2005, pp. 456-477.

HERWITZ, Daniel. *Estética: conceitos-chave em filosofia*. Tradução de Felipe Rangel Elizalde; revisão técnica de Delamar José Volpato Dutra. – Porto Alegre: Artmed, 2010.

HUGHES, C. E. Reduction of lipoplasty risks and mortality: an ASAPS survey. *Aesthetic Surgery Journal*, vol.21, 2001, pp. 120-127.

INCA. *O que é câncer*. Disponível em: <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/oquee>> Acesso em 17.02.2013.

INTERNATIONAL SOCIETY OF AESTHETIC PLASTIC SURGEONS. *ISAPS - Code of Ethics*. Disponível em: <<http://www.isaps.org/ethics.html>> Acesso em 04.02.2013.

_____. *Procedures performed in 2011*. Disponível em: <<http://www.isaps.org/files/html-content/ISAPS-Procedures-Study-Results-2011.pdf>> Acesso em 17.02.2013.

_____. *About aesthetic surgery*. Disponível em: <<http://www.isaps.org/info-for-patients.html>> Acesso em 04.02.2013.

JAPIASSU, Hilton. *Questões epistemológicas*. Rio de Janeiro: Imago, 1981.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé posmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer, Doordrecht, 1995.

JENA, Anupam B; SEABURY, Seth; *et. al.* Malpractice risk according to physician specialty. *The New England Journal of Medicine*, vol.365, núm.07, 2011, pp. 629-636.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. Martin Claret: São Paulo, 2005.

KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. – São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KEHL, M. Com que corpo eu vou. In: KEHL, M.; BUCCI, E. (orgs.) *Videologias: ensaios sobre a televisão*. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 174-179.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERNBERG, O. F. Borderline personality organization. *Journal of the American Psychoanalytic Association*, 1967.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado, responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A conduta culposa do médico: negligência, imperícia e imprudência. In: Neves, Nedy Maria Branco Cerqueira (coord.). *A medicina para além das normas: reflexões sobre o novo código de ética médica*. - Brasília: CFM, 2010, pp. 215-228.

_____. *Responsabilidade civil do médico*. 7.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

KNIJINIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a ‘probatio diabólica’. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson (orgs.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 934-944.

_____. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KOCH, Bernhard A. Medical liability in europe. *Medizinrecht*, vol.30, 2012, pp.703-704.

KOHN, L. T; CORRIGAN, J. M; DONALDSON, M. S. *To err is human: building a safer health system*. Washington, DC: National Academy Press, 2000.

KOTTOW, Michael. Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção. GARRAFA, Volnei e PESSINI, Leo (Orgs.). In: *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna. São Paulo: Perspectiva, 2000.

KVITKO, Luis Alberto. La responsabilidad médica en cirugía estética. ¿obligación de medios o de resultados? antecedentes. jurisprudencia argentina y española: cambio radical en la doctrina y criterio jurisprudencial español. *Med. leg. Costa Rica*, vol.28, n.1, 2011, pp. 07-24.

LACAN, Jacques, O estádio do espelho como formador da função do eu. In: *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. *Vocabulaire de la psychanalyse*. Paris: PUF, 2002.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um fenômeno antropológico*. 18.ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

LASCH, Christopher. *The culture of narcissism*. New York, Warner Barnes Books, 1979.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6.ed. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1991.

LE BRETON, David. *Antropología del cuerpo y modernidad*. Ed. Nueva Visión, Buenos Aires, 2002.

LE BRETON, David. *Adeus ao corpo: antropologia e sociedade*. Tradução de Marina Appenzeller. – Campinas: Papirus, 2003.

_____. *Antropologia do corpo e modernidade*. Tradução de Fábio dos Santos Creder Lopes. – Petrópolis: Vozes, 2011.

LEAL, Virginia Costa Lima Verde; CATRIB, Ana Maria Fontenelle; AMORIM, Rosendo Freitas de; MONTAGNER, Miguel Ângelo. O corpo, a cirurgia estética e a saúde coletiva: um estudo de caso. *Ciência & Saúde Coletiva*. vol.15, núm.01, 2010, pp. 77-86.

LEAPE, Lucian; LAWTHERS, Ann G.; BRENNAN, Troyen A., et al. Preventing Medical Injury. *Quality Review Bulletin*. núm 19, 1993, 144-149.

LEFLAR, Robert B. The regulation of medical malpractice in japan. *Clinical orthopedics and related research*, vol.467, 2009, pp. 443-449.

LEHNHARDT, M; HOMANN, H. H; DRUECKE D. No problem with liposuction? *Chirurgie*, vol.74, 2003, pp. 808-814.

LEONTIEV, A. N. *Actividad, consciência y personalidad*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1981.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. 3.ed., Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, K. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no poder judiciário*. 1.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOBATO, Oly. Consulta clínica: início da relação médico-paciente. In: MARTINS, Cyro (org.) *Perspectivas da relação médico-paciente*. – Porto Alegre: Artmed, 2011, pp. 29-49.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito das obrigações*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LOCH, J. A. et. Al. Bioética, psiquiatria e o estudante de medicina. In: CATALDO NETO A. et. al. *Psiquiatria para estudantes de medicina*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

LOEB, R. *História da cirurgia plástica brasileira: 150 anos de evolução*. São Paulo: Medsi, 1993.

LOPES, A.A. Medicina baseada em evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica. *Revista da Associação Médica Brasileira*, vol.46, n.3, 2000, pp. 285-288.

LOPES, Fabio Firmino. A relação médico-paciente: entre a atenção e a incompreensão. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José. *Curso de direito médico*. – São Paulo: Conceito Editorial, 2011, pp. 303-321.

LÓPEZ, Pedro Rodríguez. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Bosch, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los médicos*. Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo I e II, 1.ed., Buenos Aires, 1997.

LOVECE, Graciela. Daños derivados de los cirujanos estéticos. In: GHERSI, C. (Dir.); WEINGARTNER, C. (coord.). *Tratado de daños reparables*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.

_____. La cirugía estética, el paradigma sociológico de la salud: la responsabilidad del cirujano plástico. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia (directores). *Derecho médico: responsabilidad de cirujanos y equipo médico*. – 1.ed. Rosário: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007, pp. 23-47.

_____. Cirugía estética y responsabilidad médica - eximentes: la discrecionalidad científica y culpa del paciente. *El consumo estético*, JA, 2001.

_____. El derecho a la información. Forma. Contenido. Ley de los derechos del paciente: similitudes y diferencias. Riesgos conocidos y no conocidos. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 27-63.

_____. El cirujano plástico – La responsabilidad en la cirugía estética o cosmética. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo III*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 23-57.

_____. El riesgo propio de los actos quirúrgicos. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 211-228.

_____. Daños derivados de los cirujanos estéticos. In: GHERSI, C. (Dir.); WEINGARTNER, C. (coord.). *Tratado de daños reparables*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 265-305.

MAFFESOLI, Michel. *O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa*. Tradução de Maria de Lourdes Menezes Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. Responsabilidade civil dos médicos. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. – 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 309-331.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético: responsabilidade civil*. – 3.ed. revista, ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

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*, Porto Alegre: Síntese, vol.01, núm.01, set.-out., 1999, pp. 117-140.

MALTEZ, Rafael Tocantis. *Direito do consumidor e publicidade: uma análise jurídica e extrajurídica de publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A responsabilidade civil na relação dos profissionais na área da saúde e paciente. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coordenadores). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 511-551.

MARCHESI, A, *et al*. Mammoplasties and medicolegal issues: 50 cases of litigation in aesthetic surgery of the breast. *Aesthetic Plastic Surgery*, vol.36, 2012, pp. 122-127.

MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito securitários e o Código de Defesa do Consumidor: Informação, cooperação e renegociação?. *Revista de Direito do Consumidor*, vol.43, jul., São Paulo, 2002, pp. 215-257.

_____. *Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito à ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios (Parecer)*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 835, maio, 2005, pp. 75-133.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (org.). *Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção doutrinas essenciais - Direito do Consumidor; v. III, 2011, pp. 393-444.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. – 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 18-66.

MARQUES, Roni. Os riscos da medicina sem a ciência médica. *Bioética*, vol. 11, núm.02, Brasília, 2003, pp. 11-22.

MARTINS, Cyro. Incidências contemporâneas na relação médico-paciente. In: MARTINS, Cyro (org.) *Perspectivas da relação médico-paciente*. – Porto Alegre: Artmed, 2011, pp. 19-28.

MARTINS, Rui Cunha. Modos da verdade. In: *Revista de História das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra*. vol. 23, 2002, pp. 15-39.

MARTINEZ-PEREDA RODRIGUES, José M. *La cirugía estética y su responsabilidad*. Ed. Comares, Granada, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. A “guerra” do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina. *Revista de Direito do Consumidor*, vol.06. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun., 1993, pp. 219-231

_____. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

_____. A universidade e a construção do biodireito. In: CFM. *Bioética*. Vol. 8, n.º 2 – 2000. Brasília: 2000, pp. 229-246.

_____. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, vol.789, 2001, pp. 21-47.

_____. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, núm.25, 2003, pp. 229-281.

_____. *Comentários ao novo código civil, volume V, tomo I, do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. *Revista dos Tribunais*, vol.831, 2005, pp. 106-131.

MARTIRE JÚNIOR, Lybio. *O alcance atual da cirurgia plástica*. – São Paulo, 2005.

_____. História da cirurgia plástica. In: SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. *Cirurgia plástica*. CARREIRÃO, Sérgio; CARDIM, Vera; GOLDENBERG, Dov. (editores). – São Paulo: Editora Atheneu, 2005.

MAUAD JÚNIOR, Raul (org.) *Estética e cirurgia plástica: tratamento no pré e pós-operatório*.- 2.ed. – São Paulo: Editora Senac, São Paulo, 2003.

MAVROFOROU, A., *et al.* Medical litigation in cosmetic plastic surgery. *Medical Law*, vol.23, 2004, pp. 479-488.

MAZEUD, Henri; MAZEUD, Leon; TUND, André. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. t. 1. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1977.

MAZEAUD, Henri; TUNC, A. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 4.éd. refondue Paris: Éditions Montchrestien, 1965.

MEDICAL MALPRACTICE. Disponível em: <<http://medical-malpractice.lawyers.com/>> Acesso em 14.02.2013.

MELLER, Lores Pedro. A violência em freud. In: SOCIEDADE BRASILEIRA DE PSICANÁLISE DE PORTO ALEGRE. *Pensando a violência com freud*. Porto Alegre: SBPdePA, 2005.

MELLO, Michelle M., *et al.* The new medical malpractice crisis. *New England Journal of Medicine*, 2003, pp. 2281-2284.

MELLO FILHO, Jonas de. Erro médico. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José. *Curso de direito médico*. – São Paulo: Conceito Editorial, 2011, pp. 323-350.

MELLO FILHO, Júlio (coord.). *Psicossomática hoje*. 2.ed. – Porto Alegre: Artmed, 2010.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Notas sobre a responsabilidade pós-contratual. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexes sobre os cinco anos do código civil*. – São Paulo: Atlas, 2008, pp. 400-442.

MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDEIROS, Marília Salles Falci. Imagens, percepções e significados do corpo nas classes populares. *Sociedade e Estado*, vol.19, núm.2, 2004, pp. 409-439.

MENDES, Elzilaine Domingues; PROCHNO, Caio César S. C. Corpo e novas formas de subjetividade. *Psyche*, São Paulo, vol.8, núm.14, 2004, pp. 147-156.

MENEZES, Leilane. Beleza versus qualificação profissional. In: BARROS, Ana Paula Ferrari Lemos (org.) *Beleza à venda: auto-estima não tem preço*. Brasília: Thesaurus, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações. *Estudos de direito civil, v. I*. Coimbra: Almedina, 1994

_____. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (org.). *Direito do consumidor: contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção doutrinas essenciais - Direito do Consumidor; vol.IV, 2011, pp. 107-136.

MEHTA, S, *et al*. A review of litigation in plastic surgery in England. Lessons learned. *Journal of Plastic, Reconstructive & Aesthetic Surgery*, 2010, vol.63, pp. 1747-1748.

MICHELS, Ana Maria. Fatores que influenciam o relacionamento médico-paciente. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (orgs.). *Psiquiatria para estudantes de medicina*. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, pp. 116-120.

MILMANIERE, José E. La persona y su conversión en paciente. El rol y la función del médico. In: GHERSI, Carlos A; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo I*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 03-11.

MINOIS, Georges. *A idade de outro: história da busca pela felicidade*. Tradução de Christiane Fonseca Gradwohl Colas. – São Paulo: Editora Unesp, 2011.

MINOSSI, José Guilherme. Prevenção de conflitos médico-legais no exercício da medicina. *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões*, vol.36, núm.1, 2009, pp. 90-95.

MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 111-132.

_____. Os direitos da personalidade e dos direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 40-76;

_____. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra*. O novo Código Civil e a Lei de Imprensa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, núm.63, jul.-set., 2007, pp. 53-91.

_____. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2011.

_____. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 67-109.

_____. *Curso de direito do consumidor*. 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MIRMAN, Leonard J. Perfect information. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) *The New Palgrave Dictionary of Economics online*. 2.ed. [S.l.]: Palgrave Macmillan, 2008. Disponível em: <http://www.dictionarofeconomics.com/article?id=pde2008_P000058>. Acesso em: 25.03.2013.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Direito fundamental ao processo justo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol.08, núm.45, Porto Alegre, nov.-dez., 2011, pp. 22-34.

MONTEIRO, Andréa Câmara. *Espelho, espelho meu...: percepção corporal e caracterização nosográfica no Transtorno Dismórfico Corporal*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde Pública, da Fundação Oswaldo Cruz, na Escola Nacional de Saúde Pública. Rio de Janeiro-RJ, 2003.

MOORE, Burness E.; FINE, Bernard D. *Termos e conceitos psicanalíticos*. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. – Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito.* – 3.ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002, e com os acréscimos relativos a internet, neuromarketing, conceitos psicanalíticos e questões tributárias. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento.* Tradução de Eloá Jacobina. 12.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

MOSQUERA, J. J. M. *Auto-imagem e auto-estima: sentido para a vida humana.* Porto Alegre: Estudos Leopoldenses, 1976.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad de los profesionales.* Rubinzal-Culzoni editores, 2005.

_____. *Responsabilidad por daños.* t. I, Ediar, Buenos Aires, 1982.

MURR, Leidimar Pereira. A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela legislação brasileira. *Revista Bioética*, vol.18, núm.01, 2010, pp. 31-47.

NASIO, Juan David. *Meu corpo e suas imagens.* Tradução de André Telles. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

NICOLESCU, Basarab. A prática da transdisciplinaridade. In: NICOLESCU, Basarab et al. (org). *Educação e transdisciplinaridade.* Tradução de Judite Vero. Brasília: Unesco, 2000, pp. 139-152.

NISHIYAMA, A. M.; DENSA, R.. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (org.). *Direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção doutrinas essenciais - Direito do Consumidor; v. II, 2011.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações.* – 3.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOCITI, José Roberto; et al. Thoracic epidural anesthesia with ropivacaine for plastic surgery. *Revista Brasileira Anestesiologia*, vol.52, núm.02, 2002, pp. 156-165.

NOVAES, Joana de Vilhena. *O intolerável peso da feiura: sobre as mulheres e seus corpos.* – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Garamond, 2006.

_____. *Com que corpo eu vou?: sociabilidade e usos do corpo nas mulheres das camadas altas e populares.* – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Pallas, 2010.

NOVAES, Joana de Vilhena; VILHENA, Junia. Do homem-máquina ao corpo descarnado: sujeito, corpo e agenciamentos culturais. *Revista Vivência*, n.35, UFRN, 2011, pp. 119-127.

OCK, Ana Mercês Bahia. A perspectiva histórica da subjetividade: uma exigência para a psicologia atual. *Psicología para América Latina*. núm.01, 2004, pp. 01-10.

OLIVEIRA, Glória Maria de; et al. Revisão sistemática da acurácia dos testes diagnósticos: uma revisão narrativa. *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões*, vol.37, núm.02, 2010, pp. 153-156.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Responsabilidade civil dos médicos*. Curitiba: Juruá: 2008.

OLIVEIRA, Nucia Alexandra Silva de. Em jogo...os jogos da beleza. *Revista Estudos Feministas*, vol.10, núm.01, 2002, pp. 254-256.

ORBACH, Susan. *Bodies*. New York: Picador, 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da organização mundial da saúde*. Disponível em: <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf> Acesso em: 28.02.2013.

_____. *Safe surgery saves lives*. Disponível em: <<http://www.who.int/patientsafety/safesurgery/en/>> Acesso em: 05.03.2013.

OUTEIRAL, José. *O corpo existe?* Disponível em: <<http://www.joseouteiral.com.br/artigos.html>> Acesso em: 06.03.2013.

_____. *Adolescência: modernidade e pós-modernidade*. Disponível em: <<http://www.joseouteiral.com.br/artigos.html>> Acesso em: 06.03.2013.

PACHECO, Newton. *O erro médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991.

PAIM FILHO, Ignácio A. A ética e a violência: no interjogo do narcisismo e da alteridade. In: SOCIEDADE BRASILEIRA DE PSICANÁLISE DE PORTO ALEGRE. *Pensando a violência com Freud a Brasileira na Cultura*, Porto Alegre: SBPdePA, 2005, pp. 37-44.

PAMPLONA, C; DIAS, H. M.; MOREIRA, A. C. Masoquismo e a noção de desamparo na clínica com mulheres. In: *Colóquio Internacional sobre Método Clínico*, 2009, São Paulo. Disponível em: <http://www.psicopatologiafundamental.org/uploads/files/coloquios/coloquio_metodo_clinico/mesas_redondas/masoquismo_e_a_nocao_de_desamparo_na_clinica_com_mulheres.pdf> Acesso em: 15.02.2013.

PANASCO, Wanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PARADISO, Massimo. La responsabilità medica: dal torto al contratto. *Rivista di Diritto Civile*, ano XLVII, 2001, pp.325-352.

PATANÉ, J.; PATANÉ, C.V. Legal responsibility of the plastic surgeon. *Revista Argentina de Cirugía Plástica*, vol.2, 1996, pp. 123-127.

PATANE, Jorge; PATANE VILLALONGA, Carolina, *Cirurgia estética - obrigação de médios*. La Ley, 1996.

_____. *La responsabilidad médica vista por un cirujano plástico*, La Ley, ano LIX, nº 99, suplemento Actualidad, 1995.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise económica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

PAVIANI, Jayme. Disciplinaridade e interdisciplinaridade. In: *Revista de Estudos Criminais* 12. Editora Notadez, 2003, pp. 59-85.

PAVIANI, Jayme; BOTOMÉ, Sílvio Paulo. *Interdisciplinaridade: disfunções conceituais e enganos acadêmicos*. Caxias do Sul: EDUCS, 2005.

PAZ, María Isabel Nuñes. *La responsabilidad de los médicos en el derecho romano*. Gijon: Gráficas Apel, 1996.

PENNEAU, Jean. La reforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol.42, núm.2, 1990, pp. 525-544.

_____. *La responsabilité du médecin*. Paris: Dalloz, 1992.

PÉRCIO, Enrique Del. *La condición social: consumo, poder y representación*. 2.ed. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2010.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10.ed. Atualizador por Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro: GZ Ed. 2012.

PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Delia. *Algunas reflexiones sobre daño estético*. LA LEY - 1991.

_____. La responsabilidad civil del médico en el derecho argentino. Trabajo publicado en "*La responsabilité – Aspects nouveaux Association Henri Capitant LGDJ*". Paris 2003. LA LEY , Buenos aires, Argentina, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESTANA, José O. Medina; PROENÇA, José Marcelo M. Consentimento informado ou consentimento assinado? *Jornal do CREMESP*, n.198, 2004.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 61-83.

PIRRO, Massimiliano di. *Responsabilità del medico – tutela civile, penale e profili deontologici*. 3.ed. Grupo Editoriale Simone, 2012.

PITANGUY, Ivo; SALGADO, Francisco. Aspectos filosóficos e psicossociais da cirurgia plástica. In: MELLO FILHO, Júlio (coordenador). *Psicossomática hoje*. 2.ed. – Porto Alegre: Artmed, 2010, pp. 356-367.

PITELLI, Sergio Domingos. O poder normativo do conselho federal de medicina e o direito constitucional à saúde. *Revista de Direito Sanitário*, mar., 2002, pp. 38-59.

PITHAN, Lívia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação”*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. O consentimento informado para além da medicina defensiva. *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, vol. 53, n.2, 2009, pp. 175-178.

_____. O consentimento informado no poder judiciário brasileiro. *Revista AMRIGS*, vol. 56, Porto Alegre, 2012, pp. 87-92.

PLATÃO. *A república*. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: Editora da Universidade do Pará, 1975, pp. 130-145.

PLOTINO. *A alma, a beleza e a contemplação*. Tradução Imael Quiles. São Paulo: Associação Palas Atena, 1981, pp. 54-63.

POLI NETO, P.; CAPONI, S. N. C. *A medicalização da beleza*. Interface - Comunicação, Saúde, Educação, vol.11, núm.23, set.-dez., 2007, pp. 569-84.

POLICASTRO, Décio. *Erro médico e suas consequências jurídicas*. 3.ed., rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XXIII. 2.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsói, 1958.

_____. *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, Rio de Janeiro: Borsói, 1972.

_____. *Tratado de direito privado*, t. LIII, 3.ed., Rio de Janeiro, Borsói, 1972.

POTTER, V. R. *Bioethics: the science of survival: Perspectives in biology and medicine*. 14, 1970.

PROENÇA, José Marcelo Martins; BARREIROS, Rafael Dutra. Cirurgia plástica estética: obrigação de meio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, núm.08, jul.-dez., 2001, pp. 55-76.

QUINTANA TRÍAS, Octavi. Bioética y consentimiento informado. In: CASADO, Maria (ed.). *Materiales de bioética y derecho*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert L. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Tradução de Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Responsabilidad del Médico*. Ed. Astrea, 1.ed., Buenos Aires, 1999.

_____. *Derecho humanos. Una introducción a su naturaleza y a su historia*. 1.ed. Buenos Aires: Quorum, 2007.

_____. Embriones y bioética. Una introducción a la problemática metodológica de base. *Revista eletrónica de derechos existenciales*. Revista persona 45. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Rabinovich.htm>> Acesso em: 13.02.2013.

_____. Persona y “derechos existenciales”. *Revista eletrónica de derechos existenciales*. Revista persona. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar>> Acesso em: 13.02.2013.

RAPOSO, Hélder. Risco e incerteza no pensamento biomédico: notas teóricas sobre o advento da quantificação e da prova experimental na medicina moderna. *Análise Social*, vol.XLIV, núm. 193, 2009, pp. 747-765.

RAUX, Jean-François. Prefácio: Elogio da filosofia para construir um mundo melhor. In: MORIN, Edgar e PRIGOGINE, Ilya (org.) *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Tradução de Luis M. Couceiro Feio, Lisboa, Piaget, 1996.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Tomo I. Vigésimo segunda edición. Espasa Calpe: Madrid. 2001.

REICH, W. T., editor. *Encyclopedia of bioethics: revised edition*. New York: Simon & Schuster Macmillan; 1995, pp. XIX-XXXII.

RENAUT, Alain. *O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito*. Tradução de Elena Gaidano. – 2.ed. – Rio de Janeiro: DIFEL, 2004.

REY, Fernando Luis González. *A pesquisa e o tema da subjetividade em educação*. 24^a Reunião Anual da ANPED -Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação, 2001. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/reunioes/24/te.htm>> Acesso em: 15.02.2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. – 4.ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade civil*. 20.ed., rev. atual., de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente. *Revista Data Venia*, núm. 01, jul.-dez., 2012, pp. 06-23.

_____. *Responsabilidade médica em direito penal (estudo dos pressupostos sistemáticos)*. Editora Almedina, 2007.

ROHRICH, Rod J. It's okay to say "i'm sorry". *Plastic & Reconstructive Surgery*, vol.120, 2007, pp. 1425-1427.

ROSARIO, Grácia Cristina Moreira. *Responsabilidade civil na cirurgia plástica*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

ROSSI, Jorge Oscar. *Responsabilidad civil médica*. – 1.ed. – Buenos Aires: Dy D SRL, 2011.

SABBATINI, Renato M. E. *Fazendo buracos no crânio: psicocirurgia de antigamente?* Revista Cérebro & Mente. Disponível em: <http://www.cerebromente.org.br/n02/historia/trepan_p.htm> Acesso em: 14.02.2013.

SALAZAR, López Ricardo. *Historia de la cirugía plástica en colombia*. Medicina Ac. Col. 2006.

SALLES, Alvaro Angelo. Transformações na relação médico-paciente na era da informatização. *Revista Bioética*, vol.18, 2010, pp. 49-60.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor*. - 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Princípio da reparação integral - indenização no código civil*. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTE, Ana Beatriz. *Auto-imagem e características de personalidade na busca de cirurgia plástica estética*. Dissertação de Mestrado em Psicologia, apresentada a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-22122008-165526/>>. Acesso em: 21.05.2013.

SANTONI-RUGIU, Paolo; SYKES, Philip J. *A history of plastic surgery*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4.ed., Rio de Janeiro: Edições Graal, 1989.

SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*. – São Paulo: Brasiliense, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 4.ed. rev. Atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema público e privado de saúde no Brasil. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (coord.). *Curso de direito médico*. – São Paulo: Conceito Editorial, 2011, pp. 11-57.

SARWER, D. B; CRERAND, C. E.. Body image and cosmetic medical treatments. *Body Image*, 2004, vol.1, pp. 99-111.

SCHILDER, P. *A imagem do corpo - as energias construtivas da psique*. São Paulo: Martins Fontes Ltda, 1981.

SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão de contratos com base no superendividamento - do código de defesa do consumidor ao código civil*. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (org.). *Direito do consumidor: contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção doutrinas essenciais - Direito do Consumidor; vol.IV, 2011, pp. 287-317.

_____. Inexigibilidade de dívida derivada de concessão de crédito causadora de superendividamento de consumidor de baixa renda. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 84, 2012, pp. 365-386.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5.ed., São Paulo: Atlas, 2013.

SEVERIANO, Maria de Fátima Vieira. *Narcisismo e publicidade: uma análise psicossocial dos ideais de consumo na contemporaneidade*. São Paulo: Annablume, 2001.

SIBÍLIA, Paula. *O homem pós-orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

SILVA, André Luiz dos S. Imperativos da beleza: corpo feminino, cultura fitness e a nova eugenia. *Centro de Estudos Educação e Sociedade*, vol.32, n.87, 2012, pp. 211-222.

SILVA, Liliane Cristina; MENDONÇA, Adriana Rodrigues dos Anjos. Medicalização da beleza: reflexão bioética sobre a responsabilidade médica. *Revista Bioética*, vol. 20, núm.01, 2012, pp. 132-139.

SILVA, Dione Batista Vila-Nova da. *Custas e fatores do desfecho de processos judiciais em cirurgia plástica no rio grande do sul*. Dissertação apresentada à Universidade Federal de São Paulo – Escola Paulista de Medicina para obtenção do Título de Mestre em Ciências pelo programa de pós-graduação em Cirurgia Plástica, 2011.

SILVA, Dione Batista Vila-Nova da; NAHAS, Fabio Xerfan; *et al.* The increasing growth of plastic surgery lawsuits in brazil. *Aesthetic Plastic Surgery*, v. 34, 2010, pp. 541-542.

SILVA, Dione Batista Vila-Nova da; NAHAS, Fabio Xerfan; *et al.* A Cirurgia plástica brasileira e o código de ética médica. *Revista Brasileira de Cirurgia Plástica*. vol. 27, n. 2, 2012, pp. 321-324.

SILVA, Flávia Gonçalves da. Subjetividade, individualidade, personalidade e identidade: concepções a partir da psicologia histórico-cultural. *Psicologia da educação*, núm.28, 2009, pp. 169-195.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo (org.) *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 127-150.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelos ordenamento brasileiro. *Revista da Ajuris*, vol. 117, 2010, pp. 311-341;

SILVA, Rafael Peteffi da; Santos, Ricardo Stersi dos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. In: ABREU, Celia Barbosa; REZENDE, Elcio Nacur; LISBOA, Roberto Senise. (Org.). *Direito civil*. vol.01, 1.ed. Florianopolis: Funjab, 2012, pp. 432-457.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde: ação, dano e nexos causal. Fundamentos da responsabilidade civil na área da saúde: culpa ou risco. A prova. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Org.). *Responsabilidade civil na área da saúde*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 03-35

SILVA, Wilson Melo Da. *Da responsabilidade civil automobilística*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1980.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Responsabilidade civil do médico*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 674, 1991, pp. 57-62.

_____. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do médico e o código de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, núm.41, jan.-mar., 2002, pp. 263-275.

SIMMEL, Georg. O dinheiro na cultura moderna. (1896), In: ÖELZE, Jessé Souza Berthold (Org.). *Simmel e a modernidade*. 2.ed. Brasília: UNB, 1998.

SIQUEIRA, José Eduardo de. O ensino da ética no curso de medicina. *O Mundo da Saúde*, São Paulo, vol.33, 2009, pp. 8-20.

SMITH-HOWARD, Tomás. Como praticar uma medicina segura e harmoniosa. *Revista da Associação Paulista de Medicina*, núm.624, set., 2009.

_____. Condições inadequadas comprometem atendimento. *Revista da Associação Paulista de Medicina*, núm.624, set., 2009.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2009.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE ANESTESIOLOGIA. *Normas e orientações*. Disponível em: <http://www.sba.com.br/normas_e_orientacoes/>. Acesso em: 14.02.2013.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. *País registra 2.100 plásticas ao dia*. Disponível em: <http://www2.cirurgioplastica.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=101:pais-registra-12-mil-plasticas-ao-dia&catid=42:saiu-na-midia&Itemid=87> Acesso em 16.01.2013.

_____. *Edital do exame de suficiência para obtenção do título de especialista em cirurgia plástica - ano 2012*. Disponível em: <http://www2.cirurgioplastica.org.br/old_963852741/images/Docs/edital_especialista_2012.pdf> Acesso em: 05.02.2013.

SOUTO, Yama Pinto. Medicina e direito. In: FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. *Direito médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 85-97.

SOUSA, Isa António de. A responsabilidade do Estado por actos médicos: entre a "présomption de faute" francesa e a "objetivização" espanhola – breve resenha comparativa: uma convergência de regimes? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 2, núm. 2, 2013, pp. 96-116.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade civil e penal do médico*. – Campinas, SP: LZN Ed., 2006.

_____. Erro médico e fato da coisa. In: FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. *Direito médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 375-382.

SOUZA, Ricardo Timm de. *O tempo e a máquina do tempo: estudos de filosofia e de pós-modernidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

_____. *Ética como fundamento: uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.

_____. *Sobre a construção do sentido: o pensar e o agir entre a vida e a filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. Bases filosóficas da bioética e sua categoria fundamental: uma visão contemporânea. In: *Bioética*. Brasília, Conselho Federal de Medicina, vol.13, núm.02, 2005, , pp.11-30.

SOUZA, Alex Pereira de; COUTO FILHO, Antônio Ferreira. *A improcedência no suposto erro médico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Alex Pereira; COUTO FILHO, Antônio Ferreira. *Instituições de direito médico*. Editora Forense, 1.ed., Rio de Janeiro, 2004.

SOUZA, Fabiana de Santana. Dano moral decorrente de cirurgia plástica estética: obrigação de meio ou de resultado? *Revista da Esmese*, núm.08, 2005, pp. 137-154.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. Erro médico e fato da coisa. In: FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. *Direito médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 375-382.

SOUZA, P. V. Sporleder de. Bioética e direitos humanos: novos desafios para os direitos humanos de solidariedade. In: SOUZA, Ricardo Timm de (org.). *Ciência e ética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, pp. 123-141.

STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STELARC, Philippe. Das estratégias psicológicas às ciberestratégias: a protética, a robótica e a existência remota. Tradução de Flávia Saretta. In: DOMINGUES, Diana (org.). *A arte do século XXI: a humanização das tecnologias*. São Paulo: UNESP, 1997, pp. 52-62.

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

_____. Iatrogenia e responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, vol.789, 2001, pp. 105-110.

_____. STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 1.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Notas sobre o nexos de causalidade. *Temas de direito civil*, t. II. Rio de Janeiro, 2006, pp. 63-81.

_____. *A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea*. Temas de direito civil, t. II. Rio de Janeiro, 2006, pp. 83-122.

_____. *Crise das fontes normativas e técnicas legislativas na parte geral do código civil de 2002*. Disponível em <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca7.pdf>> Acesso em: 28.02.2013.

TIBURI, Márcia; KEIL, Ivete (orgs.). *O corpo torturado*. – Porto Alegre: Escritos Editora, 2004.

TOLEDO, Luis S; MAUAD, Raul. Complications of body sculpture: prevention and treatment. *Clinics in Plastic Surgery*, vol.33, 2006, pp. 01-11.

TRIGO REPRESAS, Félix A.. *Reparación de daños por “mala praxis” médica*. 2.ed, act. y ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 6.ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

UNESCO. *Declaração universal sobre bioética e direitos humanos*. Portugal, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>> Acesso em 14.02.2013.

VALENTE, Denis Souto; BORILE, Giuliano; DREHER, Rodrigo; CHEM, E. M.; LEONARDI, Dilmar Francisco; CHEM, Roberto Corrêa. A cirurgia plástica é baseada em evidências? *Arquivos Catarinenses de Medicina*, vol. 32, núm.1, 2003, pp. 221-223.

VASCONCELLOS, Zulmar Antônio Accioli de; VASCONCELLOS, João Justino Accioli. *Desnudando a cirurgia plástica*. – Florianópolis: Insular, 2005.

VASCONCELOS, Naumi A. de; SUDO, Iana e SUDO, Nara. Um peso na alma: o corpo gordo e a mídia. *Revista Mal-Estar e Subjetividade*, vol.4, n.1, 2004, pp. 65-93.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Responsabilidad civil en la cirugia plastica y obstetricia*, Editora La Ley 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VIANA, Thiago Henrique Fedri. *Erro médico: responsabilidade civil do médico, hospital e plano de saúde*. – Campinas, SP: Millennium Editora, 2012.

VIEIRA, Ana Orgette de Souza. Responsabilidade civil do médico na cirurgia plástica estética. *Revista da ESMARN*, vol.03, núm.01, set., 2006, pp. 29-51.

VIEIRA, Luzia Chavez. *Responsabilidade civil médica e seguro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VILLAÇA, Nízia; GÓES, Fred; KOSOSVSKI, Ester. *Que corpo é esse?* Rio de Janeiro: Muad, 1999.

VILHENA, Junia de; NOVAES, Joana de Vilhena e ROCHA, Livia. Comendo, comendo e não se satisfazendo: apenas uma questão cirúrgica? Obesidade mórbida e o culto ao corpo na sociedade contemporânea. *Revista Mal-Estar e Subjetividade*, vol.8, n.2, 2008, pp. 379-406.

_____. O corpo e suas narrativas: culto ao corpo e envelhecimento feminino. *Psychologica*, n. 50, Coimbra, Portugal, pp 85-96.

VIRILIO, Paul. *Inércia polar*. Tradução de Ana Luísa Faria. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993.

VIEIRA J. L., et al. Sangramento em cirurgia plástica. *Revista Brasileira de Anestesiologia*, vol.25, 1975, pp. 38-48.

WALDOW, V. R. *Cuidado humano: o resgate necessário*. 3.ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2001.

WEINGARTNER, Célia. La relación de causalidad y la discrecionalidad científica. In: GHERSI, Carlos A (coord.). *Responsabilidad medica*. Ed. Forense, Buenos Aires, 1998

WEINGARTNER, Célia. El estrés médico y la inimputabilidad. In: GHERSI, Carlos A.; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud – Tomo II*. 1.ed. – Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 267-288.

WILLHELM, Camila Neves. *Responsabilidade civil do cirurgião plástico: obrigação de meio ou de resultado*. – Porto Alegre: Stampa, 2009.

XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre-RS, 2006.

ZANITELLI, Leandro Martins. A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial: algumas considerações em torno da assimetria informativa. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 219-222.

ZIMERMAN, David E. *Psicanálise em perguntas e respostas: verdades, mitos e tabus*. - Porto Alegre: Artmed, 2005.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

BRASIL. *Decreto nº 80.281, de 5 de setembro de 1977*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-80281-5-setembro-1977-429283-norma-actualizada-pe.pdf>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 27.02.2013.

_____. *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm> Acesso em: 14.02.2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projetos de lei nº 3.980/2000*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20552>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Câmara dos Deputados. *Projetos de lei nº 4.276/2001*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26689>> Acesso em: 13.02.2013.

_____. Câmara dos Deputados. *Projetos de lei nº 123/2007*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340593>> Acesso em: 13.02.2013.

_____. Câmara dos Deputados. *Projetos de lei nº 1.534/2007*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=359101>> Acesso em: 13.02.2013.

_____. Câmara dos Deputados. *Projetos de lei nº PL nº 2.481/2007*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=378117>> Acesso em: 13.02.2013.

_____. Câmara dos Deputados. *Projetos de lei nº PL nº 2.784/2008*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383213>> Acesso em: 13.02.2013.

_____. Câmara dos Deputados. *Projetos de lei nº PL nº 3.278/2008*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=391128>> Acesso em: 13.02.2013.

_____. Câmara dos Deputados. *Projetos de lei nº PL nº 5.136/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432477>> Acesso em: 13.02.2013.

_____. Câmara dos Deputados. *Projetos de lei nº PL nº 7.096/2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=472537>> Acesso em: 13.02.2013.

_____. Câmara dos Deputados. *Projetos de lei nº 3.397/2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=536499>> Acesso em: 13.02.2013.

_____. Câmara dos Deputados. *Projetos de lei nº PL nº 3.442/2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=537249>> Acesso em: 13.02.2013.

_____. Câmara dos Deputados. *Projetos de lei nº PL nº 4.482/2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556402>> Acesso em: 13.02.2013.

BRASIL. Senado. *PLS nº 139/2010*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96884> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Senado. *PLS nº 312/2011*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=100569> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Senado. *PLS nº 43/2012*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=104479> Acesso em: 14.02.2013.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Sistema de legislação da saúde*. Disponível em: <http://portal2.saude.gov.br/saudelegis/leg_norma_pesq_consulta.cfm#> Acesso em: 14.02.2013.

BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria Normativa nº 2*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=18437> Acesso em: 14.02.2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Sistema de legislação da saúde*. Disponível em: <http://portal2.saude.gov.br/saudelegis/leg_norma_pesq_consulta.cfm#> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria nº 193/2001*. Disponível em: <sna.saude.gov.br/legisla/.../SAS_P193_01tab_sih.doc> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria GM/MS nº 628/2001*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2001/GM/GM-628.htm>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria GM/MS nº 2.582/2004*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2004/Gm/GM-2582.htm>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Ministério da Saúde. *Carta dos direitos dos usuários da saúde*. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução nº 196/1996*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_96.htm> Acesso em: 05.02.2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resoluções sobre cirurgia plástica*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&buscaEfetuada=true&resolucoesUf=&resolucoesNumero=&resolucoesAno=&resolucoesAssunto=6&resolucoesTexto=#buscaResolucoes> Acesso em: 14.02.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.081/1982*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1982/1081_1982.htm> Acesso em: 05.02.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.358/1992*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em: 05.02.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.621/2001*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2001/1621_2001.htm> Acesso em: 14.02.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.634/2002*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1634_2002.htm> Acesso em: 14.02.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.638/2002*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1638_2002.htm> Acesso em: 19.02.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.670/2002*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2003/1670_2003.htm> Acesso em: 14.02.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.701/2003*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2003/1701_2003.htm> Acesso em: 14.02.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.802/2003*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1802_2006.htm> Acesso em: 14.02.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.821/2007*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2007/1821_2007.htm> Acesso em: 30.05.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.836/2008.* Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2008/1836_2008.htm> Acesso em: 27.05.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.886/2008.* Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2008/1886_2008.htm> Acesso em: 14.02.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.890/2009.* Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1890_2009.pdf> Acesso em: 05.02.2013.

_____. *Código de ética médica: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009.* – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

_____. *Resolução CFM nº 1.958/2010.* Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1958_2010.htm> Acesso em: 03.04.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.974/2011.* Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2011/1974_2011.htm> Acesso em: 27.05.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.995/2012.* Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf> Acesso em: 21.05.2013.

_____. *Resolução CFM nº 1.998/2012.* Aprovou o Regimento Interno do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1998_2012.pdf> Acesso em: 14.02.2013.

_____. *Resolução CFM nº 2.005/2012.* Aprovou o Regimento Interno do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/2005_2012.pdf> Acesso em: 14.02.2013.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO PARANÁ.
RESOLUÇÃO CRM-PR nº 183/2011. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CRM/PR/resolucoes/2011/183_2011.pdf> Acesso em: 03.04.2013.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA.
Resolução CREMESC nº 117/2008. Disponível em: <<http://www.cremesc.org.br/conteudo/resolucao.jsp?id=96>> Acesso em: 03.04.2013.

MINAS GERAIS. Assembleia legislativa do Estado de Minas Gerais. *Legislação.* Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/index.html>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. *Projeto de lei nº 1.404/2011*. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2011&n=1404&t=PL> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. *Projeto de lei nº 2.710/2011*. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2011&n=2710&t=PL> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. *Projeto de lei nº 2.489/2011*. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2011&n=2489&t=PL> Acesso em: 14.02.2013.

PARANÁ. Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. *Pesquisa legislativa*. Disponível em: <http://www.alep.pr.gov.br/atividade_parlamentar/pesquisa_legislativa> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. *Projeto de lei nº 463/2008*. Disponível em: <<http://www.alep.pr.gov.br/web/baixarArquivo.php?id=16793&tipo=I>> Acesso em: 07.02.2013.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Pesquisa de legislação*. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Lei nº 4.102, de 05 de maio de 2003*. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Projeto de lei nº 12/2011*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1115.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/2012faedeaff5a788325782b005803b2?OpenDocument>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Projeto de lei 606/2011*. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo3.htm>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Projeto de lei 1.843/2012*. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo3.htm>> Acesso em: 14.02.2013.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. *Legislação*. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Legislativo.aspx>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Assembleia legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. *Lei Ordinária nº 13.448, de 22 de abril de 2010*. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100018.asp?Hid_IdNorma=54113&Texto=&Origem=1> Acesso em: 14.02.2013.

SÃO PAULO. Assembleia legislativa. *Pesquisa de legislação*. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/alesp/legislacao/legislacao_pesquisa.html> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei%20n.10.241,%20de%2017.03.1999.htm>> Acesso em: 02.04.2013.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Lei nº 10.768, de 19 de fevereiro de 2001*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei%20n.10.768,%20de%2019.02.2001.htm>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Lei nº 10.940, de 25 de outubro de 2001*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei%20n.10.940,%20de%2025.10.2001.html>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Decreto nº 47.701, de 11 de março de 2003*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2003/decreto%20n.47.701,%20de%2011.03.2003.html>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Decreto nº 51.371, de 14 de dezembro de 2006*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2006/decreto%20n.51.371,%20de%2014.12.2006.htm>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Relatório final da comissão parlamentar de inquérito sobre erro médico*. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cpi_erro_medico_relatorio_final.pdf>. Acesso em: 23.05.2013.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 642.536/AP*. Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Amapá. Recorrido: Estado do Amapá. Relator: Min. Luiz Fux. Amapá/AP, em 05.02.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 01.03.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 639.337/SP*. Primeira Turma. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Amapá/AP, em 23.08.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 01.03.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 573.061/ES*. Decisão Monocrática. Recorrente: Município de Vitória e União. Recorrido: Alessandro Dias Almeida. Relator: Min. Carlos Britto. Espírito Santo/ES, em 28.08.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 01.03.2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pedido de Providências nº 0002150-61.2012.2.00.0000*. Requerente: Flávio Dino de Castro e Costa. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Conselheiro Ney José de Freitas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>> Acesso em: 13.06.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 37*. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 03.05.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 387*. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 03.05.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Medida Cautelar nº 7.625/SP*. Terceira Turma. Requerente: hospital São Bernardo S/A. Requerido: Ultramar Alves de Lima. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. São Paulo/SP, em 05.02.2004. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=1075580&formato=PDF>> Acesso em: 30.05.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 73.958/PR*. Quarta Turma. Recorrente: Ângela Ester Langowski Govatzk. Recorrido: Ilian Zacarias Xavier Roth. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Paraná/PR, em 21.11.1995. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500450445&dt_publicacao=11-03-1996&cod_tipo_documento=>> Acesso em: 24.04.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 81.101/PR*. Terceira Turma. Recorrente: Jane Carvalho Marquesi. Recorrido: Manoel Augusto Ribas Cavalcanti. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Paraná/PR, em 13.04.1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500631709&dt_publicacao=31-05-1999&cod_tipo_documento=>> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 120.647/SP*. Terceira Turma. Recorrente: Francisco Gonzaga Reis. Recorrido: Auto Posto Cyborg Ltda. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. São Paulo/SP, em 15.05.2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700123740&dt_publicacao=15-05-2000&cod_tipo_documento=> Acesso em: 07.03.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 236.708/MG*. Quarta Turma. Recorrente: Oromar Moreira Filho. Recorrido: Elizabeth Eneida Pacífico Sales. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias. Minas Gerais/MG, em 10.02.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=199900990994&data=18/5/2009 > Acesso em: 30.03.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Agravo em Recurso Especial nº 269.551/SP*. Segunda Turma. Agravante: Clínica Loriti Breuel Cirurgia Plástica e Estética Ltda. Agravado: G S A. Relator: Min. Sidnei Beneti. São Paulo/SP, em 28.02.2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=27375479&formato=PDF> > Acesso em: 01.06.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 436.827/SP*. Quarta Turma. Recorrente: Agenor Melo Filho. Recorrido: Maria Benedita Fadel. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. São Paulo/SP, em 01.10.2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200200258595&data=18/11/2002> Acesso em: 11.03.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 437.041/TO*. Terceira Turma. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Vera Lúcia Ramos Souza Almeida. Relator: Min. Castro Filho. Tocantins/TO, em 07/08/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200565055&dt_publicacao=01/09/2003> Acesso em: 17.06.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 467.878/RJ*. Quarta Turma. Recorrente: Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro. Recorrido: Maria Joana de Santana Vieira. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. São Paulo/SP, em 05.12.2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200201274037&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 11.03.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 540.048/RS*. Terceira Turma. Recorrente: Valda Terezinha Carbone. Recorrido: Hospital de Base do Distrito Federal. Relator: Min. Nancy Andrighi. Rio Grande do Sul/RS, em 02.12.2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200300610386&data=12/4/2004> Acesso em: 07.06.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 586.316/MG*. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: ABIA - Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação. Relator: Min. Herman Benjamin. Minas Gerais/MG, em 19.03.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2003/0161208-5&data=19/3/2009> Acesso em: 20.04.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 605.435/RJ*. Segunda Seção. Embargante: Roberto Debs Bicudo. Embargado: Celso do Nascimento. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Rio de Janeiro/RJ, em 14.09.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201100414220&data=17/4/2013> Acesso em: 01.05.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 629.212/RJ*. Quarta Turma. Recorrente: Medise Medicina Diagnóstico e Serviços Ltda. Recorrido: Valesca da Costa Medeiros. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Rio de Janeiro/RJ, em 07.09.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2004/0019175-2&data=17/9/2007> Acesso em: 07.06.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 731.078/SP*. Terceira Turma. Recorrente: Leonard Edward Bannet. Recorrido: Maria Elisa Vaz de Almeida Rapacini. Relator: Min. Castro Filho. São Paulo/SP, em 13.12.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200500360432&data=13/2/2006> Acesso em: 06.06.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 774.963/RJ*. Quarta Turma. Recorrente: Luiz Fernando Pinho do Amaral e Outro. Recorrido: Cecília Marques de Souza. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Rio de Janeiro/RJ, em 06.12.2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=7417009&formato=PDF>> Acesso em: 04.06.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 818.144/SP*. Terceira Turma. Agravante: Sérgio Passerotti. Agravado: Maria Aparecida Hernandes dos Santos. Relator: Min. Ari Pargendler. São Paulo/SP, em 09.10.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200601942305&data=5/11/2007> Acesso em: 05.06.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *819.008/PR*. Quarta Turma. Recorrente: Waldir Augusto de Carvalho Braga. Recorrido: Ilda Rodrigues de Andrade. Relator: Min. Raul Araújo. Paraná/PR, em 04.10.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2006/0029864-0&data=29/10/2012> Acesso em: 18.06.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 846.270/SP*. Quarta Turma. Recorrente: Centro de Cirurgias Plásticas S/C Ltda. e Outro. Recorrida: Denisa Martins da Silva Carvalho. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília/DF, em 22.06.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200600953948&data=30/6/2010> Acesso em: 14.02.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 994.978/SP*. Segunda Turma. Recorrente: Jacy Pereira dos Santos Carvalho. Recorrido: Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade De São Paulo. Relator: Min. Humberto Martins. São Paulo/SP, em 05/02/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201101841872&data=13/9/2011> Acesso em: 18.06.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.020.801/SP*. Quarta Turma. Recorrente: Maria do Socorro Souza dos Santos. Recorrido: Alberico José de Barros Pires. Relator: Min. João Otávio de Noronha. São Paulo/SP, em 26.04.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200703107599&data=3/5/2011> Acesso em: 06.06.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.051.674/RS*. Terceira Turma. Recorrente: João Carlos Picolo. Recorrido: Lênio Carlos Dagnoluzzo Tregnago. Relator: Min. Massami Uyeda. Rio Grande do Sul/RS, em 03.02.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200800872590&data=24/4/2009> Acesso em: 24.04.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 1.064.345/RS*. Quarta Turma. Agravante: comunidade Evangélica Luterana São Paulo - CELSP. Agravado: Elaine Tibúrcio Dias. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Rio Grande do Sul/RS, em 05.12.2002. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=4543544&formato=PDF>> Acesso em: 07.06.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.097.955/MG*. Terceira Turma. Recorrente: Rafael Rezende de Gouveia. Recorrido: Maria de Fátima Vanderley. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Minas Gerais/MG, em 27.09.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802398694&dt_publicacao=03/10/2011> Acesso em: 28.03.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.145.728/MG*. Quarta Turma. Recorrente: Maternidade Octaviano Neves S/A. Recorrido: Valéria Mendes Spagnol Ferreira. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Minas Gerais/MG, em 28.06.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2009/0118263-2&data=8/9/2011> Acesso em: 04.06.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.180.815/MG*. Terceira Turma. Recorrente: Fernanda de Souza Panta. Recorrido: Carlos Fernando Hudson Nascimento. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Minas Gerais/MG, em 19.08.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201000255310&data=26/8/2010> Acesso em: 14.04.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.269.832/RS*. Segunda Turma. Recorrente: CCB. Recorrido: Universidade Federal de Pelotas Ufpel. Relator: Castro Meira. Rio Grande do Sul/RS, em 06.09.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201101841872&data=13/9/2011> Acesso em: 27.05.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo nº 1.229.919/PR*. Terceira Turma. Agravante: Clínica de Fraturas e Ortopedia XV Ltda e Outro. Agravado: Anderson Turmina de Lara. Relator: Min. Sidnei Beneti. Paraná/PR, em 15.04.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200901712705&data=7/5/2010> Acesso em: 06.06.2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível nº 703438-0*. Nona Câmara Cível. Apelante: Dalila Sanson Kugharski e Outro. Apelado: Marco Aurélio Fischer de Lima. Relatora: Des. Rosana Amara Girardi Fachin. Curitiba, em 07.04.2011. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em: 07.06.2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 338-93*. Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Marcus Faver. Rio de Janeiro, em 04.06.1993. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em: 19.06.2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70039742978*. Nona Câmara Cível. Apelante: Hospital Nossa Senhora Medianeira. Apelado: Yan Furtado. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Porto Alegre, em 10.08.2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 01.01.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70030952246*. Nona Câmara Cível. Apelante: Leonilda Conceicao Rodrigues do Prado. Apelado: EUROFARMA Laboratorios Ltda e outro. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Caxias do Sul/RS, em 09/12/2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 30.05.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70031837669*. Quinta Câmara Cível. Apelante: Zayr Menezes da Silveira. Apelado: Blas Carlos Saul Barrancos Terrazas. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, em 12.05.2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 18.06.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70037080926*. Sexta Câmara Cível. Apelante: Tiago Valenti e Outro. Apelado: AESC - Hospital Giovanni Battista e Outro. Relator: Des. Luís Augusto Coelho Braga. Porto Alegre, em 24.11.2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 18.06.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Embargos Infringentes nº 70017662487*. Quinto Grupo de Câmaras Cíveis. Embargante: Leopoldino Ceretta. Apelado: Eduardo Alves Ribeiro. Relator: Des. Odone Sanguiné. Porto Alegre, em 31.08.2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 05.06.2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2008.021978-2*. Terceira Câmara de Direito Civil. Apelante: Schirlei Denise Kirschner. Apelado: UNIMED de Blumenau Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Des. Jânio Machado. Porto Alegre, em 10.08.2011. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>> Acesso em: 01.01.2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 3002941-04.2003.8.26.0506*. Quarta Câmara de Direito Privado. Apelante: Thiago Daniel da Silva e Outros. Apelado: Sérgio Luiz Benetti Silva e Outros. Relator: Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan. São Paulo, em 21.07.2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>> Acesso em: 14.06.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 0337721-98.2009.8.26.0000*. Quarta Câmara de Direito Privado. Apelante: Zenaide Silva Fraguas. Apelado: Fundação para o progresso da Cirurgia e Outros. Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda. São Paulo, em 12/08/2010. Disponível em: <<http://www.tjsp.gov.br>>. Acesso em: 14.06.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 0008849-40.2008.8.26.0079*. Sétima Câmara de Direito Privado. Apelante: Aurora Maria Vieira. Apelado: Celso Manoel Pizarro e Outro. Relator: Des. Ferreira da Cruz. São Paulo, em 06/03/2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>> Acesso em: 18.06.2013.