

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

Márcio Chachamovich

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR PROCEDIMENTOS
ESTÉTICOS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

PORTO ALEGRE

2018

MÁRCIO CHACHAMOVICH

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a. Laís Gomes Bergstein

PORTO ALEGRE

2018

RESUMO

Este trabalho tem por fundamento a análise da responsabilidade civil do médico à luz do Código de Defesa do Consumidor, se propondo a analisar a obrigação desse profissional como sendo de meio ou de resultado. Inicia-se pela abordagem dos substantivos definidores de culpa. Conforme se verá pela doutrina trabalhada, a classificação da responsabilidade do médico está vinculada ao tipo de procedimento. Se reparadora ou estética. Esta percepção é levantada como forma de verificar a incidência do Código de Defesa do Consumidor, mormente em seu artigo 14. Questões envolvendo a violação positiva do contrato, deveres anexos, como o de informação e consentimento, bem como da vulnerabilidade ou hipervulnerabilidade do consumidor serão abordados. Este trabalho pretende trazer um apanhado da legislação e jurisprudência acerca dos temas a que se dispõe trabalhar, sem exaurir o tema, mas apenas suscitar que, a responsabilidade do médico nos procedimentos estéticos e reparadores, estão sujeitos à incidência da legislação consumerista, tendo maior ou menor peso.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil do médico; Código de Defesa do Consumidor; violação positiva de contrato;

ABSTRACT

This work has the purpose to analyze the surgeon's civil responsibility and obligations to their patients as described in the Brazilian Consumer Protection Code (CDC). According to the ruling system, the surgeon's responsibility is linked to the type of procedure performed: aesthetic or reparative. This information was considered the verification factor in the incidence of the CDC request, especially its article 14. Here we will address this issues related to a positive breach of contract, attached obligations like information and consent, as well as consumer's vulnerability or hyper vulnerability, to evaluate the question above. We intend to bring a compiled about the issue, gathering what exists about the subject on the Brazilian legislation and jurisprudence. Here we try to arouse (without exhausting the subject) that the surgeon's responsibility in the aesthetic and reparative procedures are subordinate to the CDC in the high or low matter.

KEYWORDS: Surgeon's civil responsibility; Brazilian Consumer Protection Code's article 14; positive breach of contract

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT- CRFB — Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Título X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

ANATEL — Agência Nacional de Telecomunicações.

Art. — Artigo.

Arts. — Artigos.

BGB — *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão).

CC/1916 — Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916).

CC/2002 — Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

CDC — Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

CIJ — Corte Internacional de Justiça.

CPC — Código de Processo Civil (Lei nº 5.896, de 11 de janeiro de 1973).

CR/1967 — Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

CRFB — Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CEUB/1937 — Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.

CEUB/1946 — Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

DPDC — Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor.

DPL — Decreto do Poder Legislativo.

EUA — Estados Unidos da América.

IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

LINDB — Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

Proc. — Processo.

RGC — Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações.

SENACON — Secretaria Nacional do Consumidor.

SNDC — Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

STJ — Superior Tribunal de Justiça.

STF — Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E/OU EXTRA CONTRATUAL	18
2. BREVE INTRÓITO SOBRE OBRIGAÇÕES DE MEIO E/OU RESULTADO:	22
2.1 DOS SUBSTANTIVOS DEFINIDORES DA CULPA:.....	24
2.2 OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO	28
2.3 OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO NA CIRURGIA ESTÉTICA: ...	32
3. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO E A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL MÉDICA:	49
3.1 DA HIPEVULNERABILIDADE E VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR PACIENTE.....	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

A questão da responsabilidade civil do médico é deveras polêmica, tendo em vista que esse profissional lida com a saúde e vida do paciente/consumidor. Aliado a isso, o paciente, a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, passa a ter mais direitos, o principal deles: direito à informação.

De outra sorte, o elevado número de médicos que ingressam no mercado todo ano (dos quais cerca de 1/3 apenas fazem residência), aliado à deterioração do ensino, tornam-se fatores preponderantes para o incremento de casos de erro.

Porém, nem sempre a culpa recai sobre o profissional da medicina. Em muitos casos, a culpa pode também ser do paciente. Daí, tem-se a questão da prova, elemento crucial num processo judicial, mas de difícil aferição e produção.

De toda relação existente entre médico e paciente, derivam várias questões de ordem jurídica, tais como a questão do tipo de contrato existente entre eles. Será sempre contratual ou poderá ser extracontratual? Tal questão será importante para avaliarmos de quem será o dever de indenizar em caso de erro.

Outro tema tão importante quanto polêmico é saber se a obrigação do médico é de meio ou de resultado, principalmente nos casos de medicina estética e medicina reparadora. Por que a doutrina e a jurisprudência fazem diferenciação entre ambas? Afinal, não estamos falando de medicina? A cirurgia eletiva vincula o profissional ao resultado, enquanto que a reparadora não?

A questão da violação positiva do contrato e seus desdobramentos em relação a sua responsabilização junto ao paciente; os deveres do médico, informação, aconselhamento, sua omissão, entre outros serão analisados neste trabalho.

A relação entre a responsabilidade civil do médico e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor será também abordada, com o intuito de verificarmos em que situações o profissional da saúde se vincula ao resultado esperado ou apenas limita-se a aplicar a melhor técnica ao caso concreto, mas nunca prometendo um resultado final, posto que na condição de profissional liberal sua responsabilidade será de meio, à luz do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Em síntese, o presente trabalho abordará temas atuais e polêmicos acerca da responsabilidade civil do médico e suas derivações, à luz de uma relação de consumo.

1. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E/OU EXTRACONTRATUAL

O médico, assim como todos os profissionais liberais possuem responsabilidades quanto aos atos praticados no exercício de sua função. Do ponto de vista da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, pacificou-se o entendimento no sentido de tratar-se de relação de consumo aquela advinda do elo médico-paciente.

Sendo um fornecedor de serviços, o profissional da medicina está enquadrado no disposto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. Segundo Cláudia Lima Marques¹:

Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3o do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta: menciona apenas o critério de desenvolver *atividades de prestação de serviços*. Mesmo o § 2o do art. 3o define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”, não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional, bastando que essa atividade seja habitual ou reiterada. (...) A expressão “atividade”, no *caput* do art. 3o, parece indicar a exigência de alguma reiteração ou habitualidade, mas fica clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviços no campo de aplicação do CDC, à dependência única de ser o co-contratante um consumidor.

Contudo, antes de analisarmos que tipo de responsabilidade atinge o médico, cabe fazer a conceituação quanto à origem da relação médico-paciente. Dessa definição, ter-se-á um norte para saber de quem será a responsabilidade pela indenização de eventuais danos.

A regra geral é que a responsabilidade dos médicos é de natureza contratual.

“Por contratual entende-se quando oriunda de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional, na maioria das vezes de forma tácita, e compreende as relações restritas ao âmbito da medicina privada, isto é, do profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente”².

Pode a responsabilidade ser extracontractual quando “[...] *una responsabilidad extracontractual, toda vez que la responsabilidad no surge de la celebración de un*

¹ BENJAMIN, Antônio Hermann V.; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 82.

²AGUIAR JR. RUY ROSADO DE. Responsabilidade Civil do Médico. Revista Jurídica Síntese 231/jun.1997. p.125

contrato, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato".³

É extracontratual quando inexistente um contrato previamente celebrado entre as partes, decorrente de um ato ilícito absoluto, violando regras de convivência social, causando um dano injusto, como na situação em que o médico atende um ferido em via pública ou em que o médico servidor público atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos da saúde pública.

No primeiro caso, o fundamento legal encontra-se no artigo 389 do Código Civil, que diz: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."

Já no segundo caso, o artigo a ser aplicado é o 189, do mesmo diploma legal: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

O fator relevante na diferenciação das duas modalidades de responsabilidades é que, na contratual, o ônus probatório é transferido para o devedor inadimplente, enquanto que, na outra, cabe à vítima demonstrar a culpa do causador do dano.

Para Matielo⁴,

"Durante longo período houve intensa discussão em torno da natureza jurídica da relação médico/paciente. Isso ocorreu porque o legislador inseriu o erro médico entre os atos que ensejariam indenização tendo em vista a sua ilicitude, e não como derivação da simples inobservância ou descumprimento de obrigação previamente assumida".

A marcação de consulta por telefone, no direito português, por exemplo, já caracteriza a relação contratual, como nos traz Almeida⁵:

"As chamadas 'marcações de consultas' e de análises, feitas pessoalmente ou por telefone, pelo doente ou por seu representante perante empregado do médico ou da clínica, envolvem, portanto, celebração de um contrato que, ficando desde logo concluído, obriga ambas as partes. O médico que não compareça no dia e hora marcados (com oscilações aceitáveis de harmonia com ditames da boa-fé) ou que 'adie' a consulta, incumpe esse

³ BORDA, GUILLERMO A *Tratado de Derecho Civil -Contratos*, 2ª Ed. Actualizada t. II, p. 63, n. ° 1045, 1969. Editorial Perrot, Buenos Aires

⁴ MATIELO, FABRÍCIO ZAMPROGNA. *Responsabilidade Civil do Médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998, Tomo II, p. 375-376

⁵ ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE. *Os Contratos de Prestação de Serviço Médico no Direito Civil Português*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: v.16, p.14, out/dez. 1995.

contrato. O doente que não compareça ao exame ou consulta marcados coloca-se igualmente em situação de incumprimento”.

A relação contratual, que é a regra no direito brasileiro, não vincula o contratado a um resultado determinado. Obriga apenas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão⁶. Da mesma forma nas cirurgias estéticas embelezadoras, onde sempre será uma relação contratual, a jurisprudência e doutrina pátria entendem que tal vincula ao resultado, o que será visto mais adiante.

Segundo Bueres⁷, no direito Argentino, igualmente a responsabilidade, como regra geral, é contratual, conforme a jurisprudência e a doutrina daquele país. Cita a conclusão da V Jornada Rioplatense de Direito, que *“la responsabilidad profesional como regla general es de naturaleza contractual”*. E segue:

*“En síntesis, puede decirse que ‘ es criterio pacífico y virtualmente unánime en la doctrina nacional y extranjera considerar la responsabilidad emergente de la relación médico-paciente como de naturaleza contractual, sea cual fuere la esencia que se asigne a dicha relaciona”*⁸

A professora Teresa Ancona Lopez de Magalhães no que tange à discussão acerca da responsabilidade contratual ou extracontratual, assim se posiciona diz:

“A discussão a respeito do enquadramento da responsabilidade médica dentro da culpa contratual ou extracontratual está hoje superada. A doutrina e a jurisprudência são francamente pela responsabilidade *ex contractu* do médico [...] “Na verdade, nos países como o nosso, onde a responsabilidade é fundada na culpa, para que haja indenização é preciso que haja dano, mas que esse dano tenha vindo de uma ação ou omissão voluntária (dolo), ou de negligência, imprudência ou imperícia (culpa em sentido estrito) e que seja também provado o nexo de causalidade entre a culpa e o dano. Ora, esses requisitos se aplicam tanto à responsabilidade contratual como à aquiliana. A principal diferença técnica entre esses dois tipos baseia-se na questão da presunção que haveria na responsabilidade contratual, acarretando a reversão do ônus da prova e, portanto, deixando a vítima em uma posição mais cômoda para conseguir sua indenização. Em matéria delitual, ao contrário, a culpa do autor do dano deveria ser provada pela vítima”⁹

Panasco¹⁰ explica o contrato médico como podendo ser tácito, expresso, consentido, de objeto lícito, sinalagmático e oneroso. É tácito, vez que apenas o

⁶ KFOURI NETO, MIGUEL, Responsabilidade Civil do Médico. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2001,p.65

⁷ BUERES , ANTONIO J., Responsabilidad Civil de los Médicos. Editorial Abaco de Rodolfo Depolina, Buenos Aires, Argentina, 11/1981, p.42

⁸ BUERES , ANTÔNIO J.. Ob.cit., p.35

⁹ LOPEZ DE MAGALHÃES, TEREZA ANCONA, “Responsabilidade civil dos médicos”, in responsabilidade civil : Doutrina e jurisprudência, coordenador Yussef Said Cahali, 1984,p.315.

¹⁰ PANASCO, WANDERLEY LACERDA. A Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. RJ. 2ª ed.Forense, 1984. P.50

atendimento é suficiente para constituí-lo, além da aquiescência profissional; expresso, quando verbal ou de validade através de documentação específica, como em determinadas cirurgias, em que o paciente assina um documento de consentimento e informação de todas as possíveis ocorrências do ato médico, bem como suas consequências, aceitando o risco operatório. Sobre esse tema – dever de informação – que será objeto de capítulo específico, cabe salientar que é uma obrigação do médico e também uma garantia, tendo em vista que poderá eximir-se da obrigação, caso tenha informado sua paciente dos riscos inerentes à cirurgia, bem como os pré e pós-operatório. Mais ainda quando se fala na cirurgia plástica, uma vez que a jurisprudência e a doutrina entendem como sendo a obrigação do médico de resultado; pode ser também consentido, tendo em vista que o médico necessita do consentimento do paciente, a não ser diante de iminente perigo de vida, onde essa prerrogativa é afastada; é de objeto lícito, porquanto o ato jurídico só se contrai diante de um comportamento lícito. Um contrato médico seria ilícito se o objeto desse fosse a realização de um aborto fora das especificações legais; é sinalagmático, porque ocorre a reciprocidade das obrigações. Por fim, é oneroso, uma vez que há uma obrigação de dar e uma de fazer.

Godoy¹¹ agrega ainda, como característica dos contratos médicos, além das mencionadas por Panasco, o fato de poder ser principal ou acessório. Por principal, seria o contrato estabelecido diretamente entre o médico e o paciente; porém, em havendo uma instituição intermediando essa relação, como no caso de um hospital, poderá o mesmo contrato ser principal ou acessório, dependendo do caso. Outros entendem ainda serem os contratos médicos de ordem civil, posto não se tratar de um ato de comércio: celebrado *intuitu personae* e sendo de consumo, tornam-se, então, aplicáveis as regras de proteção dos consumidores.

Chaves¹² diz, quanto à natureza jurídica do contrato, ser mais acertada a ideia de um contrato *sui generis*, não sendo acertada a ideia de alguns doutrinadores que entendem ser o contrato médico simples locação de serviços.

Theodoro Junior¹³ entende ser o contrato médico de prestação de serviços. Na prática, independentemente da classificação que se dará ao contrato médico, em se tratando

¹¹ GODOY, ROBERTO. A Responsabilidade Civil no Atendimento Médico hospitalar. Revista dos Tribunais n.º 777, jul.2000. p.94

¹² CHAVES, ANTÔNIO. Responsabilidade Civil das Clínicas, Hospitais e Médicos. Revista de Jurisprudência n.º 159. Jan.1991, p.119

de relação de consumo, não caberá ao paciente provar a inexecução do contrato por parte daquele profissional, sendo possível a inversão do ônus probatório, tendo em vista a posição de hipossuficiência técnica do consumidor frente ao prestador de serviço médico. O inciso VIII do artigo 6º da Lei 8078/90 embasa tal questão ao possibilitar a inversão do ônus probatório, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente.

A exceção a essa regra seria no caso de cirurgia estética embelezadora, que se entende por ser de resultado a obrigação e, em não adimplindo, caberá ao médico a responsabilização por descumprimento contratual, mesmo sendo considerado o profissional da saúde como liberal, não estando protegido nesse caso, na previsão do parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

2. BREVE INTRÓITO SOBRE OBRIGAÇÕES DE MEIO E/OU RESULTADO:

A divisão atualmente conhecida em relação à obrigação do médico como sendo de meio ou de resultado surgiu na França e é atribuída a René Demogue. Hildegard Tagessel Giostri¹⁴, aponta que o mérito de sintetizar e apresentar a divisão das obrigações quanto ao seu conteúdo em obrigação de meio e de resultado, foi daquele jurista francês, através de sua obra *Droit des Obligations*.

Tal análise é de relevante importância quando da verificação do objeto do negócio jurídico, ou seja, a prestação devida, para poder saber se haverá ou não o dever de indenizar.

Assim sendo, tal verificação é pertinente, quando da obrigação de indenizar, em decorrência da responsabilidade civil, posto que aquele que causar dano a alguém deve ressarcir-lo. É o que diz o artigo 186 do Código Civil Brasileiro¹⁵, aliado ao artigo 951¹⁶, do

¹³ THEODORO JUNIOR, HUMBERTO. Aspectos Processuais da Ação de Responsabilidade por Erro Médico. Revista dos Tribunais n.º 760. fev. 1999. P.42

¹⁴ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. 5a Tiragem. Curitiba: Juruá, 2006. Pg.111

¹⁵ “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

mesmo diploma legal, definidor da obrigação do médico de indenizar, “Sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir ou ferimento”. A Resolução 1931/09, do Conselho Federal de Medicina, em seu artigo 1º¹⁷, assemelha-se ao artigo 186 supracitado¹⁸. Ou seja, a responsabilidade civil está diretamente ligada à culpa. Como continua até hoje, mesmo após o advento do Código de Defesa do Consumidor, que manteve esse norte, em seu artigo 14, § 4º¹⁹. É a responsabilidade subjetiva.

Porém, a clareza que hoje se tem acerca da responsabilização do médico, nem sempre foi assim. França²⁰ nos traz a informação de que havia correntes que diziam ser a medicina um mandato ilimitado junto à cabeceira do paciente e que o diploma seria a prova irrefutável de idoneidade e competência. Diziam que a medicina varia nos seus aspectos pessoais e circunstanciais e que os tribunais leigos não teriam condições de julgar feitos médicos.

Outra corrente doutrinária entendia que, ao médico, somente caberia responsabilidade pelos atos danosos cometidos com dolo ou má-fé ou “pelos prejuízos causados a outrem, em virtude de uma culpável aplicação do meios da arte, feita cientemente, com premeditação e com pérfidos desígnios ou intenções criminosas”, nas palavras do Dr. Double, em relatório apresentado na Academia de Medicina de Paris, em 1829²¹. E segue: “a responsabilidade dos médicos, no exercício consciencioso da sua profissão, não deve ser alcançada pela lei”. Assim sendo, estando a responsabilidade civil do médico também ligada ao trinômio imprudência, negligência e imperícia, é de extrema importância analisar o tema, a fim de que se possa entender com mais clareza a imputação da culpa nesses profissionais.

¹⁶ “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.

¹⁶ Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência

¹⁷ Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

¹⁸ Resolução CFM n.º 1246/88. Artigo 29: É vedado ao médico: Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.

¹⁹ “Artigo 14 § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”

²⁰ FRANÇA, GENIVAL. VELOSO. Direito Médico. 6 ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk- Prociencx, 1994.p143

²¹ LIMA, AGOSTINHO. J.DE SOUZA. Tratado de Medicina Legal. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro, 1924. p.96

2.1 DOS SUBSTANTIVOS DEFINIDORES DA CULPA:

Segundo França²², a negligência médica caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo.

Na lição de Avecone²³, a negligência é o oposto da diligência, vocábulo que remete à sua origem latina, *diligere*, agir com amor, com cuidado e atenção, evitando quaisquer distrações e falhas.

Os casos de negligência abundam na jurisprudência, tendo em vista que a distração faz parte da natureza humana. Miguel Kfouri Neto²⁴ cita em seu livro exemplos de negligência, tais como a prática ilegal por estudantes de medicina, acarretando a responsabilidade, por negligência, do responsável pelo estágio; a prática ilegal por pessoal técnico (enfermeiro que realiza punção no doente, advindo complicações e danos) – responde o médico; a letra do médico (receita indecifrável – em geral vê-se que os médicos têm letra ruim – levando o farmacêutico a fornecer remédio diverso do prescrito) também conduz à responsabilidade por negligência.

Na imprudência, verifica-se a culpa comissiva. Segundo Miguel Kfouri Neto²⁵: “age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açadas, precipitadas, sem usar de cautela. É o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista, principia ele mesmo a aplicação da anestesia e o paciente morre de parada cardíaca”.

Segundo Manzini²⁶, a imprudência do médico pode derivar da imperícia, não sendo raro o caso de dano ocasionado pelo concurso de uma e outra forma de culpa.

Para Basileu Garcia²⁷ “consiste a imprudência em enfrentar, prescindivelmente, um perigo; a negligência, em não cumprir um dever, um desempenho da conduta; e a imperícia, na falta de habilidade para certos misteres”. Exemplifica, tachando de imprudente notável cirurgião que, por vaidade, resolve empregar técnica cirúrgica perigosa, sem comprovada eficiência, abandonando o seguro processo habitual.

²² FRANÇA, GENIVAL VELOSO de. Direito Médico, Ob. cit. p.8 e ss.

²³ AVECONE PIO. *La responsabilitá penale del médico.*, Padova: Valardi, 1981, p.120-121

²⁴ KFOURI NETO, MIGUEL. Responsabilidade Civil do Médico. 4ª edição. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.83

²⁵ KFOURI NETO, MIGUEL. Responsabilidade Civil do Médico. Op. Cit., p. 86.

²⁶ MANZINIA, V. *Tratado diritto penale*. V.1, 698. Apud AVECONE, Pio. Op. Cit., p.127

²⁷ GARCIA, BASILEU. Instituições do Direito Penal, vol.1, t.1 – 2ª tiragem. Ed. Max Limonad, 1952 p. 259

Não é imperito nem negligente, pois redobra seus cuidados – mas o paciente morre, devido à sua imprudência. Negligente seria o mesmo operador, se não exigisse assepsia perfeita para o ato cirúrgico – ou se, finda a intervenção, deixasse o enfermo aos cuidados de auxiliares sabidamente ineptos. Imperito seria o profissional da medicina que se aventurasse em cirurgia sem dispor de conhecimentos básicos para tanto, vindo o paciente a falecer.

Avecone entende que a imprudência e a imperícia não podem coexistir, são excludentes, exemplificando o caso do cirurgião que opera com um bisturi não esterilizado: se não conhece os perigos da infecção, será imperito; se o conhece e, todavia, prossegue, será imprudente.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou um caso de responsabilidade civil do médico no seguinte sentido:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA NO JOELHO ERRADO. FALHA DO SERVIÇO. LEGITIMIDADE DO NOSOCÔMIO. FALTA DO DEVER DE CUIDADO EXTERIORIZADO NA NEGLIGÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANOS MORAIS MAJORADOS. A responsabilidade do estabelecimento hospitalar, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico. Precedentes da Câmara. Culpa do médico pelo ocorrido que decorre do próprio acordo entabulado com a autora. Hipótese em que restou comprovada a falha no serviço prestado pelo hospital, caracterizada pela negligência no atendimento pré-operatório da autora, não sendo admissível que esta fosse encaminhada ao bloco cirúrgico com indicação para cirurgia no joelho errado. Se ao médico cumpria averiguar a correção do procedimento a ser executado, outra conduta não poderia ser exigida do nosocômio, por meio dos funcionários responsáveis, uma vez que a estes é atribuída a realização da correta preparação do paciente para a cirurgia. Presença do nexo de causalidade, uma vez que o evento (cirurgia no joelho errado) resultou de um agir descuidado dos profissionais de saúde do nosocômio. Erro inescusável. Cabimento do dano moral. Indenização pelo dano moral que deve ser suficiente para atenuar as consequências da ofensa à honra da parte autora, 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. Majoração do quantum fixado pela sentença. APELO DA AUTORA PROVIDO. NEGADO PROVIMENTO AO APELO DO RÉU. (Apelação Cível Nº 70042169748, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 11/05/2011)

No caso acima, o erro médico ficou evidenciado pelo fato do procedimento cirúrgico ter sido realizado no membro diverso daquele pelo qual havia sido contratado. Restou evidente, pelo sido contratado.

A imperícia é a falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão. É o despreparo técnico. Há vários julgados, entre outros casos de imperícia médica, com frequência as cirurgias de ligadura de trompas, ou laqueaduras – forma de esterilização feminina – nas quais pacientes voltam a engravidar.

O argumento da classe médica é no sentido de que, devido à conformação dos órgãos femininos, existe a possibilidade de insucesso, discordando da frequência do desacerto.

Já Veloso de França²⁸ entende que o médico devidamente habilitado, profissional e legalmente, não poderá ser considerado imperito em nenhuma circunstância, pois o médico tem em mãos um diploma que lhe confere grau de doutor e habilitação legal, não sendo lógico, portanto, atribuir-lhe imperícia em situação isolada. Tal entendimento não é acolhido pela melhor doutrina e jurisprudência pátria.

Para Avecone²⁹, o tema imperícia é extremamente delicado, porque na atividade médica é sempre difícil identificar aquela linha demarcatória que separa a atuação correta e a culposa.

No caso médico, como em qualquer outra profissão, talvez pelo fato desses lidarem com a saúde de outrem, há a presunção de que alguém habilitado e perito não irá concorrer para o prejuízo ou dano. Ademais, “durante muitos séculos, a função médica esteve revestida de caráter religioso e mágico, atribuindo-se aos desígnios de Deus a saúde e a morte... Nesse contexto, desarrazoado responsabilizar o médico, que apenas participava de um ritual, talvez útil, mas dependente exclusivamente da vontade divina”.³⁰ Tal afirmação, sustentada também por Dimas Borelli Thomaz Junior³¹, é fruto da mistificação da arte médica pela população em geral, de sorte que não seria aceitável acreditar que um “doutor” pudesse cometer uma rele imperícia, que seria um falha de “mortais”.

O tema responsabilidade civil do médico é de extrema importância, devido às consequências advindas de tal ato, tendo em vista que a sua repercussão ocorre no plano da saúde do indivíduo, que está diretamente ligada à vida, é o maior bem do ser humano. Em alguns casos, dificilmente um dano à saúde poderá ser totalmente reparado (como na

²⁸ FRANÇA, GENIVAL VELOSO DE. Direito Médico, p.137.

²⁹ AVECONE, PIO. Op.cit., p.129 e ss.

³⁰ JR. RUY ROSADO DE AGUIAR. Responsabilidade Civil. Do Médico. Revista de Jurisprudência n.º 231. jan/1997, p.33

³¹ THOMAZ JUNIOR, DIMAS BORELLI. Responsabilidade Civil do Médico. Revista dos Tribunais n.º 741, jul /1997. p.88-99

amputação de um membro ou uma vista destruída), o que não é o caso de dano de cunho material em que o que foi danificado pode perfeitamente ser reparado ou consertado. Nessas hipóteses, compensa-se o dano por meio de indenizações pelos prejuízos morais e estéticos.

Sobre o tema, escreveu França:³² “A responsabilidade do médico para com a coletividade sempre existiu pelo seu papel transcendente e grave, e a medicina não pode ser comparada a nenhuma outra profissão, pois ninguém tem nas mãos, ao mesmo tempo, a vida e a honra das pessoas”.

Carvalho Santos³³ é categórico quando diz:

“Presume-se perito e habilitado todo aquele que exercita publicamente uma arte, ofício ou profissão, de sorte que se devido a uma imperícia, resultar qualquer dano, tem o prejudicado o direito de exigir a devida indenização, precisamente porque tinha razões para acreditar na habilitação de quem exercia publicamente a arte ou profissão respectiva”.

Portanto, percebe-se com clareza que o tema da responsabilização civil por atos de médicos é deveras delicado, uma vez que, por muito tempo, essa profissão foi cercada de glamour e misticismo, tendo em vista justificarem a saúde e a doença à vontade divina.

Já o professor Marcos Catalan, em sua tese de Doutorado, com o sugestivo título “A morte da Culpa na Responsabilidade Contratual”, aponta que o elemento culpa não mais tem espaço no mundo contemporâneo. Sustenta que:

“Fica fácil perceber por que a culpa perdeu seu espaço nesse admirável mundo novo. É hialino que a ela não foi reservado nenhum lugar na contemporaneidade. Cumpriu o papel que lhe fora reservado na sociedade pré-industrial. Protegeu o patrimônio e permitiu sua acumulação ao balizar a solução de conflitos de cunho individual, com atores conhecidos e que desempenhavam os mesmos papéis em novelas quase sempre muito parecidas”³⁴.

Percebe-se claramente que seu posicionamento se vincula ao fato da culpa ser intrínseca ao contrato. O risco é elemento indissociável. Segundo ele:

³² FRANÇA, GENIVAL VELOSO. Direito Médico. 2ª ed., São Paulo: Fundo Editorial BYK procinex, 1978, p.145

³³ Código Civil brasileiro interpretado. 11 ed. Livraria Freitas Bastos AS., v. XXI, p.247.

³⁴ Catalan, Marcos. A Morte da Culpa na Responsabilidade Contratual, p.79

“Na ausência de alternativas, é preciso aceitar que os riscos são uma consequência inevitável da tomada de decisões. Ao se optar por um caminho no presente, antecipa-se o futuro esperado, mas não necessariamente certo. Tamanha é a complexidade do assunto que não tomar decisões também é arriscado. Afere-se, assim, que o risco, compreendido aqui como probabilidade de dano – e a insegurança por ele causada – ocupa posição de destaque na sociedade contemporânea.”

Assim sendo, após um breve apanhado geral acerca da negligência, imprudência e imperícia, ver-se-á a responsabilidade civil do médico como sendo de meio ou de resultado.

2.2 OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO

Como regra geral, a obrigação do médico é de meio. Isto significa dizer que esse não assume a responsabilidade pelo êxito de seu trabalho, e sim “fixa-se apenas pela diligência com que se puser a trabalhar em favor da recuperação e restabelecimento da saúde de quem o procurou³⁵”.

O profissional da área médica assume o compromisso com o paciente de empregar todos os instrumentos intelectuais e técnicos disponíveis na ciência médica para atingir o melhor resultado possível. O que se procura, por certo, é a cura. Porém, que não poderá ser exigida do médico, uma vez que ele não tem o dom de curar, mas sim de procurar o caminho para ela, mediante a utilização de todos os seus conhecimentos. Forster³⁶ diz que: “exigir do médico obrigação de resultado seria o mesmo que exigir dele onipotência divina, em que ele atuasse como senhor supremo da vida e da morte”.

Tal tese sempre vem embasada e citada no Acórdão da Corte de Cassação francesa, adotado em 1936, em processo de responsabilidade médica. Dizia que o contrato médico implica “o compromisso, se não evidentemente de curar o doente, ao menos de proporcionar-lhe cuidados conscienciosos, atentos, e, feita ressalva de circunstâncias excepcionais, que estejam de acordo com os elementos científicos estabelecidos”.

O autor francês Guy Nicolas³⁷, analisando o acórdão supracitado, disse:

³⁵ THOMAZ JUNIOR, DIMAZ BORELLI . Op.Cit. p. 91

³⁶ FORSTER, NESTOR JOSÉ – Cirurgia Plástica Estética: Obrigação de Resultado ou Obrigação de Meios? Revista dos Tribunais n.º 738. abr/1997, p.88

³⁷ GUY NICOLAS, *La responsabilité Médicale*, Flammarion, 1996, p.31

“As exigências jurídicas contidas no acórdão de 1936 obrigam o médico em termos de meios e não de resultados, e a fórmula é constantemente lembrada quando se fala de responsabilidade. Ela significa que não se pode exigir a cura de todas as doenças nem mesmo parar a evolução de processos patológicos, dos quais muitos são incontroláveis, apesar das mais modernas terapêuticas. O que se exige é usar sempre os meios mais indicados na situação, no interesse do doente, isto é, medindo constantemente a relação custo-benefício... A fórmula ‘obrigação de meios’ não pode, portanto, ser separada dos qualitativos ‘consciosos’ e ‘atentos’, tratando-se dos cuidados, estes sendo aplicados de acordo com os dados científicos”.

Portanto, na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de determinada atividade, com um fim específico, sem, contudo, ter o compromisso de atingi-lo. Deve empenhar-se na procura do fim que justifica o negócio jurídico, agindo com todo o zelo e utilizando-se de todos os instrumentos intelectuais e técnicos disponíveis na ciência médica para atingir o melhor resultado possível.

A obrigação do médico fixa-se apenas pela diligência com que se puser a trabalhar em favor da recuperação e restabelecimento da saúde de quem o procurou. Não tendo havido o resultado esperado ou até mesmo ocorrendo óbito do paciente, se houve o emprego de diligência, perícia e prudência, tendo o médico empregado todos os meios disponíveis para tentar resolver o problema do paciente, não há que se falar indenização ou reparação por não haver atingido o resultado.

Assim sendo, no tocante à obrigação do médico, de uma forma geral, resta claro ser essa de meio, onde “a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado³⁸”.

Fosse de resultado, teria o paciente o direito de exigir do médico a produção do resultado determinado e previamente ajustado. Não obtida tal promessa, não se obrigaria o paciente ao pagamento, surgindo ainda a possibilidade de indenização ou reparação.

Opostamente à obrigação de meio, tem-se a de resultado, onde o devedor se obriga a alcançar certo fim, sem o qual não terá cumprido sua obrigação. O contratante obriga-se a alcançar um determinado fim, cuja não consecução importa em descumprimento de contrato.

Godoy³⁹ entende que a conceituação de obrigação de resultado deveria ser redefinida como de resultado esperado. Explica que, para ele, parece estranho imaginar que

³⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de Responsabilidade Civil do Médico. Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p.155

paciente se dirige a um médico esperando apenas que ele utilize os meios necessários. E diz:

“Na verdade, todos que procuram um médico o fazem com alguma finalidade e não se pode considerar que os meios sejam um fim em si mesmos. Por outro lado, é difícil imaginar que numa obrigação de resultado a prestação seja cumprida sem o emprego dos meios adequados⁴⁰.”

O autor dá como exemplo o caso de um paciente que sabe ser portador de moléstia incurável, mas que pode ser controlada com tratamento adequado, diabetes, por exemplo.

Fica claro que esse paciente espera um resultado e tem fundadas razões para não aceitar outra coisa que não o controle de sua doença. Qualquer resultado diferente disto significará um contrato não cumprido, ou porque houve ação culposa ou porque ocorreu uma razão fortuita ou, ainda, por culpa exclusiva do paciente. Segue com outro exemplo de um paciente que procura um médico para saber se seu colesterol está alto.

Neste caso o paciente quer uma resposta direta e a prestação só estará cumprida com o conhecimento do teor sanguíneo da substância em apreço.

Entende, por isso, ser o contrato médico sempre de compromisso com resultado, afirmando existir, então, dois tipos de contrato: um, onde o resultado esperado coincide com o possível e que será fonte de obrigações de resultado determinado. O outro, onde há uma distância maior ou menor entre o almejado e o que se pode conseguir, gerando obrigações de resultado possível⁴¹.

Porém, conforme já mencionado anteriormente, quando o médico se compromete com o paciente a chegar a um determinado resultado, vincula-se a ele. É o que determina o artigo 30 do CDC⁴². No caso do não cumprimento, independe o autor de provar as razões pelas quais o médico não chegou ao resultado, excluindo-se o caso fortuito ou força maior.

³⁹ GODOY, ROBERTO. A Responsabilidade Civil no Atendimento Médico e Hospitalar. Revista dos Tribunais n. ° 777. Jul/2000, P.94

⁴⁰ GODOY, ROBERTO. Ob. Cit. p. 95

⁴¹ GODOY, ROBERTO. Ob.Cit.p.96

⁴² 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.

Tal comprometimento com o resultado é vedado pelo Código de Ética Médica (Resolução CFM n.º 1246/88), em seu artigo 91⁴³, quando vinculado aos honorários. Mesmo que, no contrato de prestação de serviços, estes profissionais se vinculem a uma prestação mais ampla, incluindo um resultado positivo de sua ação, não nascerá uma obrigação válida, uma vez que o resultado independe apenas da vontade e do esforço do médico. Aquele profissional que promete determinado resultado fere a ética, o direito e a própria medicina.

Kfoury Neto⁴⁴, afirmando que a obrigação do médico é de meios e não de resultados, extrai três conclusões: a) o médico não se responsabiliza pelo insucesso da terapia, caso tenha utilizado todos os meios disponíveis e, ainda assim, a cura não tenha ocorrido; b) a prova da culpa do médico é atribuída àquele que busca a indenização (a própria vítima ou seus familiares); c) exatamente por se vincular a uma obrigação de meios, quase sempre milita em favor do médico uma presunção de que o dano teria ocorrido de qualquer modo, desencadeado por uma causa inteiramente alheia à vontade do profissional e superior às forças deste para tentar evitá-la.

Segundo Bruno Miragem⁴⁵:

“Não se deve impor, contudo, uma separação rígida entre obrigações de meio e de resultado. Considerando-se que se trata de distinção com o forte apelo prático de estabelecer o ônus da prova ou a presunção de culpa, nesses limites deve ser colocada a discussão. O amplo reconhecimento e a aplicação do princípio da boa-fé no direito das obrigações passam a exigir que a avaliação do cumprimento ou não da obrigação pelo devedor seja examinada em vista também dos interesses legítimos da outra parte, o que torna mais intensos os deveres das partes na relação obrigacional, mesmo os deveres de diligência e cuidado, assim como o dever de informação e esclarecimento.”

Resta claro, portanto, que deverá haver uma relativização com relação a imposição da obrigação do médico, devendo ser analisado o caso concreto para se definir a responsabilização do profissional pelos atos praticados.

⁴³ Artigo 91: Firmar qualquer contrato de assistência médica que subordine os honorários ao resultado do tratamento ou à cura do paciente.

⁴⁴ KFOURI NETO MIGUEL. Culpa Médica e Ônus da Prova. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002, p.229-231

⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 52-91, jul./set. 2007. p. 60.

Poderá ocorrer casos em que a cirurgia realizada pelo médico poderá se revestir de caráter reparador e estético

2.3 OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO NA CIRURGIA ESTÉTICA:

Atualmente a cirurgia plástica integra o dia-a-dia dos consultórios médicos. O acesso a essa prática ficou mais próximo da população e esses procedimentos se multiplicaram. Tal fato deu-se principalmente pelo aparato tecnológico à disposição dos profissionais da saúde, tais como lasers, computadores e outros meios que vieram para facilitar a execução da atividade médica.

Segundo reportagem do site da Sociedade Brasileira de Cirurgia Estética⁴⁶, o número de cirurgias plásticas realizadas no Brasil em 2017 foi de 839,2 mil, número que vem crescendo desde o último censo de 2009, cujo total de cirurgias estéticas foi de 459.170 mil. O Brasil ocupa atualmente o segundo lugar no ranking mundial de cirurgias estéticas, ficando apenas atrás dos Estados Unidos. A mercantilização das cirurgias estéticas criou uma pequena- mas expressiva- leva de “médicos comerciantes”, cujo único objetivo é a obtenção de lucro a qualquer custo.

Os jornais e revistas de moda e de adolescentes utilizam publicidade de clínicas e de profissionais prometendo corpos perfeitos, rejuvenescimento e outros serviços que objetivam a melhoria estética do cliente. No que concerne ao elevado número de cirurgias plásticas no Brasil, a insigne Miran Goldenberg⁴⁷, antropóloga, elucida que: “o final do século XX e o início do século XXI serão lembrados como um momento em que o culto ao corpo se tornou uma obsessão, transformando-se em um estilo de vida. Em especial, existe uma associação entre 'corpo e prestígio', o que transforma o corpo em um 'capital físico' na cultura brasileira, o quê, em parte, justifica a grande procura por cirurgias plásticas estéticas no país.

A prática de cirurgia plástica estética é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médico devidamente qualificado (profissional regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina, com o título de especialista obtido pela Residência Médica

⁴⁶ <http://www2cirurgia.cirurgioplastica.org.br/mídias/pesquisas>

⁴⁷ Goldenberg M. Gênero e corpo na cultura brasileira. *Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, Vol. 17, n 2, 65-80, 2005.

credenciada pela Comissão Nacional de Residência Médica ou em prova específica da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica), utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a partir do princípio fundamental, dignidade humana, destaca-se por permitir aos pacientes o direito de submeterem às cirurgias plásticas estéticas, visando melhorar a aparência física, mitigando ou excluindo qualquer sequela referente ao bem-estar físico e/ou psicológico.

Contudo, o direito à dignidade da pessoa humana é relativizado pelo artigo 13 do Código Civil Brasileiro⁴⁸, ao restringir a disposição do próprio corpo quando causar diminuição permanente de sua integridade física. Da leitura do referido artigo, abstrai-se duas condicionantes: proibição de causar diminuição permanente da integridade física e que contrariem os bons costumes. Na primeira, estaríamos frente à uma proibição, por exemplo, de uma pessoa utilizar o próprio corpo como forma de expressão artística, chamada *body art* ou *body modification*, onde pessoas utilizam-se de seu próprio corpo para manifestar algo ou simplesmente alterar sua aparência, como no caso de uma pessoa que realizou diversas cirurgias plásticas para ficar parecido com um lagarto. A segunda, refere-se a contrariar o que o artigo denomina “bons costumes”, que é um termo extremamente genérico e ambíguo

Por outro lado, há casos mais extremos, onde programas de computador simulam a futura imagem da paciente, através de montagens feitas através de softwares. Neste caso em particular é flagrante a vinculação do médico à obrigação contratada.

De toda sorte, há que se ter uma definição de cirurgia plástica, a fim de que se possa ter um entendimento acerca dos limites de sua responsabilidade, a fim de que se possa ter um balizador sobre a sua responsabilidade atrelada como sendo de meio ou de resultado. Magrini⁴⁹ define como sendo:

“A subespecialidade do ramo da medicina de cirurgia geral que tem por finalidade modificar, reconstruir, reconstituir ou embelezar parte externa

⁴⁸ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

⁴⁹ MAGRINI, ROSNA JANE. Médico – Cirurgia Plástica Reparadora e Estética: Obrigação de Meio ou de Resultado para o Cirurgião. Revista de Jurisprudência n.º 280. fev/2001, p.73

do corpo deformada por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita, reunindo o nobilíssimo ramo da medicina que trata de doenças por meio de cirurgias com a beleza da arte de improvisar e criar. Esta finalidade pode ser necessária e reparadora ou puramente estética”

Paira certa divergência sobre ser ou não a obrigação do médico, em procedimentos cirúrgicos estéticos, de meio ou de resultado. A jurisprudência majoritária e a doutrina pátria entendem ser a obrigação de resultado.

A alegação é no sentido de que numa intervenção terapêutica a pessoa está doente e busca a cura, enquanto que na cirurgia plástica o paciente é pessoa sadia que almeja remediar uma situação desagradável, mas não doentia. A motivação moral para sua realização, embora socialmente aceita, não tem a mesma proporção da intervenção para o salvamento de vidas ou para a eliminação da dor. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já se debruçou sobre esse tema:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. MAMOPLASTIA. CIRURGIA ESTÉTICA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. Preambularmente, cumpre ressaltar que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, do CDC. 2. A obrigação assumida pelo médico, na maioria dos casos, é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente. 3. Contudo, na hipótese dos autos no que tange à mamoplastia diz respeito claramente à obrigação de resultado, porquanto o médico se compromete na obtenção de determinado benefício clínico, tendo em vista que a pretensão do paciente é melhorar seu aspecto estético. 4. Assim, oportuno ressaltar que, embora o CDC na norma precitada estabeleça que a responsabilidade civil do profissional liberal seja subjetiva, tal disposição não impede a inversão do ônus da prova, na medida em que, obviamente, o paciente é hipossuficiente em relação àquele no que tange à técnica aplicada e aos conhecimentos médicos necessários. 5. Na análise quanto à existência de falha no serviço prestado, bem como da culpabilidade do profissional, o Magistrado, que não tem conhecimentos técnico-científicos atinente à área médica, deve se valer principalmente das informações prestadas no laudo técnico. 6. Contudo, no presente feito não há como se reconhecer imperícia ou imprudência do médico-réu na realização do procedimento cirúrgico, na medida em que este adotou a técnica habitual e as cicatrizes resultaram das condições preexistentes na paciente. 7. Não desconheço que o resultado almejado pela autora não foi atingido, pois de outra forma não haveria razão para o ingresso da presente demanda. O que se vislumbra, em verdade, é que a parte postulante não ficou satisfeita com os frutos da cirurgia, possivelmente não por uma expectativa criada pelo médico demandado, mas sim por uma inconformidade pessoal, avessa às promessas médicas e as possibilidades técnicas de melhoria da região. 8. Assim, não assiste razão à autora ao imputar ao réu a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que não restou comprovado nos autos qualquer conduta culposa pelo profissional que prestou atendimento aquela que pudesse resultar no dever de reparar. Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº

70037312303, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 29/09/2010).

A questão é controversa na medida em que, na maioria dos casos, a cirurgia estética tem como objetivo pessoa sã, sem nenhuma enfermidade, não podendo a princípio tal procedimento alterar esse quadro.

A dúvida que fica é de se saber até onde o médico se responsabiliza pelo efetivo resultado da cirurgia embelezadora. Até que ponto as complicações decorrentes de uma operação podem deixar de levar ao objetivo pretendido pelo paciente. Segundo Kfoury⁵⁰, “Em qualquer situação também ao cirurgião plástico é possível demonstrar a interferência – no desencadeamento do resultado danoso – de fatores imprevisíveis e imponderáveis, devidos a aspectos subjacentes à saúde do paciente, que o médico não conhecia, nem podia conhecer, mesmo agindo com diligência e acuidade”.

Contudo, segundo alguns autores, como Romanello Neto⁵¹, fica entendido que, mesmo o paciente não cumprindo as prescrições médicas, terá reduzida sua pretensão ressarcitória pelos danos sofridos, mas não eliminada, tendo em vista o caráter de resultado da obrigação assumida e do dever de cuidado pré-, durante e pós-operatório – culpa concorrente.

Para Antônio Chaves⁵², as cirurgias plásticas são as correções dos defeitos traumáticos, congênitos ou estéticos dividem-se em dois ramos:

Cirurgia reparadora, também chamada reconstrutora, reconstrutiva, restauradora, estrutiva ou anaplástica, que corrige lesões congênitas (ex: lábio leporino), adquiridas (lesões nasais por doença como a blastomicose) e lesões derivadas de acidentes (mutilações);

Cirurgia corretora, também chamada caliplástica, cosmética ou estética, que se propõe restituir a aspectos normais de deformidades estéticas congênitas (orelhas de abano), corrigir deformidades de pele (rugos), excessos de tecidos gordurosos ou cicatrizes malformadas.

⁵⁰ KFOURI NETO, MIGUEL. Op.Cit. p. 160

⁵¹ ROMANELLO NETO, JERÔNIMO. Responsabilidade Civil dos Médicos. São Paulo: Ed.Jurídica Brasileira. 1998 p.135

⁵² CHAVES, ANTÔNIO. Responsabilidade Civil das Clínicas, Hospitais e Médicos Revista Jurídica n.º 159 jan/ 1991. p.133-135

Kfouri Neto⁵³ também faz a divisão da cirurgia estética em duas modalidades diferentes: cirurgia estética propriamente dita e a cirurgia estética reparadora. A primeira, segundo ele, destina-se à correção de imperfeições da natureza; a segunda tem por objetivo reparar verdadeiras enfermidades, congênitas ou adquiridas. E faz uma subdivisão na cirurgia estética propriamente dita em duas modalidades: Cirurgia de caráter estritamente estético e *latu sensu*. Na primeira, o paciente apenas quer corrigir uma falha ou defeito que acha ter, sendo muitas vezes por estética, não tendo muito o que fazer o médico. São casos em que, por exemplo, deseja o paciente tornar seu nariz mais formoso, que não destoe da harmonia de seu rosto. Nesse caso, sendo o paciente exposto a um risco de certa gravidade, está o médico obrigado a um certo resultado, submetendo-se à presunção de culpa correspondente e ao ônus da prova para eximir-se da responsabilidade pelo dano eventualmente decorrente da operação. Já na segunda, o objetivo da intervenção cirúrgica destina-se a corrigir pequenas imperfeições do paciente, que lhe causam um mal-estar psíquico. Ao fazer a intervenção, deverá o médico atentar ao dever de prudência, não estando adstrito a uma obrigação de resultado

Extremos sempre houve acerca desse tema, como nos traz Kfouri⁵⁴, caso do julgamento no Tribunal do Sena (25.02.1929) onde se declarou que só o fato de haver iniciado uma operação que comporta riscos de real gravidade sobre um órgão sadio, com o único propósito de corrigir a forma e sem finalidade curativa, constitui por si mesmo culpa apta a determinar a responsabilidade do cirurgião, a quem não é dado descurar o dever de extrema cautela.

França⁵⁵ traz outro exemplo exótico, de sentença proferida pelo Tribunal de Lião:

“O mais interessante e o mais sensato é saber envelhecer com dignidade. Com essa frase o Tribunal declarou ilícito o contrato entre um cirurgião e uma velha senhora, para fazer retirar as pregas do pescoço e da face, por tratar-se, para a velha senhora, de ‘estúpida pretensão de rejuvenescer’ e, para o cirurgião, de ‘indecente reclame especulativo sobre baixezas femininas”.

⁵³ KFOURI NETO, MIGUEL. Op. Cit. p. 175

⁵⁴ KFOURI NETO, MIGUEL. Op.Cit. p. 172

⁵⁵ FRANÇA, GENIVAL VELOSO DE – Direito Médico, Fundo Editorial BYK, São Paulo, 1992, 5ª ed.p.175

Por outro lado, existem doutrinadores que entendem ser a obrigação do médico, numa cirurgia plástica, de meio. A argumentação, que é deveras plausível, diz que existem fatores que fogem ao cuidado do médico, pois, na área biológica, as reações são sempre prováveis, mas não absolutamente certas e previsíveis.

O exemplo mais comum que pode confirmar tal tese é o do queiloide, uma calosidade cicatricial que pode ocorrer no local da cirurgia. A ciência ainda não tem respostas para explicar por que o queiloide ocorre em algumas pessoas e em outras não. Assim sendo, o médico, ao realizar a cirurgia, não poderá afirmar que tal cicatrização não ocorrerá sobre a forma de queiloide. Por certo que, no caso da formação de queiloides, existem fatores que devem ser sopesados, quando da avaliação clínica, conforme citado por Rui Stoco⁵⁶: “raça de origem⁵⁷, hereditariedade⁵⁸, idade⁵⁹, fatores locais⁶⁰, tensão entre os bordos da ferida, ocorrência de infecção local e suturas muito apertadas, hipóteses em que surgirão áreas de necrose”.

Outros exemplos não tão conhecidos do grande público também são frequentes em intervenções cirúrgicas estéticas, tais como a falta de oxigenação normal da pele após a aplicação de anestésico; lesões de ramos do nervo facial durante uma ritidoplastia (cirurgia plástica facial, devido às complexidades e anômalas variações anatômicas do trajeto das estruturas nervosas; protrusão ocular (distensão, saliência e projeção dos olhos para frente); taquicardia (aumento dos batimentos cardíacos); presença de hematomas logo após o procedimento cirúrgico; diminuição da circulação arterial dos tecidos; cicatrização, dentre outras ⁶¹.

Vale aqui transcrever parte do acórdão do Des. Carpena Amorim, do TJRJ:

“ Não me parece, *data venia*, que se possa classificar uma cirurgia, e nesse plano as cirurgias plásticas se equiparam às de qualquer outra espécie, de

⁵⁶. STOCO, RUI. Iatrogenia e Responsabilidade civil do Médico. Revista dos Tribunais n.º 784. fev.2001, p. 286

⁵⁷ O tipo de pele dos indivíduos das raças negra e amarela é mais suscetível de manifestar cicatrizes hipertróficas do que os caucasianos.

⁵⁸ Embora os estudos sejam ainda inconclusivos, existem alguns grupos de indivíduos com acometimento severo e história familiar positiva.

⁵⁹ Em um mesmo indivíduo a tendência ao queiloide pode estar presente em uma certa idade e, posteriormente, ficar atenuada ou desaparecer.

⁶⁰ As regiões mais propensas à hipertrofia cicatricial são as peitorais, deltoides e face, sendo comum o surgimento de queiloides nas perfurações das orelhas. Mostra-se também comum a coexistência, numa mesma região, de queiloides e cicatrizes finas.

⁶¹ AVELAR, JUAREZ MORAES. Cirurgia Plástica – Obrigação de Meio. 1ª ed. São Paulo: Hipócrates, 2000.p.50

obrigação de resultado, porque, como se sabe, quando se trata de mexer com fisiologia humana, além da técnica empregada pelo médico, havida no conhecimento científico, há sempre um outro componente que o homem, frágil e impotente diante do desconhecido, chama de imprevisível.[...] Nenhum homem seria capaz de afirmar que uma cirurgia tem 100% de possibilidade de êxito e 0% de insucesso. Sintetizando: não há cirurgias sem risco.⁶²

Há mais de quatro décadas que a orientação vigente na França, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é no sentido de admitir como sendo de meio a obrigação do médico nas cirurgias plásticas, tanto quanto nas demais cirurgias. A particularidade residiria basicamente no dever de informação, devendo ser exaustivo e de consentimento, claramente manifestado, esclarecido e determinado.

Ruy Rosado⁶³ traz, em seu artigo, duas decisões da Corte de Lyon e da Corte de Cassação, de 1981, comentadas por Georges Durry⁶⁴, que reafirmam tratar-se de uma obrigação de meios, porque em toda operação existe uma álea ligada à reação do organismo, que acentua a existência de um dever particular de informação. Em 1991, a Corte de Versailles reconheceu a existência da obrigação de meios, condenando o cirurgião plástico, que não comparou convenientemente os riscos e os benefícios de uma operação considerada prematura, deixando de fornecer a exata informação de todos os riscos (*Recueil Dalloz-Sirey*, 1993, pág. 29).

Um dos defensores da tese oposta à que vigora atualmente é do Ministro Ruy Rosado De Aguiar Jr., entendendo ser a obrigação do médico de meio. Ele é claro:

“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 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 a intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles, assegure a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo 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

⁶² TJRJ – ApCiv 1.329/90 – 25.09.1990

⁶³ AGUIAR JR, RUY ROSADO DE. Responsabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais vol. 718, ago/1995, p.40

⁶⁴ Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1982, pag. 153.

responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios”.⁶⁵

Comunga da mesma ideia Andorno⁶⁶:

“Se bem que tenhamos participado durante algum tempo desse critério de ubicar a cirurgia plástica no campo das obrigações de resultado, um exame meditado e profundo da questão levou-nos à conclusão de que resulta mais adequado não fazer distinções a respeito, ubicando também a cirurgia estética no âmbito das obrigações de meio, isto é, no campo das obrigações gerais de prudência e diligência”. A nosso juízo, o cirurgião plástico não está obrigado a obter um resultado satisfatório para o cliente, mas somente a empregar todas as técnicas e meios adequados, conforme o estado atual da ciência, para o melhor resultado da intervenção solicitada pelo paciente.”

A entendimentos que entendem ser a responsabilidade médica de meio e não de resultado, não se aplicando no caso onde o resultado pleiteado pelo paciente não é atingido, caindo no extremo oposto, piorando sua imagem. (Cf. Acórdão da 8^a C. Cível, TJRJ, 21/09/1982, RT 566/191): “Responsabilidade Civil. Cirurgia Plástica. Atividade meio. Adotada a teoria da responsabilidade subjetiva. Inteligência do artigo 14, § 4º do CDC (TJSP, ApCiv. 36.043-4. São Paulo, 2ª Câm. De Direito Privado, rel. Vasconcellos Pereira, 27.04.1999) ”.

Há o caso narrado por José de Aguiar Dias⁶⁷ no qual uma jovem senhora procura médico para eliminar gorduras excessivas existentes em suas pernas. Na cirurgia, o médico, além da gordura, retirou extensa massa muscular em apenas uma das pernas, numa operação cujo contornos foram extremamente complicados. Ainda pela dificuldade de sutura do tecido, pela extrema contração dos músculos, a perna da paciente foi enfaixada com bandagens, somente retiradas após três dias da cirurgia, quando cheiro característico de gangrena surgiu. Ao final de três semanas não restou outra alternativa que a amputação da perna. Em procedimento judicial, a sentença considerou o cirurgião responsável pelos danos com fundamento na desnecessidade moral da cirurgia, bem como na sua inutilidade

⁶⁵ RUY ROSADO DE AGUIAR JR., Op. Cit. p. 130

⁶⁶ ANDORNO, LUIS O. *La responsabilidad civil médica*. Ajuris n.º 59 Porto Alegre, 1993, p. 224.

⁶⁷ DIAS, JOSÉ DE AGUIAR. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro. Forense, 1994.9ª ed.vol. 2, pp. 305-307

perante a saúde da operada, além de outras considerações sobre a negligência em verificar as reais condições da paciente.

Há quem entenda no sentido de que:

“Se o médico não tiver condições de assegurar, ao paciente de uma cirurgia puramente estética, o resultado almejado, deverá abster-se de realizar o ato cirúrgico. Em se tratando dessa especialidade, portanto, os deveres de informação e de vigilância têm sua observância exigida de forma rigorosa”.

Em relação à obrigação de resultado, o ilustre doutrinador Silvio Venosa⁶⁸ esclarece o seguinte: “o que importa é a aferição se o resultado colimado foi alcançado. Só assim a obrigação será tida como cumprida”; por essa razão, é preciso analisar o que preceitua a Resolução 1621.2001 do Conselho Federal de Medicina, que se contrapõe ao entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

A referida resolução destaca, no artigo 4º, 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. Todavia, esse não é o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que firmou o entendimento no sentido de gerar obrigação de resultado à cirurgia plástica estética, a saber:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, § 4º, DO CDC. 1. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em 14.09.2005. Dessa ação foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 25.06.2013. 2. Controvérsia acerca da responsabilidade do médico na cirurgia estética e da possibilidade de inversão do ônus da prova. 3. A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. 4. Nessas hipóteses, há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação. 6. A jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do Reps 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. 7. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1395254 SC 2013/0132242-9, Relator: Ministra

⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/10/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2013).

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 uma 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. 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 (STJ - REsp: 236708 MG 1999/0099099-4, Relator: Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF, Data de Julgamento: 10/02/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: 20090518 --> DJe 18/05/2009)

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. (STJ - REsp: 1180815 MG 2010/0025531-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2010).

Como se vê, o médico assume obrigação de resultado na cirurgia plástica estética, porquanto se compromete em proporcionar ao paciente resultado aparente. Contudo, quando não existir viabilidade de transformação satisfatória do corpo humano, o médico deverá negar a realização da cirurgia, bem como informar ao paciente que o resultado almejado não irá ocorrer. Desta forma, a conduta do médico coaduna-se com a ética profissional e o princípio da boa-fé contratual.

A realização de intervenções cirúrgicas estéticas malsucedidas em decorrência de barbaridades técnicas efetuadas pelo médico (erro médico), corresponde ao insucesso da cirurgia estética, sendo certo que haverá presunção de culpa do médico que a realizou. Não se nega a importância de denunciar o erro médico ao Conselho Regional de Medicina, que deverá fiscalizar o fato narrado pelo paciente por meio de uma sindicância, sujeitando-se, o médico, à responsabilidade na esfera administrativa, civil e/ou criminal, inclusive no tocante à cassação do registro profissional.

Recentemente⁶⁹, o Superior Tribunal de Justiça condenou o Conselho Regional de Medicina pela omissão no ato de fiscalizar as sequelas advindas dos procedimentos cirúrgicos indevidamente realizados por ex-médico, tendo em vista que conselho estava ciente das barbaridades técnicas efetuadas, conforme se verifica na ementa a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO EM REITERADAS CIRURGIAS PLÁSTICAS. OMISSÃO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. DANOS MORAIS. REVISÃO DA INDENIZAÇÃO. EXORBITÂNCIA NÃO CONFIGURADA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul - CRM/MS e A J R O, em razão da realização de reiteradas cirurgias plásticas das quais derivaram danos materiais, morais e estéticos em diversos pacientes, objetivando a condenação dos réus à indenização pelas sequelas advindas dos procedimentos cirúrgicos indevidamente realizados pelo ex-médico. 2. O Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, consignou que, "para a condenação solidária do Conselho à reparação pelos aludidos danos, foi considerado o fato de que o CRM/MS teve ciência das barbaridades técnicas efetuadas pelo ex-médico, ao menos em 1992, todavia permaneceu inerte. Assim, a evidente omissão do Conselho quanto ao seu dever fiscalizador por cerca de dez anos, há de ser

⁶⁹ <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=erro+medico+&p;b=ACOR&p=true&l=10&i=2>

ponderada para fixação do importe indenizatório, ainda que se vislumbre a alta somatória que poderá ser ao final devida, considerando a totalidade das vítimas. (...) A tal realidade, somem-se os contornos fáticos da presente lide, os quais foram devidamente sopesados pelo magistrado a quo para fins da fixação da verba indenizatória ora impugnada, destacando-se que: a paciente fez a cirurgia de abdominoplastia. Apresenta abdômen globoso com cicatrizes de boa qualidade e cicatrizes alargadas nas regiões inguinais. Sequelas de queimadura na região glútea esquerda de mais ou menos 3 x 5cm. A paciente foi diagnosticada como portadora de Transtorno de Estresse Pós-Traumático (C1D10 F43.1), sentindo intenso sofrimento, angústia, e vergonha, pois possui marcas no corpo, não conseguindo trocar de roupa na frente de outras pessoas. Há necessidade de tratamento, tendo o psicólogo recomendado a psicoterapia de apoio. Portanto, não há dúvidas que a cirurgia desastrosa deixou sequelas físicas e psicológicas e há muitos anos a agravada está convivendo com elas. Face tais circunstâncias, não podem prevalecer as assertivas postas pelo agravante, no sentido de que não fora respeitada a moderação para a fixação dos valores e de que não teria a vítima buscado "diretamente" qualquer indenização, cuja demora refletiria situação a influenciar na fixação do quantum indenizatório, uma vez que já havia sido intentada a ação civil pelo Ministério Público Federal, sendo perfeitamente justa a espera de seu julgamento para oportuna habilitação para a liquidação e execução. Quanto aos danos estéticos, nenhuma discussão se põe quanto ao tema, pois vasta a comprovação de sua existência, diante do conjunto probatório constante nos autos. Assim, no tocante à indenização por danos morais, esta acaba por se perfazer mediante recomposição, ou seja, através da fixação de valor em pecúnia, forma de se tentar minorar a contrariedade vivenciada, cujo montante há de ser compatível à extensão do dano causado, ao abalo psíquico suportado, sem dar ensejo ao enriquecimento sem causa, bem como ostentar feição de reprimenda ao responsável pela ocorrência fática, para que em tal conduta não venha reincidir, devendo ser de igual modo ponderada a situação econômica de ambas as partes. Ainda, consoante entendimento assente na doutrina e jurisprudência pátrias, deve o importe arbitrado observar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade (STJ, AGAREsp 313672). Desse modo, tendo em vista o histórico dos dissabores passados pela agravada, decorrentes da malsucedida intervenção cirúrgica realizada pelo corréu Alberto Rondon, relatados em sede da decisão agravada, e em especial considerando o conjunto probatório, entende-se dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade a fixação procedida pela instância a quo, a saber, o importe de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) a título de danos morais e, ainda, a quantia, de R\$30.000,00 (trinta mil reais), para fins de reparação pelos danos estéticos" (fls. 313-315, e-STJ). 3. A revisão desse entendimento implica reexame de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgInt no AREsp 903.130/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 7.10.2016, e AgRg no REsp 1.505.298/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6.4.2015. 4. Recurso Especial não conhecido.

Conforme Sergio Cavalieri Filho⁷⁰:

“Enfatiza-se, uma vez, que os médicos, como prestadores de serviços que são, não estão fora da disciplina do Código de Defesa do Consumidor. A única exceção que se lhes abriu foi quanto à responsabilidade objetiva. E se foi preciso estabelecer essa exceção é porque estão subordinados

⁷⁰ Cavalieri Filho, Sergio. Responsabilidade Civil. 12 Ed. Página 489, Atlas, 2015.

aos demais princípios do Código do Consumidor — informação, transparência, boa-fé, inversão do ônus da prova etc.”

De qualquer forma, em razão da seqüela advinda da cirurgia estética malsucedida, basta que o paciente demonstre que o médico não alcançou o resultado prometido, oportunizando a vítima de requerer, em juízo, indenização a título de dano material, bem como moral e estético, conforme súmula 387 do STJ.

O médico, por sua vez, poderá demonstrar, por intermédio de provas juridicamente admissíveis, que o dano ao paciente ocorreu por fatores externos à sua conduta.

Conclui-se que a cirurgia plástica estética implica obrigação de resultado; por conseguinte, existe a presunção de culpa do médico, que poderá ser afastada através fatores externos e alheios à sua atuação, tais como: culpa exclusiva do paciente, caso fortuito ou força maior. Caso contrário, o médico deverá indenizar o paciente a título de dano material, moral e/ou estético.

Como em geral os casos de insucessos envolvendo cirurgias estéticas acabam vindo à tona, através da mídia, veem-se tais procedimentos embelezadores como desnecessários e perigosos, posto que colocam a vida do paciente em risco e permitem criar correntes doutrinárias, como as mencionadas acima, radicalizando o tema. Não se quer aqui retirar a responsabilidade do médico cirurgião, mas apenas dar a devida carga de diligência. Se provocou um dano voluntário, foi imprudente, negligente ou imperito, responderá por tal.

Contudo, pelo prisma de incertezas dos fatos biológicos, querer atribuir culpa ao médico por não ter como saber como irá se comportar o organismo da paciente, não parece ser o mais correto. Tanto é verdade que há tratamento diferenciado quando o tema é a cirurgia é reparadora. Nesses casos, a responsabilização pelo resultado inexistente, o que é um contrassenso, uma vez que o risco e a incerteza de tal cirurgia são exatamente iguais a uma intervenção cirúrgica estética.

A alegação dos que defendem como sendo obrigação de meio a cirurgia reparadora é no sentido de que, em tal procedimento, o médico busca restaurar a aparência do paciente em virtude deste ter sido acometido por moléstia deformadora ou acidente, partindo de um estado doentio para uma melhora, o que não seria o caso da cirurgia estética embelezadora.

Na cirurgia estética reparadora, conforme dito acima, o médico não se vincula ao resultado, porquanto sua obrigação é de meio. Aplica-se o disposto no artigo 14 do código de Defesa do Consumidor.

Já na cirurgia estética embelezadora, a vinculação ao resultado almejado vincula o médico, devendo este ser responsabilizado no caso do insucesso do procedimento.

Entendeu o STJ, ao assentar que: “o profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar⁷¹”.

Porém, em outro caso, esse mesmo tribunal foi mais rigoroso, chegando a afirmar a obrigação de resultado assumida pelo médico:

“Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo dano moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito⁷²”

Em ambos os casos, não foi levada em consideração o risco inerente a qualquer procedimento cirúrgico.

Como tais práticas não estão ligadas diretamente à preservação da saúde ou da vida, mas sim à estética daqueles que se submetem a procedimentos cirúrgicos, com o único intuito de melhorar sua aparência física, tais profissionais sofrem um julgamento mais severo no caso de insucesso, por não ser, em tese, um procedimento obrigatório para a manutenção da sua existência e sim uma vaidade por muitos considerada fútil.

Em sua obra, Rui Stocco⁷³ cita o brilhante cirurgião plástico, Dr. Paulo Jatene, que diz:

⁷¹ STJ, 3ª T., AgRg no AgIn 37.060-9-RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 28.11.1994, RSTJ 68/83

⁷² STJ, 3ª T., Resp 10.536-RJ, rel. Min. Dias Trindade, ac. 21.06.1991, RSTJ 33/555

⁷³ STOCO, R,UI. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 4ª Ed. Revista dos Tribunais. 1999, p.299

“[...] rotulada como meramente cosmética e desnecessária, quando em verdade, um indivíduo convive melhor com uma doença do que com um problema estético em seu corpo [...] Deve-se convir que quando o médico aplica um tratamento cosmético está cuidando de uma doença da alma, pois os pacientes da cirurgia plástica são, em sua maioria, mulheres na faixa entre 30 e 50 anos de idade, carentes afetivamente, geralmente superando ou recuperando perdas(final de casamento, traumas, vida atribulada, crise existencial), acreditando que a cirurgia e a modificação de sua aparência física irá resolver seus problemas. Um outro tipo de paciente é aquele que tem um problema e busca resolvê-lo, como por exemplo, a mulher que engordou mais quinze quilos na gravidez e após o parto ficou com o abdômen flácido ou com seios caídos”.

Ao que parece, há um certo preconceito em relação às cirurgias estéticas. Em que pese o fato da jurisprudência e boa parte da doutrina inclinarem-se no sentido de entender como sendo a obrigação do médico, em cirurgia embelezadora, de resultado, não são deveras convincentes os argumentos que embasam essa tese. A um, porque em toda cirurgia o risco está presente, reparadora ou estética. A dois, porque, em muitos casos, o mal que o paciente carrega consigo, por ter uma deformidade que lhe incomode, como um nariz grande, orelhas de abano ou qualquer outra característica física que o paciente deseje alterar, pode ser tão grande quanto uma deformidade congênita, como um lábio leporino, que será encarada como cirurgia reparadora, sendo classificada de obrigação de resultado, afastando o risco do insucesso. É certo que o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, exigíveis de acordo com a evolução da ciência e as regras consagradas pela prática médica com a qual conviveu o profissional por longos anos de estudos, renúncias e sacrifícios, e esse dever consubstancia-se em um Código de Ética, ao qual, à evidência, apreendeu e obrigou-se a respeitar sob o sagrado juramento de Hipócrates

Renomados cirurgiões, pertencentes à Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, tais como o Dr. Munir Cury e o Dr. Luiz Carlos Garcia, não veem como erro médico o insucesso numa cirurgia estética. Conforme o Dr. Munyr: “É um terreno delicado, muitas vezes, os resultados ficaram aquém das expectativas da paciente, mas isso não quer dizer que houve falhas durante a intervenção”.

Magrini⁷⁴ traz, em seu artigo, manifestação do Dr. Mário Eduardo P. Monteiro de Barros, membro titular da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, acerca da divergência entre cirurgias reparadoras e estéticas, ponderando que:

“A OMS (Organização Mundial de Saúde), define a saúde como ‘Um estado completo de bem-estar físico, mental e social’ e não a ausência de patologia. E partindo desse conceito, não há como negar que a cirurgia plástica estética traz enorme benefício ao paciente, e estes quando procuram o cirurgião plástico sentem dor. Não apenas dor física, mas dor moral, emocional. Esclareça-se com exemplos: encontre uma solução para uma criança magoada e entristecida em seus melhores anos, pelo complexo causado por deformidade cicatricial, especificamente os queimados, marcados por lábio leporino, ‘orelhas de abano’ ou resultantes de acidentes automobilístico, que de normal, provocam a cruel curiosidade humana pelo destaque da anormalidade. Diga para uma mulher ainda jovem, portadora de câncer de pele, cuja retirada causa cicatriz deformante no rosto, não ser necessária a intervenção de cirurgião plástico a fim de preservar a estética, resultando em estigma auto segregatório. Peça para uma adolescente, exaurida em seu vigor, ser feliz e comportar-se dentro dos padrões da normalidade, quando não há roupa que lhe permita esconder seios enormes, que, projetando-se para frente pelo peso, cause-lhe ainda dores e deformidade na coluna. Os problemas psicológicos surgem dependendo dos conceitos pessoais de beleza, estética e de anormalidade, resultantes da complexidade do sentimento humano [...] Nossa especialidade é a cirurgia plástica, e tudo que se faz neste campo é ao mesmo tempo reparador e estético. Inúmeras são as cirurgias estéticas que se realizam por recomendação de psiquiatras e psicólogos pelos benefícios que trazem à autoestima e segurança dos pacientes. Quantas pessoas, crianças, adolescentes, adultos, que se excluem do convívio social, por não aceitarem suas próprias características e defeitos físicos. E se existindo uma possibilidade de contornar, amenizar o problema que as aflige, essa solução pode ser considerada terapêutica ou pura vaidade”.

Magrini⁷⁵, citando Hildegard Taggesell Giotri traz brilhante contribuição sobre o tema:

“Sabe-se que tanto o fumo quanto uma postura viciada ou errada podem interferir em um processo cicatricial que poderia ter sido normal, contudo, sob a óptica da obrigação de resultado, estes elementos de natureza subjetiva e de altíssima importância perdem o seu valor, diluem-se, simplesmente passam a não existir. É por tal razão que a doutrina e a jurisprudência francesas, depois da observação de fatos como esses, entenderam impossível considerar como sendo de resultado uma prestação obrigacional que se desenrola em uma área infestada pelo fator álea e pelo subjetivismo, onde cada organismo responde de maneira diversa frente a uma mesma técnica e aos mesmos procedimentos”.

⁷⁴ MAGRINI, ROSANA JANE. Médico – Cirurgia Plástica Reparadora e Estética: Obrigação de Meio ou de Resultado para o Cirurgião. Revista de Jurisprudência n.º 280- fev/2001, p.79

⁷⁵ MAGRINI, ROSANA JANE. Op.cit. Página 88

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução – CFM 1621/2001⁷⁶, definiu a especialidade da medicina estética como sendo obrigação de meios.

França⁷⁷, sobre o tema, sintetizou sua opinião:

“Qualquer que seja a forma de obrigação de meios ou de resultado, diante do dano, o que se vai apurar é a responsabilidade, levando em conta principalmente o grau da culpa, o nexo de causalidade e a dimensão do dano, ainda mais diante de indenizações por perdas e danos. Aquelas formas de obrigação apenas definem o ônus da prova. No ato médico, a discutida questão entre a culpa contratual e a culpa aquiliana, e, em consequência, a existência de uma obrigação de meio ou uma obrigação de resultado, parece-nos, em determinados instantes, apenas um detalhe. Na prática, o que vai prevalecer mesmo é a relação entre a culpa e o dano, pois até mesmo a evidência do *onus probandi* já tem remédio para a inversão do ônus da prova, qualquer que seja a modalidade de contrato. Hoje, mesmo em especialidades consideradas obrigadas a um resultado de maneira absoluta, como na cirurgia plástica puramente estética, já se olha com reservas esse conceito tão radical de êxito sempre, pois o correto é decidir pelas circunstâncias de cada caso”

Desta forma, a jurisprudência brasileira entende que em casos de procedimentos estéticos, estes dividem-se em duas categorias: reparadora e embelezadora. Na primeira, a obrigação do profissional seria de meio, porquanto o objetivo primordial do

⁷⁶ Resolução CFM 1621/2001 – O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e CONSIDERANDO que a Cirurgia Plástica é uma especialidade médica reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina e pela Associação Médica Brasileira, sem incorrer em subdivisões topográficas, diagnósticas ou de finalidade; CONSIDERANDO que a prática da Cirurgia Plástica requer um conjunto de pré-requisitos e conhecimentos técnicos e científicos adquiridos na graduação e/ou pós-graduação(residência e/ou especialização); CONSIDERANDO que o médico para exercer regularmente a cirurgia plástica deve ter o título de especialista respectivo, obtido através de residência médica credenciada pela Comissão Nacional de Residência Médica ou mediante concurso promovido pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica; CONSIDERANDO que a Cirurgia Plástica visa tratar doenças e deformidades anatômicas, congênitas, adquiridas, traumáticas, degenerativas e oncológicas, bem como de suas consequências, objetivando beneficiar os pacientes visando seu equilíbrio biopsicossocial e consequente melhoria sobre sua qualidade de vida; CONSIDERANDO que a diversidade de resposta biológica é inerente às características individuais e genéricas; CONSIDERANDO que é dever do médico a rigorosa observação do contido no Código de ética Médica; CONSIDERANDO a necessidade de informar a Sociedade Civil e esclarecer dúvidas quanto à função da Cirurgia Plástica como especialidade médica; CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 16 de maio de 2001. RESOLVE: Art. 1º - A Cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente. Art. 2º - O tratamento pela Cirurgia Plástica constitui ato médico cuja finalidade é trazer benefício à saúde do paciente, seja física, psicológica ou social. Art. 3º - Na 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. Art. 4º - O objetivo do ato médico na Cirurgia Plástica como em toda a prática médica constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado; Art. 5º - A presente resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário. Brasília-DF, 16 de maio de 2001. EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE – Presidente; RUBENS DOS SANTOS SILVA – Secretário-Geral.

⁷⁷ FRANÇA, GENIVAL VELOSO DE. Cirurgia plástica: obrigação de meio ou de resultado? Arquivos do CRM-PR, vol. 18, n.72, p.213, out-dez.2001.

procedimento seria a salvaguarda da saúde e integridade física do paciente; já na segunda, por se tratar de procedimento eletivo e que não busca a cura, mas tão somente um resultado estético. Desta forma, a obrigação sendo de meio, aplica-se o disposto no artigo 14, parágrafo quarto do CDC. Já no segundo caso,

3. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO E A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL MÉDICA:

Segundo Vitor Guglinski, em seu artigo “Você sabe o que é violação Positiva do Contrato”⁷⁸, esta teoria (*positive Vertragsverletzung*) teve sua origem na Alemanha, no início dos anos 1900, através dos estudos de Hermann Staub. Consistiria no reconhecimento de que o contrato, embora cumprido pela parte contratada, pode vir a sê-lo de forma defeituosa, ensejando o dever de reparar eventuais danos daí advindos.

A violação positiva do contrato foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, consoante se verifica em vários dispositivos do Código Civil Brasileiro, mormente nos artigos 394⁷⁹ e 422⁸⁰. O referido dispositivo determina que as partes devem proceder com boa-fé tanto na conclusão do contrato quanto em sua execução.

Cláudia Lima Marques⁸¹ refere, ainda, que boa-fé objetiva é um paradigma, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação estudada. Boa-fé objetiva significa uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva.

A Violação Positiva do Contrato é, portanto, o inadimplemento daquelas obrigações acessórias/laterais/anexas que nascem com a boa-fé objetiva, e não propriamente o inadimplemento da obrigação principal do contrato. Desta forma, a

⁷⁸ <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/295860847/voce-sabe-o-que-e-violacao-positiva-do-contrato>

⁷⁹ Art. 394 Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

⁸⁰ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil. Porto Alegre: Ajuris, jul. 1995, v. 64, n. 34, p.55.

violação positiva do contrato tem como fonte a cláusula geral de boa-fé objetiva e que o campo a ela reservado é o do descumprimento dos deveres laterais ou anexos de conduta. Sobre esse tema, foi aprovado o Enunciado n. 24 na *I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal: ‘Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do NCC, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa’.

A ocorrência da violação positiva do contrato, no âmbito das relações de consumo é de fácil visualização. Quando o consumidor adquire um produto ou contrata um serviço, seus direitos não estão atrelados somente à fruição do bem de consumo adquirido (objeto do contrato).

Isso significa que a rede de atendimento e suporte técnico disponibilizados pelo respectivo fornecedor integram o contrato de consumo celebrado entre as partes, constituindo-se como obrigação acessória ou dever anexo ou secundário, que se verá adiante. Sendo assim, além da garantia de qualidade do bem de consumo em si, há outros deveres jurídicos que devem ser observados pelo fornecedor, que gravitam em torno do produto ou do serviço, e cujo cumprimento também há de ser revestido de qualidade.

A partir do momento em que o fornecedor presta ao consumidor um suporte defeituoso, embora esteja formalmente cumprindo seu dever nesse sentido, não o estará de forma substancial, isto é, com a qualidade necessária a atender a contento a necessidade do consumidor. Haverá, nesse caso, um adimplemento ruim do contrato; um cumprimento defeituoso, acanhado, desqualificado.

Exemplos mais comuns de violação positiva do contrato são o mau atendimento pelo fornecedor ao consumidor, prestado através dos SACs e *Call Center's*, das redes de assistência técnica de automóveis, eletrodomésticos, eletroeletrônicos, dentre outros. A violação positiva do contrato é um tema que vem desde há muito sendo tratado pela doutrina contemporânea. Marcos Catalan⁸² leciona:

“À luz de tais situações, que facilmente poderiam ser constatadas no plano concreto, é certo que a violação havida não poderia ser explicada em razão da mora, pois não houve retardamento no desempenho da prestação, nem pelo instituto do inadimplemento, pois este se caracteriza pela impossibilidade de cumprir a prestação por fato imputável ao devedor ou pelo desinteresse do credor na mesma. O fato é que o Código Civil pátrio não oferece uma resposta satisfatória para a solução do problema, cabendo à doutrina construir os

⁸² CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento Contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2005, pg. 128.

alicerces da teoria da violação positiva do contrato, categoria que tem ampla sinonímia, dentre elas: cumprimento defeituoso; adimplemento ruim; inexecução contratual positiva e *lesión del deber*. O traço distintivo dessa modalidade de incumprimento não consiste no atraso ou na inexecução definitiva, mas, sim, em deficiências ou defeitos na prestação que é desempenhada, mas não da forma (pelo modo) que foi imposta ao devedor, havendo ofensa a sua qualidade.”

Silva⁸³ esclarece que, no âmbito do Direito do Consumidor, onde as regras sobre o fato do produto ou do serviço também atuam no âmbito da responsabilidade civil, distinguindo-se dos deveres laterais, que incidem especificamente sobre a relação contratual. Ele afirma que:

“A simples previsão legal da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço não tem o condão de, por exemplo, sustentar a resolução contratual, ou de dar ensejo à oposição do contrato não cumprido. Atua ela somente no campo indenizatório, campo que, algumas vezes, sequer é tocado pelos deveres laterais. Tome-se o caso do pintor contratado para pintar as paredes internas de um determinado edifício. Não obstante realizar o serviço para o que foi contratado de forma exemplar, passa constantemente a importunar os moradores, solicitando dinheiro emprestado, olhando de alguma forma ameaçadora as jovens do prédio e sendo grosseiro com as crianças. Afora um eventual dano extracontratual, não se pode corretamente afirmar que haveria, na hipótese, motivo para a responsabilização civil do referido pintor. Sobram, no entanto, motivos para romper-se o contrato por descumprimento por parte do devedor. Da mesma forma, mesmo ante a ocorrência de danos, encontram-se casos em que a distinção se torna nítida. O devedor (eventual fornecedor), ao efetuar o seu serviço cai da escada a ele entregue pelo credor (eventual consumidor) para efetuar o serviço em decorrência de encontrar-se solto, há muito, um dos degraus; um dos contraentes (o antigo proprietário do bem) não entrega à outra parte os documentos vinculados ao objeto da prestação necessários à extinção de conflitos possessórios relativos exatamente a esse objeto, causando-lhe uma série de problemas e contratemplos. Em todos esses casos, há danos que, além de poderem gerar outros efeitos contratuais, serão passíveis de indenização, não por serem tutelados pelas regras do art. 12 e seguintes do CDC, mas sim por concretizarem descumprimento de deveres laterais. Deste modo, resta clara a distinção de aplicação e de concepção existente entre os deveres laterais e os deveres decorrentes dos artigos 12 e seguintes do código consumerista, razão pela qual se pode aceitar a necessidade da utilização (ou da introdução) da figura da *violação positiva do contrato* para os casos de descumprimento de deveres laterais, como já concluindo acima. Mesmo ante as mais recentes normatizações do direito brasileiro, esta terceira via de inadimplemento não perde em significado operativo, mostrando-se, ao contrário, como integrante fator destinado à proteção dos interesses globais das partes.”

Trazendo a violação positiva à responsabilidade do médico, tendo em vista que a responsabilidade desse profissional é via de regra contratual, em tese, para que houvesse

⁸³ SILVA, Clóvis do Couto e. 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. 242/244.

o adimplemento do pacto por parte do médico, bastaria que o contrato fosse cumprido. Se o cirurgião teve seus serviços pleiteados por uma paciente para a retirada de um rim, por exemplo, e se, ao final da operação, o órgão fosse retirado, haveria o cumprimento do contrato.

Contudo, esta visão passou a ter outro enfoque, qual seja o dos deveres laterais ao contrato, como forma de anexação a ele, mesmo que não estivesse previamente estipulado. Passou-se a ter uma visão mais ampla da relação contratual, de forma a dar maiores garantias ao contratado.

Alfredo Chaval⁸⁴ dá o seguinte exemplo de violação positiva do contrato:

“Paciente que demanda por esterilidad luego de una prostatectomia. Paciente com transtornos urinários por hipertrofia de próstata. El urólogo hace su examen, que incluye tacto retal, e informa al paciente que debe hacer un examen cistoscopio y que, de acuerdo con el mismo, realizaría o no una operacion sobre próstata. El paciente acepta la escueta explicación y, luego del examen, el médico propone una resección transuretral que también es aceptada por el paciente. En ningún momento se le explica al paciente sobre la sección de los cordones espermáticos. La defensa del profesional se basó en la edad del paciente, en que es una precaución de “rutina” y que de esa manera se evitaban infecciones de graves consecuencias. La Segunda instancia resolvió que hubo negligencia en la explicación de los alcances de la operacion, y que la operación realizada no había sido consentida por el paciente al ignorar sus consecuencias.”

Contudo, cada caso deve ser analisado individualmente, principalmente com relação ao dever de informação entre médico e paciente. Se o profissional garantiu o resultado, afirmando, por exemplo, que a paciente nunca mais engravidaria, sobrevivendo posteriormente a gestação, verifica-se a obrigação de indenizar, posto que houve por parte do médico negligência na informação de que tal fato poderia vir a ocorrer.

Em ambos os casos se percebe que, em que pese o fato do médico ter obtido êxito na cirurgia, a omissão na informação das consequências do ato operatório e a não autorização do paciente no procedimento escolhido pelo médico, gerou a responsabilização por parte deste. Assim sendo, os deveres anexos ao contrato, primordialmente o de informação, que se verá na sequência mais detalhadamente, foi descumprido.

De outra banda, não há que se falar em responsabilização do profissional médico quando este age em benefício do paciente, de modo a que seu ato venha a trazer

⁸⁴ ACHÁVAL ALFREDO, *Responsabilidad Civil del Médico – Libertad, verdad y amor en una profesion*, 2ª edicion ampliada y actualizada. Artes Gráficas Candil S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 216

efeitos positivos, tais como em casos onde a vida ou a integridade física do paciente estejam em risco. Nesse caso, como se verá a seguir, não há violação ao dever de informação por parte do médico, mas sim uma situação que se configura na constância do ato médico, onde por muitas vezes, o profissional é forçosamente obrigado a tomar uma atitude de imediato, mesmo que tal cause algum prejuízo ao cliente.

Os casos mais comuns ocorrem em situações onde há a necessidade de transfusão de sangue em indivíduos que professam a religião “Testemunhas de Jeová” e que não permitem tal intervenção. Nesse caso, entendendo o médico ser um ato de extrema necessidade, que importe em perigo à vida da pessoa, deverá proceder a transfusão, mesmo sem o consentimento do paciente. Cabe aqui lembrar a brilhante decisão do Desembargador Sérgio Gischkow Pereira⁸⁵:

“Cautelar: Transfusão de Sangue. Testemunhas de Jeová. Não cabe ao poder judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar ou ordenar tratamento médico cirúrgico e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores, se iminente o perigo de vida, é direito e de ver do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, e de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao Hospital demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica, apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O Judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se transfusão de sangue foi tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico- científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art. 146, par 3, inc I do Código Penal). Caso concreto em que não se verifica tal urgência. O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião. É falácia argumentar com os que morrem pela liberdade, pois aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a carta das nações unidas, que precisam se sobrepor as especificidades culturais e religiosos, sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre elas estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida e não exterminá-las.”

Mais recentemente, a jurisprudência modificou o entendimento, entendendo que no caso das Testemunhas de Jeová, em sendo a pessoa lúcida e capaz, poderá se negar ao tratamento que contrarie suas convicções religiosas. Nesse caso, estaria o médico

⁸⁵ Apelação Cível n.º 595000373, 6ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Sérgio Gischow Pereira. Julgado em 28/03/1995

desincumbido de qualquer responsabilidade em relação ao paciente, não podendo ser enquadrado como violação aos deveres anexos ao contrato⁸⁶.

“Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO.”

Igualmente também é lícito ao médico proceder a retirada de órgão doente, além do contratado para a cirurgia, caso seja detectada tal necessidade, sendo impossível prever antecipadamente⁸⁷.

“RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. PACIENTE COM CÂNCER DE MAMA. BIÓPSIA PARA DIAGNOSTICAR MASSA CORPÓREA NA REGIÃO PÉLVICA. CIRURGIA COM RETIRADA DE OVÁRIO LESIONADO. TRATAMENTO CORRETO. TÉCNICA ADEQUADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE INFORMAÇÃO. Caso em que a autora, aos 41 anos de idade, foi diagnosticada com câncer de mama e submetida a uma biópsia para fins de investigar a natureza da massa corpórea presente na sua região pélvica, cirurgia da qual resultou a extração do ovário esquerdo e parte do direito. A técnica médica adotada não foi controvertida. A alegação da consumidora diz tão somente com violação ao direito de informação, porquanto ela não teria sido alertada sobre a possibilidade de retirada dos órgãos, pensando se tratar de cirurgia para ressecção de lesões. O dever de informação é consectário lógico da boa-fé objetiva, obrigando o médico a comunicar o paciente sobre os possíveis efeitos da intervenção cirúrgica. Considerando que os exames de imagem não permitiam identificar a abrangência da lesão abdominal, tendo o médico verificado somente durante a cirurgia quais os tecidos e órgãos afetados, realmente, não poderia ter ele afirmado com certeza, de antemão, que a extração dos ovários seria necessária. Contudo, estando a paciente internada no hospital com doença grave, não é crível que não estivesse ciente das possíveis consequências do câncer, o que inclui o comprometimento de órgãos do sistema reprodutivo. Ademais, foi assinado termo de consentimento informado, documento que serve para

⁸⁶ Agravo de Instrumento Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010

⁸⁷ Apelação Cível Nº 70066069758, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 26/11/2015”

corroborar a tese de que o dever de informação foi cumprido. APELAÇÃO DESPROVIDA.

Responsabilidade Civil. Danos Morais e Materiais – Descabimento – Mulher que ao submeter-se a operação para retirada do ovário, teve extirpado também seu útero – Órgãos que, segundo a constatação da perícia estavam doentes – Procedimento da médica considerado correto em vista de ter a paciente se submetido a três cesáreas anteriores – Dano não comprovado – inexistência de nexo causal – Afastada culpa concorrente do convênio médico e do hospital onde realizada cirurgia – Recurso Desprovido(TJSP – AC 40.483-4 – São Paulo – 1ª C.D.Priv. – Rel. Juiz Des. Guimarães e Souza – J. 20.04.1999 – v.u)

Nos dois exemplos acima, o bem maior a ser protegido pelo médico foi a vida do paciente em detrimento do direito à informação supostamente violado. É de se lembrar que a conduta do profissional em ambos os casos não foi questionada e a atitude do profissional não poderia ter sido diferente, dado que o paciente estava sedado. É o exemplo dado por Garcez Neto⁸⁸, “a intervenção médica, correta tecnicamente, quando necessária no momento em que ocorreu e o paciente não estava em condições de manifestar o seu consentimento”

Silva⁸⁹ faz a classificação dos deveres laterais em três grupos, de modo a facilitar o entendimento: os deveres de proteção, os de lealdade e cooperação e os de esclarecimento e informação.

Os deveres de proteção são mais visíveis nos casos de responsabilidade pré-contratual, “quando não há possibilidade de se apresentarem de alguma forma ofuscados pelos deveres de prestação⁹⁰”. O exemplo dado é o da senhora que sofreu uma queda em um supermercado decorrente da negligência do funcionário que não providenciou a limpeza do arroz que se encontrava jogado no chão⁹¹.

Outro exemplo que também nos traz Silva⁹² é o que segue:

“Indenização – Danos causados a menor mordido por animal durante estada em hotel de veraneio – Responsabilidade do estabelecimento pela prestação dos seus serviços – Verba devida: Se o hotel mantinha os animais sem as cutelas normais de proteção dos hóspedes, especialmente as crianças, responde por sua negligência, pelos acidentes que eventualmente aconteçam. Desprovisamento do apelo” – AC 1.571/93, j. em 15.4.94 pela 8ª CC do TJRJ, publicado no RT 713/205.

⁸⁸ GARCEZ NETO, Martinho. Responsabilidade civil no direito comparado. apud CARVALHO, 2005, p. 85.

⁸⁹ SILVA, JORGE CESA FERREIRA DA. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.107

⁹⁰ SILVA, JORGE CESA FERREIRA DA Op.cit. pg. 109

⁹¹ AC 130.790-1, j. em 20.11.90 pela 1ª CC do TJSP, Rel Des. Euclides de Oliveira, publicado na RT 668/81.

⁹² SILVA, JORGE CESA FERREIRA DA Op.cit. pg. 110

Os dois exemplos narrados anteriormente nos dão uma visão da abrangência dos deveres anexos, no sentido de garantir o contratado, protegê-lo, ainda que tais não estejam vinculados diretamente ao contrato estabelecido entre as partes.

Os deveres de lealdade “são aqueles que adstringem as partes a não praticar atos, comissivos ou omissivos, anteriormente à conclusão do contrato, durante a vigência dele ou até após a sua extinção, que venham a frustrar as expectativas corporificadas no contrato ou nele legitimamente sustentadas⁹³”. São os deveres de não- concorrência, não- celebração de contratos incompatíveis com o primeiro, de sigilo, entre outros.

Para que se possa entender mais claramente a questão, basta imaginarmos a venda de um ponto de uma loja de calçados, onde o vendedor durante vários anos, fez sua clientela. Meses depois, ele próprio abre uma outra loja, ao lado de sua antiga, um estabelecimento que vende roupas e calçados, vindo a frustrar, então, as expectativas contratuais do adquirente da loja.

Os deveres de cooperação são aqueles em que ambas as partes têm o dever de auxiliar a realização das atividades prévias necessárias à consecução dos fins do contrato, afastando todas as dificuldades para seu adimplemento, desde que esteja ao alcance das partes.

O dever de cooperação também deve ser obedecido pelo consumidor, sempre entendendo que sua vulnerabilidade e hipossuficiência são a regra da proteção ao consumidor. Contudo, sua responsabilidade não é objetiva. Significa dizer que mesmo vulnerável, possui responsabilidade no atingimento final do objetivo pelo qual pretende alcançar. O Tribunal Gaúcho já analisou casos envolvendo o dever de cooperação dos consumidores:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. BOA-FÉ OBJETIVA. LEALDADE. DEVERES ANEXOS DE COOPERAÇÃO / COLABORAÇÃO E DE PROTEÇÃO E CUIDADO COM OS INTERESSES DA PARTE ADVERSA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Aplica-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor. Não se pode olvidar, contudo, que tal Diploma prevê não apenas "direitos" aos consumidores, mas também "deveres, dentre os quais estão os de boa-fé objetiva e seus anexos de "colaboração/cooperação" e "proteção e cuidado com os interesses da parte adversa". No caso dos autos, os autores violaram os deveres anexos da boa-fé ao adquirir, em sítio de compras coletivas [burlando o sistema de limitação imposto na oferta - máximo de dois cupons por pessoa], cupons para jantares no estabelecimento réu, pretendendo utilizá-los em uma única oportunidade (em seu jantar de casamento), em detrimento dos serviços

⁹³ SILVA, JORGE CESA FERREIRA DA. Op.cit. pg 112

previamente orçados com a ré para esse fim. Tal comportamento - de tentar levar vantagem indevida a qualquer custo - não encontra respaldo no ordenamento pátrio. E não há hermenêutica que possa transformar a má-fé dos autores/consumidores em boa-fé! Por outro lado, se não fazem jus os autores à compensação pelos danos morais, a eles deve ser restituído o valor dos cupons não utilizados, uma vez que o jantar foi cancelado com antecedência de oito dias, com expressa ciência do requerido, que pode, portanto, destinar as vagas para outros clientes interessados com razoável antecedência. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70069472462, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 24/08/2016).

No caso específico, o dever de boa-fé, aliado ao dever anexo de cooperação foi levado em consideração e utilizado também como um dever de todos envolvidos na relação contratual consumerista. Aplicou-se tais princípios ao consumidor, sempre respeitando sua condição precípua de vulnerabilidade, sem, contudo, retirar direitos do fornecedor ou majorar as garantias conferidas pelo CDC ao consumidor.

Na relação contratual com o médico, o profissional deve aplicar a melhor técnica para o caso concreto; por sua vez, o paciente/consumidor tem o direito de ser informado das consequências do procedimento, que se verá a seguir, bem como tem a obrigação de seguir as condutas prescritas pelo profissional, sob pena de agir com culpa e ser responsabilizado pelo insucesso do tratamento proposto.

A sua condição de vulnerável não é um escudo protetor que lhe protege de tudo e de todos. A regra da responsabilidade civil do profissional liberal é a de meio, excepcionalmente será de resultado. Contudo, em provando o médico que agiu dentro da técnica apurada para o caso e comprovando ter informado o paciente dos riscos advindos do procedimento, sua responsabilidade por um eventual dano ao paciente é afastada. Isso se justifica pelo fato de não ter como o profissional provar que o paciente seguiu sua conduta, mas sim demonstrar, como já dito, que adotou a melhor técnica.

Desta forma, a culpa exclusiva do consumidor, tal qual insculpido no parágrafo terceiro do artigo 14 do CDC é uma das excludentes de culpabilidade do fornecedor de serviços. O julgado abaixo expressa exatamente essa questão:

CIVIL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. I - PRELIMINARES: ILEGITIMIDADE PASSIVA. FALTA DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. INVALIDADE DO INSTRUMENTO DO MANDATO. CÓPIA DESPROVIDA DE AUTENTICAÇÃO. REJEIÇÃO. II - MÉRITO: ASSALTO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. CASO FORTUITO. FATO DE TERCEIRO. AUSÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DA RÉ E OS DANOS EXPERIMENTADOS PELA AUTORA. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO. 1. A empresa

ARGOS DOURADOS COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA detém atribuição contratual de controlar os restaurantes McDONALD's, bem como é fornecedora dos produtos, processos e marca utilizados pela loja Hadco Comércio de Alimentos Ltda. Desse modo é a pessoa jurídica legítima para demandar na hipótese dos autos. Ademais os consumidores contratam e adquirem produtos e serviços em função da marca, cuja tradição é reconhecida e divulgada como tal. Assim rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela apelante. 2. A irregularidade da representação processual pode ser sanada com a determinação de suspensão do feito e estabelecimento de prazo para que o autor possa corrigir o defeito, consoante disposto no artigo 13, caput, inciso I, do CPC. Preliminar rejeitada. 3. É desnecessária a juntada de procuração original ou autenticada nos autos, para comprovar a representação processual, porquanto a cópia acostada pela parte tem presunção relativa de veracidade e legitimidade, cabendo à parte contrária impugná-la, por meio de arguição de falsidade, se for o caso. Preliminar rejeitada. 4. Não resta caracterizada a responsabilidade objetiva da ré, na hipótese de assalto praticado por terceiro nas dependências do estabelecimento comercial, porquanto é causa estranha ao risco inerente de sua atividade comercial, assim, assinala-se a excludente de responsabilidade de indenizar na hipótese. 5. A ocorrência de roubo a clientes no espaço de drive thru da Empresa McDonald's, porquanto se trata de um estabelecimento o qual atua no ramo alimentício, sendo, notória, que sua prestação é exclusiva dos serviços fast food, com opção de atendimento pelo drive thru, local necessariamente aberto ao público, o roubo, embora previsível, é inevitável, caracterizando, nessa hipótese, fato de terceiro apto a romper o nexo de causalidade entre o dano e o serviço prestado. 6. Nos termos do art. 14, § 3º, do CDC, o fornecedor não será responsabilizado quando restar comprovada a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, o que descaracteriza a responsabilidade civil da ré. No caso em análise, não se vislumbra responsabilidade por parte da empresa apelante, visto que o infortúnio vivenciado pela autora se deu por um caso fortuito, ocorrido por culpa exclusiva de terceiro. 7. Na relação de consumo o fornecedor responde objetivamente pelos danos, quer moral, quer material, causados ao consumidor, desde que inerentes ao risco do negócio ou da atividade. Assim, para que seja devida a condenação do fornecedor é necessário a demonstração do ato ilícito, o dano e nexo de causalidade, nos termos do art. 14 do CDC. 8. O dano moral se relaciona diretamente com os prejuízos ocasionados a direitos da personalidade, como, por exemplo, à honra, à imagem, à integridade psicológica e física, à liberdade etc. Daí porque a violação de quaisquer dessas prerrogativas, afetas diretamente à dignidade do indivíduo, constitui motivação suficiente para fundamentar uma ação compensatória por danos morais. Releva notar, todavia, que o mero dissabor, aborrecimento ou irritação, por fazer parte do dia a dia da população, não é capaz de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo, para fins de configuração do dano moral. 9. Não caracterizada a má-prestação do serviço e não existindo nexo de causalidade entre a conduta da ré e os danos experimentados pela autora, não há o que se falar em ocorrência de dano moral. 10. O dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, sendo definido como uma ofensa a um bem ou atributo da personalidade, em suma, uma agressão à dignidade de alguém (nome, honra, imagem, etc.). Sem que essa mácula exacerbada à naturalidade dos fatos da vida tenha ocorrido, não há falar em dano moral compensável, por mais aborrecida e triste que determinada pessoa alegue estar. 11. Recurso conhecido. Preliminares rejeitadas, e, no mérito, provido para reformar a sentença e afastar a condenação à reparação por danos morais. (Acórdão n. 770266, Relator Des. ALFEU MACHADO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/3/2014, Publicado no DJe: 26/3/2014).

Os deveres de informação e esclarecimento são os que obrigam as partes a se informarem mutuamente de todos os aspectos relativos ao seu vínculo. São deveres que

objetivam permitir que as partes tenham, dentro do possível, “a exata dimensão das condicionalidades específicas da relação, podendo com isso melhor projetar seus próprios futuros⁹⁴”.

No que concerne ao dever de informação, especificamente em casos envolvendo a relação médico paciente, verifica-se que o direito do paciente à luz do Código de Defesa do Consumidor é um direito objetivo. Significa dizer que em muitos casos, em que pese a conduta correta do médico, tendo adotado a melhor técnica para o caso específico, ainda sim a justiça tem condenado os profissionais ao pagamento de indenizações por danos morais. Isso significa que a condição de hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor faz com que a lei protetiva penalize o agente pela omissão na ausência de esclarecimentos acerca das consequências advindas do ato por ele praticado. É o que se verifica em recente decisão da Corte Gaúcha, como se vê:

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CIRURGIAS PLÁSTICAS DE LIPOASPIRAÇÃO, ABDOMINOPLASTIA, MASTOPEXIA COM PRÓTESE E LIPECTOMIA DE ABDÔMEN. CICATRIZES PERIAREOLARES ALARGADAS. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA DOS RÉUS PELA FALHA NO DEVER DE PRESTAR CORRETA INFORMAÇÃO. DANOS MATERIAIS MANTIDOS. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. 1. Responsabilidade Civil dos médicos e hospitais. Os médicos enquanto pessoas físicas prestadoras de serviços assumem obrigação de meio, com raras exceções como, por exemplo, a das intervenções estéticas embelezadoras e serviços radiológicos. Tanto a legislação substantiva civil e o CDC, em seu § 4º do art. 14, estabelecem que a responsabilidade do médico é subjetiva, pressupondo-se, portanto, a comprovação de culpa para o resultado danoso em uma de suas formas: negligência, imprudência ou imperícia. As instituições hospitalares, quando demandadas em virtude de seus serviços, assumem responsabilidade objetiva por força do art. 14 do CDC, motivo pelo qual basta a comprovação de nexo de causalidade entre a conduta e o dano, de modo que só afastada em havendo demonstração da ocorrência de alguma excludente legal (art. 14, § 3º, do CDC). Necessário, no entanto, para que sejam responsabilizadas por alegado erro de diagnóstico, cirurgia e condução de um determinado tratamento, que reste demonstrada a conduta desidiosa, negligente ou imperita do profissional que atendeu o paciente. 2. Erro médico. Cotejo probatório que não permite responsabilizar o médico pela situação atual da autora, uma vez que demonstrado que os procedimentos adotados foram corretos e o resultado satisfatório dentro do quadro: flacidez pretérita da autora em decorrência de suas gravidezes. Além disso, as cicatrizes alargadas na região periareolar eram esperadas em razão do tipo de incisão eleito para a realização da mastopexia. 3. Falha no dever de informar. Contudo, possível a responsabilização dos réus em virtude da falha no dever de prestar correta informação à paciente com relação aos riscos e possíveis consequências dos procedimentos a que pretendia se submeter. Caso em que

⁹⁴SILVA, JORGE CESA FERREIRA DA. Op.cit. pg. 114

evidenciado que a paciente não foi alertada das cicatrizes que apresentaria, notoriamente da grande possibilidade de que elas ficassem alargadas em razão da tensão da pele, vindo a necessitar de procedimento reparatório no futuro, ou mesmo de que teria outras opções de incisão cirúrgica. Violação do dever de informação que permite a condenação solidária dos réus nos moldes do parágrafo único do art. 7º do CDC. 4. Danos materiais. Mantida a sentença com relação à condenação, apenas com a ressalva de que ela é solidária. 5. Danos morais. 5.1. Danos morais que visam a indenizar a angústia e o sofrimento que acometeram a autora, que acabou por ter de conviver diariamente com a frustração do mau resultado da cirurgia em suas mamas, além da apreensão de saber que terá de se submeter a novo procedimento cirúrgico. 5.2. Indenização fixada em R\$ 5.000,00, ponderando a capacidade econômica das partes, a extensão dos danos e as suas condutas com relação ao evento. APELAÇÃO DOS RÉUS DESPROVIDA E PARCIALMENTE PROVIDA A DA AUTORA. (Apelação Cível Nº 70075880633, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 28/02/2018).

No julgado acima, o entendimento foi no sentido de que a ausência na prestação da informação acabou por responsabilizar o médico, mesmo tendo o procedimento eleito sido cumprido de acordo com o contratado. A omissão do profissional em informar o paciente dos riscos e consequências do procedimento acabaram por gerar danos de ordem moral, já que o dever de informação exaustiva é um direito do consumidor, de acordo com o inciso III⁹⁵ do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

3.1 DA HIPEVULNERABILIDADE E VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR PACIENTE

A vulnerabilidade do consumidor está positivada no inciso I do artigo 4º do CDC⁹⁶ e artigo 39 do mesmo diploma legal⁹⁷.

⁹⁵ 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;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)

⁹⁶ 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: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

⁹⁷ **Art. 39.** É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

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;

O avanço nas áreas da Bioética, do Biodireito e do Direito Médico, bem como o da Saúde trouxe uma nova perspectiva sobre o reconhecimento da vulnerabilidade humana e sua proteção contra danos.

O conceito de vulnerabilidade espalhou-se por todo o Direito brasileiro, sendo cada vez mais falado e utilizado nos diversos ramos do direito (Direito Privado, Processual, Penal e outros). É um enfoque humanitário e constitucional do direito. Falar em vulnerabilidade na atualidade é compreender que há grupos heterogêneos, cuja fraqueza e propensão a danos decorre de motivos diferenciados.

O termo “vulnerar” vem do latim *vulnerare* (ferir, ofender e melindrar). Na senda jurídica, o vulnerável é o indivíduo que por alguma razão está mais sujeito a danos, sendo merecedor de especial tutela por esse motivo.

Segundo Claudia Lima Marques⁹⁸, vulnerabilidade significa “uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção”

Para Ada Pellegrini Grinover⁹⁹:

“A vulnerabilidade é multifária, decorrendo ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre qualidade, preços, crédito e outras características dos produtos e serviços. Não bastasse tal, o consumidor ainda é cercado por uma publicidade crescente, não estando, ademais, tão organizado quanto os fornecedores.”

A vulnerabilidade é regra nas relações consumeristas, tanto no Brasil quanto na maioria dos países civilizados, posto que em consonância com a Resolução da ONU 39/248 de 1985, materializada em seu artigo 1º, que positivou o princípio da vulnerabilidade no plano internacional.

“Já a hipervulnerabilidade é um estágio mais agravado da vulnerabilidade. Comumente, o grupo de consumidores hipervulneráveis é composto por idosos, crianças, pessoas portadoras de necessidades especiais, deficientes mentais, analfabetos e semi-analfabetos, enfermos, pessoas sensíveis

⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pg.87.

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 7.

ao consumo de certos produtos, enfim, quaisquer pessoas que se revelem mais fracas em razão de sua especial condição física ou psíquica.”

A expressão hipervulnerabilidade do consumidor foi trazida pelo Ministro Herman Benjamin, no Recurso Especial 586316/MG em 2007¹⁰⁰. Transcreve-se aqui alguns trechos do voto do Ministro:

“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.

O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas.

O que se espera dos agentes econômicos é que, da mesma maneira que produzem sandálias e roupas de tamanhos diferentes, produtos eletrodomésticos das mais variadas cores e formas, serviços multifacetários, tudo em atenção à diversidade das necessidades e gosto dos consumidores, também atentem para as peculiaridades de saúde e segurança desses mesmos consumidores, como manifestação concreta da função social da propriedade e da ordem econômica ou, se quiserem, uma expressão mais em voga, de responsabilidade social.”

Para Marques e Miragem¹⁰¹ a hipervulnerabilidade:

¹⁰⁰ <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4092403/recurso-especial-resp-586316>

¹⁰¹ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, pg.188/189

“[...]seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim, o caso da comida para bebês ou da publicidade para crianças) ou idade alentada (assim, os cuidados especiais com os idosos, tanto no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso e da publicidade de crédito para idosos) ou sua situação de doente (assim caso do glúten e sobre informações na bula de remédios)”.

A conclusão que chegam é que “...a hipervulnerabilidade é o grau excepcional (e ‘juridicamente relevante’) da vulnerabilidade geral dos consumidores¹⁰²”.

No que tange aos hipervulneráveis a doutrina tem duas posições: a) são hipervulneráveis apenas as pessoas que foram expressamente reconhecidas pela Constituição Federal de 1988, como necessitadas de tutela jurídica especial (idosos, crianças, adolescentes e portadores de necessidades especiais) e; b) são hipervulneráveis, além dos grupos elencados na alínea “a”, outros grupos de consumidores cuja situação existencial identifique-se com determinados fatores, ainda que transitórios, capazes de agravar sua vulnerabilidade na sociedade de consumo contemporânea (fatores já reconhecidos pelo próprio CDC, em seu artigo 39, inciso IV – “saúde, conhecimento e condição social”). Neste sentido, são hipervulneráveis as pessoas doentes, as pessoas desempregadas e/ou superendividadas, as pessoas analfabetas etc.

Segundo Cristiano Heineck Schmitt¹⁰³, “A hipervulnerabilidade pode ser definida como uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, em razão de características pessoais aparentes ou conhecidas pelo fornecedor.”

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o estado de hipervulnerabilidade de indivíduos e grupos referentemente à saúde humana. É o que se verifica no Recurso Especial 931.513/RS¹⁰⁴, onde aponta que: [...] a categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental [...]”.

¹⁰² MARQUES, Cláudia Lima e Miragem, Bruno, op.cit. Pg 193.

¹⁰³ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 233.

¹⁰⁴ Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª REGIÃO), Rel., p/ acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. em 25.11.2009, DJe 27.09.2010.

A partir das conclusões dos julgados acima, nota-se convergência jurisprudencial de reconhecimento da hipervulnerabilidade quando ameaçado o direito à saúde- intrinsecamente relacionados aos pacientes em seu característico quadro de fragilização sanitária. No que tange ao paciente, o conceito de vulnerabilidade enquadra-se perfeitamente, vez que esse indivíduo, saudável ou enfermo, encontra-se em situação de sujeição aos males ou de agravamento deles.

A vulnerabilidade dos pacientes pode se apresentar como ordinária, para pacientes saudáveis na submissão a exames de rotina, e como extraordinária (agravada ou hipervulnerabilidade) – quando na condição de enfermo. No contexto sanitário, pode-se ainda falar sobre o paciente de hipervulnerabilidade permanente, ou mesmo hipervulnerabilidade transitória, a partir da permanência de seu estado de suscetibilidade a danos.

Na relação médico-paciente, o paciente enfermo ou com suspeita de doença é geralmente afetado em seu poder decisório, sendo inevitável que sua natural condição de vulnerabilidade humana se agrave.

Os Tribunais Pátrios vêm entendendo pela vulnerabilidade do paciente, como se vê:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. UNIMED. TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. NEGATIVA DE COBERTURA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROTETIVOS E DO CDC. DIREITO À VIDA. INDICAÇÃO MÉDICA DO MEDICAMENTO TAXANO OU TAXOL. ALEGAÇÃO DE TRATAMENTO EXPERIMENTAL. ÔNUS PROBATÓRIO. ART. 373, II, DO CPC. A posição de extrema vulnerabilidade da autora exige a aplicação dos princípios constitucionais e da legislação infraconstitucional no sentido de proteger seu bem maior: a vida. Caso em que a paciente estava acometida de câncer de mama de alto risco, com cobertura contratual para o tratamento, e com indicação médica de uso de medicamento específico, negado pelo plano de saúde. O medicamento em discussão, TAXANO, TAXOL ou PACLITAXEL tem diversas indicações para utilização em câncer de mama na ANVISA, a saber: como tratamento de primeira linha, de segunda linha e de adjuvante. Portanto, a afirmação, sem comprovação, de que se trata de tratamento experimental ou "off-label" pode ser considerado uma conclusão, um raciocínio lógico-matemático, mas não uma prova da alegação que atenda o disposto no art. 373, II, do CPC. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70064512270, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alex Gonzalez Custodio, Julgado em 29/09/2016)

No caso acima, o plano de saúde negou a aplicação de um medicamento específico para a enfermidade da autora. Esta, por estar acometida de moléstia grave,

havendo a indicação para que o medicamento fosse ministrado. A justiça entendeu pela vulnerabilidade do paciente por conta da doença apresentada, entendendo pela procedência da ação.

Conclui-se, portanto, que tanto a vulnerabilidade quanto a hipervulnerabilidade do consumidor, são situações que o colocam numa situação de plena desvantagem em relação ao fornecedor. Tais situações podem ser agravadas em função da condição social e econômica do consumidor e já estavam contempladas no Código de Defesa do Consumidor, mormente nos artigos 4º e 39, onde mencionam expressamente a condição de vulnerabilidade do consumidor e da proteção aos consumidores em relação ao fornecedor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou trazer à tona algumas questões que envolvem a temática da responsabilidade civil do médico, por seus atos praticados em pacientes, à luz do Código de Defesa do Consumidor.

No tocante à forma dos contratos, restou pacífico que a regra é que tais são de natureza contratual, sendo sua exceção a extra contratualidade.

O tema relativo a classificação superada de Demogue, quanto à obrigação do médico como sendo de meio ou de resultado.

Sendo o profissional da medicina um ser humano, dotado de limitações inerentes a sua condição, o entendimento é de que sua obrigação é de meio, ou seja, o profissional da medicina deve atuar com todo o zelo e técnica apurada, no sentido de tentar buscar a cura do enfermo. Contudo, não está obrigado a vincular-se ao resultado, mas sim procurar, de acordo com o conhecimento científico disponível, tentar solucioná-lo.

Na obrigação de resultado, o médico obriga-se a um determinado fim, ficando responsável pelo seu insucesso.

A vinculação ao resultado pretendido restringe-se quando o assunto versa sobre cirurgia estética. Tanto na jurisprudência quanto na doutrina, há o entendimento de que o profissional da medicina, ao prometer determinado resultado, está atrelado a ele, devendo ser responsabilizado pelo seu eventual insucesso. A exceção seria no que concerne a cirurgia reparadora estética, situação em que o profissional se enquadraria na obrigação de meio.

Contudo, já surgem entendimentos no sentido de desvincular a obrigação do médico em cirurgia embelezadora como sendo de resultado, devido ao risco inerente a qualquer cirurgia. O exemplo mais conhecido e popular são os queloides, cicatrizes que decorrem da cirurgia e não são detectáveis pelo médico antes do procedimento, sendo impossível saber se tal problema decorrerá ou não.

A questão da violação positiva do contrato e a responsabilidade médica, procura abranger os direitos do consumidor, não limitando apenas sua relação com o contrato. São os chamados deveres anexos, onde, numa relação negocial, estão presentes tais obrigações, como os deveres de informação, de proteção e aconselhamento, entre outros.

Na questão envolvendo médico e paciente, tais deveres são importantes, uma vez que o médico tem a incumbência de informar ao paciente todos os riscos do tratamento ou da cirurgia, bem como de solicitar o consentimento do paciente para a realização de qualquer procedimento, sob pena de responder por tal ato, mesmo que sua atitude não traga prejuízo ao enfermo.

No que se refere a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações havidas entre médicos e pacientes, como regra geral, procede o alcance da referida lei.

Contudo, em sendo a responsabilidade dos médicos meramente subjetiva, se faz necessário a análise da culpa, conforme disposto no § 4º do artigo 14. A própria lei protetiva afasta o caráter da objetividade, quando se trata de fornecedores, condicionando a indenização à verificação da culpa.

Tal assertiva não pode ser aplicada nos casos envolvendo erro médico decorrente de cirurgia estética. Esse é o entendimento atualmente vigorante nos Tribunais Nacionais. A justificativa é que por se tratar de obrigação do tipo resultado, não se analisaria a questão da culpa, sendo sempre necessária a indenização da vítima. Porém, já se ouvem vozes contrárias a esse entendimento, no sentido de igualar a responsabilidade do médico como sendo sempre de meio.

No que tange à vulnerabilidade e hipervulnerabilidade, tais temas já eram abordados pelo Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 4º e 39, não com a nomenclatura atual, mas no cerne, trazendo a proteção a este tipo de consumidor fragilizado por condições, sociais, econômicas, etárias, que necessitam de uma tutela jurídica específica.

Sobre o consumidor paciente, tanto a vulnerabilidade quanto a hipervulnerabilidade se aplicam, posto que o enfermo está em condição de desvantagem técnica em relação ao fornecedor, bem como agravado por conta de sua doença.

Conclui-se que tanto o consumidor paciente quanto o fornecedor médico estão inseridos numa cadeia de consumo; um depende do outro, mas cada ator possui um papel específico nesse cenário do mundo moderno consumista.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, [s.l.], v. 718, n. 718, p.33-53, ago. 1995.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista Jurídica Síntese**, [s.l.], v. 231, p.125-125, jun. 1997.

ALCHÁVAL, Alfredo. **Responsabilidad Civil del Médico: Libertad, verdad y amor en una profesion.** 2. ed. Bueno Aires: Artes Gráficas Candil S.r.l, 1992. 260 p.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Os contratos de Prestação de Serviço Médico no Direito Civil Português. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 16, n. 0, p.14-14, out. 1995.

ANDORNO, Luis O.. La responsabilidad civil médica. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p.224-235, nov. 1993.

AVELAR, Juarez Moraes. **Cirurgia Plástica: Obrigação de meio.** São Paulo: Hipócrates, 2000.

BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BORDA, Guillermo. **Tratado de Derecho Civil: Contratos.** 2. ed. Buenos Aires: Perrot, 1969.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 58631. Ministro Herman Benjamin. **Jurisprudência.** Brasília,

BUERES, Antonio J. **Responsabilidad Civil de los Médicos.** Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1981.

CATALAN, Marcos Jorge. **A Morte da Culpa na Responsabilidade Contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento Contratual**: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. [s.l.]: Atlas, 2015.

CHAVES, Antonio. Responsabilidade Civil das Clínicas, Hospitais e Médicos. **Revista Jurídica**, [s.l.], n. 159, p.133-135, jan. 1991. Trimestral.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Constituição (1988). Resolução Cfm nº 1246, de 1988. É vedado ao médico: Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência. Rio de Janeiro, RJ, 1988.

DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. Tribunal de Justiça do Rs. Agravo de Instrumento nº 70032799041. Cláudio Baldino Maciel. **Agravo de Instrumento**. Porto Alegre.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 2 v.

FORSTER, José Nestor. Cirurgia Plástica Estética: Obrigação de Resultado ou Obrigação de Meios? **Revista dos Tribunais**, [s.l.], n. 738, p.88-88, abr. 1988.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 5. ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk-Prociencx, 1992.

FRANÇA, Genival Veloso de. Cirurgia plástica: obrigação de meio ou de resultado? **Arquivos do Crm-pr**, [s.l.], v. 18, n. 72, p.213-213, out./dez. 2001. Trimestral.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 2. ed. [s.l.]: Fundo Editorial Byk-Prociencx, 1986.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 6. ed. [s.l.]: Fundo Editorial Byk- Prociencx, 1994.

GARCIA, Basileu. **Instituições do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1952.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica: As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade Civil do Médico**. [s.l.]: Revista dos Tribunais, 1994.

GODOY, Roberto. A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 777, p.87-116, jul. 200.

GOLDENBERG, Mirian. Gênero e corpo na cultura brasileira. **Psicologia Clínica**, [s.l.], v. 17, n. 2, p.65-80, 2005. FapUNIFESP (SciELO).

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JUSBRASIL. **Você sabe o que é violação positiva do contrato?** Disponível em: <<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/295860847/voce-sabe-o-que-e-violacao-positiva-do-contrato>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

KFOURI, Miguel Neto. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI, Miguel Neto. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Agostino J. de Souza. **Tratado de Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro, 1924.

MAGRINI, Rosana Jane. Médico – Cirurgia Plástica Reparadora e Estética: Obrigação de Meio ou de Resultado para o Cirurgião. **Revista de Jurisprudência**, [s.l.], n. 280, p.73-73, fev. 2001.

MARQUES, Claudia de Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 64, n. 34, p.55-55, jul. 1995.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 16, n. 63, p.60-60, jul./set. 2007. Trimestral.

NICOLAS, Guy. **La responsabilité Médicale**. Paris: Flammarion, 1996. 126 p.

PANASCO, Wanderley Lacerda. **A Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PIO, Avecone. **La responsabilit  penale del medico**. Padova: Vallardi, 1981.

ROMANELLO NETO, Jer nimo. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

SANTOS, J M Carvalho de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Ferreira Bastos, 16972.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A prote o do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Clóvis do Couto e. 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. 242-244.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa-fé e a viola o positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. **Pesquisas - SBCP**. Disponível em: <<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/pesquisas/>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STOCO, Rui. Iatrogenia e responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 784, p.105-110, fev. 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Aspectos Processuais da Ação de Responsabilidade por Erro Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 760, p.42-42, fev. 1999.

THOMAZ JUNIOR, Dimas Borelli. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 741, p.88-89, jul. 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.