



André Fonseca Guerra

# Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico Estético:

Análise das obrigações de meios e resultado e suas alternativas no Direito comparado

Dissertação de Mestrado em Ciências  
Jurídico-Civilísticas

Setembro/2013



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



# Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico Estético:

Análise das obrigações de meios e resultado e suas alternativas no Direito  
comparado

Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas  
com menção em Direito Civil;

Orientador Responsável: Prof. André Gonçalo Dias  
Pereira

ANDRÉ FONSECA GUERRA

## **AGRADECIMENTOS**

A Universidade de Coimbra e, especialmente, a Faculdade de Direito por despertar em mim o interesse pela pesquisa e pela área do Direito da Medicina, transformando a dissertação em momento único de aprendizado e crescimento profissional. Ao orientador André Gonçalo Dias Pereira, pela disposição, pelas diretrizes, compreensão, conhecimento e acompanhamento sem os quais este trabalho de pesquisa não seria possível. A jurista Hildegard Giostri, por ter dedicado seu precioso tempo debatendo tópicos complexos comigo no início da minha caminhada.

Por fim, agradeço aos meus pais, Fausto e Mariza pelo auxílio nas correções e pelo suporte e carinho indispensáveis para uma vida acadêmica saudável e de êxito. E a todos aqueles que, direta ou indiretamente, participaram do meu percurso acadêmico.

*O que fizemos apenas por nós mesmos morre conosco, o que fizemos pelos  
outros e pelo mundo permanece e é imortal.*

Albert Pike

## **RESUMO**

Essa dissertação realizou um estudo sobre a responsabilidade civil dos médicos nas cirurgias plásticas estéticas no Direito português e estrangeiro. Seu objetivo foi estudar a obrigação de meio e resultado do profissional médico bem como se é possível utilizar outros institutos para dirimir conflitos jurídicos. Para tal finalidade, foi realizada uma exposição sobre a responsabilidade específica do profissional nessa situação, caracterizando o contrato médico e a diferenciação entre cirurgias reparatórias e estéticas. Uma vez preparado o terreno, foram expostas as teorias sobre as obrigações de meio, resultado além de possíveis alternativas. Concluiu-se que as obrigações de meios e resultado não são eficientes para solucionar problemas relativos ao Direito da Medicina, todavia já existem mecanismos capazes alcançar tal objetivo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Cirurgia reparadora e estética. Obrigação de meios e resultado. Alternativas. Direito Comparado.

## **ABSTRACT**

This thesis conducted a study on the civil responsibility of doctors in cosmetic plastic surgeries. His goal was to identify whether the doctor's obligation would be mode or result. To this end, we held an explanation on the responsibilities of the professional in this situation, characterizing the physician contract and differentiation of responsibilities between reparation and aesthetic surgery. Once prepared the ground, were exposed the theories about the obligations of mode and results. It was concluded that the Demogue's division does not suit efficiently in portuguese's Law, although we could use other mechanism for solve juridical problems germinated by the Medical Law.

Keywords: Civil Responsibility. Reconstructive and aesthetic surgery. Obligation of care and outcome. Mixed Obligation.

## **RESUMEN**

En esta tesis se llevó a cabo un estudio sobre la responsabilidad civil de los médicos en cirugías plásticas cosméticas. Su objetivo fue estudiar la obligación del médico. Para eso, llevamos a cabo una exposición sobre las responsabilidades de los profesionales en esta situación, conceptualizando el contrato médico y la diferenciación entre cirugías de reparación y estética. Una vez preparado el terreno fueron expuestas las teorías acerca de las obligaciones de medio, así como algunas alternativas posibles. Se concluyó que la división de Demogue no es adecuada para el Derecho portugués, aún existan institutos capaces de solucionar los problemas jurídicos del Derecho de Medicina.

Palabras clave: Responsabilidad Civil. Cirugía reconstructiva y estética. Deber de diligencia y de resultados.

## **1. Introdução**

Atualmente, percebemos a banalização do uso de intervenções cirúrgicas com intuito meramente estético. Descontentes com o seu biótipo, os indivíduos, muitas vezes não escolhem um bom profissional de medicina, dando maior relevância ao custo do procedimento em detrimento da qualidade do mesmo, o que acaba maximizando os riscos da cirurgia.

A partir desse cenário, passaremos a analisar a responsabilidade médica nas cirurgias de cunho meramente estético e as implicações de não se atingir os fins desejados pela contratação do serviço.

Mas antes de nos aprofundarmos juridicamente no tema, é interessante sabermos alguns dados estatísticos sobre a cirurgia.

De acordo com a Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (Isaps) o Brasil é o segundo país onde mais ocorrem cirurgias plásticas, estando atrás somente para EUA. Portugal<sup>1</sup> ocupa a 25.<sup>a</sup> posição. No Irã, 200.000 mulheres a cada ano se submetem a intervenções no nariz, enquanto no Brasil as cirurgias para aumento dos glúteos aumentaram 340% nos últimos três anos<sup>2</sup>.

Um estudo encomendado pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica revela importantes particularidades dos pacientes brasileiros. As informações foram coletadas em 2008 pelo DATAFOLHA e está disponível no sítio da Sociedade:

- No prazo de um ano são realizadas aproximadamente 629 mil cirurgias plásticas no Brasil por profissionais especializados;
- São efetuadas mais intervenções estéticas (73%) que reparadoras (27%);
- A maior parte das cirurgias é de caráter privado, realizada em hospitais particulares (58%), custeada pelo próprio paciente (82%);
- Perfil do paciente: cor ou raça branca, nacionalidade brasileira, sexo feminino;

---

<sup>1</sup> Atualmente existem 24 cirurgiões plásticos estéticos vinculados a International Society of Aesthetic Plastic Surgery, somente um deles possui endereço profissional em Coimbra. No Brasil esse número é de 224.

<sup>2</sup> MELO, Carolina/ALLEGRETTI, Fernanda. Cirurgia plástica: qual o limite? Revista Veja. São Paulo: Editora Abril, Ed. 2315 – ano 46 – nº 14, 3 de abril de 2013, p. 90-91.

- Cirurgias estéticas mais realizadas<sup>3</sup>: Aumento de mama (21%), Lipoaspiração (20%) e Abdômen (15%);

- Perfil específico dos pacientes que realizam intervenção estética: Mulheres (88%) com idade entre 19-50 anos (72%);

- Cirurgia reparadora mais realizada: Tumor (43%);

Esse estudo considera apenas as intervenções realizadas pelos cirurgiões plásticos brasileiros, ou seja, somente daqueles médicos que estudam dois anos de cirurgia e outros três anos de cirurgia plástica e que se credenciam perante a Associação de Cirurgia Plástica após passar por provas teóricas e práticas.

Como outros facultativos também realizam cirurgias plásticas, a estatística apresentada não demonstra os verdadeiros números, que segundo a Revista Veja, são duas vezes maiores quando abrangem as intervenções realizadas por profissionais não especializados.

Em Portugal a responsabilidade médica está crescendo. Um precioso termômetro é a análise da conduta profissional dos médicos pelo Conselho Médico-Legal, um órgão de consultoria constituído por dezoito profissionais de Medicina e Direito que se pronuncia por solicitação do Ministro da Justiça, do Procurador-Geral da República, do Supremo Tribunal de Justiça ou pelo Presidente do Instituto Nacional de Medicina Legal. Em 2007, entrava quase um caso por dia, sendo que em 7% dos casos o parecer apontava para uma conduta negligente do médico. Nos últimos anos 80% dos médicos acusados tinham vários locais de trabalho e as especialidades que mais sofriam queixas eram a medicina interna, a obstetrícia, a cirurgia geral e a ortopedia<sup>4</sup>.

Quanto maior o número de procedimentos cirúrgicos, maior a probabilidade de ocorrência de um dano que, conseqüentemente, gera a possibilidade de averiguação da responsabilidade dos profissionais envolvidos. E essa responsabilidade do profissional médico tem algumas particularidades, tornando imperiosa uma análise pormenorizada.

---

<sup>3</sup> Em pesquisa da ISAPS em 2009, as cinco intervenções mais realizadas no mundo foram: a lipoaspiração (18,8%), seguida pelo aumento de mama (17%), blefaroplastia (levantamento da pálpebra superior ou inferior, 13,5%), rinoplastia (alteração do formato do nariz, 9,4%) e abdominoplastia ("encolhimento da barriga, 7,3%).

<sup>4</sup> Análise de cerca de 500 casos dos últimos anos. PEREIRA, André Gonçalo Dias. Responsabilidade Civil dos médicos: danos hospitalares – alguns casos da jurisprudência. Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º 7. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 67.

Neto revela parte dessa importância ao dizer: “no campo da responsabilidade profissional, a do médico se sobressai. E é natural que assim seja. O cuidar da saúde e da vida é preocupação fundamental do indivíduo e da sociedade, desde os primórdios”<sup>5</sup>.

Vieira vai além e compara: “um bisturi na mão de um médico irresponsável autorizado pelo CRM não terá nenhuma diferença de um revólver na mão de um marginal”<sup>6</sup>.

Essa preocupação com a saúde do indivíduo se reflete na área jurídica. Há algumas décadas atrás a doutrina e jurisprudência era una em considerar a obrigação do cirurgião plástico como de resultado. Na década de 90, entretanto, ganhou força um pensamento contrário que defende a obrigação como de meios, idêntica a do cirurgião comum.

Essa nova linha vem ao encontro da doutrina comparada, principalmente a francesa, que já na década de 70 começou a modificar o pensamento para considerar a obrigação como de meio e não mais como de resultado.

Este trabalho visa abordar essas duas linhas de pensamento, além de tecer algumas considerações sobre outros temas relevantes sobre a matéria.

---

<sup>5</sup> NETO, Jerônimo Romanello. Responsabilidade Civil dos Médicos. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998, p. 44.

<sup>6</sup> VIEIRA, Luzia Chaves. Responsabilidade civil médica e seguro: Doutrina e Jurisprudência. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 41.

## 2. Direito da Medicina

### 2.1 Notas preliminares:

Diferentemente de outros ramos do Direito, como o Civil, o Penal, o Constitucional e o Trabalhista que possuem uma grande autonomia, com legislação, doutrina e princípios próprios, o Direito da Medicina<sup>7</sup> regula a atividade dos profissionais de saúde por meio de legislações dispersas, além dos códigos deontológicos<sup>8</sup> e de normas técnicas como as *leges artis*<sup>9</sup> e as guidelines<sup>10</sup>.

A importância da Medicina para o Direito é significativa. A Ciência Médica fornece conhecimentos necessários para resolver questões jurídicas, ou para decidir pleitos que são levados a juízo, sendo um instrumento necessário para a administração correta da justiça. É fundamental para a declaração da vida e da morte e da determinação da capacidade de um indivíduo. E isso apenas mencionando exemplos da área do Direito Civil<sup>11</sup>,

---

<sup>7</sup> Assim como Gonçalves Loureiro preferimos a expressão Direito da Medicina em face da denominação Direito Médico. É a doutrina alemã quem nos adverte o caráter redutor da fórmula “Direito Médico” comumente associada a uma natureza paternalista da Medicina, destacando, desnecessariamente, o profissional da saúde. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Transplantações: um olhar constitucional. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 16.

<sup>8</sup> Nas palavras de Paula Pereira, deontologia médica é o “conjunto de regras éticas que circulam as atividades dos profissionais que atuam nessa área”. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Relação Médico-Paciente: O respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 31.

<sup>9</sup> As *leges artis* são as regras da profissão, os deveres de conduta. Em Portugal, o Código Penal conceitua o instituto como “As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”, art. 150.º n.º 1. PEREIRA, André Gonçalo Dias. Responsabilidade Civil dos médicos: danos hospitalares – alguns casos da jurisprudência. Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º 7. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 58-59. Elas podem constar em regulamentos, publicações, bases de dados médicos e demais veículos utilizados pela categoria para divulgar informações e esclarecer seus pares. MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego. A Responsabilidade Penal do Cirurgião Plástico e a Conduta do Paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

<sup>10</sup> Tanto as *guidelines* quanto os protocolos são documentos criados pelos médicos que contribuem para a definição das regras de conduta. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Ibidem*, p. 59.

<sup>11</sup> Como exemplo da utilidade da Medicina em outras áreas do direito temos a detecção de crimes no âmbito penal, no domínio do Direito de Família para o estabelecimento dos vínculos de filiação biologicamente verdadeiros (arts. 1796.º e ss), ou para a dissolução da sociedade matrimonial (art. 1781.º al. D); no terreno sucessório para atestar o momento da morte do *de cuius* (art. 2031.º e n.º 1 do art. 68.º) ou para certificar a capacidade daquele que manifestou testamentariamente a sua última vontade (art. 2199.º). PEDRO, Rute Teixeira. A

ramo do Direito em que circunscreveremos nosso discurso, abarcando alguns dos aspectos primordiais da responsabilidade civil do cirurgião plástico estético. Tal fato retira do nosso enfoque a questão penal e deontológica, além da administrativa no que se refere aos profissionais ligados à saúde pública.

Antes que avancemos no tema, é imperioso gastar alguns momentos para a evolução da Medicina<sup>12</sup>.

Isso porque a Medicina tem um rosto diferente para cada fase da humanidade. Há a medicina dos mitos, da adoração divina, do racionalismo nascente e da multidisciplinariedade<sup>13</sup>.

Mesmo que nos afastemos, por ora, do Direito, cremos ser importante o esboço histórico para fundamentar nosso debate sobre o tema na atualidade, que acabará tendo grande relevância para o Direito.

Hoje, se diz que a Medicina evoluiu muito. Que a Medicina paternalista, baseada essencialmente no princípio da beneficência<sup>14</sup> ficou enterrada no passado. A época em que o paciente não poderia tomar uma decisão livre e clara, por estar em um estado de sofrimento causado pela enfermidade que lhe afetava corpo e espírito, teria passado.

O paternalismo, nada mais é que a ocasião onde o médico busca a cura a qualquer custo. Ele é um pai que não admite a perda do filho. Porém, mais do que um pai, ele é uma espécie de sacerdote que fazia um juramento religioso para entrar num grupo fechado de homens sagrados<sup>15</sup>. Nessa situação, o

---

Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 24.

<sup>12</sup> A Medicina é uma profissão de feição humanística derivada da relação direta entre o paciente e o médico, mais antiga, e de fundamentação científica, característica mais recente. A Medicina pode ser dividida em dois grandes ramos: a Medicina Curativa Individual, que se ocupa do homem doente como um todo unitário, de feição humanista e cultural e a Medicina Profilática, que trabalha no conjunto de homens sãos e doentes, sendo uma expressão coletiva ou social, em um terreno evolutivo e mutável, diferente da natureza humana que, biologicamente, não possui essa mutabilidade. E cada ramo pode ser repartido nas seguintes linhas gerais de evolução: a humanista e biológica (de raiz universitária), a da medicina curativa (de raiz hospitalar) e a da medicina profilática (de raiz sociológica ou de saúde pública). COSTA, Jaime Celestino da. Um certo Conceito da Medicina. Lisboa: Gradiva, 2001, p. 39 e 114-115.

<sup>13</sup> Nesse sentido, TUBIANA, Maurice. História da Medicina e do pensamento médico. Lisboa: Editorial Teorema, 2000, p. 21.

<sup>14</sup> Princípio segundo o qual o médico decide isoladamente, a melhor terapêutica para o paciente: “*Tudo para o paciente, mas sem o paciente*”, MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas. El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica). Revista Xurídica Galega, 1999, p. 18.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. O fim da <<Arte Silenciosa>> (O dever de informação dos médicos). Temas de Direito da Medicina. 2.<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 105.

paciente deveria se submeter aos desejos do profissional, que assume uma posição quase transcendental na relação.

Esse pensamento paternalista, 'antiquado', se reflete no termo utilizado para identificar o doente: "enfermo", proveniente do latim *in firmus*, ou seja, sem firmeza física e moral.

Como dissemos, a Medicina evoluiu, hoje seriam necessários o parecer e o consentimento do paciente sobre uma intervenção no próprio corpo. Atualmente, o paciente teria direitos evidentes; ele quer saber o que ocorre consigo e quer tomar decisões<sup>16</sup>. O médico que infrinja essa gama de direitos pode ser demandado nos Tribunais competentes.

Se realmente a Medicina evoluiu, quando essa situação ocorreu? A História nos diz que pouca coisa mudou na Medicina em cinco mil anos, contados a partir dos tratamentos administrados pelos médicos dos primeiros faraós até o século XVII<sup>17</sup>.

Tentaremos apresentar esses panoramas para buscarmos responder a esses questionamentos e suas implicações para o Direito.

## **2.2 Breve Histórico:**

A história da Ciência Médica é longa e interessante, mas no momento não poderemos nos estender demasiadamente, por isso serão reservados apenas os cenários mais importantes de cada momento histórico.

### **2.2.1 A Primeira etapa:**

Na Antiguidade mais primitiva, vigorava a protomedicina, Medicina mágica, divinatória que utiliza sonhos e astrologia para identificar o diagnóstico, além de ser encantatória (a pronúncia do nome da doença é capaz de por si só combatê-la) e expiatória (emprega o sacrifício de animais para apaziguar os espíritos malignos).<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, *Ibidem*, p. 18.

<sup>17</sup> TUBIANA, Maurice. *Ibidem*, p. 23.

<sup>18</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 28.

Mesmo aqui, os homens já eram capazes de realizar intervenções cirúrgicas importantes, como a trepanação<sup>19</sup>, amputação de dedos e a circuncisão, provavelmente mais ligadas a práticas ritualísticas do que com métodos terapêuticos<sup>20</sup>. As cirurgias que envolviam tratamentos de ferimentos e traumatismos, cuja origem é evidente (no caso não era considerada uma penalidade de um espírito maligno) já tinham resultados notáveis<sup>21</sup>.

Foi nesse período que se tem notícia do primeiro tratado de Medicina. Ou seja, há cinco mil anos, na Suméria, houve uma tentativa de racionalização da Medicina em meio ao reinado dos magos, depositários de brutais superstições<sup>22</sup>.

Já na Mesopotâmia, a doença significava um castigo por um pecado cometido pelo doente ou por alguém da família ou clã. Nesse caso, a tarefa do médico era tratar o doente com fórmulas mágicas, drogas ou operações de pouca importância que o curassem da enfermidade distribuída por demônios.

Era possível, todavia, encontrar uma medicina empírica que empregava o diagnóstico por observação e palpação, que era cara e reservada à família real e aos ricos; além da mágico-ritualística, barata e popular<sup>23</sup>.

A profissão médica tinha seus honorários regidos por lei, e o médico poderia ser penalizado em caso de morte ou danos ao paciente proveniente do seu tratamento. No caso de uma operação que causasse a perda de um olho, as mãos do médico seriam cortadas, o fracasso do tratamento ou a piora das condições do doente determinariam a perda de um braço e se um paciente nobre morresse, o médico seria morto<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Ato de retirar um fragmento do crânio, deixando um buraco. Atualmente o procedimento pode ser realizado para diminuir a pressão no cérebro após traumas, mas era mais utilizado para práticas ritualísticas.

<sup>20</sup> Sousa, A. Tavares. Curso de História da Medicina – Das origens aos fins do século XVI. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 18.

<sup>21</sup> Até o século XVIII, o cirurgião e o médico eram profissionais distintos. O cirurgião baseava-se mais na experiência, enquanto o ato médico tinha origem especulativa. Mais a frente forneceremos mais informações sobre essa dicotomia. Sobre o tema, TUBIANA, Maurice, cit., p. 35.

<sup>22</sup> Idem. Ibidem, p. 30.

<sup>23</sup> José Maria de Souza Melo [Editor]. A medicina e a sua história. Rio de Janeiro: Ed. De Publicações Científicas, 1989, p. 19.

<sup>24</sup> José Maria de Souza Melo, Ibidem, p. 12-13.

O Código de Hammourabi, que previa essas punições, é considerado como o início<sup>25</sup> da legislação sobre imperícia médica e apesar das graves sanções nos revela a preocupação social com a atividade médica já nessa época<sup>26</sup>.

Em Alexandria, cidade em que conviviam cristãos, muçulmanos e judeus, começa a se dissecar animais e realizar observações clínicas. O espírito de tolerância e o interesse pelo conhecimento culminam no nascimento da anatomia, mas acaba por construir uma ciência sobre bases frágeis e por muitas vezes antagônicas<sup>27</sup>.

Ao contrário do que muitos pensam, a Medicina antiga foi capaz de raciocinar, criar e observar. O que lhe faltou foi uma metodologia científica que lhe permitisse distinguir o verdadeiro do falso, o eficaz do ineficaz<sup>28</sup>.

Avançando no tempo, chegamos à Medicina Romana. Os romanos não trouxeram grandes inovações para a Medicina, apesar de terem contribuído com importantes trabalhos.

A Medicina no século III a.C. recebeu regulamentação, tornando-se necessário que o estudante obtivesse certificados de boa conduta na polícia local, que não se filiasse a sociedades ilegais e frequentasse bordéis ou tirasse férias prolongadas, para que pudesse receber a licença para atuação médica emitida por um colégio de médicos<sup>29</sup>.

Para além do plano administrativo, houve regulamentação no plano jurídico. A *Lex Aquilia*<sup>30</sup> permitia que o paciente ou sua família

---

<sup>25</sup> É certo que o Código de Hammurabi (1686-1750 a.C.) não é a primeira codificação humana. Podemos citar a coleção das Leis do Rei Ur-Namu (2111-2084 a.C.) que trata da responsabilidade médica no art. 625, prevendo pena de multa aos médicos imperitos, mas foi o Código de Hammurabi que tratou de maneira mais completa o ato médico e suas implicações e situações geradoras de obrigação. Sobre as codificações antecedentes, YUNGANO, Arturo Ricardo. Responsabilidad profesional de los médicos – cuestiones civiles, penales, médico-penales, deontológicas. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982, p. 82.

<sup>26</sup> Como exemplo, art. 218 do referido Código. HUBINOIS, Philippe. Législations et indemnisations de la complication médicale en France et en Europe. Bruxelles: Bruylant, 2006, p. 23 e José Maria de Souza Melo, *Ibidem*, p. 13. O Código contém 9 artigos dedicados à atividade médica ou às obrigações atreladas a ela cf. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico: à luz da jurisprudência comentada. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 24.

<sup>27</sup> TUBIANA, Maurice, cit. p. 44.

<sup>28</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 46.

<sup>29</sup> José Maria de Souza Melo, *Ibidem*, p. 40.

<sup>30</sup> A Lei das XII tábuas introduziu em 452 a.C. um regulamento geral sobre a responsabilidade, mas somente com a Lex Aquilia deu-se o início da legislação romana sobre a responsabilidade médica. Admitindo a relação médico-paciente como arrendamento de serviços, a referida Lex previa a morte ou deportação como punição para um médico que errasse. GIOSTRI, Hildegard Taggesell, cit., p. 25.

responsabilizasse civilmente o médico pela falha em algum tratamento e a *Lex Cornelia*, permitia a responsabilidade criminal no caso de administração de substâncias envenenadas<sup>31</sup>.

Também foi durante o Império Romano<sup>32</sup> e sob a influência do cristianismo que se fundou o primeiro autêntico hospital, ponto de partida da assistência hospitalar no Ocidente no final do século IV<sup>33</sup>. Daqui ainda data a primeira história médica organizada, escrita por Aulo Cornelio Celso<sup>34</sup>, que traça a sua evolução. O escritor fazia parte do movimento enciclopedista que procurava selecionar, registrar e interpretar o melhor do conhecimento médico da sua época<sup>35</sup>.

Ultima etapa desse momento é a Medicina Bizantina, que foi essencialmente a continuação da medicina grega e do Império Romano Ocidental<sup>36</sup>. O grande marco dessa civilização foi a compilação de importantes obras antigas feita por Oribásio no século IV em setenta volumes que servirão como base do ensino médico na Europa até o século XVIII<sup>37</sup>.

### 2.2.2 Grécia

Mesmo sabendo que, historicamente, deveríamos ter tratado da Medicina Grega no tópico anterior, acreditamos ser imprescindível um maior destaque ao referido período por toda a sua importância.

Os primeiros médicos gregos eram ninguém menos que os guerreiros, que tinham necessidade de tratar as contusões e ferimentos das batalhas e que acabaram conhecendo com precisão os ossos, juntas, músculos e tendões do corpo humano. Os pioneiros da medicina racional, todavia, foram os

---

<sup>31</sup> HUBINOIS, Philippe, cit., p. 23.

<sup>32</sup> Durante a República, o ato médico era praticado por escravos, ou no máximo por um liberto. Antes de 46 a.C., os médicos gregos além de não terem prestígio, recebiam como pagamento a desconfiança dos romanos. Nesse sentido, José Maria de Souza Melo, *Ibidem*, p. 39.

<sup>33</sup> O hospital é conhecido como Nosocômio de Fabíola, nobre romana influenciada pela pregação de São Jerônimo. Sousa, A. Tavares, cit., p. 142.

<sup>34</sup> Segundo Celso: “*Um cirurgião deve ser jovem, ou pelo menos não muito velho; sua mão deve ser firme e equilibrada, e nunca tremer; ele deve ser capaz de usar a mão esquerda com tanta destreza quanto a direita; sua visão deve ser aguçada e clara; sua mente intrépida e sujeita à piedade, a ponto de fazê-lo desejoso da recuperação do paciente, mas não a ponto de sofrer ele próprio com seus gritos; ele nunca deve apressar a operação mais do que o necessário, mas fazer tudo exatamente como se os berros do outro não lhe causassem impressão*”. É muito interessante ver como o romano se atenta para os requisitos de um cirurgião, que em muito podem ser transpostos para os dias de hoje. José Maria de Souza Melo, *Ibidem*, p. 39.

<sup>35</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 38.

<sup>36</sup> Sousa, A. Tavares. *Ibidem*, p. 147.

<sup>37</sup> TUBIANA, Maurice, cit. p. 52.

filósofos. Livres da magia, da religião e da tradição, tinham o necessário para conjecturar que os acontecimentos naturais não eram milagres<sup>38</sup>.

Essa Medicina racional acaba por nos levar a Hipócrates, importante médico grego que pregava que as doenças têm causas naturais que podem ser estudadas e compreendidas e não causas sobrenaturais<sup>39</sup>.

Fundamentado pela razão, Hipócrates, tenta construir uma medicina lógica, buscando uma explicação racional para os sintomas das doenças e empregando a observação do doente e de dados clínicos, para colher melhores resultados. Ele e seus seguidores são capazes de formular um prognóstico (preveem a gravidade e evolução da doença – esse método ainda é motivo de orgulho para os médicos atuais) e introduzem a noção de constituição física e da ideia que a doença é resultado das predisposições do indivíduo e das circunstâncias exteriores<sup>40</sup>.

Outra importante conquista, além do prognóstico, é a preocupação com a ética médica. O juramento de Hipócrates, que todo médico deveria fazer, e atualmente ainda o faz, demonstra a consciência da responsabilidade do profissional com o enfermo e com a sua família e a preocupação com a probidade. O médico já não é visto como um sacerdote, ele é um indivíduo comum, e por isso deve ser humanista, respeitando todo ser humano<sup>41</sup>.

Assim nasce o paternalismo que mencionamos. A preocupação exacerbada do médico que busca a salvação do paciente a qualquer custo, uma vez que o pensamento que vigora é que a função do médico é, essencialmente, somente a de salvar vidas.

Essa construção racional fulmina no *Corpus Hippocraticum*<sup>42</sup>, um conjunto de manuscritos de variadas procedências, com textos<sup>43</sup> originalmente distintos

---

<sup>38</sup> A racionalização não erradicou a Medicina mágico-religiosa. Na Grécia tinha grande importância o culto a Esculápio que acabou por resultar em um conhecimento médico secreto partilhado com outros que fizeram o juramento – se tornando mais tarde como o juramento de Hipócrates, o juramento de todos os médicos. José Maria de Souza Melo, *Ibidem*, p. 23-27.

<sup>39</sup> Como já relatamos, Hipócrates foi importante, contudo não foi pioneiro. Oito séculos antes no Egito existia um pensamento semelhante. A diferença estava na liberdade que Mênfis não permitia e que Atenas impulsionava. Tubiana revela que além da liberdade da razão, as mentes em Atenas do século V, estão prontas para entender, ao contrário do pensamento egípcio e até babilônico que impedia o progresso médico por estar vinculada ao obscurantismo. TUBIANA, Maurice, cit. p. 36.

<sup>40</sup> *Idem*. *Ibidem*, p. 38-40.

<sup>41</sup> Nesse sentido, *Idem*. *Ibidem*, p. 43.

<sup>42</sup> Mais uma vez frisamos que não foi a primeira obra nesse sentido. Uma vez libertada da ideia de punição divina, sobrenatural como causa das doenças, o médico foi capaz de formular

e alguns incompletos<sup>44</sup>. E a Medicina Hipocrática é a prevista nesse Corpus. Essa Medicina parecia ser tão apurada que os médicos não se preocupavam em quem havia sido, efetivamente o autor, ou autores, dos textos; se o próprio Hipócrates, se seus discípulos, seus seguidores ou até autores de outras escolas<sup>45</sup>.

Os avanços conquistados pela Medicina grega foram importantíssimos. A razão conseguiu superar as credices e superstições de outros tempos. Mas essa racionalização foi construída às pressas, e, carecendo de métodos científicos sólidos acaba por tomar como verdade dados inseguros<sup>46</sup>.

Tal fragilidade na construção da Ciência Médica exorbitou a sociedade grega, acabando por ser prejudicial a outros povos em momentos posteriores. Tal fato se explica pela aparente perfeição dos métodos hipocráticos, que acabou por desestimular a busca por novos conhecimentos, novos métodos, novos dados, uma vez que o bom médico deveria somente estudar exaustivamente os textos hipocráticos para dominar a sua prática<sup>47</sup>. O que Hipócrates pregou no século V, acabou sendo esquecido pelos seus seguidores, e a Medicina permaneceu um bom tempo estagnada.

### **2.2.3 Medicina Medieval**

A época Medieval é constantemente taxada como um tempo de imobilismo cultural, de estagnação científica. Boa parte disso é creditada a Igreja Católica. O cristianismo sustentava que a enfermidade era uma punição pelo pecado ou o resultado de feitiçaria e punição. O tratamento para qualquer

---

hipóteses racionais para explicar as enfermidades e avançar na Ciência Médica. Hipócrates foi uma importante figura para essa racionalização, mas novamente no Egito, a mais de um milênio antes, o papiro Smith em meio a fórmulas conjuratórias, conceitos míticos e supersticiosos procura uma racionalização dos tratamentos em vinte oito capítulos, cada um contendo a descrição de uma doença, seus métodos de diagnóstico, prognóstico e tratamento. TUBIANA, Maurice, cit. p. 32.

<sup>43</sup> O livro sobre cirurgia é de nível surpreendente elevado levando em conta os conhecimentos escassos, e em grande parte errôneos, sobre a anatomia e fisiologia da época. O autor prescreve a maneira que o cirurgião e seus ajudantes devem proceder, além dos requisitos do ambiente, como higiene e iluminação, mesmo que de forma sucinta revela uma súbita faceta de modernidade. Sousa, A. Tavares. *Ibidem*, p. 65.

<sup>44</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 52.

<sup>45</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 53.

<sup>46</sup> TUBIANA, Maurice, cit. p. 40.

<sup>47</sup> Sousa, A. Tavares, cit. p. 68.

mal era a oração, a penitência e a invocação dos santos, acabando por tornar dispensável o diagnóstico<sup>48</sup>.

Certo é que essa visão, que retomava o pensamento antigo, não permitia as indagações e conjecturas necessárias para o avanço científico. Havia punição para quem duvidasse das postulações cristãs, além disso, o dogmatismo hipocrático ainda oferecia o ambiente de perfeição da Ciência Médica que desmotivava novas descobertas.

Apesar de desacelerar direta, ou indiretamente, a evolução da Medicina, a Igreja foi de grande relevância. Como o Cristianismo pregava que todos os homens são iguais e que deveriam amar o próximo como a si mesmo, sendo ele doente ou não, acabou sendo introduzida uma nova faceta para a Medicina: a caridade<sup>49</sup>.

Resultado direto disso foi a construção de hospitais em larga escala. Somam-se isso a redescoberta da tradição grega, a assimilação de práticas médicas árabes e o desenvolvimento do ensino médico nas universidades<sup>50</sup>, que apesar de não terem inovado muito foram essenciais para a propagação do conhecimento médico<sup>51</sup>.

A difusão dos ensinamentos acaba por proporcionar um lento afastamento entre religião e Medicina, fazendo com que essa se aproximasse de uma verdadeira ciência. A partir do século XIII<sup>52</sup>, todavia, confrontos bélicos e a decadência do mundo árabe, tornaram a aproximar a Medicina dos fundamentalismos religiosos que limitavam a liberdade de expressão e de ação<sup>53</sup>.

É possível ver, ainda nesse momento, a crença nas pedras e joias que protegeriam o corpo das podridões externas e impediriam o desenvolvimento

---

<sup>48</sup> José Maria de Souza Melo, cit. p. 87.

<sup>49</sup> Sousa, A. Tavares, cit. p. 141.

<sup>50</sup> Defende-se que a primeira Escola de Medicina do Ocidente foi a de Salerno que floresceu nos séculos XI e XII, sendo o único lugar da Europa cristã onde era possível uma formação médica regular, quando ainda não havia a Medicina organizada das universidades. Idem, *Ibidem*, p. 175.

<sup>51</sup> José Maria de Souza Melo, *Ibidem*, p. 91.

<sup>52</sup> Data desse momento o mais antigo documento contendo uma sentença determinando que um médico deveria uma indenização pela morte de um paciente pelo Júri dos Burgueses de Jerusalém. GIOSTRI, Hildegard Taggesell, *Ibidem*, p. 26.

<sup>53</sup> TUBIANA, Maurice, cit. p. 57.

das enfermidades. A matéria era capaz de transmitir, como por mimetismo, suas qualidades para o corpo<sup>54</sup>.

Era possível até o século XV que o profissional da saúde sofresse uma sanção pela má conduta intencional, ou seja, uma conduta estritamente dolosa. A partir desse século, tornou-se admissível a pena pecuniária e a advertência nos casos de uma séria complicação do ato médico<sup>55</sup>.

#### **2.2.4 Modernidade**

Após um período em que a Medicina não conquistou muitos progressos, o final do período medieval é acompanhado por um enfraquecimento das crendices populares. Já no século XVI, as substâncias utilizadas pelos alquimistas e afins são denunciadas como artifícios de charlatões. Acreditar em tais métodos era admissível apenas para as pessoas pobres e carentes de informação, o que acabou servindo como critério de diferenciação social<sup>56</sup>.

Por meio de realização de testes, muitos médicos buscam determinar a funcionalidade, ou não, de uma substância, antes de julgá-la inoperante<sup>57</sup>, revelando uma maior preocupação com a racionalidade, as causas e efeitos e aos princípios mecânicos<sup>58</sup>.

O dogmatismo hipocrático perde entusiasmo. O respeito cego pela Medicina Antiga dá lugar a uma atitude crítica<sup>59</sup>, e um rigor na observação<sup>60</sup>. Desprendidos do obscurantismo, os médicos, passam a olhar o corpo humano de maneira mecanizada, longe das influências cósmicas<sup>61</sup>.

Podemos sintetizar esses primeiros séculos após o fim da época Medieval como um período de gestação. Após dois milênios de imobilismo, era

---

<sup>54</sup> VIGARELLO, Georges. História das práticas de Saúde. A saúde e a doença desde a Idade Média. Lisboa: Editorial Notícias, 2001, p. 20-21.

<sup>55</sup> Previsão do Direito Francês medieval de acordo com HUBINOIS, Philippe. Législations et indemnisations de la complication médicale en France et en Europe, p. 23.

<sup>56</sup> VIGARELLO, Georges, Ibidem, p. 67-68.

<sup>57</sup> Idem, ibidem, p. 68.

<sup>58</sup> Idem, ibidem, p. 70.

<sup>59</sup> Esse movimento de racionalidade, no Renascimento, proporciona grandes mudanças na sociedade. Na Medicina, todavia, as transformações são lentas, e a prática não sofre grandes alterações até o século XVIII. Mas foi a partir do Renascimento que a ciência experimental começou a demonstrar uma maior eficácia, se comparada com a Medicina Clássica, convencendo cada vez mais médicos da necessidade de uma busca contínua pela renovação. Nesse sentido, TUBIANA, Maurice, cit. p. 127.

<sup>60</sup> Idem, ibidem, p. 128.

<sup>61</sup> VIGARELLO, Georges, Ibidem, p. 77 e José Maria de Souza Melo, ibidem, p. 110.

preciso eliminar<sup>62</sup> os dogmas e modificar o contexto social e intelectual para se alcançar os avanços significativos da Medicina Moderna<sup>63</sup>.

Já no âmbito jurídico, o século XVI, nos trouxe a Constituição do Império Germânico e com ela a exigência de pareceres de cirurgiões e parteiras para um correto julgar dos magistrados nos casos que envolviam ferimentos, assassinatos e infanticídios. A Medicina Legal nascia com caráter oficial<sup>64</sup>.

No final do século XVII, o Parlamento de Paris considerava irracional procurar a responsabilidade dos médicos. Como quem escolhia o médico era o paciente, somente ele teria culpa pela incompetência do profissional<sup>65</sup>.

Pode-se dizer que até o século XVIII, a grande mutação na Medicina aconteceu no espírito dos médicos. Se a eficácia dos tratamentos<sup>66</sup> não se alterou, os médicos passaram a se permitir um espírito científico que servirá como baldrame para importantes conquistas da Medicina nas décadas seguintes<sup>67</sup>.

Num período onde os cirurgiões conseguiram finalmente um status equivalente aos dos médicos, passando a existir cátedras em cirurgia nas principais universidades europeias<sup>68</sup>, a legislação ainda era vacilante.

### **2.2.5 Século XIX - até os dias de hoje**

O espírito científico que mencionamos foi fundamental para a colheita de preciosos frutos após a metade do século XIX. A autópsia, a microscopia, a bacteriologia, a fisiologia, a bioquímica e a descoberta dos raios X trouxeram

---

<sup>62</sup> O avanço do pensamento racional não consegue extirpar do pensamento médico o misticismo. A irracionalidade, a alquimia e a astrologia coexistem com a racionalidade. O lançamento dos fundamentos da fisiologia e a observação de fatos antes desconhecidos acabam por seduzir mais médicos, abrindo terreno para o espírito crítico e enfraquecendo a crença no sobrenatural. Maurice informa, todavia, que não foi fácil para os médicos se libertarem dessas antigas crenças. Ao buscar respostas sobre os dois sistemas, a Medicina acaba estimulando a experimentação, que ganha mais engenho e rigor. TUBIANA, Maurice, cit. p. 161.

<sup>63</sup> Idem, ibidem, p. 175.

<sup>64</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell, ibidem, p. 27.

<sup>65</sup> Até o séc. XVIII era raro ações de responsabilidade criminal, entre 175 e 1790 nenhum caso foi registrado pela Tournelle du Parlement de Bretagne. HUBINOIS, Philippe. Ibidem, p. 24.

<sup>66</sup> Ainda era utilizada a sangria, a aplicação de ventosas, a purgação e as dietas. Para tratar as doenças venéreas eram usualmente recomendadas doses maciças de mercúrio, flebotomia a banhos. José Maria de Souza Melo, Ibidem, p. 156.

<sup>67</sup> TUBIANA, Maurice, cit. p. 65 e 171.

<sup>68</sup> José Maria de Souza Melo, Ibidem, p. 154.

uma sensível inovação à Medicina e conseqüentemente uma melhora do diagnóstico e tratamento<sup>69</sup>.

Antes disso, os cirurgiões e obstetras não possuíam nenhuma precaução de higiene. Iam e vinham da sala de autópsias para a sala de operações sem hesitação e por vezes utilizavam o mesmo instrumentário. Trabalhavam com uma sobrecasaca e avental para proteger-lhes do sangue e com um bolso onde colocavam os instrumentos<sup>70</sup>.

Frisemos que até esse momento, as técnicas cirúrgicas eram muito semelhantes às utilizadas no século XVI, houve somente um ganho de conhecimento sobre a anatomia e patologia humana<sup>71</sup>.

Mesmo que as condições tenham melhorado após a metade do século XIX, a anestesia somente começou a ser utilizada em 1845<sup>72</sup>. Sem o emprego da anestesia, os pacientes, tinham que suportar as dores da cirurgia ou recebiam “medicamentos” que tentavam aliviar as dores, como raízes de mandrágora embebidas em esponjas, de eficácia duvidosa.

Ao final do século XIX, após quatro mil anos de esforços, o médico desvencilhou-se do dogmatismo e da metafísica e se aliou aos químicos, físicos e engenheiros para auxiliá-lo em sua arte de curar<sup>73</sup>.

O papel do médico não cessaria sua expansão. No século XX, a crescente conscientização pública sobre a importância da saúde lhe aumentou a responsabilidade na sociedade. Os rápidos avanços da Medicina passaram a dificultar o trabalho individual, era difícil manter-se atualizado diante de inúmeras evoluções<sup>74</sup>.

Seria o início da despersonalização clínica. Há pouco tempo, o profissional atendia os pacientes pessoalmente em suas casas ou no seu consultório, levando tudo que precisava em uma pequena maleta. Agora, o paciente nem é visto pelo médico e nem reconhece o técnico que realiza seus

---

<sup>69</sup> COSTA, Jaime Celestino da. Um certo Conceito da Medicina. Lisboa: Gradiva, 2001, p. 116.

<sup>70</sup> TUBIANA, Maurice, cit. p. 212.

<sup>71</sup> José Maria de Souza Melo, cit. p. 183.

<sup>72</sup> O óxido nitroso, popularmente conhecido como gás hilariante, foi descoberto em 1800 por Humphrey Davy, mas somente em 1845 começou a ser utilizado seriamente. Já a utilização do éter como anestésico é creditado ao Dr. Crawford Williamson Long, no ano de 1846, passando a ser utilizado por grandes cirurgiões da época. O clorofórmio foi introduzido nos anos seguintes. José Maria de Souza Melo, cit. p. 181-182.

<sup>73</sup> Idem, ibidem, p. 185.

<sup>74</sup> José Maria de Souza Melo, Ibidem, p. 195.

exames como seu médico<sup>75</sup>. “*Despersonalização simultânea do doente e do próprio médico*” segundo Celestino Costa<sup>76</sup>.

O fator científico deu ares de Ciência à Medicina, e o clínico passou a ver exames e não os pacientes<sup>77</sup>, gerando um começo de enfraquecimento do princípio do paternalismo.

Foi o começo da dicotomia. Atualmente a especialização é cada vez mais acentuada. Há os clínicos que sintetizam os dados e inferem o caminho a seguir, além de deter a responsabilidade profissional e ética e, no outro extremo, os técnicos que dominam as técnicas e se responsabilizam somente pelos exames que realizam<sup>78</sup>. Evidentemente cada grupo se subdivide de acordo com a sua área ou forma de atuação.

É possível verificar o aumento da legislação sobre a Medicina à medida que a atividade ganha complexidade e importância social. No início era prevista a não-responsabilização médica na França. O profissional de saúde só responderia diante de uma não-convocação de um médico em uma situação mandatória. Em outras palavras ele seria punido devido a uma falha que não decorresse do exercício da medicina, e não em caso de erro de atuação de um ato médico no paciente<sup>79</sup>.

Na França<sup>80</sup>, data de 16 de março de 1832<sup>81</sup> o primeiro julgamento envolvendo a responsabilidade de um médico e somente em 1936, o Tribunal considerou como contratual a relação entre médico e paciente<sup>82</sup>. Antes disso, entretanto, o Parlamento de Bordeaux já havia condenado um médico ao pagamento uma indenização em 1596.

---

<sup>75</sup> Idem, *ibidem*, p. 195.

<sup>76</sup> COSTA, Jaime Celestino da. *Ibidem*, p.129.

<sup>77</sup> Idem, *ibidem*, p. 116-117.

<sup>78</sup> COSTA, Jaime Celestino da. *Ibidem*, p.129.

<sup>79</sup> O autor cita a lei de 19 Ventôse. HUBINOIS, Philippe. *Ibidem*, p. 24-25.

<sup>80</sup> Tivemos cuidado em dedicar uma atenção à França, uma vez que a doutrina considera que as primeiras normas codificadas da responsabilidade médica na modernidade ocorreram nesse país. Nesse sentido, GIOSTRI, Hildegard Taggesell, *Ibidem*, p. 28.

<sup>81</sup> Esse é o ano em que o Procurador-Geral Dupin profere um importante parecer para a matéria que acabou ditando novos rumos jurisprudenciais ao defender que os médicos deveriam ser julgados do mesmo modo como os demais cidadãos, não havendo motivação para sua intocabilidade. Idem, *ibidem*, p. 29-30.

<sup>82</sup> Dados fornecidos pelo autor, HUBINOIS, Philippe. *Ibidem*, p. 25-27.

### **2.3 Conclusão**

Como vimos, atualmente, a prática médica é bastante diferente dos anos que precedem o século XIX até a data dos primeiros atos curativos. No primeiro momento o clínico sempre realizava o exame físico, auscultando, apalpando, observando e até cheirando o doente. Enquanto ocorria o exame, o profissional conversava com o doente para tentar conhecer a sua história e definir o padrão psicológico do paciente<sup>83</sup>. O médico utilizava apenas seus sentidos, intuição e perspicácia para alcançar um diagnóstico perfeito.

Essa estreita relação pressupunha uma confiança absoluta entre as partes. O paciente tinha fé em seu médico, ao qual se entregava de corpo e alma, seja revelando seus segredos, seja permitindo um procedimento cirúrgico arriscado<sup>84</sup>.

Mas com o assentamento do conceito helenístico de pessoa, do ser humano como um ser moral autônomo, e pelos progressos das ciências médicas, acabou surgindo uma consciência social capaz de criticar a prática médica. Aos poucos, a Medicina foi se despidendo das vestes sagradas que, praticamente, lhe imunizava das consequências de qualquer erro e impediam uma responsabilização jurídica<sup>85</sup>.

O paternalismo vai perdendo força à medida que algumas Cartas de Direito vão consagrando os princípios da autonomia da vontade e do consentimento, como a Declaração da Filadélfia de 1774 e a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Esses princípios ganham ainda mais importância com decisões judiciais norte-americanas que extravasam os limites geográficos e revelam ao mundo a necessidade do consentimento e da autonomia da vontade.

Algumas das mais importantes são a de *Schloendorff vs. Society of New York Hospitals* em 1914, quando o Juiz Cardozo pronuncia que “*todo ser humano adulto e capaz tem o direito de determinar o que deve ser feito em seu próprio corpo*”; a decisão no caso *Rogers vs. Oakin* de 1979, momento em que a Suprema Corte aduz que cada adulto capaz tem direito a renunciar ao tratamento, se este implicar aceitar o que para ele são consequências ou riscos

---

<sup>83</sup> COSTA, Jaime Celestino da. *Ibidem*, p. 115.

<sup>84</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>85</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 108.

intoleráveis, por mais desaconselhável que isso possa parecer aos olhos do médico; e a decisão do caso *Cruzan*<sup>86</sup> vai no mesmo sentido em 1990 quando a Suprema Corte ratificou o direito dos pacientes de recusar tratamentos médicos, mesmo quando a recusa possa determinar sua morte.

É importante dizer que o paternalismo ainda existe. O paciente não possui a autonomia que deveria, sendo que o seu consentimento pode chegar a ser ignorado em alguns episódios.

O médico lida com a vida do paciente e durante o tratamento torna-se o “senhor” da existência deste, passando a exercer uma influência absoluta sobre o doente que, por sua vez, passa a depender totalmente daquele<sup>87</sup>. Esse fato, todavia, não pode debandar para o paternalismo exacerbado. O médico sempre deverá tratar o paciente como um ser humano fragilizado que precisa de atenção e cuidados apropriados. Situações permitirão amplas possibilidades para o médico escolher o procedimento a ser realizado, mas em outras, é o paciente quem deverá eleger. O médico não poderá obrigar ninguém a seguir os seus conselhos, seus princípios ou sua forma de ver o mundo.

O paciente não poderá ser tolhido do direito de escolher seu próprio caminho. Ele, sempre que possível, deverá autorizar qualquer intervenção. Essa necessidade é fundamentada no princípio do consentimento informado, um importante aspecto no Direito da Medicina que não poderíamos dar-lhe a devida atenção nesse momento. Iremos retomá-lo, além de outros princípios, em tópico próprio.

Antes de prosseguirmos, devemos, entretanto, dizer que o paternalismo não deve ser abandonado pelos médicos. É com base nesse princípio que os profissionais podem entender os pacientes como pessoas que devem receber cuidados e a atenção de um verdadeiro filho. Completamente errado está o pai que cerceia o caminho do filho, que o conduz por uma determinada direção sem se preocupar com a verdadeira vontade do seu descendente. O pai deve educar o filho e oferecer todas as informações necessárias para que este

---

<sup>86</sup> Conforme Dias Pereira, a decisão declarou a existência de um direito à privacidade, que fundamentaria o direitos dos pacientes em aceitar ou recusar tratamentos médicos, mesmo quando a recusa possa determinar a morte. Esse direito estaria alicerçado na Constituição portuguesa nos arts. 25.º, 1 e 41.º que tutelam a integridade física e moral, a liberdade de consciência e religiosa. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, Cit. P. 19 e PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 65.

<sup>87</sup> NETO, Jerônimo Romanello, Ibidem, p. 66.

entenda as situações e possa buscar seu caminho de forma racional, mesmo que esse caminho seja diverso da veleidade paterna. O que não devemos aceitar é o paternalismo exacerbado, porque se buscarmos extinguir o simples paternalismo, podemos acabar retirando da Medicina o que lhe resta de humano. Certo é, sendo paternalista ou não, atualmente “o médico deixou de estar imune à crítica e à responsabilidade<sup>88</sup>”; sendo imperioso que o profissional acompanhe não só as leis de sua arte, mas também as modificações sociais e jurídicas.

### 3. O Ser Humano

O segundo passo da nossa construção deve considerar, necessariamente, o conceito do ser humano o qual nos fornecerá uma base sólida no trabalho de outros conceitos e princípios importantes para o Direito da Medicina.

#### **3.1 Origem do termo pessoa, história da personalidade**

Apesar de todas as dificuldades na conceituação do homem, a realidade mais elementar do ser humano é a vida. É o requisito fundamental para o desenvolvimento de qualquer conceituação mais complexa.

O segundo aspecto elementar do ser humano, conforme entende Diogo Gonçalves<sup>89</sup> é o fato de ser um animal que sente, tem impressões e, no caso específico do homem, é capaz de perceber o outro.

Essas realidades apresentadas, todavia, podem estar presentes em uma ampla gama de seres vivos. Com isso, seria preciso identificar a realidade do homem que o torna um animal singular.

Gonçalves nos diz que a especificidade do homem está no próprio ato de ser. O autor afirma que: “*qualquer homem que exista é<sup>90</sup>, necessariamente,*

---

<sup>88</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

<sup>89</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos de personalidade. Fundamento ontológico da tutela. Lisboa: Almedina, 2008, p. 40.

<sup>90</sup> Sinteticamente poderíamos dizer que o início da personalidade ocorre com o nascimento com vida. Já a morte cessa a existência da pessoa natural. Mas isso pode gerar boas discussões, principalmente no que se refere aos direitos do nascituro. Seria o nascituro

pessoa? Se não, quando “nasce” a pessoa ou a personalidade? No Direito Romano, a personalidade jurídica começava com o nascimento. Esse nascimento, todavia, deveria obedecer alguns requisitos: a separação completa do corpo da mãe e vida própria, uma vez que os que nascem mortos não se considera nascidos nem sequer procriados. Hodiernamente convivemos com muitas teorias sobre o direito do nascituro. Alguns defendem que o nascituro é pessoa, outros que só são após o nascimento com vida. Ainda podemos identificar situações nesse ínterim, entre a personalidade e a não-personalidade.

O artigo 66º, nº 2 da lei portuguesa, prevê que os direitos reconhecidos do nascituro dependem do seu nascimento com vida, poderíamos interpretar tal dispositivo como uma expectativa de direito do feto. Caso nasça com vida terá todos os benefícios desde a concepção, caso não sobreviva, será considerado como se nunca houvesse existido.

No Brasil, a lei protege o nascituro desde a sua concepção. O âmbito dessa proteção pode ser discutida em três vertentes. A primeira é a tese natalista, que crê que só é pessoa o nascido com vida, não se poderia falar em direitos da personalidade antes desse fato. Outro posicionamento é a teoria concepcionista, que considera como pessoa, com todas as implicações que esse instituto proporciona, o ente desde a sua concepção. FIUZA acredita que o Direito brasileiro adota essa posição quando interpretamos sistematicamente o ordenamento jurídico.

A última tese é intermediária e acastela que o Direito brasileiro seria adepto da teoria concepcionista da personalidade condicional, ou seja, o direito protege o nascituro e lhe oferece direitos desde que ele nasça com vida. Esse pensamento estaria em conformidade com o regramento do Digesto, já exposto.

Nenhuma dessas três teses parece satisfazer FIUZA, que esclarece seu pensamento. Para ele *“a melhor tese [é] a do sujeito de direito sem personalidade. Sujeito de direito porque o próprio ordenamento jurídico expressamente lhes confere. Despido de personalidade também por força de norma expressa”*.

Já no Direito português, MOTA PINTO revela que a personalidade jurídica adquire-se no momento em que ocorrer a separação do filho do corpo materno, sem qualquer outro requisito. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 201.

Esse pensamento leva ao entendimento de que o Código Civil português adota a tese natalista, ou seja, o início da personalidade pressupõe o nascimento. Não são todos que concordam com esse pensamento. Como referência, CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direitos da personalidade. 2ª Ed. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1992, p. 42.

A existência de várias teorias e posicionamentos não é infundada. Atualmente, as grávidas podem marcar com antecedência a data de nascimento da criança. Ora, independente da data marcada para a cirurgia, o ente no ventre materno será o mesmo, ele estaria preparado para nascer se o procedimento cirúrgico fosse realizado um dia antes ou um dia depois.

O nascimento não parece ter um efeito transformador, pelo menos não para o ente intrauterino. Mas à medida que nos afastamos do dia do nascimento natural, menos preparado, o ente estará para o nascimento, até que cheguemos ao ponto inicial, o momento da concepção.

Mesmo que afastemos as dificuldades na determinação do momento exato da concepção, é inevitável que o ente nessa oportunidade é distinto daquele às vésperas do nascimento. Dificilmente iremos conseguir provas seguras de que há possibilidade de sentir e compreender desde a concepção, mas seguramente, não é o nascimento que torna o ente detentor da natureza humana.

Poderíamos filosofar interminavelmente, mas o objetivo dessa exposição é outro. Diante dos pensamentos apresentados, cremos que uma tese intermediária seria a mais recomendada nessa situação.

Assim como FIUZA, concordamos que não seria necessária a personalidade jurídica para proteger o ente por nascer. O Direito poderia tutelar o nascituro por outros meios que não o instituto da personalidade. Essa posição conseguiria coadunar uma teoria natalista com as proteções ao nascituro previstas no ordenamento jurídico. FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo. 10ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 125-126.

*peessoa, será sempre pessoa, permanecerá pessoa, independentemente do seu estado, circunstância ou aparência (verdadeiros acidentes)... só deixará de ser pessoa quando, pura e simplesmente, deixar de ser”.*

A referida especificidade de *ser* poderia se desdobrar em três características: a solidão, o aspecto relacional e as possibilidades realizáveis.

A solidão seria a impossibilidade do homem em ser afetado pelas relações intersubjetivas. *“A relação com os outros é, para o Homem, exterior à sua perfeição.”* Que se frise o fato de essa solidão não ser a ausência do contato com outros homens, ausência de relacionamentos, e sim a dispensabilidade da relação intersubjetiva para a perfeição humana.

A segunda característica coloca em foco o aspecto relacional. Se a solidão responderia a pergunta: Como eu sou? Essa responde: Quem eu sou? Essa resposta somente poderia ser alcançada por meio da relação intersubjetiva. O homem só seria capaz de se definir em uma relação, e *“a relação é o próprio homem”*.

Devemos esclarecer que o homem participa no ser de cada outro. Não seria parte do ser, mas antes, teria parte no ser.

Última característica é a possibilidade de realizações. O homem é um ser que busca um crescimento pessoal, que deseja conquistar seus desejos e atingir seus objetivos, assim, vale ressaltar que faz parte do homem aquilo que ele pretender *ser*.

Diogo Gonçalves define o homem como: *“aquele ente que, em virtude da especial intensidade do seu ato de ser, autopossui a sua própria realidade ontológica, em abertura relacional constitutiva e dimensão realizacional unitiva”*<sup>91</sup>.

Já o termo *pessoa* não possui uma origem certa e nem o sentido em que começou a ser utilizado é claro<sup>92</sup>. O pensamento dominante defende que o vocábulo significa máscara, expressando a ideia física do homem, independentemente de ter ou não capacidade jurídica, sendo livre ou escravo<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. *Ibidem*, p. 64.

<sup>92</sup> Para Diogo Costa, a origem do termo *“vive encerrada numa neblina de mistério”*. *Idem*, *Ibidem*, p. 20.

<sup>93</sup> JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 107.

Mais detalhadamente, Gonçalves<sup>94</sup>, pronuncia que o termo: “*pessoa aparece assim ligada ao teatro grego, à máscara da tragédia antiga*”, derivando do termo *próspon*.

É possível que se faça distinções entre o termo homem e o termo pessoa, todavia, iremos optar pelo posicionamento em que os dois termos são equivalentes. O homem é pessoa<sup>95</sup>.

No próximo capítulo, ao caminharmos pela história da personalidade iremos nos deter de maneira mais detalhada sobre o termo pessoa.

### **3.2 A Evolução: Um breve caminhar pela história:**

Após conceituarmos o Homem e a pessoa, é importante destacarmos a história do direito da personalidade no ocidente até o momento atual.

O autor Campos<sup>96</sup> nos informa que o apelo do homem “*não matarás*” foi o primeiro reconhecedor da dignidade do outro. Ele foi precursor de muitos outros que foram surgindo, e ainda surgem, à medida que a complexidade da comunidade aumenta e necessita de mais respeito entre os entes.

Retomando à Antiguidade, entende-se que o pensamento grego tinha uma dificuldade em reconhecer a individualidade. O homem era uma parte do todo. Para Diogo Campos<sup>97</sup>, “*o indivíduo, enquanto tal, não é significativo: o ser exprime-se (é) através de papéis funcionais em situações determinadas, ou por um lugar social que lhe é atribuído por nascimento ou pelo funcionamento da sociedade*”.

No mesmo sentido, Gonçalves<sup>98</sup> afirma que para o pensamento antigo, por ter uma visão monista da realidade, só havia perfeição na unidade e totalidade do ser, a individualidade era um problema, mesmo em Aristóteles e Platão. Sendo parte da natureza, o homem estava sujeito aos constrangimentos dela e também de outros homens. A pessoa era determinada pelas situações concretas em que participava, não havia o ser individualizado.

---

<sup>94</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. Ibidem, p. 20.

<sup>95</sup> Mesmo sendo possível desenvolver o termo “pessoa”, o presente estudo, se tornaria extenso e fugiria do escopo inicial. Vale ressaltar que, no Direito, existem pessoas que não são humanas. As pessoas jurídicas são os melhores exemplos.

<sup>96</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direitos da personalidade. 2ª Ed. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1992, p. 21.

<sup>97</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. Ibidem, p. 9.

<sup>98</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. Ibidem, p. 22.

Quem conseguia se destacar na sociedade antiga era elevado à condição de herói ou divindade. Um ser humano comum não era capaz de se sobressair, de ser destacado da unidade dos seres humanos.

Alexandre, O Grande, um dos maiores conquistadores de todos os tempos, era considerado filho do próprio deus Dioniso e suas conquistas eram marcadas por “interferências” divinas. Suas vitórias eram justificadas mais em função da sua descendência mística do que por sua capacidade estratégica e seu raciocínio singular.

Na Grécia, mesmo que nem todos fossem considerados pessoa – como os escravos – e, existissem limitações à capacidade jurídica da maior parte da população, o pensamento grego foi importante para o direito da personalidade. De acordo com Capelo De Sousa<sup>99</sup>, da ideia de *hybris*<sup>100</sup> e da ação judicial punitiva surgiu o embrião da tutela da personalidade.

Apesar do Homem não ser percebido como ser individual, o pensamento clássico e pós-clássico grego colocou o ser humano como origem e finalidade da lei e do direito, o que levou os problemas da personalidade e da capacidade para uma nova perspectiva<sup>101</sup>. Esse novo posicionamento – o homem como finalidade do Direito – foi utilizado em Roma, sendo conhecida pela expressão *hominum causa omne ius constitutum est*. Mas a personalidade jurídica e a capacidade de gozo e de agir ainda dependiam de três condições, o homem deveria ser livre, ser cidadão e ter *status familiae (sui iuris)*<sup>102</sup>.

Juntamente com a *hybris* grega, a injúria<sup>103</sup> romana, prevista na *Lex Cornelia* promulgada em 81 a.C. por Sila, constituíram a base para o direito geral da personalidade<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A.. O direito geral de personalidade. 1ª Ed (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 44.

<sup>100</sup> Podemos relacionar a *hybris* com o descaso que alguém tem pelos outros ou pelos deuses, a crença que seus atos não tem limites e que pode fazer tudo que suas paixões indicarem.

<sup>101</sup> Idem, *ibidem*, p. 47.

<sup>102</sup> Todo direito é constituído para os homens. Os termos latinos para as duas primeiras condições para a personalidade e a capacidade plena são: *status libertatis* e o *status civitatis*. JUSTO, A. Santos. Direito Privado Romano – I: parte geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos), 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 106.

<sup>103</sup> Pelas lições de Capelo de Sousa, a *Lex Cornelia* tipificava taxativamente e concretamente as injúrias que punia (*pulsatum, verberatumve, domumve introitam*, em D. 47, 10), o édito do pretor qualificava a sua noção de injúria abstratamente, como cláusula geral. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Ibidem*, p. 54.

<sup>104</sup> A *Lex Cornelia*, que, literalmente, significa a Lei do Chifre previa: *pulsatum, verbertumve e domumve introitam*. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A., *Ibidem*, p. 54.

Somente com a teologia cristã, o dualismo filosófico da natureza e da pessoa sobrepõe-se ao monismo antigo. “Pessoa torna-se, assim, a forma especial ou particular de ser de uma determinada natureza”<sup>105</sup>. Essa noção individualizada do homem se adequa à necessidade cristã de explicar a imagem e semelhança de Deus com o Homem. “Ser imagem de Deus é ser um ser pessoal”<sup>106</sup>.

Devemos frisar que a cultura grega e romana contribuiu de maneira significativa para o direito da personalidade, mas foi o cristianismo que o moldou da maneira como vemos hoje. Inúmeras conquistas e modificações no modo de pensar tornam o direito da personalidade atual mais complexo, entretanto é com o cristianismo que o Homem deixa de ser parte da natureza e estar sujeito a ela, para ser sujeito de direito e portador de valores. O Homem passa a ser pessoa<sup>107</sup>.

O pensamento cristão, tendo como referência as ideias gregas e romanas anteriores, não conseguiu florescer de maneira imediata na estrutura sócio-econômica-jurídica do Baixo Império cristão. De acordo com Capelo De Sousa<sup>108</sup> foi Santo Agostinho o principal responsável por ultrapassar o pensamento antigo e colocar o homem como detentor de um direito inalienável aos moldes da doutrina cristã.

Quando chega a modernidade, altera-se o conceito de pessoa. A concepção cristã da pessoa como ente metafísico abre espaço para uma realidade psíquica, emotiva e subjetiva<sup>109</sup>.

Podemos apontar alguns pensadores importantes para a época e para o tema. Na visão de Gonçalves<sup>110</sup>, a realidade pessoal para Descartes é a autoconsciência do sujeito cognoscente. A impossibilidade em confiar nas sensações coloca o eu-pessoa como ente estritamente psíquico. Locke, de forma semelhante, acreditava na pessoa como consciência racional e reflexiva que pode considerar a si mesma.

---

<sup>105</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos de personalidade. Fundamento ontológico da tutela. Lisboa: Almedina, 2008, p. 26.

<sup>106</sup> Idem, ibidem, p. 29.

<sup>107</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direitos da personalidade. 2ª Ed. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1992, p. 12.

<sup>108</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A.. Ibidem, p. 56.

<sup>109</sup> GONÇALVES, Diogo Costa, cit., p. 31.

<sup>110</sup> Idem, ibidem, p. 31-32.

Por sua vez, Hume vê o eu-pessoa como a consciência – aglomerado de sensações e percepções – de si. Para Kant<sup>111</sup>, a realidade pessoal deriva da consciência moral. O eu-pessoa é o eu do dever-ser.

Nesse período, início do séc. XVIII, os ideais indivíduo-contratualistas e da Escola do Direito Natural triunfaram. Havia uma primazia do direito natural sobre o positivo. O direito natural fundava-se “*nos direitos ‘inatos’, ‘originários’ e irrenunciáveis do homem pré-político, e no qual a liberdade individual e o seu subjetivismo prevaleciam sobre a ordem objetivamente estabelecida*”<sup>112</sup>.

Essa corrente de pensamento abriu o caminho para o surgimento de declarações, cartas político-jurídicas com conteúdo de maior proteção ao indivíduo.

Muitos autores apontam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como o fundamento da criação do direito da personalidade em 1789, mas Campos<sup>113</sup> dispõe que outras declarações versaram sobre o direito do homem anteriormente. É o caso da Carta de Carlos I a Rhode Island em 1643; da Constituição de Locke para a Carolina do Norte em 1669 e os Bills of Rights de alguns Estados americanos.

Outra importante codificação da época é o Código Civil austríaco de 1811, vigente ainda hoje, que declara os direitos da personalidade como direitos inatos, evidentes por meio da razão, em seu art. 16<sup>114</sup>. Para Capelo de Sousa<sup>115</sup>, a codificação austríaca está em conformidade com a escola kantiana jusnaturalista e coloca o Direito Natural como fonte subsidiária do direito.

Já na era contemporânea, Portugal consagrou a tutela dos direitos da personalidade no Código Civil de Seabra em 1867. O primeiro Código Civil português, em seu art. 1º declara que “*só o homem é susceptível de direitos e obrigações; nisto consiste a capacidade jurídica ou a sua personalidade*”.

---

<sup>111</sup> Para Kant, o Homem é o todo formado por aquilo que ele foi, aquilo que ele é e aquilo que pretende ser, num devir. Apesar da sua complexidade, o Homem é limitado. Ele só pode conhecer o que é experimentável, se o objeto não puder oferecer um conhecimento seguro, ele não é cognoscível.

<sup>112</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A, cit., p. 65.

<sup>113</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. Ibidem, p. 36-37.

<sup>114</sup> § 16 do ABGB: Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Sklaverei oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht wird in diesen Ländern nicht gestattet.

<sup>115</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A, cit., p. 70-71.

Vale ressaltar que Portugal foi o primeiro país a reconhecer um direito geral da personalidade. O Código de Seabra referia-se aos direitos originários e para Capelo de Sousa<sup>116</sup>, apontava para a consagração da tutela geral da personalidade. A inovação portuguesa não foi bem recebida pela doutrina e jurisprudência local e sofreu pesadas críticas até a promulgação do atual Código Civil de 1966.

No Brasil, apesar de algumas proteções à pessoa na Constituição Imperial e nas Constituições de 1891, 1934 e 1946, o Código Civil de 1916 não ventilou a matéria. A preocupação com o direito da personalidade, entretanto, foi retomada de maneira contundente pela Constituição de 1988 e seguida pela codificação civil de 2002<sup>117</sup>.

#### 4. Tutela Geral dos Direitos de Personalidade

É imperiosa a tutela dos direitos da personalidade<sup>118</sup>. O ser humano necessita de proteção para o seu desenvolvimento e principalmente de proteção para *ser*.

Antes de entrarmos na seara da tutela geral da personalidade, é necessário delimitarmos o que seria o objeto dessa tutela. Dizer que se tutela o ser humano seria fazer uso da tautologia e não poderíamos optar por essa via. De tal modo, tentaremos iluminar os aspectos do ser humano que devem ser protegidos por essa tutela geral<sup>119</sup>.

Preliminarmente, há que se explicitar que é da pessoa do homem que se deve partir o pensar jurídico de uma tutela geral, nele devendo se basear a juridicidade e o sentido de tal tutela<sup>120</sup>. Ou seja, o homem deverá ser o fundamento e o fim da tutela geral. Nessa linha, um direito geral de personalidade teria o caráter de reconhecer os variados prismas do ser

---

<sup>116</sup>Idem, *Ibidem*, p. 83.

<sup>117</sup> NICOLÓDI, Márcia. Os direitos da personalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 134, 17 nov. 2003.

<sup>118</sup> Atualmente se entende que os direitos da personalidade não se equivalem aos direitos fundamentais do Direito Constitucional. Os primeiros são direitos fundamentais, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade, apenas aqueles que se referem à pessoa humana. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, cit. P. 12.

<sup>119</sup> Partimos do pressuposto que há uma tutela geral de personalidade no direito português e brasileiro, mesmo sabendo que a doutrina não é una. No presente momento, entretanto, devemos fazer uma construção lógica para, posteriormente, apresentarmos as críticas.

<sup>120</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A, cit., p. 15.

humano e não de inová-los, criando perspectivas que não se referem ao aspecto ôntico da pessoa.

Em tal perspectiva, Diogo Costa identifica três centros<sup>121</sup> de tutela concretizáveis em sede de direitos da personalidade. Esses centros podem ser considerados o objeto da tutela geral de personalidade, acabando por sistematizar a pessoa humana na visão do Direito.

O primeiro centro seria o conjunto de aspectos fundamentais garantidores da existência do ser humano em concreto, os aspectos sem os quais não se pode falar em personalidade. O autor cita o direito à vida, à integridade física e à autonomia moral como exemplos do primeiro conjunto que realizaria a autopossessão do ser humano.

Em um segundo momento, o centro da tutela recairá sobre a realidade atual da personalidade. Nessa ocasião, encontraríamos os elementos presentes na realidade pessoal concretizadores da realização final da pessoa humana. Poderíamos citar o direito à intimidade da vida privada como um dos direitos da personalidade tutelados nessa oportunidade.

Nessa face, seria identificaríamos a necessidade dos outros seres humanos, para a concretização do próprio eu. O outro não é um obstáculo à personalidade, antes, a integra e a potencia<sup>122</sup>.

Por último, teríamos a proteção da potencialidade da personalidade. O homem como ser em realização – dotado de uma missão, de um desejo de progredir e construir o seu *eu* – necessita de proteção mais específica, uma tutela que garanta o seu pleno desenvolvimento da personalidade. “*Na concretização normativa de tais direitos deve presidir a consideração teleológica de que o escopo do direito a enunciar é a garantia de que nada do que o homem poderá ser deixe de ser possível*”<sup>123</sup>.

Com essa exposição, é possível depreender que a proteção do ser humano não pode se limitar ao que ele é, obviamente, a tutela deverá circunscrever tanto os aspectos concretos quanto as potencialidades do poder-ser. Nesse sentido, Gonçalves conclui que “*a tutela de personalidade está orientada a proteger não só quem o Homem é, mas também quem o Homem*

---

<sup>121</sup> GONÇALVES, Diogo Costa, cit., p. 95-96.

<sup>122</sup> Idem, ibidem, p. 97.

<sup>123</sup> Idem, ibidem, p. 98

*está chamado a ser*<sup>124</sup>. Mas não poderíamos admitir a proteção ilimitada que permitisse atos contrários aos objetivos do ordenamento jurídico ou que infringissem a boa-fé em nome de uma tutela do ser humano<sup>125</sup>.

A unidade do ser humano, que poderia ser dividida nesses três centros de tutela como propõe Gonçalves, é protegido contra a ingerência de terceiros por um possível direito geral da personalidade para salvaguarda do ser e de suas funções<sup>126</sup>.

O mesmo autor revela que o jurista deve debruçar-se sobre a natureza da pessoa e reconhecer que “*só essa realidade pode ser fundamento da concretização normativa desejada*”<sup>127</sup>. Assim nos parece. O ser humano é complexo, e como vimos, a proteção do seu *ser* é insuficiente, devendo ser garantido o seu desenvolvimento, ou em outras palavras, o que ele pode se tornar a *ser*. Nessa perspectiva, difícil seria uma previsão legal que abarcasse todas as facetas do ser humano de maneira sistemática e taxativa, garantindo proteção ao *ser* e à potencialidade do *ser*. Mas admitir uma proteção genérica e ilimitada não parece correto.

Por isso Diogo Gonçalves sublinha que a concretização normativa dos direitos da personalidade deve estar fundamentada na realidade humana. E dizemos mais uma vez, a realidade humana não é tão somente a sua natureza estática, mas também a natureza dinâmica.

Já referimos que o ordenamento poderia proteger de forma específica ou geral esses direitos de personalidade. Nesse momento, entretanto, nos deteremos sobre o direito geral de personalidade.

Portugal e Brasil parecem defender uma cláusula geral dos direitos de personalidade. Mesmo caso da Suíça, Grécia<sup>128</sup>, Áustria<sup>129</sup> e Alemanha<sup>130</sup> de acordo com o que nos informa Capelo de Sousa.

---

<sup>124</sup> Idem, ibidem, p. 93

<sup>125</sup> Trataremos de forma mais detida no tópico dedicado às ponderações sobre o uso da tutela geral.

<sup>126</sup> Diogo Leite defende a existência e de um direito geral de tutela dos direitos de personalidade. CAMPOS, Diogo Leite de, cit., p. 49.

<sup>127</sup> GONÇALVES, Diogo Costa, cit., p. 14-15.

<sup>128</sup> O art. 57º do Código Civil Grego se refere a direitos da personalidade de modo geral, nos mesmos moldes do art. 70º do Código português, protegendo qualquer lesão, ou perigo de lesão a qualquer direito da personalidade e legitimando os parentes para requerer indenização em caso de morte do lesado. Os artigos seguintes disciplinam alguns direitos da personalidade específicos.

Em que consistiria essa tutela geral? Capelo de Sousa alega, sucintamente, a possibilidade de dizer que o direito geral de personalidade é o direito de cada homem ao respeito e à promoção da: *“globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana, com a conseqüente obrigação por parte dos demais sujeitos de se absterem de praticar ou de deixar de praticar atos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia”*<sup>131</sup>.

Outros países, ao contrário dos supramencionados, escolheram um caminho diverso e não adotam a técnica da tutela geral. A França e a Itália são os melhores exemplos dessa opção.

Sobre esses dois países, Capelo de Sousa<sup>132</sup> diz que eles *“deram preferência à especialização dos direitos de personalidade e repudiaram a ideia de um genérico direito de personalidade”*. Embora não usem uma cláusula geral, o leque dos direitos especiais não estão sujeitos a qualquer *numerus clausus*. O autor continua informando que *“alguns dos direitos especiais de personalidade aí reivindicados sempre tiveram uma dinâmica bastante expansiva, particularmente o direito à individualidade. Depois, porque é muito amplo o âmbito da responsabilidade civil geradora de um dever indenizatório”*.

Na Itália, De Cupis e Pugliese, ao repudiar o direito geral de personalidade, por o verem como uma abstração insuscetível de ter lugar num ordenamento jurídico defendem a utilização da analogia para tutelar

---

<sup>129</sup> A Áustria adota a cláusula de tutela geral no parágrafo 16º e trata os direitos da personalidade de acordo com a escola jusnaturalista, considerando-os direitos inatos de qualquer pessoa e combatendo a escravidão no seu território. Original: *Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Sklaverei oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht wird in diesen Ländern nicht gestattet.*

<sup>130</sup>No caso específico da Alemanha, DIOGO LEITE informa que a tutela geral da personalidade é reconhecida desde a primeira metade do século XIX. A Alemanha optou por uma solução semelhante a brasileira. A tutela geral dos direitos da personalidade é retirada da sua constituição e levada para as relações privadas civis. Artigo 2º,(1) *“Toda pessoa tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade na medida em que não viole os direitos de terceiros ou atente contra a ordem constitucional ou a lei moral”*. Tradução livre do original: *“Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt”*. CAMPOS, Diogo Leite de, cit., p. 49.

<sup>131</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A., cit., p. 93.

<sup>132</sup> Idem, ibidem, p. 87-88.

manifestações da personalidade não expressamente protegidas pelo ordenamento<sup>133</sup>.

Com isso, torna-se possível perceber que um ordenamento jurídico sem tutela geral dos direitos de personalidade consegue proteger os direitos da personalidade de forma satisfatória. Devemos, entretanto, mencionar que esses ordenamentos utilizam outros meios para flexibilizar a legislação a ponto de acompanhar as modificações e anseios sociais. Já destacamos algumas dessas técnicas, das quais retomamos: o rol não taxativo dos direitos da personalidade, o caráter elástico do conceito de alguns direitos personalíssimos expressamente previstos e o amplo âmbito da responsabilidade civil geradora do dever indenizatório.

## **5. A Disposição do corpo**

### **5.1 O ser humano e seu corpo**

Durante nossa caminhada pouco adentramos nas particularidades do tema proposto. Primeiramente nos detivemos em dados históricos sobre a medicina e o Direito da Medicina, para depois, expor algumas ideias sobre o ser humano e algumas formas de tutela de seus direitos.

Mesmo que tenhamos nos dedicado sucintamente a esses assuntos, o julgamos primordiais para dar início a discussão de temas tão complexos como a natureza da obrigação do médico e os limites da responsabilidade profissional.

Esse capítulo, embora, ainda, não atinja o cerne do nosso problema, já está em uma zona intermédia. Possui uma grande relevância para inúmeros temas jurídicos, mas sempre poderá ser relacionado com a responsabilidade do cirurgião plástico.

Tal fato se deve a uma questão lógica. Qualquer intervenção cirúrgica atua sobre o corpo humano. Assim devemos verificar a licitude dessa atuação, se ela necessita de algum requisito para ser realizada validamente e se possui algum tipo de limitação.

---

<sup>133</sup> MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome. Coimbra: Almedina, 2011, p. 90-91, nota 109.

Segundo Martínez-Pereda experimentamos nosso corpo como limite e como meio que restringe nossos movimentos e desejos. Esse ambiente é o qual eu tenho soberania espontânea. Mas o autor reflete que não se possui o corpo, a questão vai além, a pessoa tem um corpo mas também é o corpo<sup>134</sup>.

Começando pela licitude da atuação, é mais simples para a nossa problematização se cogitarmos seus extremos. No nosso caso, seria a proibição de qualquer intervenção no corpo humano e na outra extremidade a disposição da própria vida.

No primeiro caso, a pessoa não poderia dispor do seu corpo, quer seja em um órgão com poder regenerativo quer seja um procedimento sem riscos. Atualmente seria difícil defender algo assim. Mesmo que alguns indivíduos, por sua religião ou pensamento pessoal, optem por não realizar algum tipo de intervenção, acabam por concordar em realizar outros tipos, seja uma tatuagem, a colocação de brincos, seja cirurgias de alto risco ou de urgência.

Creio que o posicionamento em prol da licitude da disposição corpórea tem como fundamentação primeira a necessidade de proteção do “bem maior”: a vida.

Com isso como ficaria o questionamento se pensarmos na outra extremidade, a disposição corporal máxima, ou seja, a disposição da própria vida?

A vida é o bem essencial, sem o qual não existiriam os demais<sup>135</sup>. Assim, é natural que não exista uma faculdade de disposição da vida, mesmo porque o suicídio não pode ser compreendido como uma forma de exercício de um direito. Mesmo que alguns entendam o contrário, é mais forte o pensamento que acredita que a vida não é algo puramente individual, existiria um interesse social, coletivo<sup>136</sup>.

A questão, entretanto está longe da pacificação. Exemplo disso é a situação em que uma pessoa arrisca sua vida, seja na prática de esportes perigosos, seja por um interesse superior por motivos altruístas, religiosos ou

---

<sup>134</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. La cirugía estética y su responsabilidad. Granada: Editorial Comares, 1997, cit. p. 42.

<sup>135</sup> Alguns autores interpretam que a vida é um valor fundamental, Grundwert, indisponível. Haveria um direito à vida e não um direito sobre a vida. A indisponibilidade do corpo humano, atualmente, foi flexibilizado. Alguns sistemas jurídicos permitem a disponibilidade do sêmen e do útero. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, cit. P. 41-43.

<sup>136</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. La responsabilidad civil del Médico. Aspectos tradicionales y modernos. Madrid: Editorial Trivium, 1988, p. 32.

patriotas. Nesses casos, o pensamento coletivo tende a aceitar o sacrifício. Em alguns casos, os bons costumes, inclusive, exigem moralmente esse sacrifício<sup>137</sup>.

Por questões de delimitação temática, não poderíamos nos aprofundar no debate do porquê a sociedade valora negativamente uma forma de disposição da vida e positivamente outras. O interessante é sabermos que na área médica é difícil apoiar uma atuação sobre o corpo humano que geraria um risco maior do que o próprio pretexto que a induziu. O pensamento mais comum, é que nessas situações não se deveria realizar o procedimento<sup>138</sup>.

Essa problemática não é recente. A origem está no jusnaturalismo racionalista. Baltasar Gómez de Améscua, em 1609, foi o primeiro a fazer referência à disposição do corpo em seu *Tratatus de Potestate in se ipsum*. Segundo ele, o ser humano é livre para fazer qualquer coisa consigo mesmo, exceto o que o Direito proíbe. O homem teria um poder sobre sua vida, seu corpo e, inclusive, de sua alma<sup>139</sup>.

Já deslocando a discussão para a área médica, é possível verificar que as decisões judiciais sobre o tema são recentes. E não poderia ser diferente. Como vimos, a complexidade da medicina prosperou significativamente após o séc. XIX, assim a relação entre a disposição do próprio corpo e a intervenção cirúrgica é, relativamente nova.

Para melhor visualização podemos citar a decisão sobre a licitude das operações realizadas sobre membros sãos, com finalidade puramente estética, que foi declarada em 1929 pelo Tribunal Civil de Sena, sendo confirmada pela Corte de Apelação de Paris em 12 de março de 1931<sup>140</sup>.

O certo é que ninguém pode atuar sobre o corpo de uma pessoa contra a sua vontade, nem que a intervenção seja vantajosa. Esse é o requisito básico<sup>141</sup>. A atuação do médico que não observa a vontade do paciente está,

---

<sup>137</sup> Idem, ibidem, p. 33.

<sup>138</sup> Em outras palavras, o atentado voluntário à integridade corporal se justificaria pela finalidade curativa. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 274.

<sup>139</sup> Fundamentando-se no livre-arbítrio ofertado por Deus, Gómez, cristalizou a doutrina cristã que gestava desde a Idade Média. ATAZ LOPEZ, Joaquín. Los médicos y la responsabilidad civil. Madrid: Editorial Montecorvo, 1985, p. 60-61, nota 50.

<sup>140</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 280.

<sup>141</sup> O direito à integridade pessoal consagrado no art. 25.º da Constituição portuguesa engloba o consentimento informado. O Código Penal, por seu turno pune a intervenção médica realizada sem o consentimento do paciente ao proteger a sua liberdade por meio do tipo “*intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*” previsto no art. 156.º e impõe a

em princípio, ferindo mais a liberdade pessoal do que a integridade física deste<sup>142</sup>. Esse assunto, todavia, não poderia ser discutido com tal simplicidade. Iremos tratar mais detalhadamente desta questão no capítulo sobre os princípios.

A intervenção estética plástica, como dito, atua no corpo do paciente e por isso seria uma atuação ilícita. Para sanar essa potencial ilegalidade, necessitamos de, basicamente, dois requisitos, o consentimento do paciente e o legítimo exercício da medicina pelo cirurgião.

E que se frise que a presença de ambos os requisitos é obrigatória. Alguém que consinta que terceiro lhe cegue ou ampute um membro não gera a irresponsabilidade do ofensor. Do mesmo modo, um médico não poderá realizar um procedimento cirúrgico contra a vontade de uma pessoa maior e capaz<sup>143</sup>.

Agora, caso o paciente consinta, o médico poderia realizar qualquer tipo de intervenção estética? Mesmo que tendamos a apoiar uma ampla liberdade para o paciente, seria inconsequente defender a liberdade ilimitada, mesmo que essa atuação atinja somente ele.

A explicação é que o consentimento do paciente, nas cirurgias estéticas, não é o suficiente para justificar o tratamento. Ele é fundamental, mas devemos analisar caso a caso para podermos determinar alguns limites.

Uma dessas limitações seria a proteção legal dos bons costumes. Algumas sociedades aceitam uma intervenção, já outras nem a cogitariam.

---

observância do dever de esclarecimento pelo art. 157.º. Ressaltamos, entretanto, que o mesmo Código, em seu art. 150º dispõe que o ato médico não constitui ofensa à integridade física desde que observe os dois elementos subjetivos: (i) o ato deve ser realizado por “médico ou outra pessoa legalmente autorizada”; (ii) o ato deve possuir finalidade terapêutica, ou seja, ter “intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”; além de atender dois elementos objetivos (iii) a intervenção deve ser realizada por indicação médica; e finalmente (iv) o ato deve respeitar a *leges artis*. Segundo o mesmo autor, o exercício à autodeterminação para os atos médicos deve ser regido pelo princípio da autonomia e o consentimento deve ser dado, soberanamente, ao paciente capaz. Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 109-111 e 205. Costa Andrade revela que nem todas as intervenções arbitrárias merecerão a censura da ilicitude e das reações criminais. Contudo, na medida em que sejam atentados ilegítimos à integridade pessoal, constituirão fundamento bastante para sanções civis. Isto porque a tutela civilística é globalizante, ao contrário da proteção fragmentária penalista, permitindo uma reação indenizatória na seara material e, sobretudo, moral a qualquer afronta à dignidade. ANDRADE, Manuel da Costa. Direito Penal Médico – SIDA: testes arbitrários confidencialidade e segredo. São Paulo: Editora dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 61-63.

<sup>142</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquín, cit. p. 61.

<sup>143</sup> Nesse sentido, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 276-277.

Tudo isso porque “as relações do homem com sua própria corporeidade dependem, em grande parte, do grupo sociocultural e, sobretudo na visão da imagem da pessoa”<sup>144</sup> e isso deverá ser respeitado. A ofensa aos bons costumes e a ordem pública não é sanada pelo consentimento do paciente.

Essa restrição deverá sempre estar atenta às liberdades pessoais. Se estiver certo que ninguém poderá fazer o que bem quiser com seu corpo em qualquer circunstância, a certeza não é menor de que a sociedade deve entender que o corpo, e principalmente o rosto é fundamental para a personalidade e prestígio individual<sup>145</sup>. É o corpo em ação que nos possibilita interpretar e transmitir emoções e características de personalidade.

O Papa Pio XII, em um discurso para o X Congresso Nacional Italiano de Cirurgia Plástica, aduz que a moralidade da cirurgia estética depende das circunstâncias de cada caso. As condições principais para a valoração são: a intenção sincera, a defesa da saúde do paciente contra riscos notáveis, que a razão seja razoável e proporcional aos meios extraordinários recorridos. Respeitadas tais condições, a cirurgia estética, não choca com a vontade de Deus. Muito pelo contrário, é o testemunho da sabedoria e bondade do homem ao restituir a perfeição da obra máxima da criação visível<sup>146</sup>.

Nossa opinião é que seria lícita toda a intervenção que torne possível ao homem viver mais alegre, seguro e satisfeito com seu próprio corpo, mesmo que a intervenção escolhida tenha como consequência uma modificação que a maioria julgue esteticamente feia, inovadora ou de simples mau gosto. O que não podemos aceitar é a ofensa aos bons costumes, como no caso de uma intervenção que busca dificultar a identificação policial<sup>147</sup>. Assim, mais do que o resultado esteticamente objetivado, nossa posição tende a pesar mais as motivações que levam a intervenção do que a modificação buscada<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> Idem, ibidem, p. 65.

<sup>145</sup> Idem, ibidem, p. 65-66 e 275.

<sup>146</sup> Proferido em 4 de outubro de 1958.

<sup>147</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 279.

<sup>148</sup> Parece que a legislação portuguesa está nesse sentido, cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. 143. Uma intervenção realizada segundo a *leges artis* prevista no art. 150.º do Código Penal, não atentará contra os bons costumes ou a ordem pública. Ocorre que o referido artigo não abrange todas as intervenções médicas. Uma dessas exceções é, exatamente, a cirurgia plástica estética. Para tratar de tais casos, utiliza-se o art. 149.º do mesmo diploma legal que indica critérios para definir os bons costumes; deverá ser analisado os “*motivos e os fins do agente ou do ofendido*”. O artigo é mais restritivo no que a posição explicitada por nós, uma vez que coloca “*os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa*” como critérios para

Resumindo, cremos que a intervenção que objetiva corrigir um defeito, por menor que ele seja, que cause complexos de inferioridade ao paciente ou que limite sua capacidade social e econômica é lícita<sup>149</sup>.

## **5.2 Danos corporais**

A licitude do procedimento cirúrgico, por si só, não ilide o profissional de toda e qualquer responsabilização. Isso porque, caso o profissional não atue em conformidade com a lei das artes ele poderá causar um dano ao paciente. Adentraremos detalhadamente ao tema mais à frente. Agora, o importante é debatermos o que seriam esses danos corporais.

Conforme a doutrina, o dano corporal é o que afeta a integridade física e/ou psíquica do paciente. Com isso, essa espécie de dano estaria dentro do gênero de danos não patrimoniais<sup>150</sup>, fato que não significa a impossibilidade de uma devida indenização por danos patrimoniais, caso a lesão repercuta sobre as possibilidades econômicas do paciente<sup>151</sup>.

Alguns autores defendem que não existiria distinção entre o dano estético e o dano moral pelo fato de a lesão atingir sempre um interesse extrapatrimonial da vítima, qual seja: a sua integridade corporal<sup>152</sup>.

Outros acreditam que os danos corporais não estão inseridos em nenhuma das duas categorias. Esse particular tipo de dano habitaria uma zona intermédia entre os danos patrimoniais e os não patrimoniais, visto que as consequências da lesão poderiam ser de ambas as classes<sup>153</sup>.

Tentando elucidar esse ponto, é razoável apresentar a classificação apresentada por Martínez-Pereda a respeito dos danos corporais. Eles seriam

---

a determinação da contrariedade, ou não, aos bons costumes. Pensamos que os últimos critérios são excessivos e não auxiliam o livre desenvolvimento do ser humano. Se o indivíduo deseja correr riscos, seja por escolher uma intervenção inovadora, seja por se submeter a demasiado risco, é uma opção que só cabe a ele. Nesse ponto de vista, discordamos de Figueiredo Dias. O autor aduz que o caráter grave e irreversível deve servir para integrar a cláusula de bons costumes, impedindo, conseqüentemente, a autorrealização do paciente quando identificada. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Textos de Direito Penal – Doutrina Geral do Crime*, Lições ao 3.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2001, p. 267,

<sup>149</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *La cirugía estética y su responsabilidad*. Granada: Editorial Comares, 1997, p. 180-181.

<sup>150</sup> VICENTE DOMINGO, Elena, cit., p. 52.

<sup>151</sup> ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2da Ed. Actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987, p. 160.

<sup>152</sup> Idem, *ibidem*, p. 162-163.

<sup>153</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de Responsabilidad Médica*. 4ª Ed. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 281.

divididos em lesões anatômicas, funcionais, estéticas, morais e extracorpóreas<sup>154</sup>.

As lesões anatômicas atingiriam os tecidos ou órgãos do corpo, não sendo relevante eventual diminuição de funcionalidade. Como exemplos, teríamos as queimaduras, cicatrizes, hematomas, edemas e encurtamento de membros.

Já as lesões funcionais, que podem estar intimamente ligadas com uma lesão anatômica, afetam a função de algum órgão, tecido ou sistema prejudicando o desempenho corporal.

As morais são as manifestações colaterais de um dano corporal que atingem a esfera psíquica. Toda lesão afeta psicologicamente o ser humano, mas nem toda lesão moral é indenizável. O paciente sempre deverá comprovar os pressupostos da responsabilização e indicar, objetivamente, o aspecto da sua vida íntima que fora prejudicado.

As lesões extracorpóreas transcendem o corpo do paciente gerando danos e prejuízos, físicos ou morais, em terceiros.

Por último, e já se adequando melhor ao nosso objeto, devemos tratar do dano estético. O dano estético atingirá a parte perceptível do corpo da vítima, “*será toda espécie de desfiguração, afeamento, deformação ou mutilação*”<sup>155</sup>. Porém, nem sempre resultará em dano estético aquele que atinja órgãos e tecidos internos do paciente. Algumas das lesões internas podem refletir externamente, como uma diminuição da capacidade motora. Um dano que seria inteiramente corporal/funcional seria o corte do nervo óptico que provoca uma cegueira. Apesar da gravidade da lesão, os terceiros não seriam capazes de perceber uma piora estética, o que não poderia gerar uma indenização com base no dano estético.

Vale ressaltar que não é essencial para a constatação do dano estético, a presença inicial de uma harmonia da face ou uma beleza física do paciente<sup>156</sup>. O importante é verificar se houve um dano, uma piora ou modificação indesejada no corpo do paciente. Considera-se dano o que limita a

---

<sup>154</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 471.

<sup>155</sup> ZANNONI, Eduardo A., cit. p. 161.

<sup>156</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 488.

vítima em suas relações pessoais afetivas, intelectuais, sexuais, laborais, entre outras<sup>157</sup>.

A visão alemã é um pouco diferente. Apesar de existir uma divisão do gênero danos pessoais, os germânicos preveem a proteção dos direitos à vida, ao corpo e à saúde. Na primeira espécie, o dano causa, obrigatoriamente, a morte da vítima. Na segunda, a lesão é externa, enquanto na última é interna, mesmo que o fato que o cause seja externo<sup>158</sup>.

Na *common law*, é defendida a reparação total do dano à integridade física, mesmo que os bens afetados não possam ser avaliados de forma precisa. Com isso, os juristas anglo-saxônicos acabam por separar os danos em dois tipos: os *special damages* e os *general damages*. Os primeiros são os danos econômicos, os danos devidos desde o efeito danoso e que podem ser alegados pelo demandante antes da sentença. Já os segundos, são os danos valorados pelo juiz, onde se incluem os danos morais. Pertence a essa última categoria, as indenizações devidas pelo sofrimento e dor física e psíquica do paciente que tenha como causa o evento lesivo, além do chamado *loss of amenities*, ou seja, os danos pela perda dos prazeres vitais<sup>159</sup> e do *future loss*, ou redução de ganhos futuros e diminuições da capacidade de lucros<sup>160</sup>.

A situação é um pouco diversa na Itália. Isso porque, a proteção da saúde está fundada no dano patrimonial do art. 2043. O mecanismo busca superar o limite das indenizações previstas nos art. 2059, para as lesões não patrimoniais<sup>161</sup>. Mesmo que a legislação italiana não proteja, diretamente, o dano corporal e o seus correlatos, os juristas se utilizam dessa manobra para adequar o sistema de responsabilização civil italiano com a vanguarda do direito. Hodiernamente, acreditamos que um sistema jurídico que não proteja a globalidade do ser humano é chocante e retrógrado.

O mencionado mecanismo não é necessário na França. O país prevê uma proteção ao dano estético desde a década de 1970. O entendimento jurisprudencial e doutrinário passou a torná-lo independente, tutelando-o pelo

---

<sup>157</sup> VÁZQUEZ BARROS, Sergio. Responsabilidad civil de los médicos – doctrina, legislación básica, jurisprudencia, formularios y bibliografía. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 305.

<sup>158</sup> VICENTE DOMINGO, Elena, cit. p. 58-59.

<sup>159</sup> Entrariam aqui a impossibilidade de viajar, praticar esportes, de ler ou qualquer outro *hobbie* que se tornou difícil ou impossível de se praticar.

<sup>160</sup> VICENTE DOMINGO, Elena, cit. p. 66-68.

<sup>161</sup> Idem, ibidem, p. 84-85.

próprio artigo 1382 do Código de Napoleão<sup>162</sup>. A *Loi Badinter* de 1985, o *Barème de Rousseau* e a *Mission-type d'expertise médicale* do ano de 1987, que busca mensurar o dano por meio de uma perícia que opine e avalie a existência, a natureza e a importância do dano estético segundo uma escala de 0 a 7/7, independente do dano funcional eventualmente sofrido,<sup>163</sup> destacam a independência do dano estético reforçando tal juízo.

O posicionamento francês nos mostra que o dano estético deve ser considerado autonomamente. E esse é o nosso pensamento. O dano estético seria uma espécie de dano corporal que, por sua vez, seria espécie do dano extrapatrimonial, ao lado do dano moral. Mas seria possível reparar o dano estético? Se sim, ele estaria incluído em outra categoria maior? Tentaremos responder tais questionamentos no tópico seguinte.

### **5.3 Possibilidade de indenizar:**

Atualmente, os sistemas jurídicos visam buscar a reparação integral dos danos sofridos. Se alguém, ou algo sob a sua responsabilidade, causa um dano ilícito a outrem, o lesado deve ser reparado ou compensado totalmente. É uma questão de equidade.

A maneira para calcular essa indenização é um pouco mais complexa. Poderíamos citar o cálculo dos danos emergentes como a parte mais simples, uma vez que o lesado comprovaria, por exemplo, os gastos arcados por consequência da lesão, como medicamentos, transportes, etc. Um pouco mais complicada é a valoração dos lucros cessantes, considerados como a renda que seria auferida futuramente pelo lesado em seu trabalho se não houvesse sofrido o dano.

De complexidade inescusável é a reparação dos danos morais. Como a dor, o desapontamento, a desonra e outros sentimentos íntimos são impossíveis de quantificar objetivamente, e ainda variam de acordo com a percepção de cada pessoa, o trabalho do jurista se torna árduo. Muitas das vezes, o magistrado, o lesado e o lesante tem um valor diferente que julgariam justo para compensar o dano.

---

<sup>162</sup> SANTOLINO PRIETO, Miguél Angel. Métodos econométricos para la valoración cualitativa y cuantitativa del daño corporal en el seguro de automóvil. Tesis doctoral. Universidad de Barcelona, 2007, p. 50-52.

<sup>163</sup> Idem, ibidem, p. 296.

Essa complexidade afeta, da mesma maneira, os danos corporais. Independente se os considerarmos dentro dos danos patrimoniais, dentro dos não patrimoniais ou em uma categoria distinta, sempre teremos como bem lesado algo de inestimável valor, seja a beleza estética, a saúde ou a vida.

Nosso posicionamento é que a reparação deverá ser feita integralmente. Alcançaríamos esse objetivo se levássemos em conta as consequências pecuniárias e as não patrimoniais, considerando para a avaliação o tempo de duração, a necessidade de assistência, o tempo de incapacidade laboral e as sequelas<sup>164</sup>. Esses últimos, como bem sublinha Vicente Domingo, não podem ser confundidos com outros danos morais que o mesmo paciente pode sofrer. O mesmo autor revela que haverá hipóteses em que essa reparação será complicada, citando por exemplo a sutil distinção entre *pretium doloris* e *pretium affectionis*<sup>165</sup>.

Para defender a integralidade da reparação, é importante o realce de todas as espécies de bens lesados. Normalmente há a separação entre danos materiais e morais. Os primeiros são, geralmente, provados pela vítima ou seus representantes, enquanto os segundos são auferidos pelos magistrados.

Seria muito importante para o paciente que o magistrado percebesse os diferentes domínios lesados, para que a reparação seja a mais próxima da realidade possível. Nesse sentido destacamos os danos corporais e, especialmente, o dano estético. Todos eles podem e, normalmente, geram danos morais, mas é necessário que os juristas saibam identificá-los e valorá-los de formas individuais.

Nesse sentido, torna-se possível visualizar com mais facilidade a importância do instituto do *loss of amenities*, já mencionado, equivalente ao instituto francês do *pérjudice d'agrément*, que sublinha a necessidade de

---

<sup>164</sup> Podemos considerar como seqüela toda consequência prejudicial que implique uma modificação sensível, permanente e negativa na fisionomia, seja nos aspectos morfológicos, seja nos funcionais. Quando o dano é muito importante, tratar-se-ia de uma deformidade. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 488 e FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, cit. p. 286.

<sup>165</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. Los daños corporales: tipología y valoración. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1994, p. 52. A lesão a um bem estimado pela vítima seria o *pretium affectionis*, enquanto o *pretium doloris* compensaria o dano moral sofrido por uma lesão corporal. Ressaltemos ainda o *pretium pulchritudinis* referente ao dano moral que advém da lesão estética. Espinosa de Rueda Jover, Mariano. Aspectos de la Responsabilidad Civil, com especial referencia al daño moral. In: Anales de Derecho, n.º. 9. Murcia: Universidad de Murcia, 1986, p. 57.

indenizar a perda de possibilidades de distração, de atividades culturais e de lazer em geral, além dos chamados prejuízos sexuais e sociais<sup>166</sup>.

A Resolução 75/7 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, com o objetivo de diminuir as disparidades entre os sistemas de reparação de danos na Europa, corrobora com a defesa da reparação integral dos prejuízos sofridos, incluindo os patrimoniais e os morais, além das dores físicas e sofrimentos psíquicos. O cálculo da compensação deverá observar a intensidade e duração, sendo indenizável somente o sofrimento da vítima direta e das pessoas mais próximas, como os pais e o cônjuge e, nessa última situação, em caso de um sofrimento excepcional. Conforme a Resolução, esse cálculo deverá ser feito objetivamente, desconsiderando o nível socioeconômico da vítima<sup>167</sup>.

Independente de ser um dano moral ou corporal persistirá a dificuldade no cálculo. A capacidade de identificar cada tipo de lesão, certamente, beneficiará a vítima, tornando mais fácil a reparação integral, entretanto a valoração ainda é complexa, afinal, são bens não econômicos.

Buscando facilitar esse cálculo pelo magistrado, a Espanha introduziu no ano de 1990 uma tabela de orientação para o dano estético. Inspirado na escala francesa, o método espanhol consiste em graduar, em seis níveis, o prejuízo sofrido pela vítima: ligeiro, moderado, médio, importante, muito importante e considerável. Distinguindo entre homem e mulher, deve-se atribuir “pontos de incapacidade” a cada nível e considerar a idade, sexo e a importância da imagem para a profissão habitual da vítima, nos casos de deformidades ou cicatrizes importantes. A tabela também inclui o custo das intervenções cirúrgicas necessárias para a reparação do dano<sup>168</sup>.

É interessante notar que mesmo defendendo a reparação integral, a Resolução Europeia e o método espanhol têm uma interessante distinção. Enquanto a Resolução prega a objetivação da valoração, ou seja, desconsiderando características pessoais importantes como o poder econômico da vítima, os espanhóis optaram por avaliar a profissão do lesado o que revela uma maior importância às características pessoais da vítima.

---

<sup>166</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, cit. p. 295.

<sup>167</sup> Podemos verificar esse posicionamento, principalmente, nos princípios 1, 12, 13 da referida Resolução. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 475.

<sup>168</sup> VICENTE DOMINGO, Elena, cit. p. 297 y nota 903.

Somos contra qualquer tipo de padronização nas indenizações por dano moral, corporal ou estético. Uma tabela com valores indicativos<sup>169</sup> ou médios seria importante, já que evitaria uma grande oscilação entre as indenizações devidas homogeneizando as decisões judiciais. Defender um modelo rígido seria querer padronizar o impadronizável: as relações humanas. Cada lesão é única e tem consequências singulares em cada pessoa. Seria ilógico pensar nessa possibilidade, apesar de ser a opção mais cômoda.

---

<sup>169</sup> Portugal possui uma tabela nesse sentido para acidentes de trânsito, apontada pela Portaria 377/2008. A tabela serve meramente como base para o magistrado, uma vez que os critérios de avaliação da indenização devem observar o Código Civil – especialmente ao art. 496.º, nesse sentido, entendemos que ela poderia ser utilizada em danos provenientes da atividade médica. Como o diploma civil não apresenta critérios objetivos, a tabela da referida portaria pode ser usada de modo indicativo. Ao atribuir valores a cada lesão, o magistrado poderá chegar a um resultado monetário, ao montante indenizatório. No caso do dano estético, a pior lesão poderia alcançar 10.000 euros. Mesmo que tal tabela tenha função de mero guia para os magistrados, tudo indica que os valores indenizatórios para o dano estético não superam o valor máximo previsto na Portaria 377. As decisões pesquisadas atribuem um valor máximo de 40.000 mil euros e mínimo de cerca de 11.000. Em todos os casos, as vítimas sofreram lesões funcionais, diminuições da capacidade motoras, entre outras. O montante das referidas indenizações abarcam todos os danos não-patrimoniais, não somente o dano estético o que fortalece o entendimento de que o valor de compensação de uma lesão estética gira em torno de 800 a 10.000 euros, como previsto na Portaria. Mais detalhes nos acórdãos de 20 de novembro de 2003 nº 03A3450, de 15 de janeiro de 2004 nº 03B926, 4 de dezembro de 2007 nº 07A3836, 24 de Setembro de 2009 nº 09B0037 e o de 25 de Junho de 2009 nº 08B3234, todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). A necessidade de indenizar o dano estético é cristalina na jurisprudência portuguesa, como trata o acórdão do STJ, de 26-01-2012 n.º 220/2001.7.S1. A Espanha possui uma tabela bem próxima à portuguesa. A diferença mais significativa está no fato de ela ser de uso obrigatório pelos magistrados. Apesar de referir-se somente aos acidentes viários, os valores da tabela já incluem os danos morais e levam em consideração modificadores pessoais como a idade e renda e características familiares. Foi instituída pelo Real Decreto Legislativo de 8/2004 e é corrigido anualmente (a mais recente de 21 de janeiro de 2013). Tal tabela não possui força vinculante em relação aos danos estéticos provenientes de cirurgias plásticas, bem como a tabela instituída pela Lei 30/1995. O que deve-se atentar é para o fato de que as referidas tabelas incluem no valor final os danos morais, o que acaba dificultando a independência entre os dois tipos de lesão. Frise-se que a jurisprudência espanhola defende a autonomia entre ambas. (Sentença nº 385/2005 de AP Barcelona, Sección 1ª, 15 de Junho de 2005; Sentença nº 81/2004 de AP Valladolid, Sección 1ª, 01 de Março de 2004). A França acrescenta uma característica interessante. Além de possuir uma tabela que atribui uma porcentagem para a incapacidade sofrida pela vítima, mas que não indicam qualquer referência monetária, os magistrados franceses podem consultar a média dos valores de indenizações recebidos pelas vítimas em outros processos judiciais. Assim, os dados jurisprudências disponibilizados pela AGIRA, a Association pour la gestion des la informations sur le risque automobile, possibilitam uma harmonização nacional das indenizações. SANTOLINO PRIETO, Miguél Angel, cit. P. 50-52.

## 6. O Contrato Médico

### 6.1 Ato Médico:

Antes de adentrarmos na seara do contrato médico, é fundamental que conceituemos o objeto desse contrato: a atividade médica.

Caracterizaríamos essa atividade conforme lição de Ataz Lopez<sup>170</sup> como o conjunto de atos, operações ou tarefas próprias desenvolvidas por médicos e demais profissionais sanitários, os quais tem lugar sobre o corpo humano; tende, direta ou indiretamente, à conservação, melhora e, em geral, à promoção das condições da saúde humana, individual ou coletiva, em todas as suas facetas: físicas, psíquicas e sociais. Atividade, essa, liberal e discricionária, permitindo a autodeterminação e escolha dos meios técnicos idôneos para realizar o objeto pretendido<sup>171</sup>.

Mesmo entendendo ser tarefa árdua delimitar um conceito que albergue diferentes atividades profissionais com a mesma finalidade, ou seja, o bem-estar do paciente; Jamarillo<sup>172</sup>, afirma que ato médico é o conjunto coordenado de ações executadas por um profissional de medicina no marco do exercício da sua profissão, com fundamento em seus conhecimentos técnicos, com a inequívoca finalidade de preservar a vida, a saúde e a integridade do ser humano, em clara sintonia com a lei das artes.

Segundo os autores, a conceituação do ato médico exige a finalidade curativa. Mesmo que Ataz Lopez<sup>173</sup> perceba uma importante exceção: a autopsia. A finalidade curativa, entretanto, deverá ser entendida de maneira ampla, de forma a abarcar as intervenções voluntárias como a cirurgia estética e a esterilização sexual.

O ato médico, para nós, seria o ato executado pelo facultativo, durante o exercício profissional, visando o bem-estar, físico ou psicológico, do paciente de acordo com a lei das artes da sua ciência.

---

<sup>170</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin. Los médicos y la responsabilidad civil. Madrid: Editorial Montecorvo, 1985, p. 29.

<sup>171</sup> PRINCIGALLI, Annamaria, cit., p. 23.

<sup>172</sup> JARAMILLO J., Carlos Ignacio. La responsabilidad civil médica – la relación médico-paciente. 2ª Ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011, p. 61-69.

<sup>173</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 46-47 y nota 33.

## **6.2 Natureza:**

O entendimento de que o negócio jurídico celebrado entre médico e paciente tem natureza contratual é relativamente recente. Muitos doutrinadores defendiam<sup>174</sup>, e alguns ainda defendem, uma relação de natureza extracontratual. Em caso de dano, o ressarcimento se fundaria apenas no regime delitual<sup>175</sup>.

A pequena margem para o exercício da liberdade contratual acabava por ser um dos fundamentos dessa opção<sup>176</sup>. Mas atualmente<sup>177</sup>, é, praticamente, consenso entre os doutrinadores a possibilidade da existência do contrato médico<sup>178</sup>. Tal entendimento foi auxiliado pela decisão da Corte de Cassação, em 20 de maio de 1936<sup>179</sup>, no sentido de caracterizar a natureza da responsabilidade do médico como contratual<sup>180</sup>; acabando por facilitar ao prejudicado, no caso, o paciente, a prova em juízo das imputações sobre o médico<sup>181</sup>.

O regime contratual se amolda de maneira mais satisfatória à relação entre médico e paciente do que a tutela aquiliana<sup>182</sup>. Fundamenta-se a assertiva pelo fato do médico não dever observar apenas a obrigação de não ingerência, imposta a qualquer pessoa. Além disso, o profissional se obriga a não prejudicar o doente, e, sobretudo, a satisfazer a finalidade do contrato, melhorando a saúde ou pelo menos diminuindo o sofrimento do paciente<sup>183</sup>.

---

<sup>174</sup> No direito brasileiro essa realidade começou a mudar após a vigência do Código Civil de 2002.

<sup>175</sup> PEDRO, Rute Teixeira. A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 56.

<sup>176</sup> Idem, *Ibidem*, p. 57

<sup>177</sup> Alguns exemplos de decisões que reconhecem a natureza e a responsabilidade contratual do médico: Ac. STJ de 4 de Março de 2008, de 18 de setembro de 2007, de 5 de julho de 2001, de 19 de Junho de 2001; Ac. Do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de abril de 2007.

<sup>178</sup> Em Portugal, esta mudança de orientação dá-se com Moitinho de Almeida, e o seu artigo "A Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro", publicado na "*Scientia Iurídica*", Tomo XXI, 1972, de acordo com o Acórdão do STJ de 15 de dezembro de 2011.

<sup>179</sup> Antes disso, uma decisão do Tribunal Federal Suíço, em 10 de junho de 1892, reconheceu a relação médico-paciente como contratual. GÉRARD MÉMETEAU, *Le tour du monde em 80 lignes, notes sur la responsabilité médicale comparée*. In : *les aspects actuels ou méconnus de la responsabilité médicale*, 1991, p. 76, apud PEREIRA, André Gonçalo Dias, *ob. Cit.* P. 28.

<sup>180</sup> "*il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat (...) et la violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle*".

<sup>181</sup> MATIELO, Frabricio Zamprogna. Responsabilidade civil do médico. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. P. 43.

<sup>182</sup> Nesse sentido o acórdão da Relação do Porto 3233/05.0TJPRT.P1 publicado em 05/03/2013 em relação ao contrato entre paciente e médico/dentista na modalidade prestação de serviços médicos, disponível em [www.dgi.gov.pt](http://www.dgi.gov.pt).

<sup>183</sup> SIMÃO, Carina Susana Vieira. O ónus da prova na responsabilidade médica. Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2010, p. 36.

Assim, na maioria das situações, é possível identificar o contrato que é “o marco inicial médico/paciente[...], que tem lugar quando um solicita e o outro aceita prestar serviços profissionais”<sup>184</sup>.

O contrato médico não exige formalidades, sendo admissível o acordo verbal, por escrito, por telefone, por meio digital, pessoalmente, à distância ou de qualquer outro meio não defeso em lei. Para além da informalidade<sup>185</sup>, o contrato médico é sinalagmático sendo, em regra, oneroso; ademais é consensual e *intuitu personae*<sup>186</sup>. É a última característica que autoriza ao médico recusar seus préstimos, exceto em caso de urgência ou dever humanitário, como observa o artigo 47 do Código Deontológico dos médicos da França. O direito comum, no mesmo sentido, dita, de acordo com Memeteau, que os profissionais liberais podem recusar o cliente que não lhes transmitam confiança<sup>187</sup>.

Apesar de ser informal, o contrato médico é um tema penoso para a doutrina, sendo possível catalogar inúmeras teorias sobre a natureza desse contrato. Vieira<sup>188</sup> demonstra a existência de pelo menos sete teorias sobre a sua natureza jurídica. Entre elas: o mandato, a comissão civil, o arrendamento de obras, de empresa, de trabalho, de arrendamento de serviços e, por fim, o *sui generis*.

Em Portugal<sup>189</sup> tem-se aceitado<sup>190</sup> a natureza de contrato de prestação de serviços para a atividade médica<sup>191</sup>. Mas Rute Teixeira esclarece que o contrato seria uma subespécie, que mesmo não recebendo tratamento específico, é um tipo social e nominado<sup>192</sup>.

De acordo com Álvaro Dias, o simples facto de ter o seu consultório aberto ao público e de ter colocado a sua placa, o médico encontra-se numa

---

<sup>184</sup> MATIELO, Frabricio Zamprogna, cit., p. 44. No mesmo sentido, PEDRO, Rute Teixeira, *Ibidem*, p. P. 60.

<sup>185</sup> Art. 219.º do Código Civil português.

<sup>186</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *Ibidem*, p. 70-71.

<sup>187</sup> MÉMETEAU, Gérard. *Cours de Droit Médical*. Bordeaux : Les études Hospitalières, 2003, p. 245.

<sup>188</sup> VIEIRA, Luzia Chaves, cit, p. 49.

<sup>189</sup> Já na Espanha, o entendimento majoritário é de que a natureza do contrato é de arrendamento de serviços, previsto no artigo 1.544 do Código Civil espanhol. GÓMEZ SÁNCHEZ, Amelia. *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 33.

<sup>190</sup> Decisão de 9 de fevereiro de 2012 do STF. Na doutrina, entre outros, PEREIRA, André Dias Gonçalves, *ob. Cit.* P. 31.

<sup>191</sup> Em alguns casos a natureza seria diversa. Quando há fornecimento de prótese seria um contrato de empreitada.

<sup>192</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *Ibidem*, p. 72-73.

situação de proponente contratual e o indivíduo que aí se dirige está manifestando a sua aceitação a proposta<sup>193</sup>.

Ferreira de Almeida<sup>194</sup>, entretanto, observa três tipos distintos de contratos de prestação de serviço médico que poderiam ser celebrados entre a clínica e/ou médico e o paciente. No primeiro deles, o contrato global, a clínica assume todas as obrigações correspondentes aos serviços médicos. No segundo, a clínica assume as obrigações de prestação de serviços médico sem internamento, o que significa, correntemente, a prestação de serviço em regime ambulatorial consistindo em consultas, cuidados de saúde simples e exames complementares de diagnóstico. Já no contrato dividido, o último tipo, o médico assume todas as obrigações de prestação, exceto a detida pela clínica: a de internamento.

Conforme o autor, as duas primeiras modalidades não exigem uma relação contratual direta entre médico e paciente, somente entre a instituição de saúde e o último. Nessa situação, a responsabilidade do médico seria extracontratual, a da clínica, a seu turno, seria contratual. A história é diversa para o contrato dividido. Nesse caso, a relação contratual é constituída entre médico e paciente o que gera uma responsabilidade contratual para o profissional. A clínica responderia apenas pelas obrigações não cumpridas referentes ao internamento. Deveremos apoiar-nos especialmente no contrato dividido. Nas cirurgias estéticas, essa espécie contratual é a mais adequada, uma vez que o negócio jurídico é pactuado entre paciente e médico, pois, em geral, o elemento *intuitu personae* é muito mais forte do que em outros ramos da medicina.

Para os italianos, a atividade médica deriva de um contrato de obra profissional previsto pelo artigo 2230 e seguintes do *Codice Civil*, formado no momento em que o paciente se apresenta para uma visita<sup>195</sup>.

Na Espanha não paira dúvidas de que a relação entre médico e paciente seja contratual. A teoria majoritária determina uma natureza contratual de

---

<sup>193</sup> João Álvaro Dias, in “Procriação Assistida e Responsabilidade Médica”, *Stvdia Ivridica*, n° 21 - BFDC - Coimbra, 1996, p. 121-122.

<sup>194</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Os contratos civis de prestação de serviço médico. In: Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: AAFDUL, 1996, p.90-94.

<sup>195</sup> PRINCIGALLI, Annamaria, cit., p. 17.

arrendamento de serviços<sup>196</sup>. Na hipótese de tratar-se de uma operação estética, a doutrina defende que a natureza é de arrendamento de obra<sup>197</sup>. Há tal diferenciação porque, no caso da medicina curativa, os espanhóis creditam natureza obrigacional de meios, se adaptando melhor ao conceito de arrendamento de serviços. A intervenção estética, ao contrário, teria natureza de obrigação de resultado, fazendo com que o instituto do arrendamento de obras seja mais adequado<sup>198</sup>.

Apesar dos inúmeros pontos de vista, pode-se dizer que a teoria sobre a natureza *sui generis* do contrato médico também é aceita. Isso porque o contrato possui inúmeras particularidades tais como a confiança entre as partes, a rescindibilidade<sup>199</sup> e a evolução de acordo com o diagnóstico e tratamento<sup>200</sup>.

Giostri<sup>201</sup> comenta que se trata de uma prestação reiterada, divididas em várias fases, como a de atendimento, pedidos de exames, prescrição de medicamentos e o acompanhamento das respostas orgânicas. Somam-se a essas características o fato do profissional não prestar somente serviços estritamente técnicos, acabando por tornar-se conselheiro e protetor do enfermo e seus familiares<sup>202</sup>; dados que identificariam uma natureza especial, *sui generis*.

A Holanda colocou um fim na discussão interna sobre a natureza do contrato médico. O Código Civil do país, apesar de todas as dificuldades, regulamentou o contrato de serviços médicos em 1995<sup>203</sup>. Todavia, grande parte dos sistemas jurídicos não possui tal previsão legal. Nessas situações, o

---

<sup>196</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 144.

<sup>197</sup> Sentença do Tribunal Supremo de 28 de junho de 1997.

<sup>198</sup> O Tribunal Supremo afirmou em sentença de 11 de dezembro de 1997 que a cirurgia satisfativa é uma *locatio operis*, ou um arrendamento de obra, gerando um aumento da responsabilidade, visto que exige o cumprimento exato do contrato.

<sup>199</sup> Quanto à rescindibilidade, Achával dispõe que o médico somente poderá rescindir o contrato quando não existir perigo para a saúde ou vida do paciente, ou quando estiver assegurada a atenção médica por outro profissional. Tradução livre do enxerto: El médico solo puede rescindir este contrato cuando no existe peligro para la salud o la vida del paciente, o cuando por razones de circunstancias está asegurada la atención médica por otro profesional. Achával Alfredo. Responsabilidad civil Del medico. 2ªEd. Abeledo Perrot: Buenos Aires. Argentina, 1996, p. 50.

<sup>200</sup> BUERES, Alberto J.. Responsabilidad Civil de los médicos. Buenos Aires, Argentina: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1979, pág 54.

<sup>201</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e resultado: avaliação, uso e adequação. 1ª Ed., 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 21.

<sup>202</sup> CAVALIERI, Sergio Filho. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 360, defende uma natureza *sui generis*, assim como MATIELO, Frabricio Zamprognna, cit., p. 46. Vieira também acredita em uma natureza especial e revela que a jurisprudência brasileira vêm apoiando essa linha VIEIRA, Luzia Chaves, cit., p. 47.

<sup>203</sup> PEREIRA, André Dias Gonçalo, cit., P. 32.

contrato médico acaba por ser regulado pelos princípios gerais, preceitos da legislação civil, pelos usos profissionais ou outros mecanismos que se encontram previstos pelo ordenamento<sup>204</sup>.

Em algumas situações<sup>205</sup>, ao contrário, o vínculo jurídico será extracontratual<sup>206</sup>. Rute Teixeira<sup>207</sup> esquematiza essas situações. Em um primeiro grupo, a realidade contratual não é formada de maneira válida. São os casos de experimentação arriscada sem finalidade curativa e a mutilação desnecessária ou aqueles em que o contrato não chega a existir, devido a impossibilidade de celebração em tempo útil, como nas emergências.

No outro grupo já existe um contrato válido, mas os danos causados estão fora do âmbito contratual de proteção. A autora cita os prejuízos causados a terceiros como exemplo principal do grupo. Em outras situações, há o vínculo contratual, contudo o médico não se obriga a realizar nenhuma prestação ao paciente. O médico é um mero auxiliar do devedor, como ocorre quando o doente celebra o contrato com a clínica. Ademais, gerará uma responsabilidade delitual se o médico for apenas um dos membros de uma equipe vasta que atua sobre o abrigo do contrato celebrado entre paciente e o chefe da equipe médica.

Por último, temos que destacar que no Direito português, as atividades desenvolvidas pelo médico na esfera da saúde pública serão de natureza extracontratual, independente da relação estabelecida entre paciente e entidade pública.

A questão, entretanto, não é reconhecer o negócio jurídico em tela como contratual, e sim assumir as consequências de tal opção. Boa parte dos juristas não vê com bons olhos a aplicação da presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1 para a atividade médica<sup>208 209</sup>.

---

<sup>204</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 147.

<sup>205</sup> De forma geral podemos exemplificar: o fornecimento de atestado falso; na não-notificação de doença contagiosa; no atendimento espontâneo a transeunte desmaiado ou a suicida que se recusa receber assistência. BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil Médica, Odontológica, Hospitalar. Vários autores. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 100.

<sup>206</sup> Para Penneau, bastaria a observação e exame do doente para a formação de um vínculo contratual. PENNEAU, Jean. Faute et erreur en matière de responsabilité médicale. Paris: L.G.D.J., 1973.

<sup>207</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *ibidem*, p. 63-69.

<sup>208</sup> Em 20 de maio de 1936, a Cour de Cassation reconheceu o caráter contratual da relação médico-paciente mas destaca que a obrigação do profissional é de mera prudência e diligência, na tentativa de impedir a presunção de culpa do devedor inadimplente.

<sup>209</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *ibidem*, p. 59.

### **6.3 Princípios norteadores:**

Os princípios são importantíssimos para a Ciência do Direito. Eles direcionam a criação de novas normas e a interpretação das já eficazes e válidas. Sobre a diferenciação entre normas e princípios se pronuncia Alexy<sup>210</sup>: *“o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras têm o caráter de mandados definitivos”*.

E para o autor alemão, os mandados de otimização são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas<sup>211</sup>. Os mandados podem ser satisfeitos em diferentes graus e devem observar outras regras e princípios opostos.

Por meio da declaração de Alexy é possível depreender que os princípios são ferramentas que devem nortear o Direito. Eles não são absolutos, podendo ser utilizados em maior ou menor grau conforme o caso concreto, mas jamais devem ser esquecidos.

Trataremos de alguns dos princípios de fundamental importância no contrato médico: a autonomia da vontade, a transparência, o consentimento informado e a boa-fé, sem os quais seria difícil admitir a validade do contrato.

#### **6.3.1 Autonomia da vontade**

Sobre a importância do princípio da autonomia da vontade, Fiúza dispõe que *“é ele que faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos. Funda-se na vontade livre, na liberdade de contratar”*<sup>212</sup>.

Seguindo esse ponto de vista, é possível verificar que, exceto nos casos previstos em lei, ninguém é obrigado a contratar com outrem. Assim, o princípio da autonomia da vontade é um importante sustentáculo do contrato.

Vieira<sup>213</sup> endossa esse posicionamento na medida em que diz que a vontade declarada dos contraentes é o elemento principal do contrato. A

---

<sup>210</sup> ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 162.

<sup>211</sup> Idem, Ibidem, p. 162

<sup>212</sup> FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo. 10ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 402.

<sup>213</sup> VIEIRA, Luzia Chaves, cit., p. 90.

vontade representa o gênesis e a legitimação do contrato, sendo o seu poder vinculante e obrigatório.

Segundo Wald, a autonomia pode ser vista de duas maneiras distintas. A primeira é a liberdade de contratar, que é a faculdade de firmar ou não determinado contrato. Já a segunda, a liberdade contratual, é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato<sup>214</sup>.

Essa vontade geradora do contrato somente será eficaz quando conjugada com a observância dos princípios do consentimento eficaz e da boa-fé, conforme verificaremos abaixo.

### **6.3.2 Consentimento informado**

Após nos determos no campo dos direitos da pessoa humana e de termos discutido as questões inerentes à disposição do próprio corpo pelo paciente, chegamos ao princípio de inegável importância para a tutela dos direitos do paciente. Será o consentimento informado, o instituto fundado na ideia de dignidade da pessoa humana<sup>215</sup>, o elemento concretizador da liberdade e da autodeterminação do paciente na busca por sua personalidade.

Convenientemente, o termo consentimento informado faz referência a uma teoria elaborada dentro do contexto da ética, do direito e da medicina. Baseado nos princípios éticos, regulado por normas legais e levado em prática pelos médicos na relação médico-paciente<sup>216</sup>.

De forma preliminar, e de acordo com o Manual de Ética do Colégio de Médicos Americanos de 1989, o consentimento informado seria a explicação fornecida a um paciente atento e mentalmente capaz sobre a natureza da sua situação, assim como dos efeitos e riscos dos procedimentos recomendados para, a seguir, solicitar a sua aprovação. A transmissão da informação deve ser compreensível e não tendenciosa; buscando sempre a colaboração do paciente por meios idôneos, ou seja, sem coação e sem que o profissional tire partido de sua potencial dominação psicológica sobre o paciente.

---

<sup>214</sup> WALD, Arnold. Obrigações e contratos. 13 Ed. São Paulo: RT, 1998, v II.

<sup>215</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, cit., P. 17.

<sup>216</sup> SÁNCHEZ-CARO, Javier/ABELLÁN, Fernando, cit., p. 45-46.

Os objetivos<sup>217</sup> principais do consentimento são a promoção da autonomia<sup>218</sup> individual e o estímulo por uma tomada racional de decisão<sup>219</sup>, como mencionamos mais acima. Por meio do Manual de Ética apresentado, podemos perceber que são peças importantes para um consentimento válido<sup>220</sup>, a capacidade do paciente e a natureza da informação prestada.

Visando estudar esse instituto de maneira adequada, trataremos das formas em que a informação deve ser repassada pelo médico e posteriormente adentraremos no consentimento informado para oferecer uma visão geral, embora atenta.

#### 6.3.2.1. A evolução do instituto

Para melhor entendermos o instituto do consentimento informado – tivemos a oportunidade de citá-lo diversas vezes, mas não a ocasião de estudá-lo – iremos fazer uso, mais uma vez, da História. De maneira resumida apresentaremos a evolução deste consentimento.

Atualmente, o referido instituto vem ganhando força e espaço na doutrina e jurisprudência. Ressaltamos o fato de o instituto ser relativamente recente. Na França Hubinois menciona que as normas escritas surgiram essencialmente em 1994, apesar da *Cour de Cassation* ter determinado a necessidade do médico obter o consentimento do paciente já em 1951<sup>221</sup>.

---

<sup>217</sup> Para a ERS, uma das razões que sustenta a existência de consentimento informado é o oferecimento ao doente da participação ativa nas decisões sobre os cuidados médicos a que se submete. Tal oportunidade, promoveria o bem-estar do paciente, bem como evitaria intervenções consideradas potencialmente perigosas por ele. Em última instância, o consentimento tornaria o paciente consciente das implicações de suas escolhas. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. Consentimento Informado – Relatório Final. Maio de 2009, p. 10.

<sup>218</sup> Aproveitando a lição da estimada jurista Paula Pereira, o princípio da autonomia, na relação médico-paciente, “*expressa o respeito à pessoa humana de decidir livremente, sem qualquer interferência, sobre as questões relacionadas ao seu corpo e sua vida, de forma que quaisquer atos médicos, tratamentos ou pesquisa devem ser autorizados pela paciente, e também, a necessidade de proteção às pessoas de autonomiza reduzida*”. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos, cit., p. 32.

<sup>219</sup> SÁNCHEZ-CARO, Javier/ABELLÁN, Fernando. Derechos y deberes de los pacientes – Ley 41/2002 de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas. Granada: Editorial Comares, 2003, cit., p. 46.

<sup>220</sup> Seria inválido o consentimento quando não há indicação médica para a intervenção; quando contrariar a ordem pública ou os bons costumes (arts. 81.º, n.º 1, 280.º, n.º 2 e 340.º, n.º 2 do Código Civil); quando o paciente não possui capacidade; ou quando não lhe for transmitida informação suficiente. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 175-176.

<sup>221</sup> O autor refere-se à decisão de 19 de maio de 1951.

Na Espanha, o consentimento ganhou apoio da legislação um pouco antes. Uma ordem Ministerial de 7 de julho de 1972 tratou sobre o tema, fazendo com que as legislações das Comunidades Autônomicas desenvolvessem a matéria<sup>222</sup>.

A jurisprudência, por sua vez, não esperou o acolhimento legislativo para verificar a importância do consentimento<sup>223</sup>. Comprovamos essa tendência pelas decisões do início do século XX, nos Estados Unidos. Chamamos a atenção para os casos *Mohr Vs Willians* (1905), *Pratt Vs Davis*<sup>224</sup> (1906), *Rolater Vs Strain*<sup>225</sup> (1913) e sobretudo, *Schloendorff Vs Society of New York Hospitals* (1914), os primeiros a defender, claramente, o direito dos pacientes a serem consultados a respeito dos procedimentos a que serão submetidos<sup>226</sup>.

As decisões jurisprudenciais, todavia, ainda tratavam do consentimento. Foi apenas em 1957 que a expressão “consentimento informado<sup>227</sup>” foi utilizada

---

<sup>222</sup> LIZARRAGA BONELLI, Emilio. La información y la obtención del consentimiento en la nueva ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. In: *Autonomía del paciente, información e historia clínica – estudios sobre la ley 41/2002*, coordinadores: González Salinas, Pedro/Lizarraga Bonelli. Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 241.

<sup>223</sup> Segundo lição de Dias Pereira, o consentimento informado foi fruto de uma progressiva evolução onde as experiências traumáticas com seres humanos durante a Segunda Guerra Mundial tiveram um papel fundamental. Para evitar horror semelhante, o Código de Nuremberg foi o primeiro texto a explicitar a exigência do consentimento. Em 1964, a Declaração de Helsink, da Associação Médica Mundial, impôs a exigência do consentimento, embora tenha se referido apenas à experimentação médica. Somente em 1981, a referida associação, universalizou aquela exigência, afirmando que o doente tem o direito de aceitar ou recusar o tratamento proposto após ter sido legalmente informado. Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit., p. 27.

<sup>224</sup> O caso determinou que o consentimento presumido só poderia ocorrer nos casos urgentes e nos quais o paciente capaz e livremente deixa que o médico tome as decisões que julgar mais benéficas no seu caso. Na doutrina portuguesa, Costa Andrade aduz que o consentimento presumido representa a superação do conflito entre a vontade presumida pelo profissional e a vontade real, possivelmente contrária, do titular do bem jurídico. A colisão é resolvida por meio de critérios objetivos e diferenciados fixados pela ordem jurídica a fim de estabelecer uma vontade presumida justificadora da agressão. Essa modalidade de obtenção do consentimento somente é possível quando não puder ser obtido o consentimento real ou se houver sério perigo na demora de sua obtenção. Tal conflito não ocorre no consentimento expresso, mesmo no tácito. Manifestada uma vontade concreta do paciente, não há espaço para a lesão do bem jurídico. ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito Penal Médico*, cit., p. 57 e 59.

<sup>225</sup> O médico foi condenado por não respeitar os limites do consentimento do paciente que informou expressamente não desejar ter fragmentos de osso retirados, e mesmo assim não foi atendido na oportunidade em que o profissional o operou no pé.

<sup>226</sup> MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas. El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica). *Revista Xurídica Galega*, 1999, p. 30 e PALOMARES BAYO, Magdalena/LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier/NAVARRETE SÁNCHEZ, Inés/VALENZUELA CANO, Ignacio/ NAVARRETE SÁNCHEZ, Eloísa. El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Editorial Comares, 2002, p. 14.

<sup>227</sup> Atualmente essa expressão já é criticada por parte da doutrina anglo-saxônica. Informação seria apenas um aspecto do consentimento informado. O melhor termo seria *informed choice*

pela primeira vez. O caso americano *Salgo Vs. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees*<sup>228</sup> agrupa duas ideias: a de que o paciente deve exprimir seu consentimento para uma intervenção médica<sup>229</sup>; e que, esse consentimento, somente é válido se ele houver recebido informação suficiente para tomar uma decisão livre e consciente<sup>230</sup>.

Hodiernamente, a doutrina judicial norte-americana tem como precedente o caso conhecido como *Mitchell Vs Robinson*, de 2011, o qual determinou que o médico tem o dever de oferecer a informação razoavelmente significativa sobre a natureza de operação que pretende realizar e sobre as consequências mais prováveis, as dificuldades e riscos inerentes à recomendada operação. Tudo para garantir um consentimento válido do paciente<sup>231</sup>.

Ao longo do século XX, o consentimento informado ganhou tal importância que uma decisão espanhola assinalou que o instituto é “*um direito humano fundamental, precisamente uma das últimas conquistas realizadas na teoria dos direitos humanos, consequência necessária ou explicação dos clássicos direito à vida, à integridade física e à liberdade de consciência. É, pois, um direito à liberdade pessoal, a decidir por si mesmo os aspectos e consequências da autodisposição sobre o próprio corpo*”<sup>232</sup>.

Na Espanha, a exigência do consentimento informado está cristalizada normativamente pela Lei Geral de Saúde, de 1986. A Lei determina que todos os pacientes tenham direito a uma informação compreensível, completa, continuada, verbal e escrita, sobre o diagnóstico, prognóstico e alternativas de

---

por abranger, entre outros aspectos, a informação sobre as consequências da recusa ou revogação do consentimento, bem como as alternativas terapêuticas, a escolha dos medicamentos e a escolha da instituição de saúde. Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. 74.  
<sup>228</sup> 154 Cal. App.2d 560, 317 P2d 170, 1957. Neste sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 62.

<sup>229</sup> Conforme Dias Pereira, a doutrina alemã visualizou uma tipologia do consentimento informado. Primeiramente, existiria o consentimento para a intervenção, que deve ser prestado antes de uma cirurgia, anestesia ou remoção de material biológico; haveria o consentimento para o risco, ou *Einwilligung in die Gefahr*, aquele em que o paciente aceita os riscos da intervenção e os suporta, a não ser que se materializem por um ato imputável a negligência do profissional. Por último, haveria o consentimento para investigar, para as situações em que o paciente concorda com a análise de um produto biológico previamente colhido do seu corpo; nessas situações não há qualquer risco ou atuação sob a integridade física do doente. Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 73.

<sup>230</sup> MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 31.

<sup>231</sup> Caso n.º 1-11cv130 SNLJ. *United States District Court, E.D. Missouri, Southeastern Division*. Idem, ibidem, p. 31.

<sup>232</sup> Sentença da Sala do Contencioso-administrativo de 19 de junho de 2007.

tratamento<sup>233</sup>, podendo escolher livremente entre elas<sup>234</sup>. Uma importante sentença de 2001<sup>235</sup> estabelece que a informação transmitida ao paciente previamente à atuação profissional não é um mero formalismo, é uma previsão constitucional apoiada na dignidade da pessoa humana e na ideia de liberdade<sup>236</sup>.

A sentença espanhola é reflexo de uma progressiva tomada de consciência social sobre a importância do paciente em sua relação com o profissional da saúde. No modelo paternalista, a informação transmitida ao paciente não estava a serviço da autonomia deste. Ao contrário. Sua função era auxiliar a terapêutica, uma vez que o médico acreditava que a transmissão da informação teria um efeito positivo para a eficácia do tratamento ministrada ao paciente<sup>237</sup>.

Na Itália a jurisprudência é pacífica quanto à necessidade de obter o consentimento informado, em respeito à dignidade da pessoa humana tutelada pelo art. 32.º da Constituição italiana. Em Israel, conforme determina a Lei dos Direitos dos Pacientes de 1996, e na Turquia, segundo o art. 70.º da Lei de Prática Médica de 1928, o médico deve obter o consentimento do paciente antes de toda intervenção médica<sup>238</sup>.

A doutrina revela que a substituição do paradigma da medicina paternalista para a baseada no princípio da autonomia da vontade ocorreu na decisão inglesa de 1767, *Slater Vs. Baker & Stapleton*<sup>239</sup>. Os profissionais da saúde ainda não absorveram a modificação realizada no século XIX como deveriam. Nos dias de hoje, falta a muitos médicos assumir que a antiga forma

---

<sup>233</sup> O Código Civil holandês, no art. 7:448 impõe o dever do médico em informar sobre outros tipos de diagnósticos e tratamentos; Na Nova Zelândia existe uma semelhante determinação no *The New Zealand Code of Health and Disability Consumer's Right*, right 6.º. Dias Pereira aduz que o médico não necessita informar sobre todas as alternativas terapêuticas, bastaria esclarecer sobre as opções razoáveis, o que excluiria os tratamentos em fase experimental. cfr. PEREIRA, André Gonçalves Dias, cit. 416-417.

<sup>234</sup> Artigo 10.º.

<sup>235</sup> Sentença da Sala Civil do Tribunal Supremo de 12 de janeiro de 2001.

<sup>236</sup> Artigo 1.º, 1 e 10.º, 1 da Constituição espanhola.

<sup>237</sup> PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel. El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica – El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 29-39.

<sup>238</sup> PEREIRA, André Gonçalves Dias, cit. P. 63.

<sup>239</sup> Os médicos foram condenados à indenizar o paciente por terem colocado um aparelho ortopédico sem obter, previamente, o seu consentimento, decisão: 95 Eng Rep 860, KB 1767. BATISTA FREIJEDO, Francisco J. El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales. In: Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012, p. 153.

de exercer a medicina é algo superado. Eles devem buscar a adaptação em uma sociedade constituída por novas realidades, aceitando o consentimento informado como algo intrínseco ao exercício da medicina e requisito essencial para a realização de qualquer intervenção sobre o corpo do paciente<sup>240</sup>.

Um estudo da década de 1960 na Alemanha evidencia essa necessidade. A pesquisa verificou que o consentimento informado gerava a maior parte das demandas sanitárias. Dois terços desses conflitos contemplavam a ausência ou insuficiência de informação<sup>241</sup>, fato que corrobora com a necessidade dos profissionais em se adequarem à nova realidade exigida pelo seu labor.

#### 6.3.2.2 O instituto do consentimento informado

Conceituar o consentimento informado não é matéria das mais complexas. Contemporaneamente, os juristas tem uma posição semelhante. Ela é importante para a concretização dos direitos do paciente, uma vez que, em princípio, a atuação sobre o corpo de outrem é ilícito. O Direito, entretanto, permite essa atuação em caso do legítimo exercício de um ofício ou cargo. Mas como já vimos anteriormente, exige-se mais. Esse *plus* é o consentimento informado. Assim, o cirurgião, quando age profissionalmente, está autorizado a obrar sobre o corpo do paciente, somente se esse exprime seu consentimento.

Nesse momento, nos é útil a conceituação de Ataz Lopez. Para o autor, “o consentimento do paciente é uma aceitação da atuação sobre seu corpo, cuja exigência se deriva do princípio da intangibilidade da pessoa”<sup>242</sup>.

Para ser válido, o consentimento informado<sup>243</sup> deve expressar a vontade de uma pessoa capaz, que após analisar todas as informações, faz suas

---

<sup>240</sup> BLAS ORBÁN, Carmen. El equilibrio en la relación médico paciente. Barcelona: Bosch Editor, 2006, p. 115.

<sup>241</sup> PALOMARES BAYO, Magdalena/LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier/NAVARRETE SÁNCHEZ, Inés/VALENZUELA CANO, Ignacio/ NAVARRETE SÁNCHEZ, Eloísa, cit., p. 14.

<sup>242</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 63.

<sup>243</sup> Para Fabian, o consentimento é somente eficaz quando o paciente souber a que tratamento ele deu o seu consentimento. O consentimento pressupõe o conhecimento. Um consentimento sem informação anterior é ineficaz, mesmo se o tratamento fosse conforme as *leges artis*. FABIAN, Christoph, Ibidem, p. 135.

considerações chegando a uma conclusão sem influência indevida, indução ou intimidação de qualquer gênero<sup>244</sup>.

De acordo com Achával, “*debemos interpretar o consentimento como uma coincidência na realização de um meio que se julga adequado para o fim desejado por ambos, o médico e o paciente*”<sup>245</sup>.

O mesmo autor atenta sobre a maneira em que a informação deve ser prestada ao paciente. De acordo com suas lições, a informação deve ser dada como uma forma de comunicação, um intercâmbio – vocábulo que nos dá o significado de mútua compreensão – de atos e ideias. E o médico deve saber escutar, porque não se trata de um monólogo nem uma conferência, e sim um diálogo<sup>246</sup>.

É imprescindível a observância, pelo médico, do que Achával descreve como intercâmbio. Não basta que o profissional descreva o procedimento em sua totalidade e revele todos os riscos. É preciso que haja uma efetiva comunicação entre as partes. O médico deverá dar ao paciente a oportunidade de fazer perguntas e ponderações e se certificar que o paciente está conseguindo absorver tudo que lhe é elucidado.

Giostrí<sup>247</sup> contribui ainda ao informar a importância do nível de compreensão do paciente, que deverá ser levado em conta pelo cirurgião no momento da prestação das informações. Tal fato se explica, uma vez que a modalidade de informação pode variar de acordo com a capacidade cognitiva, a personalidade e o comportamento do paciente. Um maior detalhamento dessa matéria poderá ser encontrada no título 6.3.3.

Por fim, Achával decreta que “*o consentimento é uma garantia da liberdade do paciente para escolher*”<sup>248</sup>.

---

<sup>244</sup> GIOSTRÍ, Hildegard Taggesell. A responsabilidade civil dos profissionais médicos na área da cirurgia plástica. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 83. Dias Pereira revela que o paciente deverá prestar um consentimento autêntico, ou seja, caracterizado pela decisão que está em pleno acordo com o seu sistema de valores. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 64.

<sup>245</sup> Do original: Debemos interpretar el consentimiento como una coincidencia de realización de un medio que se estima adecuado para un fin deseado por ambos, médico y paciente. Achával Alfredo, Ibidem, p. 41.

<sup>246</sup> ACHÁVAL, Alfredo. Ibidem, p. 39-40, trecho: La información al paciente debe ser tomada por el médico como una forma de comunicación, es decir un intercambio – vocablo que nos da el significado de posibilidad mutua de comprender – de hechos, ideas propias o ajenas, que hacen a la circunstancia diagnóstica y terapéutica del paciente, tanto como a su estado emocional. Debe saber escuchar, pues no es lo suyo ni un monólogo ni una conferencia magistral, sino un diálogo llevado con paciencia y control hacia un fin.

<sup>247</sup> GIOSTRÍ, Hildegard Taggesell. A responsabilidade civil dos profissionais médicos na área da cirurgia plástica, p. 83.

<sup>248</sup> ACHÁVAL, Alfredo. Ibidem, p. 41

### 6.3.2.3 Forma

No tópico anterior, mencionamos alguns requisitos para a validade do consentimento informado. Nesse momento, iremos estudar mais profundamente esses requisitos.

Inicialmente, destacamos a necessidade de o consentimento ser obtido, pelo profissional, antes de cada tratamento ou intervenção, como preceitua a jurisprudência francesa. O paciente que concorda com uma intervenção, não significa que concordará com todo o tratamento. O profissional não deve se olvidar do fato de não poder substituir o conceito de qualidade de vida do seu paciente pelo seu próprio, nos termos do art. 4 dos Princípios Europeus de Ética Médica<sup>249</sup>.

Além de o médico obter o consentimento antes de praticar cada ato profissional, ele deverá se certificar que o paciente o mantenha durante todo o tratamento<sup>250</sup>. Isso porque o paciente tem direito a modificar sua opinião em qualquer momento, não ficando acorrentado a um juízo, que depois de amadurecido, não traduz suas atuais convicções.

Trilharemos ainda o caminho do dever de informação, seu conteúdo e requisitos; no momento é possível destacar que violaria a liberdade do paciente para oferecer seu consentimento informado, a manipulação da informação pelo profissional sanitário. Minimizar os riscos de um procedimento, e agravar os de outro, acaba influenciando o paciente a escolher o primeiro. O consentimento prestado nessas situações, tampouco será válido<sup>251</sup>.

Para facilitar a comprovação<sup>252</sup> da obtenção do consentimento informado do paciente, os médicos poderão fazer uso de formulários, que além de conterem os dados pessoais do paciente e do próprio médico, expressarão a aceitação do primeiro em realizar um procedimento. O documento trará, também detalhes do procedimento tais como: descrição, objetivo, benefícios, consequências previsíveis e alternativas; riscos frequentes e riscos

---

<sup>249</sup> MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 31-32.

<sup>250</sup> Idem, ibidem, p. 52.

<sup>251</sup> Idem, ibidem, p. 53.

<sup>252</sup> Na Bélgica, a jurisprudência exige a prova da obtenção do consentimento por meio de um diálogo entre o médico e o paciente. Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. 538.

provenientes das condições *concretas e específicas* de paciente naquele caso<sup>253</sup>.

Essa documentação não deve objetivar somente o auxílio na defesa do médico diante uma possível demanda. Muito pelo contrário. O documento tem como propósito a disponibilização ao paciente de um material que forneça as informações transmitidas pelo médico, oralmente, durante a consulta para que o paciente possa meditar sobre a questão e decidir da forma mais razoável possível. Se o profissional colher a assinatura do paciente em um desses formulários sem, previamente, prestar a informação necessária o consentimento restará viciado<sup>254</sup>.

Se o cirurgião transmitir as informações necessárias no momento correto, obtiver o consentimento informado antes de realizar todos os procedimentos sanitários e, ainda, se certificar que o paciente não modificou sua opinião durante o desenvolvimento do tratamento, o consentimento será sempre válido?

A resposta é negativa. Não é qualquer paciente que poderá dar o seu consentimento informado. O médico deverá estar atento a isso. Caso contrário, ele estaria obtendo um consentimento inválido. De acordo com a doutrina, o médico deverá observar três requisitos para obter o consentimento informado: (i) o paciente deve ter capacidade<sup>255</sup> para tomar decisões; (ii) o profissional deverá transmitir informação suficiente sobre o procedimento proposto; (iii) o

---

<sup>253</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. Medicina Satisfactiva. In: La responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos – Daños a la salud y seguridad de las personas. Director: ORTI VALLEJO, Antonio. Coordinadora: GARCÍA GARNICA, María del Carmen. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 321.

<sup>254</sup> Idem, ibidem, p. 322.

<sup>255</sup> O conceito de capacidade civil não é, necessariamente, o mesmo da capacidade de consentir. Dias Pereira revela que essa capacidade específica, *Einwilligungsfähigkeit*, que está sendo estruturada com base nas fortes peculiaridades que revestem o consentimento para uma intervenção médica. Ele afeta bens jurídicos pessoalíssimos como a integridade física e a autodeterminação e possui a característica de livre revogabilidade, ao contrário do consentimento negocial para aceitar uma obrigação meramente econômica. Uma estruturação de uma capacidade diferenciada poderia fundamentar, de maneira mais científica, o consentimento dos menores para procedimentos médicos. Atualmente, apesar da maioridade aos 18 anos, defende-se que os maiores de 14 já teriam a maturidade de prestar tal consentimento. Nessa linha, poderíamos defender que o paciente impedido para atos negociais, não, necessariamente, estão para prestar o consentimento para uma intervenção médica. O profissional não pode presumir sua incapacidade; será decisiva a concreta situação para demonstrar a (in)capacidade do paciente. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 154, 171 e 218.

paciente deve consentir o tratamento de livre e espontânea vontade, sem coação ou vícios de vontade<sup>256</sup>.

#### 6.3.2.1.4 Carga probatória

Em caso de contenda judicial, quem deverá comprovar o consentimento informado? O paciente deveria provar que não deu o consentimento ou é o médico quem deveria demonstrar que obteve o consentimento?

A doutrina e jurisprudência, hodiernamente, tendem a atribuir ao profissional da saúde esse ônus. Na França, a jurisprudência anterior a 1951 impunha ao médico a prova. Mas após uma decisão de 29 de maio de 1951 houve uma reviravolta determinando a carga ao paciente. O novo posicionamento sofreu muitas críticas e não perdurou. A Corte de Cassação, em uma decisão de 25 de fevereiro de 1997, definiu retomar a posição primária<sup>257</sup>.

A discussão que envolve a carga probatória é de fundamental importância no Direito da Medicina. Segundo Bittar, talvez seja a questão de maior relevância na apuração da responsabilidade. A produção de prova, por parte da vítima é demasiadamente difícil, impondo maior atenção da nossa parte<sup>258</sup>.

O argumento que atribui o ônus ao paciente tem como fundamento o sistema jurídico processual. Normalmente as legislações processuais impõem ao autor a comprovação de todos os fatos alegados. Por conseguinte, seria o paciente quem deveria provar que não forneceu o consentimento informado, por exemplo.

Essa leitura clássica, e no nosso ver, anacrônica, coloca o paciente em uma posição dificultosa<sup>259</sup>. Os profissionais, sendo detentores dos conhecimentos técnicos, possuem mais facilidade na busca por provas, as

---

<sup>256</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 130.

<sup>257</sup> HUBINOIS, Philippe, cit., p. 41-42. A lei de 4 de março – 1111-5 CSP – determina que o profissional ou o estabelecimento de saúde deve aportar as provas, por qualquer meio admitido no Direito, de que a informação foi transmitida ao paciente.

<sup>258</sup> Nesse sentido BITTAR, Carlos Alberto, cit., p. 101 e NETO, Jerônimo Romanello, p. 57.

<sup>259</sup> A Corte de Cassação francesa busca repelir a obrigatoriedade do paciente em provar a inexecução da obrigação e o nexo de causalidade entre o ato e o prejuízo alegado. Para isso eles se utilizam do artifício da presunção, no caso de ausência de prova do dano e da teoria da perda de uma chance para criar algo como uma presunção de causalidade, uma causalidade virtual. Penneau, Jean. La responsabilité du Médecin. Paris: Éditions Dalloz, 1992, p. 14-15.

quais, muitas das vezes, estão com os mesmos ou nos centros hospitalares em que trabalham. A posição do médico é, claramente, mais vantajosa do que a da vítima, na maioria das vezes, alheia às rotinas sanitárias<sup>260</sup>.

Visando equilibrar a relação médico-paciente em relação à carga probatória, poderíamos fazer uso de dois mecanismos. O primeiro interpretaria de maneira diversa as regras gerais da prova. Como dissemos, o demandante deve comprovar suas alegações, mas também é certo que o demandado deve provar a extinção de suas obrigações. Até aí, em nada difere da leitura clássica. Ataz Lopez revela outro uso desses preceitos por meio de uma interpretação lógica: “*se o médico tem o dever de não agir sem o consentimento do paciente, exceto nos casos de urgência, a ele corresponde a prova de que cumpriu com seu dever*”<sup>261</sup>. Outrossim, impor ao paciente a comprovação de atos negativos e omissões seria um fardo injustificável, segundo o jurista.

Em Portugal não existe unanimidade doutrinária. Parte dos juristas defende que cabe ao paciente comprovar que não consentiu ou não foi informado suficientemente, baseando-se no art. 342.º, n.º 1 do Código Civil; enquanto a outra parte entende que o consentimento funcionaria como causa excludente da ilicitude, cabendo ao médico aportá-la<sup>262</sup>.

Impor o ônus da prova da ausência da informação ao paciente, inegavelmente, afetaria o equilíbrio processual das partes. Com isso em vista, é possível verificar que importantes sistemas jurídicos ocidentais conferem o ônus ao médico. Como já nos referimos, é possível interpretar as regras gerais de modo a equilibrar a relação, ou acionar outro mecanismo: a inversão do ônus da prova.

Antes de prosseguir, é importante frisar que o ônus da prova deve ser do paciente para que, quando aplicada à inversão, o fardo se imponha ao médico. É uma mera questão lógica que evidencia sua distinção para o primeiro mecanismo. De acordo com o segundo mecanismo, a interpretação dos princípios gerais da prova determinaria ao médico o ônus de provar que atuou sob a proteção do consentimento informado do paciente. Neste caso, se

---

<sup>260</sup> PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, cit. p. 63.

<sup>261</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 84-85.

<sup>262</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 199.

defendêssemos a inversão do ônus, estaríamos atribuindo ao paciente essa comprovação.

Assim, utilizando um ou outro mecanismo, entendemos que atribuir a carga probatória ao médico seria o mais justo. Na Espanha, doutrina e jurisprudência defendem uma exceção ao tema da carga probatória, em se tratando do consentimento informado. Nessas situações, o médico ou o estabelecimento privado, deverão comprovar que obtiveram o consentimento informado prévio do paciente<sup>263</sup>.

No país ibérico esse posicionamento é nítido. O Tribunal Supremo, ancorado pela doutrina da facilidade probatória, imputa a carga da prova à parte que tenha maior facilidade de fornecê-la. Essa tese, aplicada ao Direito da Medicina, impõe o ônus ao profissional que deveria ter toda a documentação no processo clínico do paciente<sup>264</sup>. A Bélgica segue o entendimento, na jurisprudência, de que a prova da informação transmitida ao paciente cabe ao médico, assim como a Alemanha<sup>265</sup>.

O Brasil segue a tendência. Apesar de a legislação processual<sup>266</sup> prever a incumbência do ônus da prova ao autor quanto ao ato constitutivo, e ao réu quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do seu direito, a doutrina defende a inversão do ônus da prova em determinadas situações.

Um desses casos é, exatamente, quando a comprovação dos fatos pelo autor é difícil, ou até impossível. Hipótese que contemplaria a matéria em pauta. Para tais situações, o juiz poderá se utilizar do instituto da inversão do ônus da prova, fazendo com que o médico tenha que comprovar que os elementos constitutivos do direito do autor são precipitados, não condizentes com a realidade.

Parte expressiva da doutrina brasileira advoga pela inversão do ônus da prova como a única forma de equilibrar a relação médico-paciente<sup>267</sup>. Essa afirmação não é difícil de ser defendida. O Brasil possui uma legislação consumerista de inegável eficácia que tutela de forma admirável os direitos dos

---

<sup>263</sup> PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, cit. p. 43 e GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 280.

<sup>264</sup> MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 55-56 e PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, cit. p. 43.

<sup>265</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 197-198, mencionando a decisão do Tribunal de Liège de 20 de abril de 1998.

<sup>266</sup> Artigo 333.º do Código de Processo Civil.

<sup>267</sup> NETO, Jerônimo Romanello, cit., p. 24.

consumidores. O Código do Consumidor, que nada mais é do que um microsistema agregador de normas civilísticas, processuais, penais e administrativas, autoriza a inversão do ônus da prova em favor do consumidor<sup>268</sup>. A relação entre o cirurgião e o paciente por ser, inequivocamente, consumerista, conseqüentemente, é regida por essa legislação especial.

A justificativa legal para a inversão se baseia na hipossuficiência do paciente, no caso, consumidor<sup>269</sup>. Essa fragilidade não é apenas econômica, mas também técnica. A última característica fica evidente em face da complexidade em se comprovar a culpa do profissional<sup>270</sup>. Nos casos envolvendo cirurgias plásticas, o paciente, na prática, não teria muitas condições para provar a culpa do cirurgião, fato que prejudicaria muito sua pretensão jurídica, caso a inversão não fosse realizada.

Além da hipossuficiência, a lei coloca como requisito a verossimilhança das alegações do autor. Os requisitos não são cumulativos, verificando a presença de um, a inversão poderá ser utilizada. Destacamos, contudo, que a existência dos requisitos não é capaz de, por si só, inverter o ônus da prova. Para que isso ocorra, o magistrado deverá determinar essa inversão; ação que demonstraria uma operação *ope iudicis*, ou seja, a inversão do ônus dependeria do magistrado e da análise do caso concreto segundo as “*regras ordinárias de experiência*”<sup>271</sup>.

Todavia, entende-se que uma vez presente pelo menos um dos dois pressupostos o juiz *deverá* aplicar a inversão. Justifica-se essa interpretação pelo fato das normas do Código do Consumidor serem de ordem pública;

---

<sup>268</sup> Artigo 6.º: São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. A doutrina e jurisprudência tendem a atribuir uma forte presunção de hipossuficiência do consumidor em qualquer caso, assim, a regra é inverter o ônus em todas as relações consumeristas. Alguns doutrinadores aduzem que o magistrado é obrigado a inverter o ônus.

<sup>269</sup> Atualmente os sistemas jurídicos tendem a reconhecer um vínculo consumerista na relação médica. Assim como o Brasil e Portugal, a Nova Zelândia adota esse posicionamento por meio do *The New Zealand Code of Health and Disability Consumer's Right* de 1996. Nos EUA, a tese é fundamentada pelo *Final Report, Consumer Bill of Rights & Responsibility da Advisory Commission on Consumer Protection and Quality in the Health Care Industry*. Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. p. 357.

<sup>270</sup> CAVALIERI, Sergio Filho, cit., p. 366.

<sup>271</sup> NETO, Jerônimo Romanello, cit., p. 51-52.

devendo, por conseguinte, ser aplicadas independente da vontade das partes e da do magistrado.

Tentando contornar a subjetividade da lei, existe o entendimento que o juiz somente poderia deixar de decretar a inversão da carga probatória se “concluir que o pedido for absolutamente contrário à lei ou verdadeiramente insincero, absurdo ou inepto. Do contrário, a inversão do ônus da prova é medida que se impõe”<sup>272</sup>. O melhor momento processual para empregar essa ferramenta seria antes da contestação do réu, para que ele fique ciente tanto das alegações quanto do seu encargo probatório, assegurando, deste modo, a ampla defesa.

O instituto da presunção, no mesmo sentido da inversão do ônus da prova, poderia equilibrar, ainda mais, a relação médico-paciente. Ao exigir do médico a obtenção do consentimento informado pela forma escrita, poderíamos presumir que, quando o profissional não detiver esse documento, o consentimento do paciente nunca foi dado. Isso obrigaria ao médico ter mais atenção ao consentimento informado, melhorando o nível da prestação de serviço oferecida à comunidade e fortalecendo os direitos dos pacientes. Ressaltamos que essa presunção permitiria a prova em contrário, nos moldes do decreto de 1978 do Reino da Espanha<sup>273</sup>.

A presunção da culpa, todavia, é mais um tema árduo para a doutrina. Como o objetivo do presente trabalho é outro, a matéria não será aprofundada. Limitar-nos-emos a dispor o posicionamento de alguns juristas sobre o tema.

O tema é tão nebuloso que há autores que identificam a presunção da culpa com a responsabilidade objetiva como Matielo. Pra ele “na prática, o estabelecimento de presunções em torno da culpa nada mais representa do que a afirmação da doutrina do risco”. O jurista prossegue afirmando que “a presunção de culpa leva à inversão do ônus probatório, que passa a ser encargo do acusado, e não daquele que se apresenta como vítima”<sup>274</sup>.

É possível encontrar controvérsias sobre o discurso do doutrinador. Isso porque a presunção da culpa e a inversão do ônus probatório são institutos jurídicos diferentes, não estando um, necessariamente, ligado ao outro.

---

<sup>272</sup> Idem, ibidem, p. 60-61.

<sup>273</sup> Decreto de 25 de agosto de 1978. ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 85.

<sup>274</sup> MATIELO, Frabricio Zamprogna, cit., p. 21.

Esse posicionamento é defendido por Giostri. Segundo a autora, a presunção da culpa estaria “um passo adiante” da inversão do ônus da prova, pertencendo ao campo da responsabilidade objetiva. Nesse caso, não poderia ser aplicada à relação médico-paciente, a qual exige a responsabilização subjetiva assentada na noção de culpa comprovada<sup>275</sup>.

Divergimos desse pensamento. Cremos que a responsabilidade objetiva é substancialmente diferente da presunção de culpa. Enquanto o primeiro instituto não cogita a culpabilidade do agente, o segundo a presume. Tal fato tem importantes implicações. Na responsabilidade objetiva, a matéria da culpa é juridicamente irrelevante, o fato do lesante não ter agido com culpa não tem o condão de livrá-lo de indenizar a vítima. Nesse sentido, a responsabilidade objetiva, seria mais gravosa ao autor do que a presunção da culpa. Isso se explica, uma vez que o instituto, como o próprio nome diz, somente presumiria a culpa, permitindo, assim, a prova em contrário.

Em princípio a presunção pressupõe a culpa do lesante, entretanto, se posteriormente restar comprovado que o autor não obrou culposamente, ele não poderia ser responsabilizado. Além de poder arguir o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva<sup>276</sup> da vítima, como na responsabilidade objetiva, o médico poderia comprovar a atuação diligente para se desonerar da possibilidade da indenização.

Boulanger aborda o assunto e aponta para essa lógica: “*a pessoa contra a qual se direciona a presunção poderia comprovar que não cometeu nenhuma falta*”<sup>277</sup>. Apesar de a jurisprudência francesa, no primeiro momento, ter admitido a prova da ausência de culpa pelo agente, posteriormente adotou um posicionamento mais duro, impossibilitando a prova em determinados casos, se aproximando cada vez mais da responsabilidade objetiva.

Na prática, a presunção de culpa está próxima da responsabilidade objetiva, podendo impedir que o lesante discuta o aspecto volitivo do seu ato. Todavia, não podemos defender essa posição. A presunção da culpa pode ser

---

<sup>275</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico, cit., p. 76.

<sup>276</sup> Segundo Dias Pereira, a falta de colaboração do paciente, ou da colaboração deficiente, acarreta a impossibilidade de responsabilizar o profissional por uma atuação incorreta. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 54.

<sup>277</sup> BOULANGER, Jean/RIPERT, Georges. Tratado de Derecho Civil: Según el tratado de Planiol, Tomo V, Obligaciones (2ª parte). Buenos Aires, Argentina: La Ley, 1965, p. 27.

um instituto muito importante para a tutela dos direitos do paciente para ser confundido com a responsabilização objetiva.

Antes de passarmos para o próximo tópico, frisamos que acastelamos a imposição da carga probatória ao profissional e às instituições de saúde por todos os fatos expostos. Como vimos, esse posicionamento é majoritário no Direito ocidental. Não poderíamos deixar de arrazoar, entretanto, que seria inadmissível impor ao médico o ônus da prova em todas as situações. Em algumas circunstâncias será o paciente que terá maior facilidade em comprovar determinada questão. Nesses termos, Lopez decreta que *“a carga da prova não deve, sistematicamente, resolver-se nem contra o enfermo nem contra o médico, devendo os tribunais sopesar os testemunhos sobre a atitude de ambas as partes”*<sup>278</sup>.

#### 6.3.2.1.5 Responsabilidade

O instituto do consentimento informado já foi apresentado. Nos tópicos anteriores retratamos a evolução histórica, caracterizamos o instituto, evidenciamos seus requisitos e, por fim, expusemos alguns aspectos processuais da carga probatória. Trataremos agora da possibilidade de responsabilizar o profissional da saúde pela transgressão do dever de obter o consentimento informado.

Na década de 1990, a Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa afirmou que o consentimento informado do paciente é requisito essencial para qualquer intervenção médica<sup>279</sup>. A referida declaração expressa a importância do consentimento, alçado à condição de princípio de tutela da autonomia do paciente e de elemento intrínseco às leis das artes.

É o que uma sentença espanhola afirmou em 2006. A falta do consentimento é uma violação das *leges artis* na medida em que lesa o direito do paciente de tomar decisões que afetem sua saúde. Somente por meio da obtenção de informação suficiente o paciente poderia ponderar todas as possibilidades e optar por (não) realizar a intervenção cirúrgica ou por consultar

---

<sup>278</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 82-83.

<sup>279</sup> Declaração de Amsterdam, em 1994, cfr. MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 32.

outros profissionais. Não oferecer essa oportunidade se converte em uma fonte de responsabilidade<sup>280</sup>.

Outras sentenças espanholas já haviam qualificado o consentimento informado como pressuposto e elemento integrante das *leges artis*<sup>281</sup>. A doutrina do país, de modo geral, defende essa postura<sup>282</sup>. A doutrina portuguesa ainda não parece acolher o mesmo entendimento espanhol. O art. 150.º do Código Penal traz um conceito de *leges artis* médica que não incluiria o consentimento informado. Para considerar o instituto como parte integrante das leis da arte, precisaríamos desligar-nos do conceito definido pelo artigo. Dias Pereira aduz que o referido preceito legal indicaria a *leges artis* em sentido estrito, mas a noção em sentido amplo abrangeria outros deveres médicos, nomeadamente o respeito pelo consentimento informado e pelo dever de informação<sup>283</sup>. No contexto europeu, a Convenção de Oviedo em seu artigo 5.º estabelece que uma intervenção no âmbito sanitário somente poderá ser efetuada após o paciente ter dado seu livre e inequívoco consentimento.

Tomando o dever da obtenção do consentimento informado como elemento essencial das *leges artis*, estaríamos afirmando que a sua transgressão geraria uma responsabilização do médico. Essa infração seria capaz de gerar um dano indenizável? Debateremos esse questionamento a partir das linhas seguintes.

O profissional da saúde, a nosso ver, deve ser responsabilizado pela não obtenção do consentimento válido. Materializando-se um risco não informado no paciente como consequência de uma intervenção médica, o médico deverá ser responsabilizado; se o paciente desconhece os riscos, não poderá assumi-los. Nesse caso, os riscos permanecem, exclusivamente, a cargo do médico<sup>284</sup>.

---

<sup>280</sup> Decisão da Sala Civil de 10 de maio de 2006, cfr. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, cit. p. 130.

<sup>281</sup> Decisão do Tribunal Superior de Justiça de Navarra, da Sala do Social, de 22 de maio de 1995 cfr. MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 100-101. Assim como as decisões do Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994, 2 de outubro de 1997 e de 24 de maio de 1999, cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit, p. 69.

<sup>282</sup> LIZARRAGA BONELLI, Emilio, cit., p. 229.

<sup>283</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 69-71.

<sup>284</sup> O autor declara o dever de informação dos riscos típicos, não fazendo referência aos riscos graves, independente das probabilidades. GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 271-273. Sobre os riscos assumidos pelo médico em caso de informação insuficiente, ver: MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 67.

O dano sofrido pelo paciente não necessita ser consequência direta de um erro médico ocorrido durante o procedimento cirúrgico ou terapêutico para responsabilizar-se o profissional. Apresentaremos, resumidamente, dois importantes casos que tornará clara essa hipótese. O primeiro ocorreu na Alemanha. Um médico injetou no paciente um preparado com dose elevada de penicilina; pouco tempo depois, o paciente sofreu um acidente em seu veículo. No processo restou demonstrado que o acidente foi causado por uma perda de consciência derivada do tratamento. O medicamento ministrado o fez perder subitamente o controle sobre o automóvel. O tribunal considerou necessária a prévia informação ao doente sobre esse perigo para que ele desistisse de conduzir o veículo durante as duas horas imediatamente posteriores ao tratamento. Seria obrigação de o médico alertar sobre essa diminuição da competência para direção como consequência previsível do tratamento<sup>285</sup>.

O segundo caso interessante aconteceu na Áustria. Um trabalhador sofreu um acidente o qual provocou uma fratura da parte superior e da base do crânio. Foi levado imediatamente a um cirurgião que o tratou como se fosse um corte na cabeça. O médico queria mandar-lhe a um hospital, mas o trabalhador, plenamente consciente, se opôs. O profissional aceitou o dissentimento do paciente embora visualizasse a possibilidade de um trauma craniano e cerebral. O enfermo foi liberado para casa, mas às cinco horas da manhã do dia seguinte, alguns familiares o encontraram em um sono tão profundo que era impossível despertá-lo. Comunicaram o fato ao cirurgião o qual informou que não poderia visitá-lo no momento. Acrescentou ser normal que o paciente dormir. Ao meio-dia o enfermo morreu de uma hemiplegia cerebral. Laudos informaram que o trabalhador teria 70% por cento de probabilidades de sobreviver se houvesse sido enviado imediatamente ao hospital. O fato de o cirurgião não ter lhe visitado não haveria modificado o panorama da situação, uma vez que, naquele momento, a probabilidade de morte do enfermo estaria entre 68% e 100%. Tomando tais dados como base, o magistrado absolveu o cirurgião por não haver visitado o paciente de madrugada; o condenou, todavia, por não ter informado o paciente suficientemente sobre as consequências de sua opção por não ir ao hospital<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 87.

<sup>286</sup> Idem, ibidem, p. 88.

Os casos demonstram que a consolidação do consentimento informado funciona como outra via, igualmente apta, para lograr a responsabilização por danos derivadas da atuação sanitária<sup>287</sup>. Mas seria possível uma responsabilização sem um dano corporal?

Alguns autores defendem que a responsabilização fundada no consentimento informado poderia advir de um dano físico derivado da materialização de um risco ou simplesmente pelo fato da violação da liberdade do paciente em autodeterminar-se<sup>288</sup>.

De acordo com Garcia Garnica, a violação da liberdade pode ser suficiente para responsabilizar civilmente o médico. Mesmo que ele tenha realizado a intervenção de forma diligente, empregando os meios e técnicas em conformidade com o estado da arte. O jurista ainda decreta: “*a própria lesão da autonomia do paciente constitui o dano a reparar*”<sup>289</sup>.

Mandián e Meilán explica que o dano, nesse caso, não é consequência de uma *mala praxis* médica; é efeito direto da ausência ou defeito na informação<sup>290</sup>. Reiteramos que, a não obtenção ou a obtenção viciada do consentimento, por si, já é uma *mala praxis*. O dano físico seria irrelevante. Tal fato se explica, como expusemos, pela necessidade da tutela da autonomia do paciente, um valor jurídico suscetível de gerar indenização em caso de violação. A transgressão da autonomia se considera, por si mesma, um dano moral grave, distinto e alheio ao dano corporal derivado da intervenção<sup>291</sup>.

A jurisprudência já exprimiu esse entendimento. Uma decisão espanhola de 2000 condenou o profissional ao pagamento de indenização por dano moral, mesmo não havendo o resultado fisicamente danoso<sup>292</sup>.

---

<sup>287</sup> PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, cit. p. 45.

<sup>288</sup> Idem, ibidem, p. 127.

<sup>289</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial. In: La responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos – Daños a la salud y seguridad de las personas. Director: ORTI VALLEJO, Antonio. Coordinadora: GARCÍA GARNICA, María del Carmen. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 264. Segundo Dias Pereira, a doutrina portuguesa entende pela desnecessidade de uma lesão física para responsabilização do profissional pela via do consentimento informado. A fundamentação seria a lesão a outros bens jurídicos como: à integridade moral e à liberdade, assim como os danos provenientes das dores, incômodos e da incolumidade pessoal. PEREIRA, André Gonçalves Dias, cit. 121.

<sup>290</sup> MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 121.

<sup>291</sup> PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, cit. p. 128.

<sup>292</sup> Sentença da Sala do Contencioso-Administrativo de 4 de abril de 2000, cfr. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, cit. p. 127.

Munar Bernat revela que nas últimas duas décadas, o Tribunal Supremo espanhol consolidou importantes teses sobre o consentimento informado que resumem a importância que tentamos explicitar durante esse tópico: (i) a falta de informação implica em *mala praxis* médica que não é somente relevante desde o ponto da imputação, mas também é uma consequência que a norma procura que não aconteça. Obedecer ao dever de informação, significa permitir ao paciente exercitar, com cabal conhecimento, o direito à autonomia decisória mais conveniente aos seus interesses; (ii) a decisão que afeta a saúde do paciente lhe pertence e é ele quem, por meio da informação que recebe, deve adotar a decisão que considera mais favorável. O contrário seria admitir que as enfermidades ou intervenções que tenham um único tratamento, segundo o estado da ciência, não exigiria a obtenção do consentimento informado; (iii) a materialização de um risco sobre o qual o paciente não foi informado adequadamente tem consequência diferente no caso de uma intervenção de medicina curativa ou de uma atuação da medicina voluntária. Na última situação, não cabe ao profissional omitir qualquer risco, mesmo os de carácter excepcional, precisamente para que o paciente possa valorar a não realização da atuação pelo fato de sua relativa necessidade<sup>293</sup>.

Segundo o mesmo autor, estaria consolidado na Espanha o fato de que sendo a falta ou insuficiência da informação a única irregularidade, não existiria dano e, via de consequência, não se condenaria o médico. A falta de informação não seria, *per se*, causa de ressarcimento pecuniário.

Devemos analisar essa afirmação com atenção. Durante os últimos parágrafos demonstramos posições defensoras da responsabilização autônoma da transgressão do dever de informar adequadamente, ou seja, da responsabilização independente de dano corporal. Essa teoria se fundamenta na proteção da liberdade à autodeterminação do paciente.

Essa não é a doutrina dominante. E podemos até entender os motivos para isso. Motivos esses que levaram ao entendimento pacífico do Tribunal Supremo espanhol, por exemplo. Defender a responsabilização de um

---

<sup>293</sup> Sentença do Tribunal Supremo de 4 de março de 2011, cfr. MUNAR BERNAT, Pedro A. El daño y su indemnización en supuestos de infracción del deber de informar. In: Responsabilidad Médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado. Directores: LLEDÓ YAGÜE, Francisco/MORILLAS CUEVA, Lorenzo; Coordinador: MONJE BALMASEDA, Óscar. Madrid: Editorial Dykinson, 2012. P. 53-66, p. 112-113.

profissional da saúde que realiza perfeitamente o procedimento, que supera os riscos inerentes à intervenção e salva a vida do paciente, pelo fato de ter transmitido as informações de maneira insuficiente e, assim, viciado o consentimento do paciente, é algo, para se dizer o mínimo, complicado. Onde estaria o dano?

Na maioria dos casos, não haveria dano algum! Seja em uma intervenção de emergência, seja em um procedimento cirúrgico estético. Se o resultado é positivo, não seria legítimo responsabilizar o profissional. Nem todas as situações, todavia, são fáceis. Em um caso concreto, as filosofias particulares do paciente, suas crenças, cultura, ou qualquer outra particularidade podem ser lesadas pela atuação do médico, mesmo que o resultado seja positivo.

Há crenças religiosas que não permitem certos procedimentos sanitários. Ao violar o dever de informação, o médico poderá lesionar o íntimo do paciente e com isso causar um dano moral. Aqui não estamos defendendo a responsabilização irrestrita do profissional no caso da transgressão do dever de informar. O dano sempre deverá estar presente. O que não podemos é julgar pelos outros. O direito a autonomia é um direito íntimo de cada paciente e assim deverá ser tratado. Se ele comprovar que não realizaria o procedimento se tivesse recebido a informação completa, fará jus ao recebimento de uma indenização.

Em tais circunstâncias, a informação que deveria ser transmitida teria como objeto os meios técnicos para alcançar o resultado. O método, o local, o horário ou os profissionais envolvidos deverão, de alguma maneira, afetar sobremaneira o paciente. Lembrando que, se houver uma materialização de um risco não informado, o médico deverá ser responsabilizado, incontestavelmente, uma vez que o dano corporal pode ser mensurado. Na situação que falávamos, o dano é meramente moral, o resultado terapêutico é bem-sucedido, não há que se falar em lesão corporal<sup>294</sup>.

---

<sup>294</sup> A falta de informação, assim como a contrariedade aos bons costumes e ordem pública viciam o contrato. Por isso, Deutsch aduz que o paciente tem direito de exigir o ressarcimento do pagamento de honorários. Esse direito poderia ser limitado pelo bom resultado alcançado pelo profissional. DEUTSCH, Erwin, *Medizinrecht (Arztrech, Arzneimittelrecht und Medizinprodukterecht)*, 4 Auflage, Berlin: Springer, 1999, p. 85 apud PEREIRA, André, cit. P. 178.

### 6.3.2.1 Transparência e Informação

De acordo com o Dicionário Aurélio, transparente é o “*que, deixando-se atravessar pela luz, permite distinguir nitidamente os objetos através de sua espessura*”. Esse é o significado que, adaptado à Ciência do Direito, deverá ser buscado nos contratos médicos. Toda informação deverá ser prestada para que o paciente seja capaz de dar um consentimento eficaz e o médico de apreender todas as informações importantes para um futuro procedimento.

Como dito acima, a transparência não é exigida somente do profissional da medicina. O paciente deverá informar todos os detalhes relevantes da sua saúde. Apesar disso, é basilar a observância pelo facultativo, uma vez que é ele quem detém o conhecimento específico e quem saberá a importância e necessidade de cada informação.

A transparência nada mais é do que uma atitude. As partes deverão se atentar à forma em que a informação deve ser prestada, observando um diálogo honesto. Vale ressaltar a diferença entre as informações prestadas para recolher o consentimento informado e as informações terapêuticas.

O foco do nosso estudo, no momento, é o consentimento. Tal fato, todavia, não impossibilita o exame da informação terapêutica. E é fazendo uso das lições de Mailán e Meilán<sup>295</sup>, que assinalaremos os traços importantes do instituto. Para o citado autor, a informação terapêutica é a comunicação ao paciente, de maneira ampla, de sua enfermidade; determinando-lhe a melhor forma conviver com ela, seja prescrevendo uma dieta ou outros condicionamentos exigíveis. Dias Pereira acrescenta que a *theurapeutische Aufklärung, Sicherungsaufklärung* ou simplesmente esclarecimento terapêutico, consiste, por exemplo, na prestação de todas as informações necessárias para que o paciente cumpra as prescrições ou se prepare para uma intervenção,<sup>296</sup>. Essa informação visa a saúde e bem-estar do paciente por meio da instrução necessária para o restabelecimento ou manutenção das melhores condições possíveis de sua saúde.

Outrossim, a informação terapêutica não esgota seu cumprimento em um momento determinado, é um processo continuado devido desde o início até

---

<sup>295</sup> MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 80-82.

<sup>296</sup> PEREIRA, André Dias Gonçalo, cit. P. 71-72.

o fim do tratamento. Já o consentimento informado é prévio a cada tratamento. Mas ambos são elementos importantes da *legis artis*, o que significa que a infração pode dar lugar à exigência de responsabilidade.

É justificável, pelo exposto, separar os dois institutos. Em alguns momentos será árduo identificar se a informação visa a obtenção do consentimento para um determinado procedimento ou a comunicação das medidas terapêuticas. Em outras situações, ao contrário, identificamos com clareza as diferenças. Pense nas recomendações feitas pelo médico. Em tese, o paciente já consentiu em realizar o tratamento ou intervenção, podendo ter optado por uma de várias alternativas possíveis. O dever do médico passa a ser o de comunicar todas as condições que o paciente deve realizar para atingir o propósito. O profissional poderá indicar séries de exercícios, ingestão de determinado chá, ou coisas do gênero. Perceba que, as informações gerais poderiam já ter sido oferecidas para angariar o consentimento informado, mas o detalhamento terapêutico, por inúmeros motivos, pode não coincidir com o detalhamento necessário para tomada de decisão do paciente. Nessa oportunidade torna-se nítida a distinção entre os institutos.

Retomando para o dever de informação<sup>297</sup>, que “*constitui o cerne de toda teoria do consentimento esclarecido*”<sup>298</sup>, depreendemos que já em 1951 havia uma preocupação com a forma em que o diálogo ocorreria, uma vez que o simples fato de informar não atende as finalidades buscadas pela lei. Para a *Cour de Cassation*, pesa sobre os médicos e as clínicas a obrigação contratual de dar ao paciente uma informação inteligível e leal<sup>299</sup>.

Nesse espírito, tentaremos definir a forma em que a informação deve ser transmitida para que o paciente forneça um consentimento válido. A violação do referido dever desrespeitaria a pessoa humana e seria uma grave violação

---

<sup>297</sup> O consentimento para ser válido e eficaz deverá ser precedido de esclarecimento suficiente. E o consentimento somente abarcará a esfera de expectativas do paciente, o Erwartungshorizont; se o procedimento, diagnóstico, análise ou qualquer outro procedimento que ultrapasse os limites da finalidade da intervenção médica em concreto, exigirá a obtenção de um consentimento específico. Assim, caso o paciente sinta-se mal, o médico deverá obter um consentimento específico para verificar, por análise clínica, se o enfermo é portador de SIDA, além do consentimento geral para a investigação clínica. Caso diverso é quando o paciente desconfia que é portador de SIDA. Em tal situação, o consentimento obtido abarcará tanto as análises habituais quanto as referentes à SIDA. Nesse sentido: ANDRADE, Manuel da Costa, cit., p. 51 e 55.

<sup>298</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 349.

<sup>299</sup> Cour de cassation, Chambre CIVILE, 29 MAI 1951: Semaine Juridique 1951, I, n° 6421.

dos direitos do doente, de acordo com a decisão da Corte de Cassação francesa<sup>300</sup>.

A obrigação médica vai além da aplicação da técnica adequada: o profissional tem a obrigação de informar, adequadamente, ao paciente. Muitos juristas vão além e consideram o dever de informação como parte da *legis artis*. Assim, infringir este dever geraria um incumprimento da obrigação, mesmo que a técnica empregada tenha sido perfeita e irrepreensível<sup>301</sup>.

Frisemos que a obrigação de informar não pode ser efetuada com o intuito exclusivo de cumprir uma obrigação legal e como forma de proteção contra uma demanda jurídica. O médico deve compreender que está realizando um ato clínico fundamental para o respeito aos direitos do paciente com finalidade de *“permitir que o paciente faça conscientemente a sua opção, com responsabilidade própria face à intervenção, conhecendo os seus custos e consequências, bem como os seus riscos, assumindo-se assim, o doente como o senhor do seu próprio corpo”*<sup>302</sup>.

Nessa oportunidade discorreremos sobre a forma de transmissão e o conteúdo dessas informações, visto que conhecer não é consentir, como bem decretou o Tribunal Supremo espanhol<sup>303</sup>.

Para Fabian<sup>304</sup>, o profissional da saúde tem de informar praticamente sobre todo fato *“que tem importância para a escolha do consumidor”*<sup>305</sup>. Missão difícil é determinar com exatidão quais informações são importantes.

---

<sup>300</sup> Segundo essa decisão, 28 de janeiro de 1942 da *Chambre des requêtes de la Cour de cassation*, o médico deve assumir sua obrigação de advertir sobre a natureza exata da operação, sobre as consequências possíveis, além de possibilitar a escolha entre dois métodos curativos.

<sup>301</sup> Apoiando esse pensamento e defendendo a possibilidade da ofensa autônoma da liberdade e autonomia privada do paciente, MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 16.

<sup>302</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 56.

<sup>303</sup> Relatando esse posicionamento e nos trazendo as informações da sentença de 10 de junho de 1963 do Tribunal Supremo da Espanha, LIZARRAGA BONELLI, Emilio, cit., p. 229-232.

<sup>304</sup> FABIAN, Christoph, Ibidem, p. 82.

<sup>305</sup> No direito português também prevalece o entendimento que o contrato médico é de consumo e merecedor da aplicação das regras de proteção dos consumidores. *“o doente é um leigo, um profano (...), pelo que merece a aplicação das normas de proteção dos consumidores”*. A questão, todavia, não é tão simples. Alguns autores entendem que a Lei de Defesa do Consumidor (n.º 24/96) não se aplicaria aos profissionais liberais; isso se deve ao fato do art. 23.º ter remetido o regime de responsabilidade de tais profissionais para uma lei extravagante que jamais foi publicada. Essa situação leva os defensores da posição a acreditar que o legislador retirou do âmbito de aplicação da lei consumerista os profissionais liberais. Dias Pereira conclui em outro sentido. Para o jurista, a exceção do art. 23.º só faria sentido pelo fato do legislador reconhecer que há relação de consumo na relação entre cliente e

Fazendo uso da doutrina norte-americana<sup>306</sup>, é possível fazer um esboço sobre o conteúdo fundamental da informação a ser transmitida<sup>307</sup>, o que torna a tarefa do jurista menos árdua. Seriam sete matérias fundamentais: (i) a descrição do procedimento proposto, seus objetivos e forma em que se levará a cabo; (ii) os riscos e efeitos secundários possíveis; (iii) benefícios do procedimento a curto, médio e longo prazo; (iv) os possíveis procedimentos alternativos, seus riscos e efeitos secundários respectivos, além da explicação dos critérios que guiaram o médico para a decisão pelo tratamento recomendado; (v) efeitos previsíveis da não realização de nenhum dos procedimentos possíveis; (vi) comunicação ao paciente da disposição do médico em oferecer maior detalhamento e de sanar todas as dúvidas que tenha; e por fim, mas não menos importante, (vii) a comunicação ao paciente da sua liberdade para reconsiderar, em qualquer momento, a decisão tomada.

Um ponto nevrálgico do conteúdo da informação é o detalhamento dos riscos inerentes ao procedimento escolhido. O médico deverá relatar todos os riscos possíveis ou haverá um limite? A doutrina diverge. Se defendermos a comunicação de todos os riscos poderíamos estar exigindo um minicurso de medicina lecionado pelo médico ao paciente, acabando por tornar maçante o diálogo, além de ofuscar os riscos realmente importantes. De outro lado, se permitirmos que o médico informe apenas parte dos perigos, os mais relevantes para o caso, estaríamos limitando a capacidade de autodeterminação do paciente, que decidiria sem ter ciência de todos os riscos que correria, e em tese, ele poderia se abster de realizar um procedimento por não desejar assumir um determinado risco, por mais improvável que seja.

---

profissional liberal. Segundo o autor, somente se excluiria o regime da responsabilidade em relação aos incumprimentos dos seus deveres; os demais aspectos do regime protecionista regulados pela Lei seriam aplicáveis. Cfr. PEREIRA, André Dias Gonçalves, ob. Cit. P. 37, 354 e 359.

<sup>306</sup> Nos apresentada por MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 91.

<sup>307</sup> A lei espanhola 41/2002 de 14 de novembro regula a autonomia do paciente, os direitos e obrigações referentes à informação e documentação clínica. Em seu artigo 4.º e 10.º, a lei, apresenta o conteúdo mínimo do dever de informação: as finalidades e natureza da intervenção; as consequências relevantes da intervenção; os riscos relacionados com as circunstâncias pessoais ou profissionais do paciente; os riscos prováveis; e as contraindicações. ATELA BILBAO, Afonso/GARAY ISASI, Josu. Ley 41/2002 de derechos del paciente. Avances, deficiencias y problemática. In: Auntonomía del paciente, información e historia clínica – estudios sobre la ley 41/2002, coordinadores: González Salinas, Pedro/Lizarraga Bonelli. Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 46-47.

Apesar da dificuldade da matéria, explanaremos algumas teorias para no fim nos posicionarmos com maior segurança.

O juízo mais cômodo diria ser obrigatório informar sobre todos os riscos, sequelas, complicações ou resultado adverso que possam ocorrer, seja em caráter temporal ou permanente, independente da sua frequência. Com esse pensamento, o paciente teria a aptidão necessária para oferecer o consentimento<sup>308</sup>. Por outro lado, quanto maior o número de informações, mais difícil para o paciente sopesar os mais importantes. A informação exaustiva pode acabar prestando um desserviço ao consentimento informado.

O consenso doutrinal está no sentido de exigir a informação dos riscos mais comuns. A questão, por conseguinte, se volta sobre os riscos excepcionais. Sobre esses últimos, até 1988, a *Cour de Cassation*, dispensava a informação na maioria das decisões, exceto para a medicina satisfativa, como a cirurgia estética<sup>309</sup>.

Em 1998, além da referida corte ter confirmado a necessidade da comunicação de todos os riscos, dos graves até os meros inconvenientes, que podem resultar em uma cirurgia estética, ela estabeleceu um critério qualitativo. O profissional deverá informar, em todos os procedimentos, todos os riscos graves, independente da sua excepcionalidade. Com esse posicionamento, a Corte francesa evitou o critério quantitativo baseado em porcentagens de o risco ocorrer<sup>310</sup>.

Essa ocasião torna proveitosa a exposição da experiência norte-americana. A jurisprudência dos Estados Unidos possui três critérios para determinar se o conteúdo da informação transmitida é suficiente ou não<sup>311</sup>.

A primeira possibilidade, do critério do médico razoável, foi inaugurada em 1960 no caso *Natanson Vs Kline*. Segundo esse ponto de vista, a quantidade de informação que deve ser recebida por um paciente é aquela que seria prestada por um médico razoável nas mesmas circunstâncias. O

---

<sup>308</sup> BELLO JANEIRO, Domingo. Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Madrid: Editorial Reus, 2009, p. 96.

<sup>309</sup> HUBINOIS, Philippe, cit., p. 35.

<sup>310</sup> Sentença de 17 de fevereiro de 1998 revela o posicionamento sobre a cirurgia plástica estética. Não é exigida a prestação de informações em caso de urgência, de impossibilidade ou de recusa do paciente de ser informado. P. 38-39.

<sup>311</sup> Exporemos a visão de Mandián e Meilán sobre a jurisprudência dos EUA que teve por base as decisões até a década de 1990. MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 101-105.

profissional razoável seria o que atua de acordo com a prática habitual da comunidade científica na qual pertence. Já o critério do paciente razoável surgiu em 1969 no caso *Berkey Vs Anderson*. O argumento defende que o médico deveria prestar as informações segundo o que um hipotético paciente razoável necessitaria saber, nas mesmas circunstâncias, para aceitar ou rechaçar um determinado procedimento. Essa tese ganhou força na década de 1970 ao dar maior relevância ao que um hipotético paciente desejaria saber do que ao que um médico julgaria adequado revelar. O último critério, o subjetivo, foi utilizado somente em um Estado: Oklahoma. Ao empregar esse posicionamento, o juiz pergunta ao paciente quais riscos ou complicações desejaria ter conhecido, visto que cada paciente teria necessidades distintas de informação – devido a crenças, comportamentos sanitários, história pessoal ou familiar, etc.

Todos os critérios têm pontos negativos. Apesar de vinte e seis Estados Americanos terem adotado o critério do médico razoável<sup>312</sup>. É impossível não perceber uma ofensa ao direito à autodeterminação do paciente ao deixar somente nas mãos do profissional a decisão do que o paciente deve ou não tomar conhecimento. A dificuldade do critério está no conceito de paciente razoável. Por ser indeterminado, seria sempre exigível a análise casuística. Já o critério subjetivo leva a necessidade do profissional transmitir toda a informação existente ao paciente para que ele fique protegido contra qualquer possibilidade de responsabilização referente à falta de uma determinada informação que o paciente julgaria essencial para si.

O Tribunal Supremo espanhol se pronunciou a favor do critério do paciente razoável. Segundo o referido tribunal, o dever de informação não depende da prática habitual da comunidade médica. É obrigação imposta pela Lei e deve ter como objetivo prestar as informações suficientes para que um paciente razoável oferecesse um consentimento informado<sup>313</sup>.

---

<sup>312</sup> Tradicionalmente, é o critério adotado na Inglaterra em referência a decisão de 1957 *Bolam Vs. Friern Hospital Management Committee*. Em 1998, entretanto, o caso *Pearce Vs. United Bristol Healthcare NHS Trust* mostra que a jurisprudência está substituindo o antigo critério pelo do paciente razoável. O mesmo entendimento ocorre na Austrália após a decisão em 1992 do caso *Rogers Vs. Whitaker*. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 440-441.

<sup>313</sup> MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 104-105. Dias Pereira informa sobre a teoria dos riscos significativos que parte da doutrina entende que o médico deverá comunicar os riscos “significativos”, ou seja, aqueles que ele sabe ou deveria saber que seriam importantes e pertinentes para uma pessoa média consentir nas mesmas situações. Os

Se há consenso quanto à necessidade de informar sobre os riscos ordinários, não existe jurisprudência que diferencia, inequivocamente, os riscos típicos dos atípicos. O caso concreto acabará determinando quais os riscos concretos deveriam ter sido informados<sup>314</sup>; dificultando, assim, a segurança jurídica.

Nossa posição coaduna com a necessidade de informar sobre todos os riscos ordinários – podendo ser utilizado um critério quantitativo científico com base em porcentagens<sup>315</sup> – e sobre os riscos graves, por mais extraordinários, atípicos e improváveis que sejam. Cremos que somente observando essa formalidade o direito à autodeterminação do paciente estará protegido<sup>316</sup>.

No caso de ocorrer um dano ao paciente proveniente de um risco extraordinário, mas de pouca gravidade, presume-se que mesmo tendo ciência, ele não se absteria de realizar o procedimento potencialmente perigoso. Consequentemente, não se falaria em negligência do profissional e, ato contínuo, não caberia uma responsabilização, nesse sentido<sup>317</sup>.

Tão importante quanto o conteúdo da informação é a sua forma de transmissão. Tudo começa com o interrogatório; conforme Tubiana<sup>318</sup> possui duas finalidades: (i) obter informações sobre pontos capitais, como os antecedentes familiares e hereditários, antecedentes pessoais – intoxicações, alcoolismo, tabagismo, doenças sexualmente transmissíveis – a história da enfermidade, perturbações atuais, existência de dores e suas características e localizações; (ii) estabelecer uma relação de confiança com o paciente, que permita exprimir, sem pudor, seus problemas.

O interrogatório deve ser conduzido com cuidado, visto que a informação técnica dificulta o entendimento e, em algumas situações, pode impedir a

---

critérios utilizados para identificar um risco como significativo são: (i) a necessidade terapêutica da intervenção; (ii) em razão da frequência de ocorrência; (iii) em razão da sua gravidade e (iv) em razão do comportamento do paciente. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 396-397.

<sup>314</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, cit. p. 323.

<sup>315</sup> Há, contemporaneamente, o entendimento de que o critério puramente estatístico é insuficiente para decidir quais informações devem ser transmitidas. Seria necessário outras variáveis como, o estado do paciente, a competência do cirurgião, a qualidade do centro hospitalar e a especificidade do procedimento a ser realizado. Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 406.

<sup>316</sup> Dias Pereira entende que será civilmente exigível tudo aquilo que contribua para um efetivo exercício do direito à autodeterminação e à livre disposição do próprio corpo. PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P. 370.

<sup>317</sup> MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 110.

<sup>318</sup> TUBIANA, Maurice, cit., p. 245-246.

compreensão. Certo é que não haverá um interrogatório correto nem um conteúdo certo para todos os casos. O profissional deverá se atentar para alguns fatores, divididos em subjetivos e objetivos<sup>319</sup>, moldando a transmissão da informação de forma compreensível, de modo que o paciente seja capaz de dar seu consentimento informado.

O fator subjetivo levará em conta o nível cultural, a idade, a situação pessoal, familiar, social e profissional do paciente<sup>320</sup>; enquanto o fator objetivo avaliará a urgência do caso, a necessidade do tratamento, os riscos da intervenção e a gravidade da enfermidade. Servirá para melhorar a adequabilidade do conteúdo da informação com o caso concreto, o fato de que quanto menos necessário for um tratamento mais detalhada deverá ser a informação.

Devemos frisar, assim como se manifestou reiteradamente a jurisprudência francesa, a imprescindibilidade do médico em informar de maneira simples, aproximativa, leal e inteligível<sup>321</sup>. Esclarecendo sobre a forma de intervenção e sobre os riscos e os efeitos colaterais que não fiquem completamente de fora da probabilidade<sup>322</sup>.

Achával<sup>323</sup> dispõe que por meio dessa informação, o médico tem que ser capaz de responder os seguintes questionamentos: o quê, quando, em quem e como.

O jurista revela a importância da informação completa, que não poderá se limitar a declaração do nome do procedimento a ser seguido pelo médico. Será necessário que se diga a maneira como será realizado, além das informações referentes aos riscos, ao pós-operatório, efeitos colaterais, entre outros detalhes de extrema importância para o paciente, como já mencionamos. Além disso, a informação deve ser prestada com antecedência para que o paciente possa decidir com calma. Nesse sentido, a jurisprudência alemã tem decidido que a explanação dos riscos graves não pode ser feita imediatamente antes do procedimento médico, sob pena de impossibilitar ao

---

<sup>319</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 295 e MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 96.

<sup>320</sup> Nesse sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. P 415.

<sup>321</sup> 21 de fevereiro de 1961, Corte de Cassação.

<sup>322</sup> Para o autor, a probabilidade do risco não importa alguma estatística, é preciso informar sobre aqueles riscos raros que podem se realizar especificamente no tratamento. FABIAN, Christoph. O dever de Informar no Direito Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 136.

<sup>323</sup> ACHÁVAL, Alfredo, *ibidem*, p. 39.

paciente a reflexão, o sopesamento dos prós e contras, o diálogo com familiares e amigos de maneira adequada<sup>324</sup>.

Esse dever de informar tem ainda mais importância nos contratos médicos na especialidade de cirurgia plástica. Isso porque os procedimentos cirúrgicos envolvem muitos riscos e, dependendo do caso, o paciente poderá preferir permanecer com o incômodo a correr um risco muito elevado, uma vez que seu corpo, de maneira geral, não sofre de nenhuma enfermidade.

#### 6.3.2.1.1 Exceções

A doutrina revela algumas situações nas quais o profissional poderá deixar de transmitir as informações. Nas situações de urgência<sup>325</sup> ou quando o paciente está em coma, desmaiado ou outra situação que o deixe sem a mínima possibilidade de compreensão, seja por efeito de narcóticos, álcool ou alguma doença psiquiátrica, o profissional da saúde não transmitirá, por impossibilidade lógica, as informações ao paciente. O que não o elide de informar aos representantes legais do paciente quando possível.

Outra situação que permite a relativização do dever de informar é a de diagnóstico fatal quando se presume que a informação será prejudicial. Nesses casos se permite a omissão da real gravidade da enfermidade por entender que o paciente teria um “direito à mentira”, no caso, um direito a manter a esperança. Seria uma limitação ao dever de informar com caráter humanitário visando omitir a dolorosa verdade. Trata-se do privilégio terapêutico<sup>326</sup> referido no famoso caso americano *Canterbury Vs Spence* de 1972. Segundo a decisão é permitido ao médico ocultar informações sobre os riscos do procedimento, no

---

<sup>324</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, cit. 458-459.

<sup>325</sup> De acordo com estudo da Entidade Reguladora de Saúde de Portugal, o conceito de urgência é subjetivo e depende das avaliações do médico no caso concreto e não em normas técnicas ou científicas. O referido estudo coloca que são consideradas urgentes, normalmente, “aquelas situações de doença súbita ou acidente que, numa avaliação de um homem médio não especialista, mas diligente e cuidadoso com a sua saúde e bem-estar, justificam ou aconselham um recurso a cuidados médicos sem demora e independentemente quer do momento do dia ou da noite em que se verifique tal necessidade, quer do local onde se encontre”. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. Estudo Sobre os Conceitos de “Serviço De Urgência” e “Serviço De Atendimento Permanente” em Estabelecimentos Prestadores De Cuidados de Saúde. Dezembro de 2009.

<sup>326</sup> O direito a não saber visa proteger o indivíduo da obtenção, contra a sua vontade, de conhecimentos sobre seu futuro pessoal. A descoberta deste direito relaciona-se com a capacidade atual da medicina em prever e diagnosticar enfermidades em descompasso com a capacidade de cura. Costa Andrade, defende que tal direito é parte do direito geral da personalidade. ANDRADE, Manuel da Costa, cit., p. 23-25 e 66.

caso em que for evidente que essas informações ameaçariam a integridade psicológica do paciente<sup>327</sup>.

Esse entendimento não é unânime. Há autores que consideram que o paciente terminal deve saber sua real condição, mesmo porque ele poderia, em seus momentos finais, buscar realizar feitos que jamais pôde. Uma posição intermediária alude à “verdade suportável”, aquela em que o profissional fornece a informação, mas evita comunicar detalhes desnecessários prejudiciais ao paciente<sup>328</sup>.

Pensamos que o paciente tem o direito de saber a sua real condição, por pior que ela seja. Facultar ao médico a ponderação sobre as informações que deve prestar e as que deve omitir para proteger o paciente é impor grande responsabilidade moral ao profissional, além de defender o paternalismo e a consequente ideia do paciente como ser vulnerável. Obviamente, se o paciente roga por não saber ou o médico tenha meios de saber, inegavelmente, que a informação transparente será prejudicial, ele poderá omitir os detalhes nocivos, mas nunca apoiaríamos a ilusão do paciente.

Difícil será imaginar alguma das excludentes apresentadas que seriam aplicáveis à cirurgia estética. Ademais de ser uma intervenção não urgente, a cirurgia estética é voluntária, o paciente deve estar com suas faculdades mentais suficientes para prestar o consentimento informado; eliminando, assim, a primeira parte das excludentes. Se nos apoiarmos sobre a inaplicabilidade da comunicação do diagnóstico fatal como motriz para uma intervenção estética, eliminaremos o restante das excludentes. Reconhecendo a impossibilidade de omitir informações na cirurgia estética, é preciso sublinhar a necessidade da comunicação de todos os detalhes do procedimento, nos termos e conteúdo que vimos, de forma mais cuidadosa e exaustiva do que seria devido em um procedimento curativo.

De qualquer maneira, não se poderia forçar um paciente a receber uma informação. Se ele tem condição de consentir, cremos que teria condições de optar por não receber informações. O médico, nessas situações, deveria tomar

---

<sup>327</sup> *Canterbury v. Spence* da Corte de Apelação do Distrito de Columbia, 464 F.2d 772. Em Portugal, o Código Penal, acolheu o privilégio terapêutico no art. 157.º ao dispensar ao médico a comunicação de circunstâncias que colocariam em risco a vida, ou seriam suscetíveis de causar grave dano à saúde física ou psíquica do paciente caso ele, delas, tomasse conhecimento.

<sup>328</sup> MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas, cit., p. 111.

todas as precauções possíveis, pedindo uma declaração do paciente que explicitasse essa escolha e os motivos dela<sup>329</sup>.

Encerrando o tópico, percebemos que a perfeita ponderação é aquela feita de forma pensada, meditada e racional pelo paciente, avaliando os benefícios e os riscos.

No estrito cumprimento desses deveres de informar, somente alcançável sobre a égide do princípio da transparência<sup>330</sup>, é que o paciente fornecerá o consentimento eficaz.

### **6.3.3 Boa-fé**

Na fase pré-contratual, médico e paciente, expressarão suas vontades, informarão os detalhes indispensáveis para a caracterização do consentimento eficaz, mas somente irão compactuar se houver uma confiança mútua.

Nenhum paciente irá eleger um profissional que considera incapaz de realizar a intervenção cirúrgica. O médico poderá escolher, na maioria dos casos, seus clientes, optando por não contratar com um paciente que julga omitir detalhes importantes.

Tal confiança expressa uma das características do princípio da boa-fé. O princípio da boa-fé significa que cada um deve manter fidelidade à palavra dada e não frustrar a confiança do outro, ou dela abusar, já que esta integra a base indispensável de todas as relações humanas<sup>331</sup>.

Para Aristóteles, a expectativa criada pela confiança no comportamento do outro valia tanto quanto a promessa ou a palavra dada. Seria punido aquele que não correspondesse à expectativa gerada no outro pelo seu comportamento<sup>332</sup>.

Nessa linha filosófica, Cordeiro afirma que “*a confiança constitui, para o ser, a base de um comportamento; quando não, haverá mera esperança*”<sup>333</sup>. Essa visão demonstra a importância da confiança. No caso dos contratos

---

<sup>329</sup> BLAS ORBÁN, Carmen, cit. p. 176

<sup>330</sup> GHERSI, Carlos A. Responsabilidad por prestación médico-asistencial. 2 ed. Buenos Aires: Editora Hammurabi S.R.L, 1992.

<sup>331</sup> GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Princípio da boa-fé: Perspectivas e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 38.

<sup>332</sup> Idem, ibidem.

<sup>333</sup> CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Da Boa Fé no direito civil. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 42.

médicos, especialmente em cirurgias plásticas, ela motiva o paciente na escolha do profissional.

Para Gonçalves, as principais exigências decorrentes da boa-fé são a de não criar ou acalantar expectativas indevidas e a de prevenir a formação ou a manutenção de representações falsas, temerárias ou infundadas<sup>334</sup>. Essas exigências, na visão de Cordeiro, permitem o reconhecimento da responsabilidade com fundamento na *culpa in contrahendo*, ainda nas negociações preliminares e, portanto, independentemente da formação do contrato<sup>335</sup>.

Dessa forma é possível identificar o princípio da boa-fé já na fase pré-contratual. O princípio deve ser observado também durante o contrato, bem como após a extinção do contrato, no caso de haver obrigações residuais, o que ocorre com frequência no contrato médico, principalmente com o dever de sigilo profissional.

#### **6.4 Deveres:**

Outro aspecto importante do contrato médico são os deveres que as partes se obrigam. O profissional de saúde possui uma gama muito maior de obrigações contratuais. Como exemplo, a resolução nº 1.931 de 17 de setembro de 2009 do Conselho Federal de Medicina do Brasil, o novo Código de Ética Médica que entrou em vigor no dia treze de abril de 2010, traz quase cento e vinte artigos prevendo deveres médicos. Longe de desejar comentar exhaustivamente cada dever, nos focaremos nos aspectos mais gerais e significativos para a área da cirurgia estética.

Segundo Romanello, “*tem o médico o dever de alertar o paciente sobre os riscos da cirurgia, dever de assistência pré e pós-operatória, além dos cuidados com a própria intervenção cirúrgica*”<sup>336</sup>.

Os deveres de atenção, nada mais são do que a confirmação da própria finalidade da medicina e presente na etimologia da palavra “médico”, derivada do latim *medicus*, proveniente, por sua vez, do verbo grego *medeo* que

---

<sup>334</sup> GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Ibidem, p. 43.

<sup>335</sup> CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes, p. 563.

<sup>336</sup> NETO, Jerônimo Romanello, cit., p. 134.

significa cuidar<sup>337</sup>. De acordo com Maria Helena Diniz, o profissional deverá cuidar com zelo, diligência e utilizar todos os recursos da medicina em prol do paciente.

Lembramos, contudo, que sendo livre o exercício da medicina, o médico poderá negar-se a atender um paciente, não sendo obrigado a prestar contas de sua recusa à pessoa que o chamou, a não ser à sua consciência. Poderá caracterizar abandono, todavia, se o cirurgião desatender a um chamado de cliente seu. O dever de atender chamados ou de visitar o paciente pressupõe a necessidade ditada pela circunstância ou acordo entre as partes. O médico só poderá fazer-se substituir por outro colega se: sua escolha não foi feita *intuito personae*; se demonstrar que lhe era, realmente, impossível ocupar-se do doente; se observar que o enfermo ou sua família não seguem suas recomendações; se pretenderem impor-lhe ajudante ou enfermeira cuja habilidade ou competência desconheça ou que critiquem seu modo de agir; se não lhe derem a devida consideração ou se à sua revelia, for consultado outro médico, colocando-o em situação falsa perante o colega<sup>338</sup>.

De outra mão, Matielo alega que o dever do médico está diretamente ligado ao tipo de obrigação proveniente do contrato. Se assumir uma obrigação de meios, o médico terá o dever de se esforçar ao máximo no seu trabalho, enquanto no caso de assumir uma obrigação de resultado, terá o dever de atingir o objetivo certo a que se propôs<sup>339</sup>.

Vale ressaltar que muitos autores acreditam que, nas obrigações de resultado, o médico será responsabilizado pelo simples fato de não ter conseguido adimplir o contrato da maneira avençada; mesmo que não infrinja um dever específico. Discorreremos de forma mais aprofundada na parte final do presente trabalho. Por momento retornaremos aos deveres genéricos, sem nos preocupar com o enquadramento das obrigações em meios ou resultados.

Vieira profere o seguinte ensinamento sobre a obrigação geral do profissional: “*o que se exige do médico é a prestação de serviços conscienciosos, atentos, zelosos, a utilização de recursos e métodos*”

---

<sup>337</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 167.

<sup>338</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>339</sup> MATIELO, Frabricio Zamprogna, cit., p. 47.

*adequados, e salvo circunstâncias excepcionalíssimas, de agir conforme as aquisições da ciência*<sup>340</sup>.

Lopes<sup>341</sup> acrescenta uma característica muito relevante. As condições do local e do tempo. Quando da apreciação de um potencial descumprimento de um dever por parte do médico, o magistrado deverá sopesar as citadas condições. As diferenças de equipamentos entre uma clínica rural e um hospital modelo podem ser determinantes para o resultado de uma intervenção e o órgão judicante deverá ter isso em mente antes de proferir uma decisão.

Giostri corrobora o exposto, mas sublinha que se deve avaliar a possibilidade de: atualização técnica do médico; do emprego de novos métodos; da (in)disponibilidade de aparelhagem moderna; de medicamentos específicos e de pessoal treinado<sup>342</sup>. Um lugarejo afastado das zonas mais desenvolvidas poderá oferecer uma escusa para a falta de equipagem de última geração, entretanto, dificilmente conseguirá ilidir a responsabilidade pela desatualização do profissional<sup>343</sup>. Reter conhecimentos técnicos necessários não deixa de ser dever do médico, e uma qualificação superior, ou seja, a sua especialidade, faz com que o nível de conhecimento exigido aumente.

Deverá ficar claro que o médico não entendendo possuir capacidade ou meios técnicos para realizar com segurança uma intervenção cirúrgica deverá se recusar a fazê-la. Insistindo em prestar o serviço, e advindo um dano para o paciente, ele poderá incorrer em uma conduta culposa<sup>344</sup>. Romanello<sup>345</sup> acrescenta que além da falta de conhecimento e experiência e da infração ao dever de cuidado ou diligência, a inexistência do bom julgamento é suficiente para que o profissional seja considerado culpado.

O julgamento que servirá para sopesar se as habilidades técnicas dominadas pelo médico são capazes de atingir às finalidades buscadas pelo paciente, também terá utilidade para o profissional julgar se os possíveis

---

<sup>340</sup> VIEIRA, Luzia Chaves, cit., p. 96.

<sup>341</sup> La infracción por parte del médico cirujano, de algún deber propio de su profesión, y más concretamente, del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. LOPES, Joaquim Ataz. Los médicos y la responsabilidad civil. Madrid: Editorial Montecorro, 1985.

<sup>342</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico, cit., p. 123.

<sup>343</sup> A detenção dos conhecimentos técnicos é um dever que pesa gravemente sobre o médico. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, cit. p. 221.

<sup>344</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico, cit., p. 40.

<sup>345</sup> NETO, Jerônimo Romanello, cit., p. 32.

ganhos para a saúde do paciente valem os riscos do procedimento a ser utilizado. Matielo<sup>346</sup> aduz que o médico nunca poderá optar por um procedimento que revele a supremacia do risco em confronto com o benefício. Nesse caso a abstenção seria imperativa, exceto como último recurso para salvar a vida ou integridade da pessoa. Devemos, porém, ter cuidado nessa afirmativa. Contemporaneamente, como oportunamente vimos, o paternalismo clássico foi superado. O dever do médico é esclarecer e não escolher pelo paciente. A autonomia, sempre que possível, deverá ser respeitada; cabe somente ao enfermo assumir grandes riscos ou dissentir à prática de um procedimento mesmo que este não ofereça risco algum.

Um dever importantíssimo, portanto, que sempre deverá ser observado, é o da informação e a consequente obtenção do consentimento informado do paciente. Sem a estrita observância desse dever, todos os atos posteriores estarão viciados, em regra, podendo gerar a responsabilização do facultativo. Afinal, o dever de obter o consentimento informado gera o dever reflexo de não atuar contra o consentimento deste<sup>347</sup>.

É de se frisar que os deveres profissionais do cirurgião não se esgotam após o término dos atos que integram a intervenção jurídica. As obrigações se estendem à fase pós-operatória, oportunidade na qual podem surgir complicações<sup>348</sup>.

Por fim, Stoco<sup>349</sup> conclui que “o médico poderá ser responsabilizado em razão da infringência da lei e dos preceitos éticos, quando deles resultar dano.” Assim, verificamos que o ponto crucial de onde nascem os demais deveres do médico é a diligência e a recolha do consentimento informado do paciente.

Já os deveres do paciente, entendido aqui como a pessoa que requer assistência sanitária e se submete a cuidados profissionais<sup>350</sup>, são basicamente dois: o pagamento dos honorários médicos compactuados e a

---

<sup>346</sup> MATIELO, Frabricio Zamprogna, cit., p. 104.

<sup>347</sup> Além do dever de não atuação, Lopez, revela o dever de guardar o segredo médico e de atuar em casos de urgência. ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 165.

<sup>348</sup> BELLO JANEIRO, Domingo, cit. p. 94.

<sup>349</sup> STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6ª. ed. revisada, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 315.

<sup>350</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid: Lex Nova, 2003, p. 147.

cooperação com o profissional<sup>351</sup>, que se desdobraria no: “*dever de facilitar os dados sobre seu estado físico ou sobre sua saúde de maneira leal e verdadeira, assim como colaborar na sua obtenção*”<sup>352</sup>.

## 7. Diferenciação entre Cirurgias Reparatórias e Estéticas

A doutrina divide a cirurgia plástica em duas modalidades: a reparadora e a estética.

Antes de conceituarmos essas duas modalidades, torna-se necessário caracterizar a cirurgia plástica. No ponto de vista de Magrini, a cirurgia plástica é “*uma subespecialidade do ramo da Medicina de cirurgia geral que tem por finalidade modificar, reconstruir, reconstituir ou embelezar parte externa do corpo deformada por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita, reunindo o nobilíssimo ramo da medicina que trata de doenças por meio de cirurgia, com a beleza da arte de improvisar e criar*”<sup>353</sup>.

Retomando a divisão, Matielo nos explica que a distinção reside na diversidade de motivos e causas que levam à cirurgia plástica, bem como aos variados fins buscados através dela<sup>354</sup>.

A primeira modalidade, a cirurgia plástica reparadora<sup>355</sup>, ou reconstrutiva, destina-se a corrigir defeitos congênitos ou adquiridos. Normalmente tem como finalidade a correção de acidentes ou de deformidades e outros defeitos físicos. Essa modalidade se relaciona com a medicina curativa ou assistencial, que tem como objeto intervir sobre uma patologia ou lesão do corpo<sup>356</sup>.

---

<sup>351</sup> No mesmo sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, ob. Cit. P. 33. De acordo com Lopez, o paciente deve seguir as prescrições médicas deixadas em suas mãos pelo profissional. Não compactuamos dessa visão. O dever se aproxima mais da boa-fé, de dizer ao profissional que não fará ou não realizou as prescrições devidas do que o dever de realiza-los em si, uma vez se tratar de direitos relacionados com a autonomia e a integridade física do paciente, o dever é de honestidade. ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 193.

<sup>352</sup> LIZARRAGA BONELLI, Emilio, cit., P. 230.

<sup>353</sup> MAGRINI, Rosana Jane. Médico – Cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião? In: RT nº 809, março de 2003.

<sup>354</sup> MATIELO, Frabricio Zamprogna, Ibidem, p. 58.

<sup>355</sup> NETO, Jerônimo Romanello, cit., p. 133. CAVALIERI, Sergio Filho. Ibidem, p. 369; e GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade Médica, Ibidem, p. 43.

<sup>356</sup> Nesse sentido, GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 181.

Ela se desenvolveu e começou a gerar interesse depois da Segunda Guerra Mundial, situação em que foi utilizada uma grande variedade de armas, inclusive as mais mortais, como as armas químicas e as nucleares. Como consequência gerou uma gama de lesões e mutilações que necessitavam de técnicas especiais para a restauração do corpo da vítima<sup>357</sup>.

Para caracterização dessa modalidade de cirurgia não existem grandes dificuldades. A definição dos doutrinadores é semelhante, todas elas evidenciam a correção de uma *deformidade* para restaurar a beleza física do paciente.

A cirurgia estética, ao contrário, busca o embelezamento, tão somente uma melhora física<sup>358</sup>. Não corrige deformidades e sim imperfeições que perturbam o bem viver do paciente, “*pelo manejo dos contornos corporais tidos por deficientes ou incorretos*”<sup>359</sup>, relacionando-se com a denominada medicina voluntária ou de satisfação, uma vez que atua, em tese, sobre um corpo são<sup>360</sup>. Além da cirurgia estética, os juristas apontam que a extração de órgãos do cedente, a experimentação e a investigação sobre o corpo humano, as técnicas de reprodução humana, a esterilização e a mudança de sexo<sup>361</sup>, pertenceriam a esse grupo de medicina satisfativa.

Um pouco acima nos referimos ao progresso da Cirurgia Plástica após a Segunda Grande Guerra. É plausível, todavia, que o interesse pela beleza tenha acompanhado a evolução social humana, fazendo com que as intervenções cirúrgicas com preocupações meramente estéticas já pudessem ser verificadas na cosmetologia egípcia.

Tivemos a oportunidade de construir de forma resumida a história da medicina, e evidenciamos a importância egípcia para o início da ciência médica. No que se refere a Cirurgia Estética, a técnica da mumificação foi essencial para o progresso da inteligência cirúrgica estética. Os médicos egípcios eram capazes de reconstruir narizes, costelas e orelhas, mesmo que, no início a intervenção cirúrgica fosse realizada somente nos mortos com

---

<sup>357</sup> GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel/CASTILLO CALVÍN, José Miguel. Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica – aspectos jurídicos y médico-forenses. 3ª Ed. Granada: Editorial Comares, 2011, p. 140.

<sup>358</sup> NETO, Jerônimo Romanello, cit., p.133, no mesmo sentido, GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico, p. 111.

<sup>359</sup> MATIELO, Frabricio Zamprogna, cit., p. 58.

<sup>360</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 181.

<sup>361</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio, cit. p. 87 e BLAS ORBÁN, Carmen, cit. p. 56.

importância política, ainda dentro do processo de conservação e embalsamamento.

Martínez-Pereda pesquisou a evolução da intervenção estética e revela que antes mesmos dos egípcios, o papiro de Edwin Smith<sup>362</sup> em 2300-3000 a. C., trazia descrições precisas para realizar cirurgias nos lábios, bochechas e orelhas e os hindus, em 800 a. C. sabiam reconstruir narizes, devido ao costume vigente na época de amputar essa estrutura na mulher adúltera.

Durante o Império Romano era possível modificar a forma de algum osso, corrigir más-formações superficiais e até realizar liftings<sup>363</sup> primitivos. E no fim do século XVI o cirurgião Tagliacozzi publicou um tratado em Veneza em que descreve diversas técnicas de rinoplastia<sup>364</sup>.

A medicina, como vimos no capítulo próprio, pouco avançou desde a Antiguidade até dois séculos atrás. Referiu-se às intervenções com finalidades puramente estéticas, somente após a metade do século XIX. O primeiro implante mamário com silicone foi realizado em 1962, enquanto a lipoaspiração foi idealizada em 1977. Fatos que demonstram a juventude dessa ciência.

Por ser um ramo mais novo, os primeiros cirurgiões estéticos eram vistos com suspeita. A sociedade não aceitou de maneira automática esse tipo de intervenção. O que acabou refletindo no Direito. A Corte de Cassação, em 29 de novembro de 1920 proibia o profissional da saúde de realizar um procedimento com finalidade meramente estética e em 19 de janeiro de 1936 o Tribunal Civil declarou que uma operação sobre um órgão sadio com a finalidade de corrigir uma linha corporal, por si só, constitui uma falta.

As guerras mundiais, além de desenvolver as técnicas cirúrgicas e diminuir os riscos, acabaram por justificar as intervenções estéticas devido à seriedade das lesões sofridas pelos militares e civis gerando consequentemente, uma maior aceitação social.

Hoje, podemos considerar que a cirurgia estética está em um momento especial. Um recurso que era utilizado apenas pela elite e por artistas, atualmente pode ser utilizado por grande parcela da população, seja pela

---

<sup>362</sup> O americano comprou o papiro em 1862 e ele foi traduzido em 1930 por James H. Breasted, somente após isso percebeu-se sua verdadeira importância, cfr. Cyber Museum of Neurosurgery.

<sup>363</sup> Procedimento em que porções de pele são retiradas da face do paciente.

<sup>364</sup> O *De curtorum chirurgia per insitionem* foi publicado em 1597. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 145.

redução do seu custo seja pela possibilidade de corrigir, qualquer defeito ou desarmonia<sup>365</sup>.

Do mesmo modo da cirurgia reparadora, os autores, não veem grandes obstáculos na identificação da cirurgia estética. Caso exista um defeito pré-existente, algo que prejudique a saúde do paciente, a cirurgia será reparadora. Entretanto, se o paciente apresenta-se com higidez, desejando, tão somente, melhorar a aparência, a cirurgia será estética.

Assim, uma intervenção que visa corrigir um desvio de septo será reparadora, uma vez necessária para a melhora das funções aéreas, mesmo tendo como consequência um nariz esteticamente mais belo. No caso do paciente desejar a simples melhora da aparência do nariz, identificaremos a cirurgia como do tipo estética<sup>366</sup>.

A história humana é testemunha de inúmeras modificações corporais. Algumas deformações são consentidas e buscam a proteção contra espíritos ou forças mágicas; outras têm como finalidade distinguir um determinado grupo ou tribo<sup>367</sup>.

Casos de modificações curiosas são os das mulheres da tribo Karen Padaung, as mulheres-girafa, as quais alargam os pescoços com anéis a ponto de gerar uma atrofia muscular que as impossibilitam de levantar a cabeça quando não estão usando esses aros. Isso porque um pescoço comprido representa elegância. Outro costume, esse tipicamente chinês, era de enfaixar os pés das mulheres, desde pequenas, para que eles ficassem de tamanhos diminutos e dificultassem a locomoção. O passo vacilante era objeto de admiração e o procedimento determinava uma hipertrofia dos órgãos sexuais. De tal modo pés pequenos simbolizavam a luxúria e faziam da mulher um ótimo partido.

Ambas as situações apresentadas revelam procedimentos de modificação corporal que parecem absurdos atualmente, pelo menos para a

---

<sup>365</sup> Idem, *ibidem*, p. 182.

<sup>366</sup> É interessante mencionar, mesmo que brevemente, as situações dos transexuais. A cirurgia de redesignação de sexo ou de adequação do sexo anatômico ao sexo psicológico, a nosso ver, não poderia ser considerada como uma cirurgia estética. Os procedimentos adotados visam corrigir um desvio psicológico, algo significativamente mais complexo do que uma intervenção que busca a simples melhora estética.

<sup>367</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 109-111.

maioria<sup>368</sup>, porém tinham uma importância primordial para a sociedade local. A mulher que não permitisse essas alterações, provavelmente seria desprezada. No caso das mulheres, a elegância ou a sensualidade eram fatores importantes para que elas alcançassem os objetivos das sociedades em foco: constituir uma família com o melhor parceiro possível. Ao não apresentarem essas características, elas diminuam suas chances. O assunto poderia nos conduzir a grandes discussões antropológicas e sociológicas, todavia devemos focar em uma indagação: Esses procedimentos seriam curativos ou meramente estéticos?

A primeira vista identificaríamos a natureza estética, afinal, os indivíduos procuram uma melhor aparência. Mas considerando os fatores externos, seja a pressão social ou o padrão de beleza vigente; e os internos, a pressão imposta pelo próprio indivíduo, a resposta torna-se mais difícil.

É nesse sentido que o conceito atual de saúde foi ampliado. A OMS define a saúde como *“um estado dinâmico de completo bem-estar físico, mental, espiritual e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”*<sup>369</sup>.

Embora esse conceito não encontre apoio unânime da sociedade científica, é possível identificar uma preocupação com o bem-estar mental no conceito de saúde. Hodiernamente, a saúde mental é tão importante quanto a física, desse modo, mesmo não possuindo problemas físicos, o paciente pode ter seu psicológico tão abalado e fragilizado que coloca a intervenção estética como necessária para a sua felicidade e saúde psíquica, sendo irracional crer que a cirurgia serviria simplesmente para fins estéticos. A cirurgia estética seria, nesses casos, um método terapêutico como qualquer outro.

Giostri<sup>370</sup> amplia ainda mais esse pensamento. A autora defende que em todas as cirurgias estéticas, o paciente, busca modificar algo com que está insatisfeito. E esse descontentamento pode alterar o bem-estar de uma pessoa, havendo aí, sempre, uma necessidade terapêutica.

---

<sup>368</sup> As mulheres-girafa decrescem a cada ano. As novas gerações não estão mantendo as tradições, fazendo com que apenas duas crianças, atualmente, possuem os aros no pescoço. Já a tradição chinesa, de modo geral, ficou no passado. O novo governo que assumiu em 1949 não via o costume com bons olhos o que auxiliou a decadência da modificação.

<sup>369</sup> Conceito presente no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO).

<sup>370</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. A responsabilidade civil dos profissionais médicos na área da cirurgia plástica, p. 180.

Conforme se posiciona Ataz Lopez, se entendermos a saúde não somente como bem-estar físico, mas também psíquico e social, fica difícil não dizer que a cirurgia estética tenha caráter curativo. Segundo o autor, o que ocorre é que alguns juristas adotam, até inconscientemente, o conceito de enfermidade só ao processo patológico de degeneração orgânica ou física<sup>371</sup>.

Reforçam esse conceito de saúde alguns estudos psiquiátricos. De acordo com Martínez-Pereda, determinados psiquiatras defendem que em toda cirurgia, reparadora ou estética, está presente um capricho neurótico e uma fixação ou regressão a um estado narcisista. O desejo de agradar os demais é legítimo e, muitas vezes, é uma necessidade primordial, o que implica complicações psicológicas, como, por exemplo, o não reconhecimento da própria corporeidade. A pessoa não se reconhece, não sente que seu corpo combina com seu íntimo<sup>372</sup>.

O autor ainda cita o Dr. Logre, psiquiatra francês, que reconheceu uma enfermidade psicológica a qual denominou hipocondria estética. Essa alteração faz com que o enfermo tenha uma inquietude psicológica pelos mais insignificantes defeitos que para corrigi-los daria o que fosse, realizaria qualquer sacrifício e assumiria todos os riscos<sup>373</sup>.

Contribui para a tese de unidade da cirurgia plástica o fato de que os médicos não atuam de maneira distinta<sup>374</sup>. Quer seja cirurgia reparadora, quer seja estética, o profissional sempre buscará o melhor resultado possível, aliando a melhora fisiológica e a estética<sup>375</sup>. Recorda-nos Martínez-Pereda<sup>376</sup> que os cirurgiões mais valorizados são os que possuem a habilidade de ocultar ou dissimular as cicatrizes das incisões operatórias, mesmo sendo uma intervenção cirúrgica curativa.

Interessante relatar a tese do Advogado do Estado que na sentença do Tribunal Supremo espanhol, rechaçou a separação entre Cirurgia Plástica e Cirurgia Estética. Segundo o jurista, a última *“não é uma especialidade autônoma por não possuir um conjunto próprio de conhecimentos, já que sua*

---

<sup>371</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 113-114.

<sup>372</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 107-108 e 195.

<sup>373</sup> Idem, ibidem, p. 108.

<sup>374</sup> Bello Janeiro revela que as diferenças procedimentais não são muito claras. BELLO JANEIRO, Domingo, cit. p. 99.

<sup>375</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 335.

<sup>376</sup> Idem, ibidem, p. 171-172.

*aprendizagem se insere em um processo muito mais amplo, baseado em técnicas de transplante, mobilização de tecidos e as de troca*<sup>377</sup>.

Feita as considerações, há que dizer que essa divisão está consagrada pelos juristas. Martínez-Pereda<sup>378</sup> aduz que as implicações sociológicas, culturais e econômicas, da cirurgia restauradora e estética, são muito diferentes do prisma dos pacientes e da comunidade.

Segundo o mesmo autor, a desproporção entre criação de riscos e os fins perseguidos pelo paciente é outra característica evidente que proclama a diversidade das cirurgias<sup>379</sup>.

Frisemos que, juridicamente, essa divisão é relevante. A maioria dos doutrinadores, como ainda veremos, a utiliza para caracterizar a obrigação como sendo de meio ou resultado.

Depois dessas observações, é possível perceber que a divisão é mais importante para os juristas que para os profissionais da saúde. Seguindo o caminho da doutrina majoritária, utilizaremos a divisão, uma vez ser possível visualizar uma distinção entre as motivações e finalidades buscadas pelos pacientes de um ou outro tipo de cirurgia plástica.

Mesmo nos valendo da divisão, é importante frisar que em determinados procedimentos será complicado precisar se a finalidade é terapêutica ou não, seja pela ponderação das questões psicológicas, seja por uma multiplicidade de procedimentos realizados. Esse fato contribui para a fragilidade da dicotomia que tende ao desaparecimento. Divisão, essa, que tinha a sua importância em uma época em que as cirurgias eram tão perigosas que cogitar uma correção estética era, no mínimo, inconsequente. A busca por um cirurgião só ocorria quando não existia outro remédio e mesmo assim para intervenções imprescindíveis. Todavia, não é o panorama atual<sup>380</sup>.

---

<sup>377</sup> Conforme a sentença de 15 de junio de 2005. LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo. Negligencias en cirugía y anestesia estéticas. Madrid: DYKINSON, 2008, p. 30.

<sup>378</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 265.

<sup>379</sup> Idem, ibidem, p. 266.

<sup>380</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 336.

## 8. Responsabilidade do médico

### 8.1 Breve Introdução

Antes de começarmos a explanar sobre a responsabilidade do cirurgião plástico estético, é importante um breve comentário sobre o que seria a responsabilidade e os seus requisitos.

O termo 'responsabilidade' tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade<sup>381</sup>.

Já o dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas informa que responsabilidade é a “*obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito. Obs.: A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que essa impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado*”<sup>382</sup>.

Atualmente, poderíamos admitir que “*a responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano*”<sup>383</sup>. Esse dever de indenizar, via de regra, se resume ao preenchimento obrigatório da lacuna patrimonial ou extrapatrimonial atingida pela conduta danosa do agente<sup>384</sup>.

A responsabilidade profissional não é um tipo distinto de responsabilidade. A doutrina italiana indica que a expressão profissão deriva do latim *professio* e indica uma declaração ou manifestação de ideia, fé, sentimento, feita publicamente e com forma exterior reconhecível por todos. Mais especificamente significaria o exercício continuado de uma atividade humana e, conseqüentemente, de uma atividade de trabalho. A diferença está no sujeito que incorre na responsabilização ser um profissional<sup>385</sup>.

---

<sup>381</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.

<sup>382</sup> Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1995.

<sup>383</sup> AZEVEDO, Álvaro Vilhaça. Curso de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008 e GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, cit., p. 3.

<sup>384</sup> MATIELO, Frabricio Zamprogna, cit., p. 13.

<sup>385</sup> FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. Responsabilidad civil médica y hospitalaria. Madrid: La Lex, 1987, p. 79.

De acordo com os doutrinadores<sup>386,387</sup> é possível identificar cinco<sup>388</sup> requisitos para que se caracterize a responsabilidade subjetiva: a conduta, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexa causal<sup>389</sup>. Independente de ser uma responsabilidade contratual ou extracontratual, o médico deve praticar um fato que cause um dano ao doente ou terceiro<sup>390</sup>.

A conduta seria a ação ou omissão humana voluntária. E consideramos voluntária a que resulta da liberdade de escolha do agente que tem discernimento para entender aquilo que faz<sup>391</sup>.

A ilicitude é a reprovabilidade objetiva da conduta. Assim o que determina a censurabilidade da ação ou omissão é o próprio ordenamento jurídico. Já na culpa<sup>392</sup>, a reprovabilidade é avaliada subjetivamente, tendo como única referência a conduta concreta do agente naquela situação. Devem-se preencher ambos os requisitos para permitir uma responsabilização, a conduta deve ser censurável pelo ordenamento e reprovável no caso concreto.

O próximo elemento é o dano, que nada mais é que a lesão a um bem jurídico, patrimonial ou não<sup>393</sup>. O último elemento é o nexa de causalidade, a linha que liga o ponto A, no caso a conduta, ao ponto B, o dano. É a relação de

---

<sup>386</sup> Tendo como ponto de vista o sistema jurídico português. Já no Brasil e Espanha, por exemplo, os doutrinadores defendem apenas três requisitos: a conduta, o dano e o nexa de causalidade. ROMERO COLOMA, Aurelia María. *La medicina ante los derechos del paciente*. Madrid: Editorial Montecorvo, 2002, p. 9.

<sup>387</sup> Nesse sentido o acórdão da Relação do Porto 3233/05.0TJPRT.P1 publicado em 05/03/2013: “*A efectivação da responsabilidade civil do médico depende, como é sabido, da verificação cumulativa de um conjunto de pressupostos: a ilicitude do facto, a culpa, o dano e o nexa de causalidade entre o facto e o dano*”, o outro requisito é o fato, implicitamente citado pela decisão, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>388</sup> No direito brasileiro anotam-se três requisitos fundamentais, a conduta, o dano e o nexa de causalidade. No caso de responsabilidade subjetiva, soma-se aos elementos citados a culpa. A responsabilidade na França possui contornos diversos. Basea-se na *faute civil*, um conceito que abrange o ato do agente, a ilicitude e a culpa em um único requisito.

<sup>389</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Responsabilidade Civil dos médicos: danos hospitalares – alguns casos da jurisprudência*. Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º 7. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 55-56.

<sup>390</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *Ibidem*, p. 84.

<sup>391</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *cit.*, p. 27.

<sup>392</sup> Para Ataz Lopez, a culpa tem um conceito muito impreciso. Existe um sentido corrente da palavra, intimamente ligado ao conceito de moral, de pecado e do sentimento de não haver atuado corretamente: o sentimento de culpabilidade. Juridicamente tampouco haveria um conceito único. O significado dependeria do ramo do Direito em que é utilizado. Se tratarmos apenas do Direito Civil ainda poderíamos identificar diferenças no sentido. Ora se fala em culpa em sentido amplo, ora em sentido estrito. ATAZ LOPEZ, Joaquin, *cit.*, p. 265.

<sup>393</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *cit.*, p. 36.

causa e efeito entre o ato ou omissão do agente e a lesão sofrida pela vítima<sup>394</sup>.

Preenchidos todos os requisitos, a responsabilidade do infrator poderá reparar o dano de forma a evitar um desequilíbrio injusto nas relações interpessoais<sup>395</sup>.

## **8.2 Natureza da obrigação do médico: meio ou resultado:**

Em se tratando de obrigações de fazer, a prática aponta que do negócio jurídico aflora obrigações de resultado. As de meios, ao contrário do que pareça, seriam excepcionais<sup>396</sup>. Essa excepcionalidade parece atingir exatamente a seara do Direito da Medicina, fazendo com que a maior parte da doutrina defenda a natureza da obrigação do facultativo como de meios<sup>397</sup>.

Antes, contudo, devemos oferecer o conceito de obrigação, que para Monteiro é *“a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal e econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio”*<sup>398</sup>. O artigo 397.º Do Código Civil português define como obrigação *“o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”*.

### **8.2.1 Origem da classificação**

As obrigações podem ser qualificadas conforme seu objeto ou conteúdo em obrigações de meio ou de resultado. Qual o gênese dessa classificação? É muito comum ver autores atribuindo essa divisão ao autor francês Demogue. Eles estão parcialmente corretos. Isso porque o Direito Romano já se utilizava de uma divisão semelhante.

<sup>394</sup> Nesse sentido, VIEIRA, Luzia Chaves, *Ibidem*, p. 90 e GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *cit.*, p. 85.

<sup>395</sup> NETO, Jerônimo Romanello, *cit.*, p. 13.

<sup>396</sup> JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *La responsabilidad...* p. 316-317.

<sup>397</sup> De forma exemplificativa, VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil v. 4: responsabilidade civil*. 6.ª Ed, São Paulo: Atlas, 2006, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8.ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, V. 7: responsabilidade civil*. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, CAVALIERI, Sergio Filho, *cit.* e NETO, Jerônimo Romanello, *cit.*, p. 15.

<sup>398</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito das obrigações, Volume IV*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 8.

Os juristas romanos conseguiam visualizar uma distinção no conteúdo da obrigação do devedor. De um lado havia as promessas determinadas, quando o devedor prometia um resultado que, se não o atingisse seria responsabilizado a menos que provasse a interferência de uma causa estranha. De outro lado, outras obrigações exigiam apenas um esforço constante e sincero. O devedor, nesse último caso, não se vinculava ao resultado específico, tão somente a sua forma diligente de atuação. Somente caberia uma responsabilização se houvesse a comprovação de uma atuação não diligente<sup>399</sup>.

Já no século XIX, ao comentar o projeto do BGB, Bernhöft dividiu as obrigações de forma semelhante à de Demogue, contudo não as batizou, ficando a cargo de Fischer, após alguns anos, denominá-las de obrigações subjetivas e obrigações objetivas<sup>400</sup>.

Somente nas primeiras décadas do século XX, Demogue cria a divisão das obrigações em meios e resultado, de maneira semelhante ao pensamento romano e de Bernhöft e Fischer, sendo efetivamente o autor francês o primeiro a utilizar essa nomenclatura para tentar resolver as necessidades do seu tempo, no caso a expansão dos transportes e o conseqüente aumento de acidentes<sup>401</sup>.

Essa *summa divisio*, proposta por Demogue deveria substituir o regime da responsabilidade contratual e extracontratual para efeito de distribuição do ônus da prova (na primeira presume-se a culpa, na última prova-se). Na visão do autor, ora o devedor promete determinado resultado, caso em que, não cumprindo, se presume a sua culpa; ora promete apenas adotar medidas ou empregar esforços em ordem à obtenção de um resultado, caso em que, não cumprindo, tem o credor de provar a sua culpa<sup>402</sup>.

---

<sup>399</sup> O autor se refere a alguns contratos especialmente lesivos ao credor, particularmente aqueles em que uma parte entregava coisa certa à outra que deveria restituí-la em dada altura. RIBEIRO, Ricardo Lucas. *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*. Coimbra: Wolters Kluwer sob a marca Coimbra Editora, 2010, p. 25-26.

<sup>400</sup> Idem, *Ibidem*, p. 27.

<sup>401</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica*, cit., p. 143.

<sup>402</sup> RIBEIRO, Ricardo Lucas, cit., p. 28.

A tese de Demogue cumpriria uma função útil ao conciliar os artigos 1137.º e o 1147.º do Código de Napoleão. Segundo Ferreira de Almeida<sup>403</sup>, no primeiro artigo, a ausência de culpa exclui a responsabilidade do devedor e seria o credor quem teria o ônus de comprovar a existência de culpa. Já em relação ao art. 1147.º o devedor só se exoneraria se provasse uma causa estranha ou um fato exterior; ficando para o devedor a carga de provar uma causa estranha. As obrigações de meios e de resultado explicariam perfeitamente as duas disposições.

Esse ponto de vista acabava estendendo a eficácia da distinção à esfera extracontratual. No âmbito delitual, as obrigações de meios seriam os deveres de atuação prudente que evitassem lesões a terceiros e as obrigações de resultado como o dever de não causar danos com coisas ou animais de sua propriedade a outrem<sup>404</sup>.

A extensão da divisão à natureza extracontratual é controvertida. Tal situação se explica pelo fato de que o dever geral de abstenção extrapola o conceito técnico de obrigação, uma vez que é imposto indistintamente a todos os indivíduos, não podendo falar em obrigações pré-existentes no domínio extracontratual. Ela só nasce após a violação danosa de um bem jurídico<sup>405</sup>. Mas o que definiria uma obrigação como de meio ou de resultado?

### **8.2.2 Conceito**

Obrigações de meios seriam aquelas que têm como objeto apenas o emprego de todos os meios necessários ou possíveis para alcançar o resultado pretendido pelo credor, sem que o devedor garanta esse resultado<sup>406</sup>. A obrigação de meio determina uma conduta do profissional, obrigando-o a agir em conformidade com os parâmetros da técnica e ética da sua ciência. Ele deve se comprometer a utilizar todos os meios possíveis para atingir o resultado, devendo ser zeloso e diligente<sup>407</sup>.

---

<sup>403</sup> Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde. In: Responsabilidade Civil dos Médicos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 127-256, p. 198-199.

<sup>404</sup> Idem, ibidem, p. 42-43.

<sup>405</sup> Idem, ibidem, p. 43.

<sup>406</sup> Sobre o tema: Ricardo Lucas, cit., p. 91, MATIELO, Fabricio Zamprogna, cit., p. 53, BITTAR, Carlos Alberto, cit., p. 102 e GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico, cit., p. 75; RIBEIRO.

<sup>407</sup> MATIELO, Fabricio Zamprogna, cit., p. 53.

Por diligência podemos entender a observância às normas técnicas que culmina numa prestação tecnicamente perfeita, atenciosa e de acordo com a boa-fé, mesmo que o melhor resultado não seja atingido<sup>408</sup>.

Sabendo que há desvinculação do devedor com o resultado pretendido pelo credor, só haveria descumprimento quando o profissional não adotar, culposamente, a conduta média exigida para aquela situação concreta que ocasione um dano<sup>409</sup>.

A definição da obrigação de meios é basicamente a mesma para os doutrinadores, assim como o conceito da obrigação de resultado. Se não, vejamos:

As obrigações de resultado<sup>410</sup> tem como meta a obtenção de um resultado predeterminado, e se não alcançado pode gerar a responsabilidade do devedor. A não consecução do resultado presume a culpa e a relação de causalidade entre o atuar do devedor e o resultado danoso<sup>411</sup>. Somente haveria a exclusão da responsabilidade no caso da prova de uma excludente de responsabilidade, como o caso fortuito, a força maior, a culpa de terceiro ou a culpa exclusiva da vítima<sup>412</sup>.

Devemos frisar que a obrigação de resultado não se equivale à responsabilidade objetiva. No primeiro caso, a culpa do devedor sempre é necessária. O fato do devedor da obrigação de resultado responder em situações duvidosas nubla os limites de ambos os institutos, porém, Le Tourneau<sup>413</sup> afirma que a culpa estará sempre subjacente na obrigação de resultado: ela consistiria em não haver podido executar o prometido.

Em relação às obrigações de resultado, a conduta e a diligência do devedor não são levadas em consideração para análise da responsabilidade<sup>414</sup>. Nas obrigações de resultado, o importante é o próprio resultado compactuado. Sempre que este não for atingido, a obrigação pode ser considerada descumprida.

---

<sup>408</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico, cit., p. 143.

<sup>409</sup> Idem, ibidem, p. 143.

<sup>410</sup> Idem, ibidem, p. 144. BITTAR, Carlos Alberto, cit., p. 102. RIBEIRO, Ricardo Lucas, cit., p. 91.

<sup>411</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen, cit., p. 217.

<sup>412</sup> A culpa exclusiva da vítima somente pode ser utilizada como excludente se o devedor não tem a obrigação de guarda e proteção, como nas situações de pacientes internos em instituições psiquiátricas. Corroborando na tese da prova das excludentes como único mecanismo do devedor em livrar-se da responsabilização. GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 178-179.

<sup>413</sup> LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilité civile. Paris: Dalloz, 1982, p. 409-410.

<sup>414</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico, cit., p. 144.

É importante ressaltar que o não cumprimento da obrigação, ou seja, a desconformidade do resultado pretendido pelo credor com o obtido caracteriza o elemento da ilicitude. Já na obrigação de meios, a ilicitude está na violação dos deveres objetivos de cuidado, acabando por aumentar a dificuldade probatória do credor. Se na obrigação de resultado o credor deve demonstrar que o resultado obtido diverge do resultado compactuado, na obrigação de meios, ele deverá provar que o devedor atuou de forma a atender algum dever objetivo de cuidado, para além de ter que provar a culpa do lesante<sup>415</sup>.

Para contornar essa dificuldade probatória, que atinge o credor na obrigação de meios, pode ser utilizada, como ainda veremos, a prova de primeira aparência, instituto que permite um juízo de probabilidade baseada na prática científica e nas máximas da experiência. Mesmo que não sirva como juízo de certeza, esse mecanismo poderá ser empregado para as situações em que o credor não consiga comprovar o nexo de causalidade de forma satisfatória; apesar de a situação concreta indicar que o dano causado não poderia advir de outra causa que não a conduta do devedor<sup>416</sup>.

Embora não seja o nosso foco, devemos esclarecer que ao lado das obrigações de meios e resultado, existem as obrigações de garantia<sup>417</sup>, que apesar de não terem sido previstas por Demogue, merecem destaque. Essa obrigação acaba sendo ainda mais gravosa ao devedor do que a obrigação de resultado. Uma vez que não alcançado o resultado, o devedor será responsabilizado mesmo que uma causa estranha tenha tornado a prestação impossível<sup>418</sup>.

### **8.2.3 Critérios de distinção**

Não obstante seja clara a distinção entre as obrigações de meio e de resultado, faticamente, na análise do caso concreto, haverá casos

---

<sup>415</sup> RIBEIRO, Ricardo Lucas, cit., p. 118-130.

<sup>416</sup> A *Anscheinsbeweis* do direito germânico ou a *res ipsa loquitur* da common law. Idem, *Ibidem*, p. 130. Iremos tratar desses institutos, e alguns outros, no capítulo sobre as alternativas.

<sup>417</sup> A obrigação de garantia teria como objeto a proteção da integridade física do paciente, servindo como instrumento para garantir ressarcimento à vítima nos casos em que seja difícil demonstrar a culpa do profissional, ou naqueles em que não tenha havido culpa. A obrigação de garantia teria finalidade de não lesar a integridade do paciente e estaria conectada, particularmente, ao mau funcionamento dos aparelhos médicos. ROMERO COLOMA, Aurelia María, cit., p. 83-84.

<sup>418</sup> Idem, *ibidem*, p. 23, nota 14.

extremamente nebulosos que impedirão a opção por uma ou outra classificação à primeira vista. A importância prática da distinção é: determinar o objeto exato da obrigação assumida pelo devedor e de estabelecer a carga probatória<sup>419</sup>. Mas a doutrina possui algumas ferramentas que pretendem auxiliar na identificação da obrigação compactuada.

O principal critério adotado pelos juristas para distinguir uma obrigação da outra é a *álea*<sup>420</sup>, que seria os riscos que poderiam atingir o contrato. Todos os fatos eventuais que influenciariam o resultado e que não dependeriam da vontade das partes.

Para os irmãos Mazeaud, na falta de outras circunstâncias que permitam descobrir a vontade das partes, deve-se atentar para a presença de *álea*. Quando for identificada, deve supor-se que a obrigação assumida foi de meios, uma vez não ser presumível o comprometimento do devedor a um resultado que ele sabe ser aleatório. Já, se o resultado não for aleatório, pode estimar-se que o devedor se comprometeu a atingir o resultado determinado<sup>421</sup>.

Para Demogue, uma obrigação de resultado não poderia depender de uma *álea*, com isso, a princípio, um contrato médico por ter como objeto o corpo humano não poderia gerar obrigação de resultado<sup>422</sup>.

Jamarillo estabelece importante consideração. Se não podemos desconsiderar a *álea* terapêutica, tampouco poderíamos lhe dar um efeito excludente de *antemão*. Sua presença é intrínseca a área médica, mas não poderíamos sacrificar a categoria das obrigações de resultado por esse fato. Isso sem mencionar a dificuldade na identificação de uma *álea* normal da que não é, o que coloca mais um ponto de questionamento sobre, até onde, na atualidade, é possível considerar a medicina como aleatória, em todos os casos e no mesmo grau estabelecido no último século<sup>423</sup>.

---

<sup>419</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 178.

<sup>420</sup> Nesse sentido o acórdão da Relação do Porto 3233/05.0TJPRT.P1 publicado em 05/03/2013, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>421</sup> MAZEAUD, Henri, Léon e Jean/Chabas, François. *Leçons de Droit Civil. Obligations – théorie générale*. T. II, V. 1. 9.<sup>a</sup> Ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1998, p. 15-16.

<sup>422</sup> Separando as obrigações de acordo com a aleatoriedade do resultado final, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, cit. p.189.

<sup>423</sup> JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *La responsabilidad...*, cit., p. 328.

Existem outros critérios<sup>424</sup>. Entre eles o da intensidade da participação do lesado na realização da prestação devida. Quando o devedor tem um importante papel ativo no resultado, a obrigação será de meios. Como na prestação médica o paciente tem um papel, majoritariamente, passivo – ou seja, a resposta orgânica do seu corpo – a obrigação, se utilizarmos esse critério, seria de resultado, e sabemos que, em princípio será de meios<sup>425</sup>.

No ponto de vista de Starck, outro critério que poderia ser utilizado é da incidência da prestação do devedor na integridade corporal do credor. Se o contrato afeta a integridade física, a obrigação seria de resultado, de modo a proteger de forma mais eficaz o credor. Se não afeta, a obrigação seria de meios, visto que o contrato teria natureza puramente econômica ou moral<sup>426</sup>.

Do mesmo modo do critério anterior, o de Starck, colocaria a prestação médica sempre como uma obrigação de resultado, ao contrário do posicionamento da maioria da doutrina.

Independente dos critérios utilizados<sup>427</sup>, *“excepcionalmente, atividades que denotam uma obrigação de meio podem se converter em uma obrigação de resultado, a depender da forma como se deu a pactuação com o consumidor dos serviços médicos”*<sup>428</sup>.

Mais do que excepcionalmente, as partes poderão converter validamente obrigações de meios em obrigações de resultado e vice-versa<sup>429</sup>. Isso porque as cláusulas destinadas a convolar uma obrigação em outra, são cláusulas sobre o ónus da prova<sup>430</sup> que podem ser alvo da liberdade contratual das partes plasmada no art. 405.º e, especialmente, no art. 344.º, n.º 1 e 345.º, n.º 1, todos do Código Civil português.

---

<sup>424</sup> Para Ricardo Ribeiro, os fatores que o levam a entender a obrigação como de meios são: a aleatoriedade do resultado, o papel ativo ou a participação do credor na execução da obrigação e a menor fiabilidade das técnicas e instrumentos são fatores que nos levam a pensar em obrigações de meios. RIBEIRO, Ricardo Lucas, cit., p. 80.

<sup>425</sup> Critério apresentado, por Philippe Le Tourneau e Loic Cadiet. PEDRO, Rute Teixeira, *Ibidem*, p. 93, nota 222. O papel ativo do paciente que resulta diretamente na não obtenção do resultado poderá servir como excludente da responsabilidade na modalidade de culpa exclusiva da vítima.

<sup>426</sup> RIBEIRO, Ricardo Lucas, p. 61.

<sup>427</sup> Na Itália, PRINCIGALLI, afirma que a distinção dependeria das circunstâncias do contrato. A doutrina e os Tribunais recorrem aos critérios da: intenção das partes; a economia geral do contrato; ou a existência de um contrato de seguro. PRINCIGALLI, Annamaria. *La responsabilità del Medico*. Bari : Editore Jovene Napoli, 1983, p. 43.

<sup>428</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, cit., p. 211.

<sup>429</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 79.

<sup>430</sup> O autor, assim como nós, defende que a diferença entre um tipo e outro de obrigação está na diferença do *onus probandi*. *Idem*, *ibidem*, p. 75.

### 8.2.4 Críticas

A classificação proposta por Demogue é de simples entendimento e percepção para os juristas. Tal fato, todavia, não a ilide de críticas.

Boa parte das críticas atinge a denominação escolhida pelo jurista. Para alguns autores, obrigação de meios ou de resultado não possui um sentido apropriado. Essa crítica seria justificável pelo fato de todas as obrigações buscarem um resultado, seja uma obrigação de meios seja a de resultado propriamente dita.

Para outros autores, todas as obrigações também seriam de meios, uma vez que sempre requerem uma atuação diligente para a obtenção do interesse do credor, ou seja, o resultado final<sup>431</sup>.

Visando resolver esses impasses, os irmãos Mazeaud propõem a modificação da denominação. As obrigações de meios passariam a ser chamadas de “*obrigações gerais de prudência e diligência*”, que comprometem o devedor apenas a uma forma adequada de atuação; as obrigações de resultado deveriam ser denominadas de “*obrigações determinadas*”, já que buscam um resultado predeterminado<sup>432</sup>.

A proposta de Mazeaud tampouco fica isenta de críticas. Na Itália, Mengoni observa que as obrigações, de forma geral, têm objeto determinado ou, ao menos, determinável. E no que diz respeito a “*obrigação geral de prudência e diligência*”, objeta, primeiramente, a questão do termo “geral” indicar a imposição de um dever a uma generalidade de sujeitos e não a uma ou mais pessoas determinadas, o que deixaria de fora a responsabilidade contratual, resultante, por definição, da violação de direitos relativos. Soma-se a isso o fato da diligência ser um modo de comportamento, uma medida do conteúdo de um concreto dever de prestação e não apenas um comportamento<sup>433</sup>. O autor acaba por classificar as obrigações em “*obrigações de resultado*”, seguindo Demogue, e “*obrigações de (simples) comportamento*”, tendo boa aceitação na doutrina italiana<sup>434</sup>.

---

<sup>431</sup> Idem, ibidem, p. 33-34, nota 43.

<sup>432</sup> MAZEAUD et MAZEAUD. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. 4ª Ed. Paris: Sirey, 1947, v.1, p. 110.

<sup>433</sup> RIBEIRO, Ricardo Lucas, cit., p. 29-30.

<sup>434</sup> Idem, ibidem, p. 30.

Na Espanha, existem muitas divergências terminológicas. Muitos se utilizam da classificação demoguiana, mas outros adotam a expressão “obrigações de atividade” para se referir à obrigação de meios, não faltando, ainda, quem utilize a uma terminologia híbrida<sup>435</sup>.

E há certa razão para criticar a nomenclatura. Toda obrigação busca satisfazer um interesse do credor, mas, segundo Ricardo Ribeiro, devemos distinguir o interesse final ou primário do credor do interesse instrumental ou de 2.º grau. As obrigações de meios satisfazem esse interesse de 2.º grau, já as de resultado, deverão atingir o interesse final. A distinção entre obrigações de meios e de resultado é, única e exclusivamente, o resultado final, mas os resultados instrumentais são meios idôneos a produção do resultado final, assim cada espécie de obrigação buscaria um resultado específico<sup>436</sup>.

Toda obrigação requer uma atuação zelosa do devedor para atingir a finalidade do contrato. Porém, no caso de uma obrigação de meios, a diligência é abrangida pelo conceito de culpa, enquanto nas obrigações de resultado, reconduz-se ao conceito de ilicitude<sup>437</sup>.

Vázquez Barros ainda defende que todo cirurgião, indefectivelmente, suportará ambas as obrigações: a de meios, ou seja, a de proporcionar os cuidados sanitários mínimos e indispensáveis; e a de resultado, qual seja: de assegurar que não causará nenhum dano à integridade do paciente<sup>438</sup>.

Podemos concluir que, apesar de ambas as obrigações buscarem um resultado e exigirem uma conduta diligente, o conteúdo das duas modalidades é distinto, tornando-se plausível adotar a denominação de Demogue sem grandes dificuldades.

Existe, entretanto, outra gama de críticas. De acordo com Jean Bellissent, a divisão seria “*esclerosante*”, na medida em que pretende ordenar de maneira rígida as obrigações em um dos grupos pré-definidos; “*empobrecedora*” porque não atenderia a totalidade das obrigações que poderiam surgir da autonomia privada e liberdade contratual, além de “*míope*”, visto que propõe uma qualificação pré-concebida que não é satisfatória<sup>439</sup>.

---

<sup>435</sup> Idem, *ibidem*, p. 30.

<sup>436</sup> Idem, *ibidem*, p. 33.

<sup>437</sup> Idem, *ibidem*, p. 34.

<sup>438</sup> VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *cit.* p. 346.

<sup>439</sup> RIBEIRO, Ricardo Lucas, *cit.*, p. 36.

Em Portugal, uma crítica contundente é feita por Ferreira Almeida. Na perspectiva do autor, o ordenamento lusitano prevê apenas os regimes contratual e extracontratual. Assim, a divisão de Demogue, acaba por perturbar a presunção de culpa do devedor plasmada no art. 799.º, n.º 1 e, conseqüentemente, acaba por ser fonte de confusões e imprecisões que pretenderia evitar<sup>440</sup>. A perturbação atingiria inclusive a qualificação do contrato médico como de prestação de serviços, visto que a legislação portuguesa indica a necessidade de uma das partes em se obrigar a proporcionar a outra um resultado determinado<sup>441</sup>.

Os problemas não afetam somente o sistema jurídico português. Princigalli revela que na Itália, a proposta demoguiana é defendida por parte da doutrina e aceita pela jurisprudência, sobretudo, no tema da responsabilidade médica. Há doutrinadores, todavia, que consideram a bipartição nociva por supor uma categorização dogmática desnecessária. Assim, esses juristas negam validade à bipartição, defendendo a unidade do conceito de obrigação<sup>442</sup>. Na Espanha, no mesmo sentido da Itália, é possível encontrar doutrinadores afirmando que a bipartição não ocasiona mais do que confusão<sup>443</sup>.

Mesmo controvertido, é certo que, nas obrigações de fazer, sempre será possível distinguir os casos em que o fim-resultado se incorpora à prestação<sup>444</sup> daqueles outros em que não se incorpora<sup>445</sup>. Sinde Monteiro apoia a divisão, mas adverte ao jurista que a utilize com cautela. A opção por uma ou outra natureza obrigacional deve resultar da interpretação da lei ou do contrato, concebendo-se situações que possam não se adaptar a tais figurinos<sup>446</sup>.

---

<sup>440</sup> Idem, ibidem, p. 36 e OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, cit. p.198.

<sup>441</sup> Idem, ibidem, p. 205.

<sup>442</sup> PRINCIGALLI, Annamaria, cit., p. 37, nota 34. e p. 44.

<sup>443</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María, cit., p. 84.

<sup>444</sup> O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) prevê a *summa divisio* no artigo 5.4 relativo aos contratos comerciais internacionais. O n.º1 dispõe: “quando a obrigação de uma parte implicar o dever de atingir um resultado determinado, essa parte está obrigada a atingir esse resultado”; já o n.º 2: “quando a obrigação de uma parte implicar o dever de empregar toda a diligência necessária na realização de uma certa atividade, essa parte está obrigada a empregar toda a diligência que seria usada por uma pessoa razoável da mesma condição colocada na mesma situação”. Tal posicionamento demonstra que a divisão demoguiana não perdeu força com o passar das décadas e depois de numerosas críticas, cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, cit. p. 201.

<sup>445</sup> JARAMILLO J., Carlos Ignacio. La responsabilidad..., cit., p. 345.

<sup>446</sup> MONTEIRO, Sinde. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de novembro de 1996. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 132.º, 1999-2000, p. 93.

### 8.2.5 Consequências

Uma vez que apresentamos a conceituação e algumas críticas, falta-nos explicitar as consequências da opção por uma ou outra obrigação a fim de definir a obrigação do cirurgião estético de maneira fundamentada.

De modo geral, entende-se que a obrigação médica é de meios, ou seja, o médico deverá utilizar todos os mecanismos disponibilizados pela Ciência Médica para aproveitar todas as probabilidades que o paciente tem de alcançar uma melhora da sua saúde, além de que, o profissional, deverá abster-se de quaisquer atos que diminuam essas possibilidades<sup>447</sup>.

Esse entendimento acaba aumentando a dificuldade probatória do paciente<sup>448</sup>. De acordo com o pensamento clássico, para gerar responsabilização na obrigação de meios, o credor deverá comprovar a culpa do devedor. Nesse caso, o paciente deverá provar que o médico atuou de forma negligente, imprudente ou imperita, que a atuação foi susceptível de, em abstrato, virem a produzir o dano alegado<sup>449</sup>.

Para Rute Teixeira, o ônus da prova a cargo do paciente, acaba sendo um escudo protetor do profissional porque, praticamente, determina o insucesso da demanda do paciente ao não beneficiá-lo da presunção de culpa. Presunção essa que recai sobre a generalidade dos devedores inadimplentes se encontrando consagrada no n.º 1 do art. 799.<sup>0450</sup>

Assim, vigorará uma presunção de diligência do médico a qual o paciente deverá destruir, no caso de uma obrigação de meios<sup>451</sup>. Se a situação for de uma obrigação de resultado haverá uma presunção de culpa do médico sempre que o resultado predeterminado não for atingido.

Como é visível, as consequências são opostas. Quando tratar-se de uma obrigação de resultado, o regime adotado será o contratual, em conformidade com o artigo 799.º, n.º 1. Entendendo como sendo de meios, o regime será o extracontratual, devendo a culpa de o devedor ser provada nos termos do artigo 487.º, n.º 1 do diploma civil<sup>452</sup>.

---

<sup>447</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *ibidem*, p. 82.

<sup>448</sup> Nesse sentido o acórdão da Relação do Porto 3233/05.0TJPR.T.P1 publicado em 05/03/2013, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>449</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *cit.* p. 229.

<sup>450</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 104-105.

<sup>451</sup> Nesse sentido, *Idem*, *ibidem*, p. 105.

<sup>452</sup> RIBEIRO, Ricardo Lucas, *cit.*, p. 87.

Novamente devemos ressaltar a aparente inadequação da divisão de Demogue para o ordenamento português. Se a natureza do negócio jurídico que rege a relação médico-paciente é contratual, por que utilizar o regime extracontratual para as obrigações de meios, em desconformidade com o art. 799.º?

Muitos autores se debruçam sobre essa problemática. Embora não entre na divisão demoguiana, Teixeira de Sousa argui que o paciente sempre deverá provar a culpa do médico. A presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1 não é justificável para a responsabilidade médica. Para Teixeira, a existência de um contrato não acrescenta nenhum dever específico que já não estivesse previsto nos deveres gerais do profissional, pelo que não deveria atribuir-se relevância ao ónus da prova, e sua inversão, pelo simples fato de uma celebração de contrato entre os dois sujeitos. Na visão do autor, será aplicado o regime do ónus da prova previsto pela responsabilidade extracontratual, onde o doente deverá provar a culpa do médico<sup>453</sup>.

Não se vê base jurídica para aplicar a presunção de culpa pela violação da responsabilidade na obrigação de resultado e não às obrigações de meios se ambas deveriam ser regidas pelo regime contratual<sup>454</sup>. Nesse sentido apresentamos outra posição doutrinária, segunda a qual o regime contratual deverá ser aplicado integralmente, incluindo a presunção de culpa do devedor, nele prevista – às situações de incumprimento das obrigações de meios<sup>455</sup>.

Para Henrique Gaspar o fundamento da responsabilidade médica é, essencialmente, o cumprimento defeituoso da obrigação. E para esses casos, o paciente deverá comprovar o defeito no cumprimento, ficando a cargo do médico a comprovação da falta de culpa, conforme exige o artigo 799.º, n.º 1<sup>456</sup>.

Mesmo utilizando o regime contratual para ambas as espécies de obrigação ainda seria possível vislumbrar uma diferença entre a presunção de culpa em uma e outra. Segundo Ricardo Ribeiro, nas obrigações de resultado a presunção abrangeria a ilicitude e o nexo de causalidade entre o fato ilícito e o

---

<sup>453</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica. *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa, 1996, p. 113-114.

<sup>454</sup> RIBEIRO, Ricardo Lucas, cit., p. 118.

<sup>455</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *ibidem*, p. 105.

<sup>456</sup> Gaspar, António Silva Henriques. *A responsabilidade civil do médico*. CJ, ano III, T. 1, 1978, p. 344-345.

dano. Nesse caso, o médico terá o ônus “*de provar o cumprimento da obrigação, ou então de provar que o não cumprimento não é ilícito ou que o não cumprimento ilícito não procede de culpa sua, ou finalmente, que não há uma relação de causalidade entre o não cumprimento ilícito e culposo e os danos sofridos pelo credor*”<sup>457</sup>.

Nas obrigações de meios a presunção de culpa seria mantida, devendo o devedor provar que não atuou com culpa, agindo com cuidado e atenção. Enquanto a presunção de culpa nas obrigações de resultado abarcam a ilicitude e o nexos causal, nas obrigações de meios ela se reduz a censurabilidade pessoal da conduta do devedor<sup>458</sup>.

Para Ricardo Ribeiro, a natureza da obrigação influencia “*a repartição do ônus da prova, mas não do ônus da prova da culpa, antes do ônus da prova de outros elementos da responsabilidade*”<sup>459</sup>.

Podemos concluir que ao aceitar a obrigação do cirurgião como de resultado, o paciente deverá provar o incumprimento do contrato, devendo o médico comprovar, ou que o resultado foi atingido ou que uma causa alheia impediu que o objetivo fosse alcançado, como a força maior, a culpa de terceiro ou a culpa exclusiva do paciente. Como consequência direta, o paciente conseguiria responsabilizar o médico de maneira mais fácil, porque ele, normalmente, é a parte hipossuficiente da relação, carecendo de recursos financeiros e técnicos para buscar seu direito de maneira eficaz. Além de que, o acesso à prova documental, principalmente do processo clínico é mais simples para o médico. Mas essa facilidade poderia fazer com que o preço dos serviços médicos aumentasse, uma vez que abarcariam os riscos da responsabilização facilitada e os custos de um possível seguro que protegesse o patrimônio do profissional.

---

<sup>457</sup> RIBEIRO, Ricardo Lucas, cit., p. 123-124.

<sup>458</sup> Idem, ibidem, p. 130. Pinto Oliveira aduz que a presunção de culpa do art. 799.º seria aplicável às obrigações de meios, mas o alcance da presunção seria diversa. Na obrigação de resultado o art. 799.º se combinaria com o critério de tipicidade/ilicitude no resultado, exonerando o credor do ônus de provar a omissão de cuidado; na de meios, ele se relacionaria com um critério de tipicidade/ilicitude referido à conduta, não exonerando o credor do ônus de demonstrar a omissão da mais elevada medida de cuidado exterior. Nas obrigações de resultado, a inobservância do cuidado ou diligência constituiria o critério de culpa, enquanto nas obrigações de meios, ela constituiria o critério de ilicitude. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, cit. p.187-188 e 245.

<sup>459</sup> Idem, ibidem, p. 118.

Mas se entendermos que a obrigação do médico é de meios, como a doutrina clássica entende, estaríamos dificultando a responsabilização do médico e fazendo vista grossa ao regime do 799.º, tornando aplicável a responsabilidade extracontratual para essas situações, porque o devedor deveria comprovar a culpa do cirurgião, não havendo a presunção. Para satisfazer o regime contratual, devemos nos utilizar dos ensinamentos discutidos *supra* e defendidos pela doutrina mais recente.

Pinto Oliveira acrescenta outra relevante consequência<sup>460</sup> da distinção: a impossibilidade superveniente da prestação. Nas obrigações de meios, a impossibilidade subjetiva não imputável exoneraria o médico, enquanto nas obrigações de resultado, o médico poderia ser responsabilizado<sup>461</sup>.

### **8.3. Particularidades da Cirurgia Estética:**

O objetivo do presente trabalho é o debate da responsabilidade civil do cirurgião plástico. Contudo, antes que pudéssemos abordar a matéria, era necessária a identificação de alguns elementos importantes, como a característica do contrato, e principalmente sobre a as obrigações de meios e resultado.

Se, de maneira geral, os juristas defendem que a natureza da obrigação do médico é, sem dúvidas, de meios, devemos verificar se esse entendimento poderá ser estendido para a especialidade da cirurgia plástica estética, ramo em que a doutrina não chega a um consenso.

#### **8.3.1 Obrigação de Meio ou Resultado?**

##### *8.3.1.1 Outras obrigações de resultado*

Não podemos começar nos esquivando de informar que, para a maior parte dos juristas, a obrigação do cirurgião estético<sup>462</sup> é de resultado. Essa

---

<sup>460</sup> A mais importante será, como demonstrando ao longo do tópico, a carga probatória. Na prática é ela quem proporcionará ao juízo os meios de convencimento. Nesse sentido, BELLO JANEIRO, Domingo, cit. p. 38-39.

<sup>461</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, cit. p. 197-198.

<sup>462</sup> López-Muñoz relata que o lifting, abdominoplastia, mamoplastia, rinoplastia, lipoescultura, lipossuções, implantes de glúteos, alargamentos de pernas seriam exemplos de intervenções

assertiva será analisada com cuidado. Nesse momento, entretanto, devemos esclarecer que essa especialidade de cirurgia não é o único ramo da medicina em que o profissional da saúde se compromete a um resultado, de acordo com parte da doutrina.

Áreas em que há menor influência de fatores não controlados pelo profissional (álea) e a alta confiabilidade da tecnologia utilizada seriam obrigações de resultado de acordo com o entendimento de uma relevante parte da jurisprudência e doutrina. Seriam os casos da assepsia e esterilização, da análise<sup>463</sup> sanguínea<sup>464</sup>, colocação de próteses dentárias<sup>465</sup> e casos de intervenções consideradas simples, como a retirada de um cisto<sup>466</sup>. López-Muñoz acresce os casos de colocação de dispositivo intrauterino anticonceptivo, eliminação de manchas na pele e injeções de botox<sup>467</sup>.

É possível verificar que a jurisprudência aplica as obrigações de resultado aos danos decorrentes de atos de escassa dificuldade. Decisões francesas, italianas e espanholas<sup>468</sup> defendem a natureza de resultado para as análises e experiências simples apoiadas em conhecimentos científicos e técnicos sérios; vasectomias; intervenções odontológicas e oftalmológicas<sup>469</sup>.

Fernández Costales<sup>470</sup> defende que se a especialidade busca a cura ela estaria vinculada à obrigação de meios. Entretanto, se é apenas um diagnóstico ou, ainda, não tenha finalidade curativa, será de resultado. O certo é que a doutrina é propensa a considerar como obrigação de resultado qualquer atividade que não possua interferências das reações incontroláveis do organismo humano, ou seja, que exclua toda álea<sup>471</sup>.

---

estéticas com natureza obrigacional de resultado. Ele ainda cita as intervenções oftalmológicas e odontológicas. LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, cit. p. 43.

<sup>463</sup> No mesmo sentido das análises clínicas, acrescentamos a bioquímica clínica e o radiodiagnóstico cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, cit. p. 82 e ROMERO COLOMA, Aurelia María, cit., p. 128.

<sup>464</sup> No acórdão de 4 de março de 2008, o STJ qualifica a obrigação de realização de uma análise como obrigação de resultado, dado que *'face ao avançado grau de especialização técnica' a 'margem de incerteza é praticamente nenhuma'*.

<sup>465</sup> Nesse sentido o acórdão da Relação do Porto 3233/05.0TJPRT.P1 publicado em 05/03/2013, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>466</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *ibidem*, p. 98-99.

<sup>467</sup> LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, cit. p. 43.

<sup>468</sup> Como a Sentencia nº 166/2008 de AP Alicante, 30 de Abril de 2008.

<sup>469</sup> Sentença do Tribunal Supremo espanhol de 28 de junho de 1997, 2 de dezembro de 1997, 24 de setembro de 1999 e 2 de novembro de 1999, cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 187. Sobre o tema: OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, cit. p. 211.

<sup>470</sup> FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, cit. p. 139.

<sup>471</sup> PRINCIGALLI, Annamaria, cit. p. 41-42 e Penneau, Jean. *La responsabilité...* cit., p. 10.

Advogamos nesse sentido. Se o ponto crucial para a maioria dos juristas defender a obrigação de meios para a área médica é a álea, quando ela não estiver presente, conseqüentemente a obrigação será de resultados. Essa lógica, todavia, pressupõe a aceitação da divisão demoguiana.

Outra situação em que se entende ser uma obrigação de resultado é quando há o emprego de aparelhos e utensílios mecânicos, no concernente ao bom funcionamento dos mesmos. O profissional deverá garantir que a aparelhagem esteja no adequado estado de conservação, apto a ser utilizado da maneira perfeita<sup>472</sup>.

### 8.3.1.2 A obrigação do cirurgião

O que mais chama atenção quando se fala em responsabilidade do cirurgião plástico estético é a obrigação a que ele se compromete.

É visível a posição majoritária da doutrina e jurisprudência. Segundo o maior número de juristas, o cirurgião plástico se obriga a um resultado<sup>473</sup> específico, predeterminado. Se a maioria da doutrina defende a natureza de resultado nas intervenções estéticas, um número mais esmagador considera a atividade médica como possuindo natureza de meios. A obrigação de resultado seria, então, a exceção da obrigação médica<sup>474</sup>.

Como já afirmamos, de modo geral, as obrigações de fazer têm natureza de resultado. Por que tal situação seria inversa na atividade médica? Existe a tese de que essa opção seria fundamentada na necessidade de maior proteção ao profissional diante de demandas dos seus pacientes, uma vez que a carga de provar os danos e a culpa seria do demandante em uma obrigação de meios<sup>475</sup>.

O posicionamento mais difundido aponta a própria impossibilidade de atribuir a cura do enfermo como o resultado da obrigação. É sabido que ser humano nenhum poderia garanti-la. Como as cirurgias estéticas não buscariam a cura, esse argumento enfraquece, o que explicaria a aceitação generalizada da obrigação de resultado nessa seara.

---

<sup>472</sup> Idem, ibidem, p. 99-100 e OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, cit. p. 211.

<sup>473</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, cit., p. 210 e VIEIRA, Luzia Chaves, cit., p. 99.

<sup>474</sup> Penneau, Jean. La responsabilité... cit., p. 10.

<sup>475</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. La cirugía estética y su responsabilidad. Granada: Editorial Comares, 1997, p. 338 e ROMERO COLOMA, Aurelia María, cit., p. 30.

A contemporaneidade trouxe várias críticas sobre a natureza obrigacional do médico e sobre a própria validade da divisão, como vimos. Alguns juristas observam que a realidade desmente a cada dia que a obrigação do médico não seja de resultado. Conforme esse ponto de vista, atualmente, a maioria das intervenções cirúrgicas teria natureza de resultado, aqui entendido não como a cura do enfermo, e sim como a própria realização da intervenção cirúrgica. A configuração dos serviços médicos como uma obrigação de meios responderia a uma concepção longínqua, quando os médicos tinham à disposição escassos medicamentos; a cirurgia era muito limitada e perigosa, totalmente diversa da medicina especializada, pluridisciplinar e equipada com ferramentas poderosas e eficientes<sup>476</sup> dos dias de hoje.

Teremos oportunidade de discutir com mais atenção essa proposta no capítulo final do presente estudo, dedicado às alternativas para as obrigações médicas e, particularmente, para as do cirurgião estético. Por hora, ressaltamos a posição majoritária da doutrina e jurisprudência: nas intervenções estéticas, se impõe ao profissional uma obrigação de resultados. Essa posição é percebida na Argentina, Espanha, Alemanha, França, Canadá, EUA, Brasil e Portugal sem grandes dificuldades<sup>477</sup>.

Não obstante o posicionamento majoritário, ganha força um pensamento contrário, que defende a teoria de que nada difere a obrigação de um médico ordinário da de um cirurgião plástico. A obrigação de ambos seria de meios.

Antes de entrarmos nesse tema, devemos ter em mente que a responsabilidade pessoal do médico sempre será subjetiva, pois é verificada mediante a comprovação da culpa por negligência, imperícia<sup>478</sup> ou imprudência<sup>479</sup>. Alguns autores, por razões diversas, defendem que quando o débito assumido pelo médico é um resultado, se prescindiria da ideia de culpa,

---

<sup>476</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 338-339.

<sup>477</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 187. O Tribunal Supremo espanhol já declarou expressamente esse sentido, cfr. BELLO JANEIRO, Domingo, cit. p. 91.

<sup>478</sup> Garcia Hernández divide a imperícia em duas: a imperícia consciente, onde sempre haverá a culpa subjetiva do profissional, por exemplo, quando o médico se compromete a realizar um ato para o qual sabe não estar preparado; e a imperícia inconsciente, onde a subjetividade da culpa está mais distante, remontando a própria origem da imperícia, ou seja, o profissional é imperito porque, negligentemente, não adquiriu os conhecimentos devidos. GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás, cit., p. 69

<sup>479</sup> VIEIRA, Luzia Chaves, cit., p. 91.

a fim de sustentar uma responsabilidade objetiva<sup>480</sup>. Não poderíamos acastelar essa tese.

Retomando a discussão, já sabemos que a opção por uma ou outra teoria pode ser decisiva no curso do processo. De acordo com o pensamento clássico, se a obrigação for considerada de meios, o ônus da prova de que o cirurgião agiu com culpa será do paciente. Ao revés, se considerada de resultado, ocorrerá a inversão do ônus da prova, incumbindo ao médico provar sua inocência<sup>481</sup>.

Devemos começar pelo pensamento defendido pela doutrina majoritária e clássica. De acordo com essa visão, a obrigação do cirurgião plástico é de resultado.

Tal fato é justificável porque “a obrigação de resultado deriva da expectativa criada pelo profissional no sentido de que a aparência irá sofrer alterações positivas após a intervenção, destinando-se esta tão somente ao propósito embelezador”<sup>482</sup>. Pode ser aduzido que, por se tratar somente da aparência da pessoa, a obrigação deve ter um fim determinado e perfeitamente definido<sup>483</sup>.

Outro fundamento importante está no fato de que, na maioria das vezes, o paciente não sofre de qualquer moléstia, seu corpo está são. A única finalidade seria a melhora estética. Se a melhora não fosse assegurada pelo cirurgião estético não haveria, sequer, consentimento do paciente<sup>484</sup>.

O resultado da cirurgia consistiria na própria razão de ser do contrato<sup>485</sup>. A promessa da melhora na aparência seria o único fundamento para o paciente se submeter à cirurgia<sup>486</sup>. Alguns autores chegam ao extremo e defendem que se o médico aceitar realizar a cirurgia ele está assumindo, automaticamente,

---

<sup>480</sup> JARAMILLO J., Carlos Ignacio. La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 157.

<sup>481</sup> FIUZA, César, cit., p. 420.

<sup>482</sup> MATIELO, Frabricio Zamprogna, cit., p. 56.

<sup>483</sup> Idem, ibidem, p. 59.

<sup>484</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil v. 4, p. 137, e MATIELO, Frabricio Zamprogna, cit., p. 59. No mesmo sentido, BLAS ORBÁN, Carmen, cit., p. 56-57.

<sup>485</sup> Após a decisão da Corti di Cassazione em 8 de agosto de 1985 que qualifica a prestação do cirurgião estético como uma obrigação de resultado, ao considerar que, neste tipo de intervenções, o resultado “constituisce pur sempre sostrato imprescindibile”, tal entendimento tem sido estendida, em Itália, a um número crescente de prestações médicas: colocação de próteses, intervenções, que, para além da cirurgia estética, se consideram como não estritamente curativas – interrupção involuntária da gravidez, esterilização. PEDRO, Rute Teixeira, cit., p. 102, nota 246.

<sup>486</sup> VIEIRA, Luzia Chaves, cit., p. 99. No mesmo sentido, NETO, Jerônimo Romanello, cit., p. 135.

uma obrigação de resultado<sup>487</sup>. Pode-se motivar esse raciocínio na possibilidade que o cirurgião tem de negar a prestação de serviço. Pressupõe-se que se o resultado não for possível, o médico deverá se recusar a realizar a intervenção cirúrgica<sup>488</sup>. Tudo para que não seja produzido um prejuízo maior do que aquele que se pretenderia corrigir<sup>489</sup>.

Todo posicionamento extremo no Direito é discutível, e assim nos parece nesse caso. Já revelamos que a vontade das partes pode fazer com que uma obrigação de meios se converta em uma de resultado, assim como a última poderia se converter na primeira, então não há que se falar em obrigatoriedade, em predeterminação.

E a vontade das partes acaba apoiando os juristas na definição da obrigação do cirurgião plástico como de resultado. O paciente deseja uma melhora estética e esse é o seu único objetivo, ele não quer correr riscos de ficar pior do que estava. Tendo isso em vista, o médico aceitaria todos os riscos e aceitaria a obrigação de alcançar o resultado compactuado.

Se a real autonomia das partes tem uma particular importância para nossa matéria, poderíamos concluir que não é porque um, ou muitos, cirurgiões asseguram a obtenção de um resultado que a natureza da obrigação é definida de forma inexpugnável<sup>490</sup>. A atividade médica sempre traz consigo um risco, o médico pode assumi-los, ou não.

Já apresentamos críticas à necessidade de diferenciação entre intervenções estéticas e reparatórias. Como bem informamos, faticamente, não há distinções quanto ao modo de agir do facultativo em uma ou outra situação. Todavia, fica evidente que a expectativa e motivação do paciente se modificam conforme a modalidade de cirurgia a qual será submetido.

Antes de nos posicionarmos sobre a suficiência, ou não, da expectativa e da motivação do paciente como elementos fundamentais para caracterização de uma obrigação de resultado, devemos apresentar outra importante corrente.

---

<sup>487</sup> NETO, Jerônimo Romanello, cit., p. 135.

<sup>488</sup> CAVALIERI, Sérgio Filho, cit., p. 369. O cirurgião incorreria em uma *culpa in contrahendo*, por emprender uma operação cujo resultado pode não ser satisfatório. LLAMAS POMBO, Eugenio, cit. p. 399.

<sup>489</sup> NETO, Jerônimo Romanello, cit., p. 136.

<sup>490</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: Revista Jurídica. Porto Alegre: Síntese, ano XLV, nº 231, janeiro de 1997, p. 32.

Se o devedor, na obrigação de resultado, não se exonera provando que ele se comportou de maneira irreprovável, na obrigação de meios a prova de uma atitude prudente e diligente seria suficiente para ilidir de responsabilidade o cirurgião<sup>491</sup>.

E é acreditando se tratar de uma obrigação de meios que outra linha de pensamento vem ganhando força. Alguns doutrinadores defendem ferrenhamente a obrigação de meio para todos os profissionais da medicina, inclusive a dos cirurgiões plásticos<sup>492</sup>.

Essa corrente se baseia, principalmente, no fator álea. Nos riscos que incidiriam no contrato. Ao classificar as obrigações em de meio e de resultado, Demogue não olvidou a álea. Segundo ele, a álea não poderia incidir em uma obrigação de resultado<sup>493</sup>. Esse tipo de obrigação não poderia ser influenciada por fatores externos e imprevisíveis. Para Giostri, quando o *“fim último depende de uma álea, a obrigação é apenas de meio; se não depende, é de resultado”*<sup>494</sup>.

Considere *“a participação (ativa e passiva) do paciente no resultado final e ter-se-á mais um forte elemento contra a classificação ‘de resultado’ na seara da prestação obrigacional da cirurgia plástica”*<sup>495</sup>. Seguindo esse ponto de vista, seria inimaginável sustentar que um contrato baseado na complexidade do corpo humano pudesse gerar uma obrigação de resultado.

Caso a obrigação seja compreendida como de resultado, o cirurgião deverá adimplir o contrato estritamente como fora compactuado. Sua responsabilidade somente será excluída nas hipóteses já citadas, como o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima. Qualquer outro fator que impeça o resultado da cirurgia de ser alcançado, da maneira compactuada, será de responsabilidade do facultativo.

Ao contrário, quando se tratar de uma obrigação de meios, o cirurgião só será responsabilizado quando agir com culpa; a cirurgia poderá ser um

---

<sup>491</sup> Nesse sentido, GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico, cit., p. 77.

<sup>492</sup> Embora não seja o seu posicionamento, Blas Orbán aduz que para os defensores dessa corrente, a atividade realizada pelo cirurgião estético não difere das operações “necessárias”. A diferença fundamental estaria no campo da informação, que deverá ser mais ampla, principalmente a respeito dos riscos a que o paciente se expõe voluntariamente. BLAS ORBÁN, Carmen, cit., p. 58.

<sup>493</sup> Idem, ibidem, p. 77.

<sup>494</sup> Idem, ibidem, p. 113.

<sup>495</sup> Idem, ibidem, p. 113. Defende a natureza obrigacional de meios: GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 177.

fracasso, ter como consequência uma piora significativa na beleza do paciente, mas caso o médico tenha atuado diligentemente ele nada responderá.

O interessante é que o próprio Demogue aduz que o profissional liberal, como o médico, não tem a seu cargo mais do que uma obrigação de meios. Tal fato demonstra certa incoerência da doutrina que adota a divisão de Demogue, mas não aceita o claro posicionamento do autor em matéria de responsabilidade médica<sup>496</sup>.

Um pensamento que parece funcionar, é aquele que não fixa a obrigação do cirurgião em um ou outro tipo, fazendo depender de uma análise da situação concreta para a determinação da natureza da obrigação. Esse é o posicionamento de César Fiúza. Para o autor, se o cirurgião foi honesto com seu paciente, não lhe prometendo o impossível e deixando claros os riscos, a obrigação será verdadeiramente de meios. Mas havendo promessas irreais que incutam no paciente a certeza do resultado, ou não havendo o esclarecimento ideal sobre os riscos da cirurgia, a obrigação passaria a ser de resultado<sup>497</sup>.

Se o cirurgião não adverte sobre os possíveis efeitos negativos, só informando as inúmeras possibilidades de melhora, ele está violando um dever de informar, e assim assumirá, sem dúvidas, uma obrigação de resultado<sup>498</sup>. Outra situação em que a obrigação seria de resultado ocorre quando o médico promete que sua intervenção terá um resultado determinado, utilizando, além de falsas expectativas, modelos ou croquis que possibilitam ao paciente visualizar o resultado final da intervenção<sup>499</sup>.

Seguindo esse pensamento, a obrigação básica do médico seria de meios, mas teríamos que apreciar o caso concreto para estabelecer se houve a modificação da natureza obrigacional ou se ela manteve-se inalterada. Devemos nos atentar para o risco assumido pelo profissional. Se ele for somente otimista, dizendo que tudo terminará bem, seria muito considerar que assumiu uma obrigação de resultado. De acordo com Ricardo Ribeiro, “*não parece conforme o princípio da boa-fé interpretar como uma assunção de*

---

<sup>496</sup> DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général. Source des obligations*. Paris: Arthur Rosseau, v. 1, 1925, p. 60.

<sup>497</sup> FIUZA, César, cit., p. 420.

<sup>498</sup> CAVALIERI, Sergio Filho, cit., p. 369.

<sup>499</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico*, cit., p. 93.

*garantia do resultado aquilo que, nas relações sociais, é entendido como uma manifestação de confiança no êxito do tratamento*<sup>500</sup>.

O que reforça que o entendimento clássico das obrigações de meios e de resultado, empiricamente, na hipótese de uma cirurgia estética, são insuficientes para tutelar de maneira eficiente e justa o direito lesado. Ora o profissional é crucificado, ora sai impune.

Hodiernamente, a tendência é que a jurisprudência e a doutrina se utilizem de outros mecanismos, capazes de conciliar a vontade das partes e a compreensão das influências da álea no corpo humano com o ordenamento jurídico. Sobre essas outras possibilidades nos deteremos no próximo capítulo.

#### 8.4.1.3 Resultado prometido

Antes de expormos algumas alternativas seria interessante nos ater ao resultado desejado ou prometido na cirurgia. Essa questão é muito complexa no Direito da Medicina por esbarrar na subjetividade do resultado desejado pelo profissional que tem a possibilidade de ser muito diferente do que pretendia o paciente.

O resultado da intervenção poderá ser considerado satisfatório para o profissional, mas ficar muito aquém das expectativas do cliente. Essa frustração do paciente poderá gerar demandas com base em uma obrigação de resultado. Mas como veremos a mera insatisfação não será suficiente para responsabilizar o cirurgião.

O dano não ocorre pela simples insatisfação do paciente. Ele depende da constatação da indevida dissociação entre o que se poderia esperar no contexto em que se inseria o paciente e o resultado obtido<sup>501</sup>. Alcançando um resultado aceitável, o contrato restará cumprido. E aceitável seria toda obra que não destoava do razoável e do que poderia ser esperado dos profissionais em geral que atuassem naquele paciente.

Tal entendimento, todavia, deve ser interpretado com restrição. Há casos em que um resultado aceitável será insuficiente e determinará o descumprimento do contrato. São todos os casos em que, além de prometer

---

<sup>500</sup> RIBEIRO, Ricardo Lucas, cit., p. 76.

<sup>501</sup> MATIELO, Fabricio Zamprogna, cit., p. 60.

uma melhora estética, o profissional garante um resultado determinado. Se o cirurgião utiliza imagens computadorizadas ou algo do gênero para demonstrar o resultado da cirurgia, não poderíamos admitir que a simples melhora na aparência do paciente acarretasse o cumprimento contratual perfeito. A insatisfação do cliente poderá ser suficiente para a responsabilização do médico sempre que fundada nas expectativas e promessas feitas pelo médico.

Sempre que o cirurgião se obrigar a dar realidade ao que abstratamente uma máquina esboçou, um resultado diverso do pretendido assegura ao paciente o direito de reparação; mesmo que não haja prejuízo orgânico e até mesmo se houver uma melhora estética, mas essa diferir da prometida<sup>502</sup>.

Como já visto, a autonomia da vontade é capaz de obrigar o médico a deveres mais gravosos do habitual. Se o profissional garante o resultado, passa a estar comprometido a alcançar o resultado contratado com o paciente<sup>503</sup>.

Deve-se ter cuidado com o que consistiria o resultado combinado. Especificamente nas cirurgias embelezatórias, o resultado poderá ser uma simples melhora estética do paciente, algo certamente subjetivo, até uma aparência idêntica a um modelo estabelecido pelas partes.

Vieira, entretanto, alerta que *“deve-se ter cuidado com a promessa de resultado, pois esta questão pode entrar em outro terreno que são os efeitos da promessa e sanção do problema ao enfermo, para levantar o ânimo e de dar confiança, diminuindo as preocupações do enfermo”*<sup>504</sup>.

O médico deve sempre ter em mente que o alcance psicológico de um defeito físico pode ser tamanho que nenhum cirurgião poderá atingir um resultado satisfatório para o cliente. Assim, é melhor recusar a prestação de serviço do que ter a possibilidade de ser acusado do inadimplemento do contrato frente a um possível descontentamento do operado<sup>505</sup>.

Em alguns casos será possível esclarecer ao paciente sobre todos os riscos do procedimento e assumir uma obrigação de meios. Em outros, todavia, o cliente somente irá realizar a intervenção se o cirurgião prometer o resultado determinado ou, pelo menos, uma melhora estética. Caberá ao médico a

---

<sup>502</sup> Nesse sentido, Idem, *ibidem*, p. 60.

<sup>503</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica*, cit., p. 144.

<sup>504</sup> VIEIRA, Luzia Chaves, cit., p. 102.

<sup>505</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico*, cit., p. 116.

ponderação sobre o que valerá a pena: se arriscar a garantir um resultado certo ou perder aquele cliente. Opções que nem sempre podem ser fáceis de eleger.

## 9. Alternativas

Boa parte do nosso trabalho versou sobre a visão tradicional da classificação das obrigações em meios e resultado. Vimos que, em algumas oportunidades, a divisão demoguiana acaba por gerar alguns conflitos. Tentando diminuir esses obstáculos, a doutrina tenta criar alternativas que permitam dar à responsabilidade médica contornos mais equitativos e satisfatórios para médicos e pacientes. Passaremos a analisar algumas delas.

A fim de facilitar a compreensão, optamos por separar as alternativas em três grupos. O primeiro, e mais radical, propõe uma alteração legislativa; o segundo indica a possibilidade de uso de alguns mecanismos processuais que contornariam as fragilidades da bipartição de Demogue; por último, mencionaremos propostas que contêm a divisão do jurista francês como base.

Algumas dessas alternativas foram citadas ao longo do trabalho; e o mais importante: a utilização de um método não exclui a possibilidade da aplicação de outro conjuntamente. Optamos por apresentar as alternativas em capítulo próprio para facilitar a visualização do leitor e promover a didática.

### **9.1 – Uma nova responsabilidade:**

A primeira alternativa é a mais difícil de ser realizada. Ela depende de um esforço conjunto de juristas e legisladores o que acaba por elevar essa opção ao nível utópico.

A proposta busca a criação de uma responsabilização específica para disciplinar a atividade médica. A concepção de um novo núcleo, de uma subespécie de responsabilidade. Devemos frisar que um núcleo independente do regime geral de responsabilidade não é impossível. Ele, inclusive, já existe para alguns setores de atividade. Em Portugal, a responsabilidade do produtor é prevista nesses moldes, assim como a responsabilidade do prestador de serviço e do fornecedor no Direito brasileiro, quando se trata de uma relação consumerista.

Para Rute Teixeira a responsabilidade profissional opera uma dissolução de “*oposições obsoletas*”, nomeadamente entre os regimes da responsabilidade delitual e a responsabilidade contratual. Pedro Romano também sublinha a inadequação dessa distinção<sup>506</sup>. A responsabilidade específica se apoiaria: de um lado na exigência de um grau de diligência distinto do exigido em caráter geral; e de outro, na dificuldade dos juristas para julgarem os atos médicos<sup>507</sup>.

A dificuldade para avaliar o ato médico poderia ser circundada pela criação de Tribunais profissionais: somente um profissional se encontra capacitado para julgar outro sobre a ocorrência de uma culpa profissional. Os juízes, técnicos em direito, estão incapacitados para decidir sobre um erro técnico, se ele é ou não culposos, se é escusável ou não<sup>508</sup>. Um órgão colegiado seria uma importante conquista. Possuindo membros juristas e profissionais técnicos na matéria, no caso médicos, o julgamento estaria mais próximo do bom senso; evitar-se-ia uma decisão isolada de um magistrado que pouco ou nada entende da matéria ou baseada em uma perícia contaminada pelo espírito de corporação.

Na abertura do capítulo sobre a responsabilidade médica afirmamos que a responsabilidade profissional não se difere da geral. Aqui, entretanto, utilizaríamos as nuances para torná-la independente. A diferença poderia ser encontrada no sentido distinto do conceito tanto da culpa profissional quanto da em sentido estrito. A atividade médica sendo eminentemente técnica, não comportaria a medida de diligência prevista no Código Civil. O critério do “bom pai de família” não se adequaria para determinar a diligência exigível aos médicos no exercício de sua profissão<sup>509</sup>.

Ataz Lopez revela que esse argumento é contestado com extrema facilidade. Ao nos depararmos com uma atividade profissional, o critério do “bom pai de família” é substituído pelo do “bom profissional”. A transformação não supõe uma especificidade do critério de medida da diligência exigida na

---

<sup>506</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. Direito das obrigações. Apontamentos. 2ª ed., reimp. Lisboa : Associação Académica da Faculdade de Direito, 2008, p. 86.

<sup>507</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 237.

<sup>508</sup> Idem, ibidem, p. 241-242.

<sup>509</sup> Idem, ibidem, p. 239.

atividade profissional. Nada mais seria do que a necessária adaptação da norma às circunstâncias concretas de aplicação<sup>510</sup>.

Na visão de De Matteis, dever-se-ia ir mais longe, criando pequenos núcleos de responsabilidade para os diferentes ramos da Medicina conforme os diferentes graus de perigosidade, riscos e a particular tipologia dos danos gerados<sup>511</sup>.

Atualmente seria difícil imaginar uma responsabilidade especial para a relação médica; o tema ainda possui muitas arestas a serem aparadas antes de se aventurar nesse sentido. A matéria é complexa e, relativamente recente, o que não permite uma deglutição perfeita dos juristas. É preciso tempo para ponderar, ver as consequências de uma ou outra opção, para formular a alternativa mais próxima da perfeição possível.

Mesmo com essas dificuldades deveríamos inculcar na mente dos leitores essa ideia. Essa opção extrema somente será palpável a partir do momento em que a discutamos. Ela poderia proporcionar a extinção de alguns dos problemas cruciais de que tratamos aqui; como a inadequação da divisão de Demogue no Direito português, a falta de justificativa da presunção de culpa não ser aplicável para as obrigações de meios, mesmo elas sendo contratuais; entre outros problemas.

A atividade legislativa é complexa e, habitualmente, gera legislações problemáticas. Uma forma de diminuir os riscos e aumentar a qualidade das leis é a construção de legislações fundamentadas em uma ampla discussão entre juristas, legisladores e sociedade. Obviamente, um novo núcleo de responsabilidade poderia tornar a atividade médica mais justa para o profissional e o paciente, mas também poderia trazer novos problemas que sequer imaginaríamos agora. Mosset informa que um dos problemas poderia ser terrível: uma legislação que apoiasse a tese da irresponsabilidade eufemística. De acordo com o jurista, a tese é usada para chegar à irresponsabilidade partindo da afirmação da responsabilidade, uma vez que, nos dias de hoje, ninguém admitiria uma tese de irresponsabilidade médica. Assim, a irresponsabilidade eufemística se construiria sobre duas ideias

---

<sup>510</sup> Idem, ibidem, p. 239-240.

<sup>511</sup> DE MATTEIS, Raffaella. La responsabilità medica : un sottosistema della responsabilità civile. I Grandi Orientamenti della Giurisprudenza Civile e Commerciale. Padova : CEDAM, 1995, p. 334.

básicas: (i) todo ato médico pode ser objeto de discussão científica; (ii) a culpa começa onde terminam tais discussões. A consequência direta é a impossibilidade de estabelecer a responsabilidade pela culpa médica, tão somente pela denominada culpa material, como a atuação em estado de embriaguez ou deixar o enfermo cair da mesa de operações<sup>512</sup>.

Em todo caso, a responsabilidade especial para os profissionais da saúde não é vista com bons olhos pela maioria da doutrina atual. Os juristas apoiadores desse entendimento reconhecem que a fórmula contida no Código Civil prevê todos os supostos possíveis de responsabilidade civil para ressarcir todos os danos e prejuízos<sup>513</sup>.

Esse raciocínio é correto. Não seria preciso uma responsabilidade civil específica para regular a área médica. O diploma civil abarca esse campo, como todos os outros. A discussão aqui, todavia, é outra. É a possibilidade de modificar alguns aspectos legais, que como vimos, não parecem funcionar atualmente. Todas as incertezas poderiam ser contornadas pela confecção de uma legislação específica.

## **9.2 – A utilização de outros institutos:**

Menos extremas do que a alternativa anterior são as propostas expostas a seguir. Com a utilização de alguns mecanismos é possível presumir a culpa do profissional e alterar o ônus da prova sem a necessidade de uma modificação do sistema jurídico.

### **9.2.1 – Resultado desproporcionado**

Antes de nada, é preciso esclarecer que o instituto do resultado desproporcionado é equivalente aos próximos mecanismos a serem apresentados: a teoria da aparência da prova, *Anscheinsbeweis*; e a teoria da culpa virtual, a *Faute Virtuelle*. Optamos por apresentar de maneira mais detalhada o resultado desproporcionado e mencionar algumas nuances que a diferencia dos demais institutos, visto que alguns autores realizam a distinção entre as três ferramentas.

---

<sup>512</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad civil del médico. Buenos Aires, 1979, p. 238.

<sup>513</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 237-238.

Reconhecida jurisprudencialmente na Espanha, a técnica do resultado desproporcionado – ou fatos que falam por si mesmos (*res ipsa loquitur*<sup>514</sup>) – cria uma presunção de negligência do lesante, no nosso caso, o médico<sup>515</sup>. A expressão significa que os fatos provados permitem inferir a existência de outro fato que se indaga<sup>516</sup>.

Para tal, são necessários três requisitos: a produção de um evento danoso que normalmente não seria produzido naquele tipo de intervenção, senão em virtude de uma conduta negligente; que esse dano se origine por alguma conduta dentro da esfera de disponibilidade e controle do demandado mesmo não se conhecendo o modo exato no qual fora produzido; e, por último, que a lesão não seja causada por uma conduta ou ação imputável à própria vítima<sup>517</sup>.

Ao utilizar esse mecanismo pouco importará a configuração da natureza da obrigação médica, se de meios ou de resultado. Diante de um resultado desproporcional haverá a inversão da carga probatória. A utilização desse mecanismo não significa objetivar a responsabilidade médica. O certo é que determinados resultados lesivos somente poderiam ser obtidos mediante uma conduta culposa do médico. Sobre o instituto Romero Coloma sentencia: “*se há um resultado desproporcionado, há uma conduta prévia, negligente do profissional médico*”<sup>518</sup>.

É preciso pontuar, todavia, que a presunção tem um caráter suplementar dos outros meios de provas<sup>519</sup>. O profissional provando uma atuação com a diligência devida, mesmo que um resultado desproporcionado tenha sido produzido, ficará isento de responsabilização por essa causa. Afinal, a presunção permite prova em contrário.

As regras da experiência irão dizer se o mal resultado é desproporcional. Deverá ser evidente a negligência dos meios empregados, segundo o estado

---

<sup>514</sup> Surgida na Inglaterra em 1863 e muito utilizada nos EUA, cfr. acórdão do STJ, n.º 209/06 3TVPR.T.P1.S1 de 15 de novembro de 2011.

<sup>515</sup> Sentenças de 23 de junho e 17 de novembro de 2005 proferida pela Sala do Civil do Tribunal Supremo, cfr. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, cit., p. 46.

<sup>516</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María, cit., p. 51.

<sup>517</sup> VÁZQUEZ BARROS, Sergio, cit. p. 344 e GARCÍA GARNICA, María del Carmen, cit., p. 245-246; no Brasil, KFOURI NETO, M., Responsabilidade civil do médico. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 61.

<sup>518</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María, cit., p. 31-32.

<sup>519</sup> Sentença do Tribunal Supremo espanhol de 30 de janeiro de 2003, cfr. BELLO JANEIRO, Domingo, cit. p. 50.

da ciência e as circunstâncias de tempo e lugar. Diante de certos dados empíricos é possível deduzir que a anormalidade do resultado somente poderia ser produzida pela atuação culposa do médico.

A consequência espúria não pode ser confundida com o risco típico da intervenção cirúrgica. A teoria é inaplicável se um risco ordinário devidamente informado ao paciente, e produzido por causas inevitáveis, se materializar<sup>520</sup>.

A presunção desfavorável ao profissional teria maior utilidade nos casos mais evidentes como: compressas deixadas nos tecidos; queimaduras por diversas fontes de calor; infecção produzida pela não esterilização dos instrumentos; lesões em qualquer parte do corpo fora do local de tratamento. Em tais situações o fracasso da presunção de culpa médica é tão exíguo que aponta à impossibilidade<sup>521</sup>.

### **9.2.2 – *Anscheinsbeweis***

Na Alemanha, instituto equivalente ao resultado desproporcionado é a *Anscheinsbeweis*<sup>522</sup>, mas segundo Princigalli, a ferramenta é utilizada pela jurisprudência em poucos casos. Isso se deve ao baixo empenho dos peritos e da dificuldade da distinção entre o dano provocado por uma atuação culposa do dano provocado por outra causa. Outro empecilho para o emprego do instituto é a dificuldade de diferencia-la da inversão do ônus da prova. Para parte da doutrina, a *Anscheinsbeweis* resguardaria o problema do convencimento do juiz na livre avaliação da prova, enquanto a inversão solucionaria um problema de aplicação do direito na repartição do risco das provas.

Superados os receios, essa alternativa pode ser aplicada nas hipóteses em que for possível provar que o dano sofrido pelo paciente é consequência típica de um erro médico. A presunção se baseia em um cálculo de probabilidade derivada de observações empíricas as quais indicam uma típica decorrência de um erro cometido pelo médico.

A presunção na *Anscheinsbeweis* pode ser rebatida por meio de uma simples contraprova. Basta ao profissional provar que no caso concreto ocorreu

---

<sup>520</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 216.

<sup>521</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María, cit., p. 77, VÁZQUEZ BARROS, Sergio, cit. p. 345-346 e GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 210-211.

<sup>522</sup> Seguimos a lição de PRINCIGALLI, Annamaria, cit., p. 82-83.

um fato ou circunstância que determinou um curso atípico do procedimento médico. É insuficiente, entretanto, demonstrar que o dano poderia ser provocado por uma causa diversa do presumido comportamento viciado do profissional; ele deverá indicar a causa concreta que determinou o resultado atípico do tratamento.

### 9.2.3 – *Faute Virtuelle*

Bem próxima aos dois institutos mencionados acima é o mecanismo francês da *faute virtuelle*<sup>523</sup>. A teoria da culpa virtual afirma a responsabilidade do agente quando é extremamente complicado demonstrar a imprudência, imperícia ou a negligência do médico. Diferentemente das ferramentas correlatas, a *faute virtuelle*, não se fundaria em uma presunção e sim em uma lógica inversa: se não houvesse incorrido em culpa, nenhum dano seria produzido. A comprovação de um dano anormal e desproporcional seria suficiente para indicar a culpa do médico<sup>524</sup>. Para se livrar da responsabilização, o facultativo deverá comprovar que o dano foi causado por um fato externo não imputável a ele.

A teoria ganhou relevo ainda nos anos de 1960 para os casos de transporte de cortesia ao tornar desnecessária a comprovação de uma manobra imprudente, excesso de velocidade, mal estado dos pneus ou uma negligência de qualquer gênero para responsabilizar o motorista pelo acidente, porque o incidente representava por si só a prova da culpa do condutor e a consequente necessidade de indenizar os demais passageiros do veículo. Na seara médica, uma das primeiras decisões data de 31 de maio de 1960. Nessa oportunidade o Tribunal de Seine condenou o médico apesar de o perito ter relatado a conformidade do procedimento com as leis das artes<sup>525</sup>.

Se parte da doutrina é contra a presunção de culpa, a *faute virtuelle* poderia ser um importante mecanismo para facilitar a tutela da pretensão processual do paciente. Como já tivemos a oportunidade de dizer, a culpa virtual é fruto de uma lógica inversa. Não se afirma que o dano é consequência da culpa, mas que ele não poderia ter ocorrido sem ela<sup>526</sup>.

---

<sup>523</sup> Idem, *ibidem*, p. 118-119.

<sup>524</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César, *cit.*, p. 211.

<sup>525</sup> Cfr. PRINCIGALLI, Annamaria, *cit.*, p. 119-120.

<sup>526</sup> Idem, *ibidem*, p. 123.

#### 9.2.4 – Carga dinâmica da prova

Durante o desenvolvimento do nosso estudo apresentamos as dificuldades acarretadas pela obrigação de meios ao regime contratual do ônus da prova. Como tivemos a oportunidade de verificar, alguns juristas defendem que a carga probatória incumbiria ao paciente, mesmo contrariando o regime contratual.

Remeto os leitores ao capítulo 8.2.5 onde discutimos as consequências dessa opção. Nesse momento, todavia, apresentaremos a tese da carga dinâmica da prova. Por meio de tal mecanismo, a discussão sobre a natureza obrigacional da relação médica torna-se supérflua no que tange ao ônus da prova.

Segundo essa teoria, a carga probatória é repartida entres as partes de modo que cada uma prove os fatos que tenham melhores condições de comprovar<sup>527</sup>. Conforme aduz uma sentença do Tribunal Constitucional: “*parece lógico e equitativo que quem disponha da prova a aporte*”<sup>528</sup>. Corroborando esse entendimento, um informe emitido por um órgão do governo de Barcelona entende que a evidência, pressuposto de qualquer sentença, deve ser obtida evitando as situações de supremacia ou privilégio de alguma das partes para garantir a igualdade efetiva de ônus do autor e do demandado na alegação e prova dos fatos controvertidos para lograr a plenitude do resultado probatório<sup>529</sup>.

É inegável o fato de estarmos defendendo uma relativização do princípio processual *incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat*, da norma geral que impõe o ônus de provar a quem alega – como discutimos no capítulo *supra* indicado. Reafirmamos nessa oportunidade que uma posição inflexível não pode prosperar. Sem dúvidas, a equidade determina que a carga da prova incida sobre a parte que esteja em melhores condições processuais de aportá-la<sup>530</sup>. Nenhuma parte poderia se esquivar do ônus probatório alegando estar

---

<sup>527</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, cit. p. 87.

<sup>528</sup> A sentença 227/1991 de 28 de novembro da 1.ª Sala do Tribunal espanhol, afirma que se o médico tem em seu poder as fontes de prova, entende-se que pesar-se-ia sobre ele a carga da prova.

<sup>529</sup> Informe emitido pela Tesorería Territorial de la Seguridad Social de Barcelona, em 28 de setembro de 1988, baseada no art. 24.º, 2 da Constituição; cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 199.

<sup>530</sup> A jurisprudência espanhola é pacífica nesse sentido. A legislação acabou por regular esse mecanismo pela Ley de Enjuiciamiento Civil (Lei 1/2000, de 7 de enero). O art. 217.º, 6, é claro:

cumprindo o regime contratual ou extracontratual; uma obrigação de meios ou resultado. Obstaculizar a prática da prova é agir em desconformidade com o princípio da boa-fé, assim, o magistrado poderá utilizar essa alternativa para fazer recair a carga probatória sobre a parte com melhor posição produzi-la, uma vez que o juiz detém a liberdade de acesso aos meios de prova<sup>531</sup>.

Na área médica a carga dinâmica poderá ser uma importante ferramenta. Impor ao paciente a prova da culpa médica significa, na prática, dificultar sobremaneira a conquista de uma sentença favorável. Outrossim, seria injusto presumir a culpa médica diante de cada mal resultado. Romero Coloma conclui que, nenhuma das soluções sendo totalmente satisfatórias, o adequado seria exigir do médico a prova da sua diligência e do enfermo da ausência da mesma<sup>532</sup>.

#### **9.2.5 – Probabilidade estatística, a criação culposa do risco**

Esse mecanismo tem grande utilidade para os casos nos quais seja impossível determinar com exatidão a relação de causalidade entre o dano e o ato médico. Nessas situações, o magistrado poderá condenar o médico dando por configurada a relação de causalidade quando os elementos de juízo conduzem a um grau suficiente de probabilidade, sobretudo quando se trata de uma probabilidade próxima da certeza.

A fórmula é conhecida, conforme aduz Galán Cortés, na jurisprudência estadunidense como “*more probable than not*”. Bastaria contar com uma probabilidade superior a 50% para afirmar a relação de causalidade entre o ato e o dano objeto da demanda. O critério da certeza, aqui, é substituído pelo da probabilidade. Além dos EUA, a jurisprudência italiana e a inglesa – com o *leading case Wilsher Vs. Essex Area Health Authority* de 1988 – a segue com frequência.

A prova em matéria judicial, habitualmente, nunca é total, ela se reduziria invariavelmente a uma probabilidade maior ou menor, a uma

---

“o tribunal deverá considerar a disponibilidade e facilidade probatória que corresponde a cada uma das partes em litígio” . cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César. Responsabilidad médica. In: La responsabilidad civil profesional. Cuadernos de Derecho Judicial VII. Director: Álvarez Sánchez, José Ignacio. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 207.

<sup>531</sup> BELLO JANEIRO, Domingo, cit. p. 43. Seguindo a sentença da sala do Civil do Tribunal Supremo de 2 de dezembro de 1996.

<sup>532</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María, cit., p. 30-31.

verossimilitude mais ou menos acusada<sup>533</sup>; o que favoreceria a utilização do mecanismo da probabilidade estatística.

A probabilidade estatística, ou criação culposa do risco, se funda na ideia de que somente o fato do médico ter exposto o paciente a riscos anormais, bastaria para justificar a total reparação da vítima, mesmo que o nexo de causalidade entre a culpa e o dano não tenha sido demonstrado com toda certeza. “*Resultaria preferível fazer pesar o risco da incerteza sobre o autor, que criou o perigo, do que sobre a vítima*”<sup>534</sup>. Nesse sentido, não haveria fundamento para modular a indenização da vítima em função das expectativas perdidas, nos moldes da teoria da perda de uma chance, considerando que foi o médico quem criou o risco e por isso deverá assumi-lo integralmente<sup>535</sup>.

Como aludido nas linhas anteriores, a ferramenta da criação culposa do risco é significativamente diferente da perda de uma chance. Naquele basta haver maiores chances de uma atuação culposa ter causado o dano para responsabilizar o profissional da saúde pelo mal resultado; já na perda de uma chance, a probabilidade é empregada para calcular a própria indenização. Assim, se houver 51% de probabilidade do ato do médico ter ocasionado a lesão, o primeiro método condenaria o profissional ao pagamento integral do dano, ou seja, 100%. A mesma probabilidade aplicada à teoria da perda de uma chance condenaria o profissional ao pagamento de apenas 51% do dano sofrido pelo lesado.

O exemplo citado demonstra que a probabilidade estatística é mais gravosa do que a perda de uma chance. Os sistemas jurídicos que não aceitam o mecanismo francês, dificilmente cogitariam a tese da probabilidade estatística. Basear uma decisão jurídica em probabilidades sempre poderá gerar resistências; o objetivo deve ser sempre a certeza, mas não sendo possível esse mecanismo pode ser interessante, desde que fundamentada em estatísticas sérias, confiáveis e aplicáveis às particularidades do caso.

#### **9.2.6 – A Perda de uma Chance**

Indubitavelmente, a teoria da perda de uma chance mereceria um estudo aprofundado que realçasse seus requisitos e consequências. Nossa

---

<sup>533</sup> Seguimos a lição nesse subtítulo de GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 145 e 244-246.

<sup>534</sup> Idem, ibidem, p. 256.

<sup>535</sup> Idem, ibidem, p. 256.

pesquisa, entretanto, não poderia satisfazer essa necessidade. Devemos manter nosso recorte temático. Porém, mais gravoso do que não aprofundarmos o estudo nessa alternativa seria não abordá-la. A perda de uma chance pode ser um instrumento eficaz para o paciente sobrecarregado pelo ônus da prova, uma vez que o juiz se vê obrigado, na maior parte dos casos, a presumir a causalidade ou presumir sua ausência<sup>536</sup>.

Muito difundida na doutrina e jurisprudência francesa, a perda de uma chance pode ser empregada quando não é possível afirmar que determinado prejuízo se deve a uma atuação ou omissão do médico. Nessas situações, a Corte de Cassação estima que o prejuízo consistiria na perda da possibilidade de alcançar um resultado positivo, e, via de consequência, condena-se a uma indenização por essa perda. O médico passa a ressarcir não o dano pelo mal resultado, e sim pela perda da chance da melhora estética. Restaria desaparecida a dificuldade de estabelecer a relação de causalidade. Nas palavras de Ataz Lopez: *“já não se buscaria uma relação entre o ato ou omissão médica e o agravamento da enfermidade. O dano que se pretende ressarcir não é um dano emergente, trata-se de uma diminuição de possibilidades”*<sup>537</sup>.

Torna-se despiendo demonstrar que o ato causou o prejuízo. Bastaria comprovar que sem um ato culposo o dano não seria produzido. O ponto central da perda de uma chance, conforme aduz Lopez, seria: se o paciente deve provar sempre, e em todo caso, e inequivocamente, a relação de causalidade; ou se, de modo diverso, ela poderia ser presumida pelo juiz. Admitindo-se tal presunção, o paciente não deveria provar mais do que a falta de cuidado do médico, junto da possibilidade, em abstrato, de ter alcançado o bom resultado se a atuação médica fosse irrepreensível. O profissional, em seu turno, deveria comprovar que os cuidados foram corretos e que o dano não poderia ter sido evitado<sup>538</sup>.

---

<sup>536</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 345.

<sup>537</sup> Idem, ibidem p. 344.

<sup>538</sup> Idem, ibidem, cit. p. 345. Nesse sentido o acórdão do STJ português, 08B1800 de 15 de outubro de 2009: *“Face à matéria de facto dada como provada não se pode extrair com segurança qualquer conclusão sobre a diligência dos réus, ou seja, se a sua actuação se desviou ou não do padrão de comportamento diligente e competente. Mas se não se pode retirar qualquer conclusão sobre o resultado imediato, pode, no entanto e infelizmente, concluir-se pelo resultado mediato: a morte da [paciente]. Sendo assim, com esta morte, perdeu-se a*

Sendo possível depreender que, em 70% dos casos, a atuação do médico daria causa ao mal resultado, o natural seria condenar o profissional ao pagamento de 70% do valor total do dano sofrido pelo lesado. Independente da estatística e probabilidade, sempre será discutível se o elemento certeza é requisito fundamental do dano. A resposta afirmativa fundamenta os críticos da teoria que alegam a impossibilidade de ressarcir um dano hipotético. A opção contrária reforçaria as linhas dos defensores da tese da perda de uma chance<sup>539</sup>.

### **9.2.7 – Seguro profissional**

O último mecanismo proposto não teria valia contra as dificuldades na comprovação da culpa profissional, seu objetivo é facilitar a obtenção da indenização pelo paciente.

Frente a toda dificuldade do paciente em comprovar a negligência, imperícia ou imprudência médica, Tunc propunha, em 1973, que as vítimas de acidentes médicos fossem compensados sem a necessidade de comprovar a culpa do médico; Penneau, por sua vez, produziu um projeto de lei para constituir um fundo de garantia destinado a reparar os acidentes corporais ocasionados pela prática médica.

Nessa linha, buscando contornar os obstáculos da carga probatória, Suécia<sup>540</sup> e Nova Zelândia, fazem uso de um seguro para oferecer uma

---

*oportunidade, a chance, do aproveitamento da oportunidade que a [paciente] tinha de ser operada com êxito”.*

<sup>539</sup> No Brasil, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, 3.<sup>a</sup> Turma, REsp 1.254.141-PR em 04/12/2012 declarou expressamente a possibilidade de aplicar a teoria nas situações de erro médico.

<sup>540</sup> A Suécia foi pioneira no sistema de seguros no-fault do paciente, em 1975. A tendência sueca que espalhou-se para outros países escandinavos, como a Finlândia em 1986, a Dinamarca em 1991, a Islândia em 2000 e a Noruega em 2001, buscou contornar a rigidez da Lei de Responsabilidade Civil Extracontratual, especialmente em matéria de dano corporal de origem iatrogênica. O sistema iniciado pelas seguradoras, o Estado e autarquias locais tinha a finalidade de compensar o maior número de pacientes ao menor custo possível, foi consagrado pela legislação em 1996. O procedimento para requerer o prêmio do seguro é bastante simples com duração média de 6 meses. Não são necessários advogados ou peritos, basta o preenchimento de um formulário pela vítima e o aporte da prova e do dossiê clínico pelo consórcio de seguro do paciente, bem como o pagamento da franquia que visa excluir os pedidos irrisórios, canalizar os recursos para as vítimas de acidentes mais graves e garantir a eficiência administrativa do sistema. É possível, todavia, acionar diretamente os tribunais.

A compensação não tem como requisito a culpa do médico e engloba os danos evitáveis e os inevitáveis, em algumas circunstâncias como: infecção hospitalar e de um resultado desproporcional. O montante a ser ressarcido inclui, além do dano emergente, o lucro cessante e os danos não patrimoniais. CASCÃO, Rui. Os sistemas escandinavos de seguro do paciente. In: Responsabilidade civil dos médicos. Vol. 11. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 500-509.

compensação automática dos danos médicos. A experiência nos dois países serviu para a elaboração do Informe Pearson, no Reino Unido, que sublinhou a importância de iniciativas, tais como essas, que evitassem o delicado problema da prova na área médica.

É possível visualizar que a possibilidade da utilização de um seguro profissional é interessante; longe de estar restrito a algumas mentes, essa alternativa é utilizada ordinariamente em alguns países e, muitas vezes, serve como referência para outros Estados que buscam uma melhora da prestação jurisdicional na área médica.

O fundo responsável por compensar as vítimas adviria das contribuições obrigatórias fornecidas pelos médicos, e cobririam os danos sofridos, incluindo os prejuízos estéticos<sup>541</sup>.

O seguro obrigatório ou facultativo não deixa de ser um método de defesa do médico. Muito se discute sobre a licitude ou ilicitude do seu uso, particularmente na seara ética, visto que se teme a adoção de uma conduta profissional mais tranquila e menos diligente de uma pessoa sob o abrigo de um seguro<sup>542</sup>.

Como fizemos referência, o seguro pode ser uma ferramenta para auxiliar o paciente na obtenção de uma indenização, mas o médico também teria benefícios: não sendo discutida a culpa médica em uma demanda jurisdicional, o profissional não herdaria a reputação negativa que lhe seria atribuída em uma sentença condenatória.

### **9.3 – Obrigações de meios e resultado: um novo horizonte:**

#### **9.3.1 – Uma obrigação intermediária**

Partindo do pressuposto que a responsabilidade do cirurgião estético é diferenciada, alguns juristas concluem que ela é mais ampla do que a do cirurgião geral e mais restrita do que as atividades não influenciadas pela área. Assim, a atividade desse cirurgião não poderia ser compreendida apenas como obrigação de meios, e, de outro lado, não se adequaria à obrigação de resultado<sup>543</sup>.

---

<sup>541</sup> ATAZ LOPEZ, Joaquin, cit. p. 331. E Penneau. Faute et erreur, p. 385 ss.

<sup>542</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, cit. p. 615.

<sup>543</sup> Idem, ibidem, p. 118-119.

Tentando solucionar essa dificuldade, alguns doutrinadores apostam em uma natureza obrigacional intermediária. Nesse sentido, surge uma terceira espécie de obrigação: a obrigação de meios acentuada, como é denominada na Espanha<sup>544</sup>; ou a obrigação de quase resultado, como designam tribunais portugueses<sup>545</sup>.

Essa perspectiva entende que o cirurgião se comprometeria a uma obrigação de meios intensificada mesmo tendo informado exhaustivamente o seu cliente sobre a possibilidade do mal resultado<sup>546</sup>; recaindo sobre o profissional tanto os deveres da informação quanto os de utilizar os meios idôneos, em conformidade com a *leges artis*, para atingir o objeto do contrato.

Na Itália, Princigalli advoga que o dano da intervenção estética não poderia ser avaliado segundo um critério comum, sendo indispensável adotar um parâmetro mais rigoroso para a responsabilidade civil<sup>547</sup>. Essa necessidade acaba sufragando a terceira espécie obrigacional.

O aspecto conciliador da tese intermediária seria o principal benefício ofertado. Alguns defendem que o cirurgião não poderia garantir o resultado, devido ao componente aleatório; enquanto outros acreditam que o profissional não poderia se obrigar a menos do que a obtenção do resultado contratado, no caso de uma intervenção “não curativa”. Uma teoria mediadora poderia ser de grande utilidade.

A grande dificuldade estaria em conceituar a obrigação intermédia. A complexidade do assunto leva a admissão de diferentes graus de obrigações de meios e obrigações de resultado na França<sup>548</sup>; ou sentenças que declaram a natureza obrigação intermediária do cirurgião estético, afirmando somente que o profissional deve dar uma “certa” garantia da obtenção do resultado<sup>549</sup>. Envolta em muita nebulosidade, a definição de maior consistência argui a obrigação de quase resultado, ou de meios acentuada, como uma obrigação

---

<sup>544</sup> Sentenças do Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994 e de 11 de fevereiro de 1997, cfr. RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, cit. p. 294.

<sup>545</sup> Acórdão do STJ, n.º 544/09.YFLSB, de 17/12/2009 afirma que a responsabilidade do cirurgião estético é de quase resultado porque é uma obrigação que “só o resultado vale a pena”.

<sup>546</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César, cit., p. 182-188.

<sup>547</sup> PRINCIGALLI, Annamaria, cit. p. 43.

<sup>548</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, cit. p. 196.

<sup>549</sup> Sentença da Audiência Provincial de Baleares de 14 de fevereiro de 2005, cfr., BLAS ORBÁN, Carmen, cit., p. 58.

onde somente o resultado vale a pena, tanto para o cirurgião, quanto para o paciente.

Data vênua, acreditamos que uma terceira espécie agravará todos os problemas da divisão demoguiana e não trará nenhuma melhoria. Se em alguns casos, a dificuldade é enorme para caracterizar uma obrigação em sendo de meios, ou de resultados, imagine ao incluir uma terceira com limites ainda mais confusos e vagos? Propor uma obrigação intermediária poderia ser uma irresponsabilidade do jurista; a menos que se formule uma tese minimamente consistente. Se os obstáculos da divisão bipartida são consideráveis, não basta balbuciar uma nova hipótese e aplicá-la. Tal aplicação seria motivada mais pelas fragilidades das obrigações de Demogue do que pela pertinência da nova proposta.

### **9.3.2 – Teoria da Atuação Fracionada**

Tivemos a oportunidade de discutir as diferenças entre a obrigação de meios e de resultado. Em tal oportunidade deixamos claro o papel fundamental da álea. Nesse sentido, apresentamos a teoria da responsabilidade fracionada.

A referida teoria não oferece nenhuma visão diferente, longe disso. O seu fundamento é a divisão bipartida de Demogue. Ela propõe uma nova forma de analisar o procedimento médico. Em determinadas situações é difícil determinar a natureza da intervenção, ou, na dúvida, aplica-se a natureza de obrigações de meios pela forte presença da álea. A tese da atuação fracionada propõe dividir o procedimento médico em inúmeros atos, determináveis e sucessivos.

Assim, se uma complexa cirurgia neurológica não poderia ter natureza de resultado, o mesmo não se pode dizer de cada uma das frações da atuação do facultativo. Os fragmentos que teriam natureza de resultado, por exemplo, seriam: o dever de atuar na data combinada; o dever de emitir um diagnóstico, ou de explicar a impossibilidade de emití-lo; o de realizar a cirurgia; o de prescrever a realização de provas complementares<sup>550</sup>.

A tese acaba por auxiliar em algumas ocasiões. Sendo impossível aplicar os efeitos da obrigação de resultado no procedimento médico como um

---

<sup>550</sup> MARÍN VELARDE, Asunción. Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad médica curativa y/o asistencial. Madrid: Editorial Dykinson, 2012, p. 62-63.

todo, o mesmo impedimento não ocorreria em relação a certos fragmentos do ato. Podemos pensar na atuação sobre um membro equivocado, ou seja, opera-se a perna esquerda ao invés da direita onde havia a enfermidade. Se o médico não pode garantir a cura da doença, ele, obrigatoriamente, deve garantir que atuará na região correta. Nesse sentido, aplicaríamos a natureza de obrigação de resultado a esse ato fracionado: a atuação sobre o membro equivocado.

O uso dessa alternativa nos parece limitado. Os casos em que a aplicaríamos sem grandes problemas coincidem com as alternativas já expostas do resultado desproporcionado, do *Anscheinsbeweis* e da *faute virtuelle*. A utilização deste instituto para atos mais complexos seria complicada. Se não pudermos determinar com convicção se aquele ato concreto é de meios ou de resultado, a teoria da responsabilidade fracionada é inútil: ela somente terá serventia para acirrar as discussões sobre a natureza da intervenção, se de meios ou resultado; agravando o problema que pretendia resolver.

### **9.3.3 – Adequação ao regime contratual**

Fazendo uma releitura e dando uma nova interpretação, poderíamos alcançar bons resultados, adequando a divisão demogiana ao ordenamento português, especificamente ao art. 799.º.

A primeira alternativa seria ajustar a classificação clássica ao regime contratual. O cirurgião assumiria uma obrigação de meios. Ele teria o dever de prestar assistência ao paciente, sempre buscando o resultado imediato: o aproveitamento das reais chances que o paciente possui para alcançar o resultado mediato, no caso a melhora estética<sup>551</sup>.

Nessa perspectiva, o paciente provaria o não aproveitamento das suas reais chances de alcançar o resultado desejado. Cabendo ao médico demonstrar, ou o emprego da diligência devida ou a quebra do nexo causal face aos danos verificados, para afastar a responsabilidade pelos prejuízos derivados do seu presumido incumprimento culposo<sup>552</sup>.

Restaria assim, atendido o regime do artigo 799.º do Código Civil, visto que a presunção de culpa seria obedecida desde que o paciente comprovasse

---

<sup>551</sup> PEDRO, Rute Teixeira, *ibidem*, p. 118-119.

<sup>552</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 123.

o não aproveitamento das suas reais chances de atingir o resultado. É uma alternativa interessante, mas a carga probatória sobre o paciente ainda poderia impedir a persecução do seu direito.

Uma possibilidade diametralmente oposta, e tão válida quanto essa, é determinar a obrigação médica como de resultado. Mas diferente da visão clássica, a álea não seria o centro da discussão. O resultado não seria a obtenção da cura e sim a melhoria do estado da saúde ou, pelo menos, a atenuação do sofrimento do paciente<sup>553</sup>.

Esse posicionamento é interessante, mas não acrescentaria muito na discussão da obrigação do cirurgião estético, que em geral, não busca uma cura ou a atenuação do sofrimento. Como já tivemos a oportunidade de relatar, nessas cirurgias somente se busca a melhora estética, que nem sempre será a mera melhora da beleza, caso no qual poderíamos aplicar essa perspectiva. Em algumas situações, o paciente contrata um resultado específico. Dessa forma, para o caso específico da cirurgia estética, essa alternativa parece não trazer novidades, embora a proposta seja interessante para outros ramos da Medicina.

Outra corrente defende, do mesmo modo, a obrigação do médico como de resultado em qualquer hipótese. Mas o resultado, nesse caso, seria o resultado normal do tratamento de acordo com o estado da ciência e das técnicas médicas do momento. Havendo um resultado anormal, fora dos riscos assumidos pelo paciente, bastaria prová-lo juntamente com a relação de causalidade, para obter uma indenização<sup>554</sup>.

#### **9.3.4 – O Consentimento informado como elemento primordial**

Em diversas oportunidades destacamos a importância do consentimento informado para a relação médico-paciente. Nesse momento, não seria justificável abandonarmos esse instituto. Deste modo, mesmo que em poucas linhas, sublinharemos o mecanismo do consentimento informado capaz de

---

<sup>553</sup> SIMÃO, Carina Susana Vieira. O ónus da prova na responsabilidade médica. Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2010, p. 73.

<sup>554</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen, cit., p. 218-219.

auxiliar os juristas na determinação de uma obrigação como sendo de meios ou de resultado.

Rodriguez aduz que antes de demonizar a cirurgia estética, somente pelo fato de não buscar diretamente a saúde<sup>555</sup>, é imperioso destacar o dever de informar ao paciente<sup>556</sup>. O médico que descumpra tal dever, não informando sobre os riscos do ato médico, estará assumindo esses riscos que porventura se materializem e produzam danos ao paciente.

Nessas situações, não seria preciso comprovar a culpa do médico pela má atuação na intervenção; bastaria alegar o incumprimento ou o cumprimento defeituoso do seu dever de informar<sup>557</sup>. O paciente nunca poderia assumir os riscos que desconhece por uma falha atribuível ao médico. Como já tivemos a oportunidade de mencionar, o descumprimento na obtenção do consentimento informado poderia decretar uma obrigação de resultado. Nesse sentido, é legítimo mencionar que o consentimento tem potencialidade de ser uma ferramenta ímpar para iluminar as dificuldades de caracterização da obrigação médica. No mais, o instituto seria uma importante ferramenta para contornar a dificuldade da prova da negligência médica, visto que comprovar um descumprimento no dever de informar, muitas vezes, é mais simples e eficaz<sup>558</sup>.

### **9.3.5 – Teoria dos Riscos Compartidos**

Após fria análise é possível concluir que a divisão demoguiana é insuficiente quando aplicada ao Direito da Medicina e ao cirurgião plástico, especificamente. Tentaremos traçar algumas linhas gerais sobre a alternativa que entendemos ser mais interessante.

Quando um paciente decide realizar uma intervenção estética, ele deseja melhorar sua aparência sem correr riscos. Por sua vez, o médico, aceita realizar a cirurgia, mas, sabendo a complexidade do corpo humano, não quer se comprometer a um resultado determinado, o qual estaria acima das forças de qualquer médico.

---

<sup>555</sup> Utilizamos a expressão aqui no sentido estrito de saúde física.

<sup>556</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, cit. p. 347.

<sup>557</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen, cit., p. 247-248.

<sup>558</sup> PEREIRA, André Gonçalo dias, cit., p. 21.

Mesmo não querendo correr riscos, o paciente sabe que eles são inerentes a qualquer procedimento cirúrgico. A Medicina avança diariamente, mas ainda está longe de garantir 100% de sucesso nas intervenções. Já o médico sabe que não poderia se comprometer somente a agir com diligência. A promessa seria insuficiente para convencer um cliente a contratar os seus serviços. É uma particularidade da sua especialidade.

Diante do exposto é possível depreender que, no caso de uma cirurgia plástica, enquadrar o procedimento em uma obrigação de meio seria distorcer a vontade do paciente, que não deseja somente uma postura diligente do profissional, ele busca uma melhora significativa na beleza; ao se emoldurar a intervenção em uma obrigação de resultado, estaríamos exigindo do cirurgião algo além do possível. Ninguém é capaz de prever as consequências de uma cirurgia. A álea do corpo humano é significativa e não permite previsões confiáveis.

Por isso é tão necessária uma teoria mista. Uma teoria que agregasse algumas ferramentas para dirimir as dificuldades da divisão demogouiana e fosse fundamentalmente baseada na vontade das partes. Essa teoria realçaria os riscos assumidos pelo paciente e pelo médico. Haveria assim, um balanceamento de tais riscos, cada parte aceitando alguns deles. Algo que não ocorre ao se adotar uma obrigação de meios, na qual os riscos preponderantemente são do paciente; ou uma de resultado, onde os riscos majoritários ficam por conta do médico. Ao optar pela teoria dos riscos compartilhados, o operador do Direito, deverá verificar o resultado da cirurgia. Existem três possibilidades.

Na primeira, a cirurgia foi um sucesso. Os desejos do paciente foram integralmente atendidos. Nessa hipótese não há que se falar em possibilidade de responsabilização. Como não houve dano, não há um dos requisitos básicos para se pleitear uma indenização, seja baseada em uma obrigação de meios, seja em uma de resultado.

No segundo caso, a cirurgia não resultou em uma melhora estética. Apesar de ser diligente e tecnicamente perfeito, o facultativo foi incapaz de atingir o resultado esperado pelo paciente. Aqui é necessária uma ressalva importantíssima. Deve-se verificar se o mau resultado foi causado por um fator aleatório ou não.

Se presente um fator aleatório, como seromas, deiscências, necroses cutâneas, infecções ou cicatrizes hipertróficas e queloidianas, o médico não poderá ser responsabilizado. Isso porque mesmo que ele previsse qualquer dessas possibilidades, ele não poderia fazer nada para impedir o dano. Estaria acima das suas forças, sendo injusta qualquer responsabilização. Ao adotar a teoria da obrigação de resultado estaríamos defendendo essa injustiça.

Agora, caso o insucesso não se deva a nenhum fator aleatório, podemos inferir que o profissional não fora suficientemente habilidoso. É a terceira hipótese. Ele pode ter sido diligente, ter utilizado a técnica ordinária, mas não foi capaz de atingir o resultado compactuado. Como o médico deve saber das suas limitações profissionais, deverá ser responsabilizado caso não alcance o resultado pretendido e combinado com o paciente, desde que não esteja influenciado um fator aleatório. Adotando uma obrigação de meios, o médico não poderia responder pelo mau resultado.

Caso não haja uma melhora perceptível na estética do paciente, é possível defender, em regra, a responsabilização do profissional. O fato se explica, pois o médico colocou a saúde do paciente em risco desnecessariamente, uma vez que não foi capaz de obter nenhuma melhora física e tudo indica não ter havido influência de um fator aleatório.

Deve-se ter em vista, todavia, que o caso concreto que fornecerá os dados suficientes para sabermos se o paciente assumiu todo o risco, se o cirurgião prometeu um resultado idêntico a um modelo ou o contrato foi equilibrado. Não seria necessário determinar a natureza da obrigação, se de meios ou de resultados; a análise do caso indicará os riscos assumidos por cada parte no contrato.

A teoria do risco compactuado pressupõe que o médico dividirá os riscos, ou seja, assumirá a responsabilidade pela má atuação técnica, mas não pelo resultado indesejado advindo de causa fortuita. Somente será possível cogitar a utilização desta tese, caso o médico tenha transmitido as informações necessárias para o paciente nos moldes tratados pelo presente trabalho, assegurando a observância dos princípios da transparência e do consentimento informado. Caso contrário ele assumirá todos os riscos pelo

mau resultado<sup>559</sup>. De outro lado, também seria possível ao paciente assumir todos os riscos da intervenção cirúrgica. De forma semelhante à obrigação de meios, o médico deverá cumprir somente com uma ilibada atuação. Como estamos falando de uma cirurgia plástica estética, o profissional deverá transmitir as informações à exaustão e obter o consentimento informado do paciente, de preferência, um que se refira expressamente à assunção de todos os riscos por ele.

A questão do ônus da prova seria resolvida segundo critérios mais flexíveis. A teoria da carga dinâmica da prova nos será de grande valia. Por todos os motivos expostos nos títulos anteriores, seria mais justo que o ônus ficasse a cargo do profissional da medicina, devido à complexidade da prova e a maior facilidade que o facultativo tem para realizá-la.

A grande crítica quanto à aplicação desta teoria seria sobre suas principais características. Em um primeiro momento seria possível dizer que ela não existe por si só. Seria somente uma teoria que esclareceria as situações de utilização das obrigações de meio ou de resultado.

Devemos admitir que, os extremos da Teoria dos Riscos Compartidos, são praticamente idênticos ao da obrigação de resultado, quando o médico assume todos os riscos; e a de meios, quando se deve ao paciente somente uma atuação diligente. Entretanto, a utilização desta tese permitiria uma

---

<sup>559</sup> Acreditamos que o consentimento informado obtido validamente transfere para o paciente os riscos da intervenção. Entretanto defendemos que, na cirurgia estética, o profissional deverá ser responsabilizado por sua má atuação técnica. Como dissemos, ressalvadas as hipóteses de influência de elementos aleatórios, o cirurgião deverá pagar pelo mau resultado. Atualmente, podemos dizer abertamente, sem hipocrisias, que existe o bom e o mau profissional; não há motivos que justifiquem proteger aquele que é ruim, sendo ele médico ou não. Cabe uma singela comparação. Um operário é contratado para a construção de um muro e um médico é contratado para realizar uma cirurgia estética. Após a conclusão do trabalho do operário, verificou-se que o muro desmoronou; a perícia revelou que uma chuva inesperada foi a causa da queda da obra. No caso do médico, o resultado da intervenção estética não foi satisfatório. Uma perícia contratada especialmente para o caso declarou que o mau resultado adveio de uma causa fortuita. Em ambos os casos não seria justo responsabilizar os profissionais; nenhum fato seria capaz de imputá-los uma conduta capaz de ter causado o fracasso do objeto do contrato. Se, ao contrário, ambas as perícias, revelassem que o resultado foi provocado por uma causa atribuível aos contratados, o justo passaria a ser responsabiliza-los. Atentemos que pode não se tratar de uma conduta negligente ou imprudente; ambos os profissionais podem ter se utilizado dos melhores meios disponíveis e seguido as diretrizes requeridas para a situação, o que ocorreu que por uma falta de planejamento, de experiência ou técnica, não lograram o bom resultado esperável. A imprudência é uma das facetas da culpa profissional e não pode ser esquecida. Ter se equivocado em um caso não faz de um operário ou médico um profissional pior ou imperito; só faz com que ele tenha sido imperito diante daquele fato específico e por isso deverá responder civilmente.

sistematização da responsabilidade civil do cirurgião plástico estético. Deste modo, será possível uma análise mais científica e conseqüentemente mais justa, focando na vontade das partes e no consentimento informado.

Além disso, nessa teoria do risco compartilhado, o fator álea tem grande destaque. Quando as partes dividirem os riscos, a álea será um elemento fundamental para averiguação da responsabilidade do facultativo, servindo como excludente do nexu causal.

## 10. Conclusão

Iniciamos a dissertação apresentando a evolução da Medicina, bem como do desenvolvimento do Direito na referida seara. Como tivemos a oportunidade de ver, a prática médica pouco se desenvolveu dos seus primórdios até o século XVIII. Todavia, a partir do século XIX houve um progresso formidável.

Nessa linha, o Direito da Medicina não poderia deixar de se desenvolver. Além de acompanhar a evolução da Medicina, buscou se adequar ao “novo” ser humano: agora sujeito de direitos e deveres. Tal visão proporcionou que o paciente fosse identificado com um ser humano com liberdade e independência suficiente para optar entre um procedimento médico ou outro.

Ao atingir um status equânime em relação ao médico, o paciente, liberado das algemas do paternalismo ultrapassado, legitimou a sua vontade. Agora, sob a égide do contrato, o doente/paciente/cliente tem mais proteção. Ele deve dar o seu consentimento esclarecido antes de qualquer intervenção.

Mas é após as considerações sobre a responsabilidade do cirurgião plástico, que fica evidente o ponto crucial da matéria: a obrigação do facultativo. Isso porque, quando estudamos as obrigações de meio e de resultado podemos notar importantes dificuldades.

Como já mencionado, a maioria da doutrina considera a obrigação do cirurgião plástico como de resultado. Esse fato, entretanto, não é suficiente para tornar insignificante o pensamento doutrinário minoritário. Os juristas que defendem a corrente minoritária fazem importantes considerações como tivemos oportunidade de mencionar.

Em tal perspectiva é possível depreender que, no caso de uma cirurgia plástica, as partes se sujeitariam a mais do que uma obrigação de meios e menos do que uma de resultado.

Enquadrar o procedimento em uma obrigação de meio seria distorcer a vontade do paciente, que não deseja somente uma postura diligente do profissional: ele quer uma melhora estética efetiva. Ao se emoldurar a intervenção em uma obrigação de resultado, se estaria exigindo do cirurgião algo além do possível. Ninguém é capaz de prever as consequências de uma

cirurgia. A álea do corpo humano é significativa e não permite previsões confiáveis.

A opção por uma corrente ou outra poderá ser decisiva no caso concreto. No direito português, se optarmos por uma obrigação de meios, esforços maiores seriam exigidos para se responsabilizar os médicos, uma vez que boa parte da doutrina e jurisprudência entende que a presunção de culpa do art. 799.º não seria aplicada. Também não se sopesaria o resultado da cirurgia, ele seria, juridicamente, inexpressivo. O médico não seria responsabilizado pelo resultado ruim, pois ele somente se obrigou a proceder com diligência e cuidado, como já relatado em capítulo específico.

De outro lado, caso se entenda por uma obrigação de resultado, a situação se modifica completamente. Tal fato se explica pela obrigação do facultativo a um resultado determinado. Mesmo que ele tenha utilizado a melhor técnica e uma postura irrepreensível ele será responsabilizado se não atingir o resultado pretendido pelo paciente. E a responsabilidade somente será excluída nos casos de força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro.

Apesar da falta de previsão legal, além da divisão não se ajustar ao ordenamento civil, as obrigações de meios e as de resultado são de fácil assimilação e entendimento. É translúcida a diferença entre contratar algo certo e determinável e uma prestação que exigiria uma simples atuação diligente. O primeiro caso seria de serviços de entrega. O cliente contrata o transporte de um volume para determinado local. O transportador tem uma obrigação de levar tal volume incólume ao endereço indicado no prazo contratado. A obrigação seria de resultado. Imagine, todavia, se o transportador deva transitar por zona de guerra. A obrigação seria ainda de resultado?

Em tais situações verificamos a fragilidade da divisão demogiana. No caso citado, o cliente poderia exigir que o volume chegasse intacto no endereço? A princípio o risco seria tão alto, que o transportador não poderia garantir o cumprimento estrito do contrato. Tão somente poderia se comprometer a transitar da maneira mais diligente possível, evitando zonas de perigo claro e tomando as precauções exigíveis de um transportador ordinário na situação concreta.

É inesquivável a necessidade de verificar cada caso concreto. Principalmente em se tratando da matéria de responsabilidade médica. A divisão de Demogue sofre críticas contundentes a cada oportunidade, mas ainda terá uma sobrevida no Direito. Doutrina e jurisprudência se referem a distinção de maneira clara, além das propostas de unificação do direito civil na Europa tratarem explicitamente das obrigações de meios e resultados.

Após fria análise, é possível concluir que a divisão é insuficiente quando aplicadas ao Direito da Medicina e ao cirurgião plástico, especificamente.

Seria necessária outra alternativa. Dispusemos sobre algumas e chegamos a conclusão que a melhor delas seria a criação de uma responsabilidade especial para regular a relação médica, embora tenhamos frisado as principais dificuldades em se chegar em tal objetivo.

Certo é que há alternativas de mais fácil implementação e em maior conformidade com a legislação civil. Em se tratando de uma cirurgia plástica por que não dizer que a relação é contratual e inverter-se o ônus probatório conforme o instituto da carga dinâmica da prova? Se o erro do profissional foi claro, pode-se ainda aplicar o instituto do resultado desproporcionado. Para um erro menos evidente temos ainda o instituto da probabilidade estatística e da perda de uma chance.

É possível para o magistrado não abordar a divisão de Demogue. Se a criação de uma responsabilidade especial tem ainda caráter utópico, atualmente já podemos fazer uso de instrumentos potencialmente eficazes para diminuir os efeitos colaterais das obrigações de meios e resultado.

## 11. Referências bibliográficas

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário Jurídico*, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitárias, 1995

ACHÁVAL Alfredo. *Responsabilidad civil del medico*. 2ª Ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 1996.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. In: Revista Jurídica. Porto Alegre: Síntese, ano XLV, nº 231, janeiro de 1997.

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. *Responsabilidade Médica*. Rio de Janeiro: José Konfino Editores, 1971.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os contratos civis de prestação de serviço médico*. In: Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: AAFDUL, 1996, p. 75-120.

ARANTES, Artur Cristiano. *Responsabilidade civil do cirurgião-dentista*. Leme: Mizuno, 2006.

ATAZ LOPEZ, Joaquin. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1985.

ATELA BILBAO, Afonso/GARAY ISASI, Josu. *Ley 41/2002 de derechos del paciente. Avances, deficiencias y problemática*. In: Autonomía del paciente, información e historia clínica – estudios sobre la ley 41/2002, coordinadores: González Salinas, Pedro/Lizarraga Bonelli. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Vilhaça. *Curso de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BATISTA FREIJEDO, Francisco J. *El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales*. In: Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012.

BELLO JANEIRO, Domingo. *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. Madrid: Editorial Reus, 2009.

BLAS ORBÁN, Carmen. *El equilibrio en la relación médico paciente*. Barcelona: Bosch Editor, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil Médica, Odontológica, Hospitalar*. Vários autores. São Paulo: Saraiva, 1991.

BOULANGER, Jean e RIPERT, Georges. *Tratado de Derecho Civil: Según el tratado de Planiol, Tomo V, Obligaciones (2ª parte)*. Buenos Aires, Argentina: La Ley, 1965.

CASCÃO, Rui. *Os sistemas escandinavos de seguro do paciente*. In: *Responsabilidade civil dos médicos*. Vol. 11. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 500-509.

CAVALIERI, Sergio Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

Cyber Museum of Neurosurgery. <http://www.neurosurgery.org/cybermuseum/pre20th/epapyrus.html>. Acessado em 21 de março de 2013.

CHAVES, Antônio. *Caso fortuito ou de Força Maior*. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ano LXI, fasc. II, 1966.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

COSTA ANDRADE. *Consentimento e Acordo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COSTA ANDRADE, MANUEL DA. *Direito Penal Médico – Sida: Testes Arbitrários Confidencialidade E Segredo*. São Paulo: Editora Dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

COSTA, JAIME CELESTINO DA. *Um Certo Conceito Da Medicina*. Lisboa: Gradiva, 2001.

Cour De Cassation. *Chambre Civile 29 Mai 1951: Semaine Juridique*. Paris, nº 6421, I de 1951.

COUTINHO, Léo Meyer. *Responsabilidade Ética – penal e civil do médico*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997.

DATAFOLHA, Instituto de Pesquisa. *Cirurgia Plástica no Brasil*. Disponível em <<http://www2.cirurgioplastica.org.br/images/Docs/pesquisa2009.pdf>>. Acesso em: 24/08/2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Textos de Direito Penal – Doutrina Geral do Crime, Lições ao 3.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, 2001.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

*Discorsi e Radiomessaggi di Sua Santità Pio XII, XX, Ventesimo anno di Pontificato*, 2 marzo - 9 ottobre 1958, pp. 417-427. Tipografia Poliglotta Vaticana; A.A.S., vol. L (1958), n. 19, pp. 952-961.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Valladolid: Lex Nova, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil*. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Estudo Sobre os Conceitos de "Serviço De Urgência" e "Serviço De Atendimento Permanente" em Estabelecimentos Prestadores De Cuidados de Saúde*. Dezembro de 2009. Disponível em: [https://www.ers.pt/uploads/writer\\_file/document/68/Estudo\\_sobre\\_urgencias-SAP\\_privadas.pdf](https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/68/Estudo_sobre_urgencias-SAP_privadas.pdf)

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final*. Maio de 2009, disponível em: [https://www.ers.pt/uploads/writer\\_file/document/73/Estudo-CI.pdf](https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf)

ESPINOSA RUEDA JOVER, Mariano de. *Aspectos de la Responsabilidad Civil, con especial referencia al daño moral*. In: *Anales de Derecho*, n.º. 9. Murcia: Universidad de Murcia, 1986, p. 41-68.

FABIAN, Christoph. *O dever de Informar no Direito Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Madrid: La Lex, 1987.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de Responsabilidad Médica*. 4ª Ed. Granada: Editorial Comares, 2002.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 10ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica*. In: La responsabilidad civil profesional. Cuadernos de Derecho Judicial VII. Director: Álvarez Sánchez, José Ignacio. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial*. In: La responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos – Daños a la salud y seguridad de las personas. Director: ORTI VALLEJO, Antonio. Coordinadora: GARCÍA GARNICA, María del Carmen. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

GHERSI, Carlos A. *Responsabilidad por prestación médico-asistencial*. 2 ed. Buenos Aires: Editora Hammurabi S.R.L, 1992.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e resultado: avaliação, uso e adequação*. 1ª Ed., 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2002.

\_\_\_\_\_. *A responsabilidade civil dos profissionais médicos na área da cirurgia plástica*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Erro médico: à luz da jurisprudência comentada*. 2ª Ed., 6ª reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES, Rui Kleber Costa. *Responsabilidade Civil do Médico no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Pillares, 2004.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Princípio da boa-fé: Perspectivas e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

HUBINOIS, Philippe. *Législations et indemnisations de la complication médicale en France et en Europe*. Bruxelles: Bruylant, 2006.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *La responsabilidad civil médica – la relación médico-paciente*. 2ª Ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011.

\_\_\_\_\_. *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

JOSÉ Maria de Souza Melo[Editor]. *A medicina e a sua história*. Rio de Janeiro: Ed. De Publicações Científicas, 1989.

KFOURI NETO, M.. *Responsabilidade civil do médico*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KÜHN, Maria Leonor de Souza. *Responsabilidade civil: a natureza jurídica da relação médico-paciente*. São Paulo: Manole, 2002.

LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1982, p. 409-410.

LIZARRAGA BONELLI, Emilio. *La información y la obtención del consentimiento en la nueva ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. In: *Autonomía del paciente, información e historia clínica – estudios sobre la ley 41/2002*, coordinadores: González Salinas, Pedro/Lizarraga Bonelli. Madrid: Civitas Ediciones, 2004. P. 225-247.

LOPES, Joaquim Ataz. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Editorial Montecorro, 1985.

LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo. *Negligencias en cirugía y anestesia estéticas*. Madrid: DYKINSON, 2008.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Transplantações: um olhar constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

MANDIÁN, Antonio Fraga/MEILÁN, Manuel María Lamas. *El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)*. Revista Xurídica Galega, 1999.

MARÍN VELARDE, Asunción. *Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad médica curativa y/o asistencial*. In: *Responsabilidad Médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado*. Directores: LLEDÓ YAGÜE, Francisco/MORILLAS CUEVA, Lorenzo; Coordinador: MONJE BALMASEDA, Óscar. Madrid: Editorial Dykinson, 2012. P. 53-66.

MATIELO, Frabricio Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MELO, Carolina/ALLEGRETTI, Fernanda. *Cirurgia plástica: qual o limite?* Revista Veja. São Paulo: Editora Abril, Ed. 2315 – ano 46 – nº 14, 3 de abril de 2013, p. 90-91.

MÉMESTEAU, Gérard. *Cours de Droit Médical*. Bordeaux : Les études Hospitalières, 2003.

MING, Laura. *As 10 regras da Lipo Segura*. Revista Veja. São Paulo: Editora Abril, Ed. 2176 – ano 43 – nº 31, 4 de agosto de 2010.

MONTEIRO, Sinde. *Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de novembro de 1996*. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 132.º, 1999-2000, p. 93.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires, 1979.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito das obrigações*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v.4.

MUNAR BERNAT, Pedro A. *El daño y su indemnización en supuestos de infracción del deber de informar*. In: Responsabilidad Médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado. Directores: LLEDÓ YAGÜE, Francisco/MORILLAS CUEVA, Lorenzo; Coordinador: MONJE BALMASEDA, Óscar. Madrid: Editorial Dykinson, 2012.

NETO, Jerônimo Romanello. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde*. In: Responsabilidade Civil dos Médicos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 127-256.

PALOMARES BAYO, Magdalena/LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier/NAVARRETE SÁNCHEZ, Inés/VALENZUELA CANO, Ignacio/NAVARRETE SÁNCHEZ, Eloísa. *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*. Editorial Comares, 2002.

PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel. *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica – El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*. Granada: Editorial Comares, 2009.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 8.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação Médico-Paciente: O respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

PRINCIGALLI, Annamaria. *La responsabilità del Medico*. Bari : Editore Jovene Napoli, 1983.

PRUX, Oscar Ivan. *A responsabilidade civil do Profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. 1ª ed, 2ª tiragem. Belo Horizonte: Del Rey 2007.

RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina Satisfactiva*. In: La responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos – Daños a la salud y seguridad de las personas. Director: ORTI VALLEJO, Antonio. Coordinadora: GARCÍA GARNICA, María del Carmen. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

ROMERO COLOMA, Aurelia María. *La medicina ante los derechos del paciente*. Madrid: Editorial Montecorvo, 2002.

SÁNCHEZ-CARO, Javier/ABELLÁN, Fernando. *Derechos y deberes de los pacientes – Ley 41/2002 de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*. Granada: Editorial Comares, 2003.

SANTOLINO PRIETO, Miguél Angel. *Métodos econométricos para la valoración cualitativa y cuantitativa del daño corporal en el seguro de automóvil*. Tesis doctoral. Universidad de Barcelona, 2007.

SOUSA, A. Tavares. *Curso de História da Medicina – Das origens aos fins do século XVI*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

SOUZA, Néri Tadeu Camara. *Responsabilidade civil e penal do médico*. 1ª Ed. Campinas/SP: LNZ, 2003.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ª. ed. revisada, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUBIANA, Maurice. *História da Medicina e do pensamento médico*. Lisboa: Editorial Teorema, 2000.

VÁZQUEZ BARROS, Sergio. *Responsabilidad civil de los médicos – doctrina, legislación básica, jurisprudencia, formularios y bibliografía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil v. 4: responsabilidade civil*. 6ª Ed, São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, Luzia Chaves. *Responsabilidade civil médica e seguro: Doutrina e Jurisprudência*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1994.

VIGARELLO, Georges. *História das práticas de Saúde. A saúde e a doença desde a Idade Média*. Lisboa: Editorial Notícias, 2001.

WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*. 13 Ed. São Paulo: RT, 1998.

ZANNONI, Eduardo A. *El daño em la responsabilidade civil*. 2.<sup>a</sup> Ed. Actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.

## Sumário

1. Introdução .....	14
2. Direito da Medicina.....	12
2.1 Notas preliminares:.....	12
2.2 Breve Histórico: .....	14
2.2.1 A Primeira etapa:.....	14
2.2.2 Grécia.....	17
2.2.3 Medicina Medieval.....	19
2.2.4 Modernidade .....	21
2.2.5 Século XIX - até os dias de hoje .....	22
2.3 Conclusão.....	25
3. O Ser Humano .....	27
3.1 Origem do termo pessoa, história da personalidade .....	27
3.2 A Evolução: Um breve caminhar pela história: .....	30
4. Tutela Geral dos Direitos de Personalidade .....	34
5. A Disposição do corpo .....	38
5.1 O ser humano e seu corpo .....	38
5.2 Danos corporais.....	43
5.3 Possibilidade de indenizar: .....	46
6. O Contrato Médico .....	50
6.1 Ato Médico:.....	50
6.2 Natureza: .....	51
6.3 Princípios norteadores:.....	56
6.3.1 Autonomia da vontade .....	56
6.3.2 Consentimento informado .....	57
6.3.3 Boa-fé.....	88
6.4 Deveres: .....	89
7. Diferenciação entre Cirurgias Reparatórias e Estéticas .....	93
8. Responsabilidade do médico .....	100
8.1 Breve Introdução .....	100
8.2 Natureza da obrigação do médico: meio ou resultado:.....	102

8.2.1 Origem da classificação .....	102
8.2.2 Conceito .....	104
8.2.3 Critérios de distinção .....	106
8.2.4 Críticas .....	109
8.2.5 Consequências .....	112
8.3. Particularidades da Cirurgia Estética: .....	115
8.3.1 Obrigação de Meio ou Resultado? .....	115
9. Alternativas .....	125
9.1 – Uma nova responsabilidade: .....	125
9.2 – A utilização de outros institutos: .....	128
9.2.1 – Resultado desproporcionado .....	128
9.2.2 – Anscheinsbeweis .....	130
9.2.3 – Faute Virtuelle .....	131
9.2.4 – Carga dinâmica da prova .....	132
9.2.5 – Probabilidade estatística, a criação culposa do risco .....	133
9.2.6 – A Perda de uma Chance .....	134
9.2.7 – Seguro profissional .....	136
9.3 – Obrigações de meios e resultado: um novo horizonte: .....	137
9.3.1 – Uma obrigação intermediária .....	137
9.3.2 – Teoria da Atuação Fracionada .....	139
9.3.3 – Adequação ao regime contratual .....	140
9.3.4 – O Consentimento informado como elemento primordial .....	141
9.3.5 – Teoria dos Riscos Compartidos .....	142
10. Conclusão .....	147
11. Referências bibliográficas .....	150