

RESPONSABILIDADE CIVIL NA CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA: ELEMENTOS BASILARES EM UM ENFOQUE PORTUGAL-BRASIL

Rafael Teixeira Ramos¹

Resumo: Este texto trata sucintamente da tradicional distinção entre a cirurgia plástica reconstrutiva e estética. Explana resumidamente a qualificação jurídica da relação entre paciente e cirurgião, clínica, hospital, operadora de plano de saúde privado na cirurgia plástica estética. Aborda a responsabilidade civil do cirurgião plástico na cirurgia com finalidade estética, envolvendo a clássica dissidência entre obrigação de meio e de resultado como instrumento de aferição da existência ou não da presunção de culpa médica. Exprime ainda a responsabilidade civil do estabelecimento médico (clínica, hospital e plano privado de saúde) na cirurgia estética.

Palavras-chave: Cirurgia Plástica Reconstrutiva; Cirurgia Plástica Estética; Relação; Responsabilidade Civil.

Abstract: This text briefly deals with the traditional distinction between reconstructive and aesthetic plastic surgery. Briefly explain the legal qualification of the relationship between patient and surgeon, clinic, hospital, private health plan operator in aesthetic plastic surgery. It addresses the plastic surgeon's civil liability in surgery for aesthetic purposes, involving the classic dissent between obligation of means and result as a tool for assessing the existence or not of the presumption of medical guilt. It also expresses the civil liability of the medical establishment (clinic, hospital and private health plan) in cosmetic surgery.

Keywords: Reconstructive Plastic Surgery; Aesthetic Plastic Surgery; Relation; Civil Liability.

Introdução

A cirurgia plástica estética é praticada, quase por inteira, em clínicas ou hospitais privados. Os procedimentos cirúrgicos estéticos nas entidades públicas de saúde são intensificadamente raras, geralmente agregadas às cirurgias reconstrutivas (reparadoras) ou em demonstrações acadêmicas em hospitais escolas de Universidades.

O texto desmistifica a proposta distintiva rígida entre cirurgia plástica reconstrutiva (reparadora) e cirurgia plástica estética. Em seguida, apresenta-se a qualificação jurídica entendida como mais acertada entre paciente contratante e médico-cirurgião plástico, clínicas, hospitais, entidades de planos de saúde privados.

Aborda-se temas correlativos à natureza da contratação do serviço de cirurgia plástica estética, a respectiva responsabilidade civil do cirurgião plástico e a atávica discussão se essa atividade profissional específica constitui obrigação de meio ou de resultado.

Por último, permite-se uma breve exposição sobre a relevante responsabilidade civil das clínicas, hospitais e planos de saúde privados na prestação de serviço de cirurgia plástica estética. Em tempo, a breve pesquisa tem o intento de rememorar posicionamentos, sem se furtar de emitir opiniões e sugestões.

¹ Professor de Direito da Faculdade Luciano Feijão (FLF) de Sobral/Ceará/Brasil; Doutorando e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Consultor jurídico e advogado.

1. A clássica distinção entre cirurgia plástica reconstrutiva (reparadora) e cirurgia plástica estética

A classificação da cirurgia plástica em reconstrutiva (reparadora) e estética serve para especificar de maneira bem didática, informativa o objetivo a atingir com a intervenção cirúrgica. Tanto em Portugal como no Brasil, a levar pelo certame estritamente técnico da medicina, a especialidade médica é em cirurgia plástica, abrange quaisquer dos dois tipos de finalidades: reconstrução (reparação) ou estética.

No ordenamento português, a comprovação da não segmentação especialista entre cirurgia reconstrutiva (reparadora) e estética, para efeitos da ciência médica, advém do próprio art. 97.º, n. 6, k), da Lei n.º 117/2015 (Estatuto da Ordem dos Médicos)² que dispõe ser o título da especialização em cirurgia plástica, regulamentado pelo Regimento do Colégio de Cirurgia Plástica Reconstrutiva e Estética.³

Da mesma forma no Brasil, a atribuição do título de especialista em cirurgia plástica se procede dos programas de residências médicas, regrados pelos arts. 1º e 6º da Lei n.º 6.932/1981, regulamentados nas resoluções ns. 1.621/2001, 1.634/2002, 1.666/2003, 1.763/2005 do Conselho Federal de Medicina (CFM) que delegam a operacionalização exclusiva das titulações às provas seletivas da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP) ou por via da resolução n.º 02/2006 da Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM) com avaliação em credenciamento vinculado ao Ministério da Educação e Cultura (MEC).⁴

Das normas infralegais brasileiras se elabora um conceito de cirurgia plástica mais interdisciplinar entre a ciência do Direito e da Medicina. A partir dos considerandos e dos arts. 1º, 2º da Resolução CFM nº 1.621/2001⁵ a cirurgia plástica é uma especialidade médica única, indivisível, sem subdivisões topográficas, diagnósticas, finalísticas, constitui ato médico que visa tratar doenças, deformidades anatômicas, anomalias congênicas ou adquiridas, traumas, degenerações, deficiências oncológicas, sintomas decorrentes e aperfeiçoamento anatômico, com o objetivo de beneficiar a saúde

² Artigo 97.º Títulos de qualificação profissional 1 — A Ordem atribui os seguintes títulos profissionais, que reconhecem a diferenciação técnico -profissional dos seus titulares:a) Médico;b) Médico especialista. (...) 6 — O título de médico especialista é atribuído nas seguintes áreas: a) Anatomia Patológica; b) Anestesiologia; c) Angiologia e Cirurgia Vascular; d) Cardiologia; e) Cardiologia Pediátrica; f) Cirurgia Cardíaca; g) Cirurgia Cardioráquia; h) Cirurgia Geral; i) Cirurgia Maxilo -Facial; j) Cirurgia Pediátrica; **k) Cirurgia Plástica, Reconstrutiva e Estética**; l) Cirurgia Torácica; (...). (grifos nossos).

³ Verificar todo o Regimento do Colégio de Cirurgia Plástica Reconstrutiva e Estética, especialmente os seus artigos 1.º e 5.º em sítio oficial da *Ordem dos Médicos*. Disponível em: <<https://ordemosmedicos.pt/wp-content/uploads/2019/06/Regimento-CPRE-2019.05.09.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

⁴ Analisar a Lei n.º 6.932/1981 no sítio do *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6932.htm>. Acesso em: 08 jan. 2020. Analisar as resoluções do Conselho Federal de Medicina em seu sítio oficial. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_normas>. Acessível em: 08 jan. 2020. Acesso à resolução da Comissão Nacional da Residência Médica no sítio oficial do *Mec*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/resolucao02_2006.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2020.

⁵ *CFM*. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2001/1621>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

do paciente, melhorar a sua qualidade de vida por meio do intento máximo de alcance do equilíbrio *biopsicofísicosocial* (físico, biológico, psíquico, social).

Nessa conceituação se recorre a uma articulação com termos médicos que o Direito não pode ignorar. Inapropriadas são as terminologias adjetivas de exaltações lúdicas, como se as intervenções cirúrgicas não fossem instrumentos científicos da medicina manuseados por seres humanos a exigir intocável apelo da perfeição.⁶

Em evidência, a especialidade profissional requisita profícua preparação de estudo teórico-prático, quase sem nenhuma margem de erro. Apesar disso, as intempéries do corpo humano devem ser levadas em consideração na atuação do cirurgião plástico.⁷

A doutrina jurídica brasileira costuma conceituar cirurgia plástica reparadora (reconstrutiva) como a destinada “... a corrigir defeitos congênitos ou adquiridos, tais como aqueles resultantes de acidentes de trânsito, de queimaduras, acidentes de trabalho e outros tipos possíveis de mutilação”.⁸

Por seu turno, um jurista português sintetiza a cirurgia estética: “... actos médicos que visam, não a cura do doente, mas a melhoria do seu aspecto físico ou estético ou a transformar uma actividade biológica como é a sexual...”⁹

Desde logo, vale o adendo, em conformidade com a formulação do conceito geral, que complexas e especiais intervenções cirúrgicas reconstrutivas ou reparadoras (corretivas) não se enquadram na especialidade da cirurgia plástica.¹⁰ Por esse motivo, há a existência das outras modalidades médicas: cirurgia geral, cirurgia cardíaca, cirurgia torácica, cirurgia pediátrica (art. 97.º, n. 6, f), h), j), l), da Lei n.º 117/2015).¹¹ Essa concepção é mais uma prova de aproximação entre os feixes do embelezamento e da reconstrução, que na verdade estão no mesmo plano, o da cirurgia plástica.

⁶ Refere-se ao conceito formulado por MAGRINI, Rosana Jane. Cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião?. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 809, p. 137-163, março, 2003.

⁷ Corrobora-se em MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego. *A responsabilidade penal do cirurgião plástico e a conduta do paciente*. Lisboa/Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 24-25.

⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Brasil. Cirurgia plástica. Uso das obrigações de meio e de resultado: uma necessária revisão. In: LAMACHIA, Claudio; GONÇALVES, Sandra Krieger (organizadores). *Direito médico e da saúde: o direito, a saúde e a justiça – cenários e desafios*. Brasília: OAB-Conselho Federal, 2018, p. 153. No mesmo rumo CAVALIERE FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 416.

⁹ SOUSA, Luís Filipe. O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (competência, instrução do processo, prova pericial). *Revista do cej*. Almedina, n. 16, p. 37-80, 2.º semestre, 2011.

¹⁰ Cirurgiões de referência mundial retratam as espécies reparadoras na cirurgia plástica em: RAMOS, Erfon. Zigomático maior; Reto do abdome. In: HOCHBERG. J. *Retalhos*. Rio de Janeiro: Medsi, 1990, p. 411-610., BARBOSA, Vitoriano et al. Retalho fasciocutâneo. In: HOCHBERG. J. *Retalhos*. Rio de Janeiro: Medsi, 1990, p. 167-180., HOCHBERG, Júlio. *Manual de retalhos miocutâneos*. Porto Alegre: Amrgs, 1984.

¹¹ Correspondência no Brasil através dos arts. 1º e 6º da Lei n.º 6.932/1981, resoluções ns. 1.621/2001, 1.634/2002, 1.666/2003, 1.763/2005 do Conselho Federal de Medicina (CFM), art. 1º, I, II, da resolução n.º 02/2006 da Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM) com avaliação no credenciamento vinculado ao Ministério da Educação e Cultura (MEC).

Nessa medida, a depender do tipo de acidente do trabalho ou possibilidade de mutilação, assim como ocorre com os pacientes diabéticos, não necessariamente serão submetidos ao especialista da cirurgia plástica. Nesses processos cirúrgicos de tentativa de cura ou amenização de lesão grave é muito comum o tratamento pelo cirurgião geral.

Cirurgias que versam sobre mudança biológica, como é a transsexual, mudança de sexo, não podem se inserir no espectro da cirurgia estética pura¹², pois ainda que os métodos cada vez mais avançados da tecnologia permitam uma redução de insucesso no resultado cirúrgico, está-se diante de várias incertezas do corpo humano, além deste complexo ato cirúrgico ser uma medicina extremamente multidisciplinar, que envolve endocrinologia, urologia, ginecologia, cirurgia plástica, psiquiatria, etc.¹³ Talvez por toda essa complexidade, prepondere entre os juristas brasileiros, o não enquadramento deste tipo de cirurgia dentre os exemplos de procedimento cirúrgico estético.¹⁴

Por demais, toda cirurgia meramente estética tem a sua função minimamente reparadora, uma vez que o paciente busca um ajuste de beleza a melhorar a sua saúde no sentido mais amplo, não somente de aprimoramento físico, mas também de cunho psíquico,¹⁵ objeto até de especialidade médica: psiquiatria.

A higidez mental completa do indivíduo estar embutida nos degraus dos direitos humanos fundamentais, que considera o direito à saúde plena, física e psíquica, integrantes da dignidade da pessoa humana. Nesse argumento, a cirurgia cosmética é intrinsecamente relacionada à correção, lapidação anímica, psicossocial da saúde mental do ser humano.¹⁶

¹² Cirurgiões mundialmente conceituados reportam modalidades de cirurgia estética em: AVELAR, Juarez M. *Breast surgery: aesthetic approaches*. São Paulo: Springer, 2018, p. 139-147, 699-706., ERFON, João; MAURÍCIO, Claudio. Plication of the abdominal wall in lipoabdominoplasty. In: AVELAR, Juarez M. *New concepts on abdominoplasty and further applications*. São Paulo: Spring, 2016, p. 303-315., ERFON, João; RODRIGUES, Claudio Mauricio M; MARKOVIC, Aleksandra. Breast Reduction: 33 years using a single central block. *Isaps Aesthetic plastic surgery: the official journal of the international society of aesthetic plastic surgery*. New York: Spring, vol. 43, no. 6, p. 1480-1488, 2019.

¹³ Embora ainda haja divergência em derredor do reconhecimento de distorções biológicas e hormonais do organismo humano nos transgenêros, transsexuais, intersexuais, etc., unanimidade é que uma cirurgia transgenital é profundamente complexa. Nos Estados Unidos da América, grande parte da medicina já se inclina para classificá-la como puramente reconstrutiva, mas não apenas a mudança biológica genital, as acessórias, como a cirurgia facial de “feminização”. Sustenta-se em: GARCIA, Nina. Starting with the man in the mirror: transsexual prisoners and transitional surgeries following *kosilek v. Spencer*. *American journal of law & medicine*. Boston: BU Law, n. 4, vol. 40, p. 442-463, 2014.

¹⁴ Com a cirurgia estética, o cliente tem em vista corrigir uma imperfeição ou melhorar a aparência. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 157., A cirurgia estética, por sua vez, tem por objetivo o embelezamento do corpo humano. SANTOS, Marcelo H. G. Rivera M. Releitura da responsabilidade civil em cirurgia estética à luz do novo CPC: obrigação de meio e não de resultado. In: LAMACHIA, Claudio; GONÇALVES, Sandra Krieger (organizadores)., op. cit., 2018, p. 190.

¹⁵ Reforço em: Já o direito da saúde compreende a saúde como um *bem* (um “hiperbem”), sendo termo-síntese de uma pluralidade de bens unidos pela corporeidade. LOUREIRO, João Carlos. Em busca de um direito da saúde em tempos de risco(s) e cuidado(s): sobre a incerteza do(s) nome(s) e da(s) coisa(s). In: LOUREIRO, João; DIAS, André; BARBOSA, Carla (coordenadores). *Direito da saúde: estudos em homenagem ao prof. Doutor Guilherme de Oliveria – objeto, redes e sujeitos*. vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016, .p. 30.

¹⁶ Na linha da definição de saúde para a Organização Mundial de Saúde (OMS) que prescreve na primeira sentença de sua constituição: “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.” *WHO*. Constitution. Disponível em:

Assinale-se, existem cirurgias de constituição densamente mista, como os atos cirúrgicos de correções da visão, em que os pacientes almejam curar as distorções visuais, mas ao mesmo tempo, é inegável o anseio pela estética de abandonar o uso dos óculos e voltar a ter uma vida sem tais acessórios oculares corretivos sobre o rosto.

Enfim, a clássica distinção da cirurgia plástica em reconstrutiva (reparadora, corretiva) e estética (de embelezamento, estrutural) serve para uma didática de melhor informar a sociedade quanto às pretensões prevaletentes a atingir em cada uma delas, não sendo de naturezas absolutamente diferenciadas. No procedimento cirúrgico reparador o paciente é encaminhado doente e infeliz na esperança da cura, ao ato cirúrgico estético o paciente chega eufórico na expectativa do resultado, mas em nenhum deles se pode garantir um inexorável sucesso.

2. Qualificação jurídica da relação entre paciente e cirurgião e instituições privadas de saúde na cirurgia plástica estética

A qualificação jurídica de uma relação é a sua identificação a um ramo do Direito para saber quais normas da ordem jurídica são adequadas ao seu regimento, tratamento. Na relação entre o paciente e o serviço de cirurgia plástica (cirurgião plástico, clínica, hospital, plano de saúde) não há posicionamento doutrinário firme relativo a qual matéria jurídica pertenceria tal prestação de serviço, se ao Direito Civil comum, se ao Direito do Consumidor ou se aos dois ramos. A dificuldade nesta tratativa remanesce até hoje em Portugal, bem como no Brasil.

2.1. Paciente contratante e o cirurgião plástico, clínica e hospital privados

Instaurada a divergência pertinente à natureza da relação entre paciente contratante e médico-cirurgião plástico, clínica, hospital privados, resta o esforço de se posicionar sobre qual seara do Direito seria a mais aperfeiçoada na regulação deste vínculo.

Vale salientar, entretanto, que a doutrina portuguesa e brasileira parecem não se aprofundar muito especificamente sobre essa discussão, embora se manifestem de uma maneira geral, na relação

<<https://www.who.int/about/who-we-are/constitution>>. Acesso em: 16 jan. 2020. Suporte indireto do direito à saúde como direito social fundamental em: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 484. Abono sintético em: CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *CRP Constituição da república portuguesa anotada*. 4. ed. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 825.

paciente-médico.¹⁷ No Brasil predomina que a prestação de serviço de cirurgia plástica estética é um enlace jurídico de consumo.¹⁸

A jurisprudência brasileira se destina ao mesmo rumo da doutrina dominante no quesito da identidade detectada na relação entre o paciente e médico-cirurgião plástico, clínica, hospital privados, qual seja, uma vinculação jurídica consumerista sujeita à incidência do Código de Defesa do Consumidor-CDC (Lei nº 8.078/90).¹⁹

A despeito das abalizadas posições prevalentes acima abordadas, a relação do paciente contrante com o cirurgião plástico, clínica, hospital privados não pode ser considerada uma relação consumerista. A saúde do ser humano, em nenhuma hipótese, é quantificável ou qualificável como exposição de bens e serviços para o consumo em uma sociedade de massas.

Mesmo no caso das cirurgias estéticas, cirurgiões, clínicas e hospitais não vendem beleza a uma pessoa. Os pacientes contratam cirurgiões plásticos com a perspectiva de aformosear algo que entendem disforme ou no mínimo indesejável no seu corpo, o que irrefutavelmente se reflete em uma cura mental sob a dimensão pessoal, individual, mas igualmente inserida no campo social, perante toda coletividade.

A cirurgia plástica com toda a sua gama evolutiva possibilita aos indivíduos um certo encaixe no padrão de beleza que é venerado por uma sociedade em uma certa época, abrindo espaço para uma adicional cura psicossocial. Nesse panorama, diante de todos esses evidenciados elementos, assim como é na educação, “saúde jamais pode ser mercadoria”, e, se tratada como tal, deve sofrer represálias jurídicas, mas com um quadro próprio de normas, não com as leis do consumo que são inapropriadas para a matéria.²⁰

Talvez por conta de toda as noções sobreditas, é que doutrinador consumerista lusitano reputado, apesar de lateralmente descrever que os profissionais liberais são suscetíveis de regência

¹⁷ Defesa de ser uma relação regida por contrato de consumo e normas de proteção do consumidor em PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 673. (grifos nossos). No mesmo sentido, 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. 71. No Brasil, pesquisar em GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 344-349. CAVALIERE FILHO, Sérgio., op. cit., 2012, p. 401-419.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil – tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 97., VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 13. ed. vol. 4. São Paulo: Atlas, 2013, p. 144-165.

¹⁹ Atesta-se nas seguintes arestas jurisprudenciais: **STJ – REsp: 731078 SP 2005/0036043-2, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de julgamento: 13/12/2005, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/02/2006 p. 799 RSTJ vol. 206 p. 309**). *STJ*. Revista eletrônica da jurisprudência. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500360432&dt_publicacao=13/02/2006>. Acesso em: 16 jan. 2020. (grifos nossos); **TJ-MG – AC: 10480100073042001 MG, Relator: Amauri Pinto Ferreira, Data de Julgamento: 17/09/0019, Data de Publicação: 23/09/2019**). *Jusbrasil*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CIRURGIA+PL%C3%81STICA+EST%C3%89TICA>>. Acesso em: 19 jan. 2020. (grifos nossos).

²⁰ No Reino Unido parte da doutrina prega uma postura regulamentar especial nos meandros da cirurgia estética – investigar em LATHAM, Melanie. ‘If ain’t broke, don’t fix it’: scandals, ‘risk’, and cosmetic surgery regulation in the UK and France. *Medical law review*. Oxford: Oxford University Press., vol. 22, n. 3, p. 384-408, 2014.

pelas leis do consumo, admita que as prestações do Serviço Nacional de Saúde (SNS) não são matérias de direito do consumo por configurarem missão do Estado.²¹

Deve-se subentender deste contexto que os serviços médicos públicos não podem ser indentificados como consumo e os serviços de cirurgias plásticas também não, pois são constitutivas do mesmo universo.²² Este raciocínio não isenta os médicos, bem como os estabelecimentos de saúde públicos e privados de uma responsabilidade civil, é o que explanar-se-á mais à frente no âmbito da cirurgia estética.

Por outro lado, interpretar que as cirurgias plásticas estéticas, delicadas lapidações da saúde, enfrentando barreiras biológicas, fisiológicas e anatómicas imprevisíveis do corpo humano, sejam precificadas, indentificadas a serviço posto no mercado, significa reificar o próprio ser humano, afrontar a diretriz principiológica estruturante de todo Estado de Direito Democrático, a dignidade da pessoa humana.²³ Nessa esteira, “pacientes não são consumidores”²⁴ e cirurgiões plásticos em quaisquer cirurgias não são prestadores de serviços consumeristas.²⁵

Em decisão de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 532) que suspendeu a resolução normativa n. 433/2018 da Agência Nacional de Saúde do Brasil (ANS), prolatou a Ministra Cármen Lúcia, enquanto presidente do Supremo Tribunal Federal (STF – órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro): “saúde não é mercadoria, vida não é negócio, dignidade não é lucro”.²⁶

Referencie-se o capítulo I – princípios fundamentais da resolução CFM nº 2.217/2018, modificada pelas resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 (Código de Ética Médica) do Brasil: “I - A medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza. II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. (...) IX - A medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio. X - O trabalho do médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política

²¹ CARVALHO, Jorge Morais. *Manual de direito do consumo*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 38.

²² Regime diverso deve ser imputado a certos serviços de Estado, a respeito analisar sobre o consumo de energia eléctrica em MOREIRA, Teresa. Regulação e proteção dos consumidores – algumas notas. In: CARVALHO, Jorge Morais. *I Congresso de direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 259-268.

²³ Aporte doutrinal em KANT, Immanuel (traducción de ZOZAYA, Antonio). *Fundamentos de una metafísica de las costumbres*. 3. ed. vol. 3. Madrid: Biblioteca Economica y Filosofica, 1904, p. 84-85.

²⁴ Frase norteamericana utilizada na elucidada coluna que defende ser incompatível saúde com bens ou prestação de serviços de consumo em KRUGMAN, Paul. Patients are not consumers. *The new york times*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2011/04/22/opinion/22krugman.html>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

²⁵ Analisar interessante texto de MEIRA, Alexandre. Entre o sonho, as falsas promessas e a pura realidade: saúde não se vende, não se compra. *SBCPblog*. Disponível em: <<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/blog/2019/12/04/entre-o-sonho-as-falsas-promessas-e-a-pura-realidade-saude-nao-se-vende-nao-se-compra/>>. Acessível em: 15 jan. 2020.

²⁶ STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=384048>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

ou religiosa. (...) XX - **A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo**". (grifos nossos).

Essas normatizações infralegais do Conselho Federal de Medicina pertencem à sistemática *soft law* brasileira, carecem de significantes respaldos legais especiais que modelem um *enforcement* legislativo, sem muita consideração do Poder Judiciário nas decisões judiciais.

Nesse diapasão, acrescenta-se mais um motivo: na contratação de um serviço de cirurgia plástica de embelezamento quase inexistente a figura da parte vulnerável monetariamente (economicamente), na medida em que a própria natureza do contrato é extremamente onerosa para o padrão financeiro de qualquer sociedade, poucas pessoas detêm acesso à contratação de uma cirurgia estética, embora inúmeras pessoas aspirem. Portanto, não se pode presumir que em toda relação paciente-cirurgião plástico haja, na maioria das vezes, uma parte hipossuficiente ou um contraente consumerista débil.²⁷

A hipossuficiência de conhecimento técnico é ajustável por normas processuais, mas não por regras materiais de presunção de desigualdade substancial entre as partes contratantes, nomeadamente sem nenhuma violação da boa-fé pelo cirurgião contratado.

O dever de informação ao paciente contratante para que gere o seu consentimento informado sobre o serviço de cirurgia plástica estética é inerente a toda relação civil por via dos deveres anexos (acessórios) e as figuras parcelares da boa-fé objetiva, que funcionam como verdadeiros controles éticos jurídicos das condutas dos contratantes (art. 227.º, n. 1, do Código Civil português-CCiv; arts. 187, 422, do Código Civil brasileiro-CC),²⁸ não por proveniência matriz das normas de Direito do Consumo (nominado juridicamente Direito do Consumidor no Brasil).²⁹

Nesses termos, urge uma ordenação jurídica especializada e mais aprofundada nos pormenores da medicina, incluindo a responsabilidade civil médica, levando em consideração os detalhes da cirurgia plástica, ou pelo menos, que surjam aditamentos de microssistemas a partir dos Códigos Cíveis de Portugal e Brasil³⁰, afastando critérios de relação de consumo e consubstanciando uma relação civilística *sui generis*, tipicamente voltada ao regulamento da saúde, medicina, biomedicina, etc.³¹

²⁷ Cabe o sustento manifestado em OLIVEIRA, Fernando Baptista de. *O conceito de consumidor: perspectivas nacional e comunitária*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 91.

²⁸ Sustento em CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 586-901., e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 63-73. O consentimento informado decorre, antes de tudo, dos próprios direitos humanos e dos preceitos da ética médica, conforme se assegura em MOULTON, Benjamin W; KING, Jaime Staples. Rethinking informed consent: the case for shared medical decision-making. *American journal of law & medicine*. Boston: BU Law, n. 4, vol. 32, p. 429-501, 2006.

²⁹ Acorde com a afirmação da especificidade humanística da atividade médica, porém, em dissonância da prudente aplicação das normas de proteção do consumidor na relação médico-paciente de PEREIRA, André Gonçalves Dias., op. cit., 2015, p. 411-415.

³⁰ Vagamente o atual Código Civil brasileiro em seus arts. 15 e 951 toca na responsabilidade civil médica de maneira bem tenra.

³¹ Sustentáculos aditivos sobre o afastamento do Direito do Consumidor da responsabilidade médica, que naturalmente envolve a cirurgia plástica estética, em NILO, Alessandro Timbó. *A relação paciente-médico para*

Pensar dessa forma não é nada absurdo, basta recordar o direito ao desporto, matéria de direito social fundamental que possui um apanágio de normas próprias. Porém, enquanto não há arcabouço jurídico mais especial e minudente no seio da medicina, sobretudo na responsabilidade civil da cirurgia plástica, entende-se pela aplicação inteira da *ratio* civilista raiz, em que as partes estão primariamente em posições equivalentes na contratação, com maior intensidade na contratação de intervenções cirúrgicas estéticas entre pacientes e cirurgiões, clínicas, hospitais privados.³²

Parcela da doutrina denomina as clínicas privadas de unidades privadas de saúde, a delinear que as suas relações com os pacientes são de natureza civil mista, atípica, geradora de uma multiplicidade contratual cível, obtendo no centro a prestação de serviço.³³

Óbvio que o raciocínio não seria idêntico na prestação do médico através do Sistema Nacional de Saúde (SNS) em Portugal ou do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, que avocariam uma relação jurídica administrativa.³⁴

2.2. Planos privados de saúde

Originariamente, os planos privados surgiram para suprimir certas deficiências dos sistemas públicos de serviços de saúde, incluindo as prestações médicas (em Portugal o Serviço Nacional de Saúde-SNS, no Brasil o Serviço Único de Saúde-SUS), ao mesmo passo proporcionou um maior acesso da sociedade a variados serviços médicos, uma maior integração no mercado de médicos recém formados e de especialidades menos tradicionais da medicina.

No entanto, em face da insuficiência ou incapacidade do Estado de gerir saúde para todos, os planos privados de saúde se tornaram cada vez mais fortes economicamente nas últimas quatro (4) décadas. A título ilustrativo, a Unimed no Brasil é uma cooperativa de médicos, mas funciona como uma verdadeira entidade empresarial, chegou a patrocinar clubes de futebol profissional como o

além da perspectiva consumerista: uma proposta para o contrato de tratamento. 2019. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019., e na entrevista jurídica de Alessandro Timbó citando Miguel Kfoury Neto, entrevistado por Rodolfo Pamplona Filho no programa Papeando com Pamplona / Direito Médico (6ª Temporada). [S. l.: s. n], 2019. 1 vídeo (48min:06seg). Publicado pelo canal CERS. Disponível: <<https://www.youtube.com/watch?v=-g5zWv75OBM>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

³² Sobre a falta de norma especial para regular a responsabilidade médica, confirma-se em PEREIRA, André Gonçalves Dias., op. cit., 2015, p. 831.

³³ COSTA, Daniela Sofia Gomes. *A culpa de organização na responsabilidade civil médica.* Coimbra: Petrony, 2018, p. 61-65.

³⁴ Investigar em MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A responsabilidade médica no contexto do alargamento da responsabilidade administrativa. In: LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla. *Direito da saúde: estudos em homenagem ao prof. Doutor Guilherme de Oliveira.* vol. 2. Coimbra: Almedina, 2016, p. 97-129., CORTEZ, Margarida. Responsabilidade civil das instituições públicas de saúde. In: GONZÁLEZ, José Maria Miquel et al. *Responsabilidade civil dos médicos.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 257-273., COSTA, Daniela Sofia Gomes., op. cit., 2018, p. 37-58., e BARBOSA, Mafalda Miranda. A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte. *Cadernos de direito privado.* Braga: CEJUR, n. 38, p. 14-27, abril/junho, 2012.

Fluminense e o Palmeiras. Há planos como o sistema Hapvida, que se constitui sob o tipo de sociedade comercial, detendo ações em bolsa do mercado financeiro.

Desse modo, resta clareado que ao intermediar serviços médicos, os planos privados de saúde não podem ser excluídos de responsabilidade pelos danos dos médicos intermediados, seja qual for o tipo constitutivo das entidades gestoras dos planos. Dentre as intermediações de prestações médicas, também há planos que oferecem cirurgias plásticas reconstrutivas e estéticas.

Todavia, as instituições privadas e gestoras dos seus próprios planos de saúde não intermedeiam bens ou serviços de consumo médico: consultas, tratamentos médicos, cirurgias estéticas não podem ser tachadas matérias consumeristas, devendo-se afastar também dessas relações entre pacientes e planos privados as normas de direito do consumo no que atine às prestações técnicas do cirurgião plástico, invocando toda a construção jurídica narrada no item anterior.

Os demais serviços acessórios da atividade do cirurgião plástico ou de qualquer médico, tais como: quitação de mensalidade de aderência aos planos, atendimentos para informações, venda de materiais acessórios ou instrumentos para os procedimentos cirúrgicos, são matérias de consumo, devendo as instituições de plano de saúde, neste foco, se submeterem à legislação consumerista.³⁵

Diversamente das clínicas e hospitais privados, cujos objetos são sanar as enfermidades dos pacientes, albergando a prática da cirurgia plástica estética pelos argumentos já esclarecidos acima,³⁶ os planos privados de saúde, a depender do momento de atuação, ora devem ser regulamentados pela legislação civil, ora devem ser guiados pelas ordenações de proteção do consumidor.

3. Responsabilidade civil do cirurgião plástico na cirurgia com finalidade estética

Na falta de um microrganismo legal especial do Direito da Medicina, que integre as nuances da cirurgia plástica estética, qualificar a natureza da relação paciente contratante com o cirurgião plástico, clínica e hospitais privados na prestação cirúrgica de embelezamento foi importante para demonstrar a impertinência da presunção de vulnerabilidade em Portugal e hipossuficiência no Brasil do paciente diante do acervo legislativo consumerista.

A acepção do entendimento exposto acima, se assimilado, dissemina impacto na responsabilidade civil do médico-cirurgião plástico especialista na prestação de serviços de cirurgia plástica estética. Neste ponto a raiz da responsabilização emerge de um cariz civilista diversificado, apreendendo a composição tradicional de seus elementos construtivos compaginados aos princípios da

³⁵ Se na descentralização dos mercados energéticos à concorrência, há uma necessidade de proteção dos consumidores, quanto mais diante das entidades privadas de planos de saúde, visualiza-se em SANTOS, Filipe Matias. Regulação e proteção dos consumidores de energia. In: CARVALHO, Jorge Morais., op. cit., 2016, p. 256-257.

³⁶ Pensamento divergente ao apresentar que clínicas e hospitais privados ou públicos são responsáveis objetivos com a guarida do Código de Defesa do Consumidor nos tratamentos médicos em BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil médica no Brasil. In: GONZÁLEZ, José Maria Miquel et al. *Responsabilidade civil dos médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 83.

ética médica de informar e ao consentimento informado do paciente. Essas especificidades devem recusar o clássico cunho civilístico do consumo.

Nesse desiderato, a doutrina geral da responsabilidade civil a subdivide em dois troncos principais, o extracontratual e o contratual.³⁷ Depois ainda realiza uma clivagem em subjetiva e objetiva. Detidamente no bojo médico do cirurgião plástico, prestador do serviço de cirurgia de embelezamento, também se faz sentir a sistematização dessas divisórias conjuntamente com os ideários de tipificações obrigacionais.

3.1. *Extracontratual (aquiliana) e contratual*

A responsabilidade civil extracontratual (extraobrigacional, delitual ou aquiliana), segundo António Menezes Cordeiro, “Ela não deriva de prévias obrigações específicas, com o seu conteúdo complexo e seu séquito de deveres: antes emerge da inobservância de deveres genéricos de respeito, estruturalmente distintos e variáveis em função das circunstâncias. O relacionamento específico entre os envolvidos surge, apenas, com o facto ilícito e dos demais pressupostos da responsabilidade civil. A responsabilidade aquiliana está ao serviço do valor ‘propriedade’ (em sentido amplo, já que não se confina aos direitos reais)”.³⁸

Por sua vez, a responsabilidade civil contratual (obrigacional), nas escritas de Mafalda Miranda Barbosa, “...torna-se atuante no quadro do incumprimento de uma obrigação em sentido técnico, independentemente da fonte de onde brotou”.³⁹

Ressalve-se que, além dos monistas⁴⁰ e dualistas⁴¹, há doutrinadores que sustentam outra subdivisão da responsabilidade civil, uma divisória tripartite⁴². Entretanto, a este trabalho não cabe a análise dessas correntes, é que mesmo no caso dos tridimensionalistas, eles abordam de maneira primacial a versão dualista tradicional, linha que importa para o prosseguimento da responsabilidade civil do cirurgião plástico estético.

Ante essas explicações primordiais, na contratação de uma cirurgia plástica estética, a relação que se estabelece entre paciente contratante e médico-cirurgião plástico é de cunho contratual, ainda

³⁷ NEVES, A. Castanheira. Pessoa, direito e responsabilidade. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 6. Fasc. 1.º, p. 9-43, janeiro-março, 1996., BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições de responsabilidade civil*. Cascais: Príncipeia, 2017, p. 13., LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações: introdução. da constituição das obrigações*. 15. ed. vol. 1. Coimbra: Almedina, 2018, p. 280.

³⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil VIII: direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 390.

³⁹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda., op. cit., 2017, p. 13.

⁴⁰ Aborda-se alguns autores dessa vertente doutrinal na nota de rodapé 2 de BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda., op. cit., 2017, p. 14.

⁴¹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda., op. cit., 2017, p. 26.

⁴² Escritores que defendem claramente uma posição tripartida: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes., op. cit., 2018, p. 282-283. GONZÁLEZ, José Alberto. *Direito da responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris, 2017, p. 36-37.

que não haja a formalização de um contrato de prestação de serviço escrito, pois é impensável que uma pessoa realize uma cirurgia estética por acaso ou atendimento ocasional, excetivo.⁴³

O atendimento médico emergencial, por uma situação acidental à saúde ou um acontecimento inesperado, possibilita um vínculo extracontratual entre paciente e o cirurgião geral que vai atendê-lo,⁴⁴ mas em se tratando de cirurgia estética é praticamente exceção esse enlace jurídico. Existem os casos mistos, em que o médico atendente da emergência reconstrutiva (reparadora) oferta um aditivo estético para uma aperfeiçoada recuperação do paciente. Não se adentra nestas minúcias, matéria reservada a outras pesquisas.

Na enseada do raciocínio de inapropriação do ordenamento jurídico consumerista à relação paciente contratante e médico-cirurgião plástico, o contrato de prestação de serviço de cirurgia plástica estética é dotado de natureza civil contratual *sui generis*, especialíssima,⁴⁵ que atrai sua imanente espécie de responsabilidade, portanto, em Portugal e no Brasil a falta de um organismo normativo *tertium genus* mais acurado permite uma aplicação da legislação civil geral mais acomodada a essa típica relação.⁴⁶

3.2. Subjetiva e objetiva

A responsabilidade subjetiva continua a ser o escopo geral na aferição de infrações cíveis que acarretem danos materiais e morais (Portugal-art. 483.º do CCiv; Brasil-art. 927 do CC).⁴⁷ Por outra via, a responsabilidade civil objetiva é tracejada em casos delimitados pela Lei, em que se insere a denominada atividade perigosa, pelo risco (Portugal-art. 493.º, n. 2, do CCiv) ou de risco (Brasil-art. 927, parágrafo único, do CC).⁴⁸

⁴³ Posição alicerçada em PEDRO, Rute Teixeira., op. cit., 2008, p. 60-61. Na ordem jurídica espanhola, sucede do mesmo modo, pesquisar em GONZÁLEZ, José María Miquel; MORILLO, Andrea Macía. La responsabilidade médica en el ordenamento español. In: GONZÁLEZ, José María Miquel; MORILLO, Andrea Macía et al. *Responsabilidade civil dos médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 27., MACHADO, Lécio Silva. Médico robô: responsabilidade civil por danos praticados por atos autónomos de sistemas informáticos dotados de inteligência artificial. *Lex medicinae revista portuguesa de direito da saúde*. Coimbra: Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra., ano 16, n.º 31-32, p. 101-114, janeiro/dezembro, 2019.

⁴⁴ Reporta-se em DIAS, João Álvaro. Responsabilidade civil médica – brevíssimas considerações. *Boletim da ordem dos advogados*. Lisboa: Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, n. 23., p. 20-23, Nov.Dez, 2002. Este e outros tipos de responsabilidade delitual médica descrita em PEREIRA, André Gonçalo Dias. op. cit., 2015, p. 746-747. Advoga-se a possibilidade de um duplo envolvimento de responsabilidade civil contratual e extracontratual sobre um mesmo caso em SOUSA, Luís Filipe. O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (competência, instrução do processo, prova pericial)., op. cit., p. 37-80, 2.º semestre, 2011.

⁴⁵ Sustentáculos em NYS, Herman. *La médecine et le droit*. Leuven: Kluwer Éditions Juridiques Belgique, 1995, p. 134.

⁴⁶ No Brasil, suporta esse entendimento a fórmula dissertada como contrato de tratamento em NILO, Alessandro Timbó., op. cit., 2019.

⁴⁷ Aporte em CORDEIRO, António Menezes. op. cit., 2014, p. 405-422., e BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda., op. cit., 2017, p. 39.

⁴⁸ PRATA, Ana. Secção V – Responsabilidade civil Subsecção I – Responsabilidade por factos ilícitos. In: PRATA, Ana (coord.). *Código civil anotado*. vol I (artigos 1.º a 1250.º). Coimbra: Almedina, 2017, p. 626. Vale

Averba Mafalda Miranda Barbosa, “Consoante os pressupostos de procedência de uma pretensão indemnizatória, a responsabilidade civil pode dizer-se subjetiva ou objetiva. A primeira exige a verificação da culpa do sujeito; a segunda prescinde da culpa e, podemos afirmá-lo adiantando explicações posteriores, da própria ilicitude”.⁴⁹

No Brasil o próprio art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) exclui a atividade do profissional liberal do regime geral concebido na codificação consumerista que veicula a cadeia produtiva a uma responsabilidade civil objetiva e solidária entre produtores e fornecedores.

Nessa estrutura normativa, resta clarividente que a ordem jurídica brasileira se pauta na responsabilidade civil subjetiva dos arts. 186, 187, 927, *caput*, 951 de seu Código Civil para a regência do contrato de prestação de serviço de cirurgia plástica estética entre paciente e cirurgião plástico.

Acredita-se a partir desse ponto de partida sistêmico que, a *mens legis* foi dilatada, não só o cirurgião plástico, mas qualquer médico é sujeito à responsabilização civil subjetiva do Código Civil brasileiro, renegando-se quaisquer modalidades de responsabilidade objetiva no universo da atividade profissional da medicina.

Em Portugal, a prevalência na adoção da responsabilidade civil subjetiva do art. 483.º, n. 1, do CCiv na contratação de cirurgia plástica estética resta também latente, mormente na falta de uma sistematização de responsabilidade civil no regime legal aplicável à defesa dos consumidores (Lei n.º 24/96) que verse sobre outro modelo.⁵⁰

A responsabilidade civil subjetiva somente é suscetível de se infirmar nos direitos dos dois países se houver a aceitação da responsabilidade pelo risco (art. 493.º, n.º 2, do CCiv português) ou enquadramento em atividade de risco (art. 927, parágrafo único, do CC brasileiro).

No entanto, reputa-se demasiadamente severa a adoção da responsabilidade civil objetiva por simplesmente caracterizar o procedimento cirúrgico de embelezamento uma atuação de risco. O cirurgião plástico não exerce uma prestação de serviço consumerista como reiteradamente defendido alhures, também não cria o risco a justificar a penetração da *teoria do risco criado* em sua atividade profissional, eis que os pacientes contratantes são quem aspiram o tratamento cirúrgico estético que lhe aprimore a beleza física, a saúde mental e social.⁵¹

As *teorias do risco criado e profissional* são as prediletas na doutrina brasileira para motivar a objetivação da responsabilidade, sucedem quando uma das partes cria ou desenvolve habitualmente

averiguar o “dilema *tort law*: responsabilização individual vs. Socialização do risco” em GONZÁLES, José Alberto., op. cit., 2017, 37-46

⁴⁹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda., op. cit., 2017, p. 39.

⁵⁰ Assegura-se em GONÇALVES, Carla. *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 21-28. Parece consentir o mesmo posicionamento: PEREIRA, André Gonçalves Dias., op. cit., 2015, p. 701-811, 896-898. Se subsume também de AMORIM, Ana. *A responsabilidade do médico enquanto perito*. Coimbra: Petrony Editora, 2019, p. 143-157.

⁵¹ Bases remissivas à MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A responsabilidade médica no contexto do alargamento da responsabilidade administrativa.*, op. cit., 2016, p. 131-132.

riscos, perigos com a sua atividade, sendo-lhe imputada a responsabilidade civil objetiva na ocorrência de danos a outra parte.⁵²

Essas fórmulas teóricas não devem ser encampadas na prática da medicina, inclusive o serviço de cirurgia plástica estética, pois além do cirurgião não ter criado risco algum exerce uma atividade de cura ou embelezamento tocante em vias imponderáveis do organismo humano, naturalmente de risco, porém estritamente humana, que deve ser partilhada entre toda a sociedade e não recair apenas sobre o médico.⁵³

Em Portugal há jurisprudência utilizando a responsabilidade civil objetiva em alguns casos médicos, inclusive em cirurgia abdominal, também se constata postura doutrinal aderente a esse entendimento em casos de riscos excepcionais, mantendo-se a predominância da responsabilização subjetiva.⁵⁴

Em nível de qualquer cirurgia, reconstrutiva ou estética, discorda-se frontalmente que se possa introduzir a responsabilidade civil objetiva sob a motivação de que são atividades de risco, pois o cirurgião plástico é qualquer pessoa formada na ciência médica específica que vai atuar na reparação ou aprimoramento da saúde de outra pessoa, lidando com as invariáveis do corpo humano, em prestação de tratamento insuscetível de equiparação a venda de bens e serviços de consumo. Nessa perspectiva, o art. 493.º, n.º 2, deve ceder abertura para a consolidação do art. 483.º, n. 1, do CCiv lusitano.⁵⁵

3.3. Obrigação de meio, obrigação de resultado, obrigação de quase resultado

Obrigação de meio e obrigação de resultado são modalidades obrigacionais que influenciam materialmente o ônus da prova dentro da apuração de responsabilidade civil em acontecimento de danos. Com a atribuição de nomenclatura modificada, Luís Menezes Leitão prescreve: “Segundo esta classificação, nas prestações de resultado, o devedor vincular-se-ia efectivamente a obter um resultado determinado, respondendo por incumprimento se esse resultado não fosse obtido. Nas prestações de meios, o devedor não estaria obrigado à obtenção do resultado, mas apenas a actuar com a diligência necessária para que esse resultado seja obtido”.⁵⁶

⁵² NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 153-161., e VENOSA, Sílvio de Salvo., op. cit., 2013, p. 11-18.

⁵³ Subsídios de entendimento em NILO, Alessandro Timbó., op. cit., 2019., p. 84-87.

⁵⁴ GONÇALVES, Carla., op. cit., 2008, p. 38-48., e MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A responsabilidade médica no contexto do alargamento da responsabilidade administrativa., op. cit., 2016, p. 131-132.

⁵⁵ Propõe-se o equilíbrio defendido em «*tópicos de um pensamento de recompreensão do sentido da responsabilidade no quadro do sentido geral do direito*» para que a responsabilidade civil não perca o seu sentido de existência, «*o responsável é a pessoa, a pessoa e a sua responsabilidade*», pressupostos de identificação na responsabilidade civil subjetiva em NEVES, A. Castanheira. Pessoa, direito e responsabilidade., op. cit., p. 9-43, janeiro-março, 1996.

⁵⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes., op.cit., 2018, p. 137.

Essa segmentação obrigacional recebeu críticas doutrinárias, afirmando-se que em qualquer obrigação, de certa forma, se visa a um fim.⁵⁷ Mafalda Miranda Barbosa demonstra que o alcance da presunção de culpa não é unanimidade doutrinária, alguns autores apregoam a sua aplicação tão-somente nas obrigações de resultado, outros entendem a sua extensão a quaisquer obrigações, de resultado ou de meio.⁵⁸

Conquanto, se refere André Dias Pereira ao Supremo Tribunal de Justiça, “..., a mais alta instância jurisdicional portuguesa aceita claramente a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado e elabora – com pertinência – sobre os critérios de distinção e a sua aplicação prática a diversas especialidades médicas”.⁵⁹

Na dimensão geral da profissão médica, filia-se à corrente lusófona que preconiza a inaplicabilidade literal do art. 799 do CCiv, não comportando a presunção de culpa para a inversão do ônus da prova sobre o médico, incumbindo ao paciente lesado a produção da prova sobre a violação ou erro no tratamento, por ser esta uma obrigação de meio.⁶⁰

Garantir um resultado estar mais relacionado a prestações de serviços de coisas, a entrega de um quadro com uma determinada pintura, a limpeza de uma casa, etc. Pensa-se que no tratamento de um ser humano não se possa traçar a mesma ideia. Comunga-se das palavras de André Dias Pereira ao exprimir: “No caso das obrigações de resultado, o devedor obriga-se a proporcionar ao credor determinado resultado ou efeito útil, como sucede quando o primeiro se obriga a entregar a certa coisa (uma quantia em dinheiro, v. g.), ou o vendedor a transferir o domínio ou posse da coisa. Estas obrigações são, regra geral, obrigações de prestação de coisa ou obrigações de *non facere*”.⁶¹

Por outra face, diverge-se da prevalente jurisprudência do STJ luso quanto a categorização excetiva da cirurgia plástica estética em obrigação de meio ou quase resultado para presumir a culpa do cirurgião e imputá-lo o ônus probatório de forma materialmente inicial, sem nenhuma movimentação probatória da parte lesada na persecução de erro do cirurgião. Conquanto, destaque-se o voto de ressalva nessa mesma decisão que já aceita a casuística de acordo com o grau aleatório do resultado, para saber se é ou não de exigir do médico um comportamento diligente ou um comportamento garantístico do resultado.⁶²

No Brasil, em que pese não haver correspondência normativa precisa do art. 799.º do CCiv português, a jurisprudência dominante vem se firmando há anos pela presunção de culpa do cirurgião plástico em operações estéticas, através de um paradigma jurídico de correlacionar a cirurgia plástica

⁵⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes., op.cit., 2018, p. 138., e PEREIRA, André Gonçalo Dias., op. cit., 2015, p.713-714.

⁵⁸ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda., op. cit., 2017, p. 421.

⁵⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias., op. cit., 2015, p. 725.

⁶⁰ Exposição na doutrina de PEREIRA, André Gonçalo Dias. op. cit., 2015, p. 705.

⁶¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. op. cit., 2015, p. 709.

⁶² Observa-se no ementário jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça em STJ, Ac., de 17 de dezembro de 2009. Processo n. 544/09. Jusnet. Disponível em: <<https://jusnet.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx?params>>. Acesso em 27 jan. 2020.

estética à obrigação de resultado, enquanto o médico da cirurgia plástica reparadora (reconstrutiva) não sofre a culpabilidade presumida por ser esta obrigação de meio.⁶³

Boa parte da doutrina tradicional brasileira aporta esse firmamento jurisprudencial vigente⁶⁴ enquanto outros doutrinadores especialistas vem sustentando que a cirurgia plástica estética é obrigação de meio.⁶⁵

Na cirurgia plástica estética é inadmissível presumir materialmente a culpa do cirurgião: conforme o já exaustivamente defendido em tópicos anteriores, não se pode em nenhuma hipótese coisificar o ser humano para qualificar a prestação de serviços cirúrgicos em prestações de consumo; o paciente contratante, embora mereça atenção especial em uma ação civil de reparação de danos físicos, estéticos, morais, na maioria das vezes não é vulnerável ou hipossuficiente, exceto diante do exercício profissional da medicina; nessa essência, seria intensamente áspero obrigar um resultado em intervenções cirúrgicas de embelezamento que lidam com oscilações anatômicas, biológicas, fisiológicas do corpo humano e até mesmo psicológicas do indivíduo, tanto quanto decorre em uma cirurgia reconstrutiva (reparadora), consoante se explanou anteriormente no título um (1) deste trabalho.

Na contratação da prestação de serviços de cirurgia plástica estética, o médico se compromete a empregar o melhor trabalho possível nos meios para conseguir o resultado, mediante a aplicação científica que entende ser a mais eficiente e atualizada da medicina, segue os melhores conhecimentos da ciência médica para cada atuação específica, bem como todos os parâmetros de conduta da ética medicinal⁶⁶, toda a *leges artis*⁶⁷, mas improcede exigir-lhe resultado.

⁶³ Superior Tribunal de Justiça do Brasil - **STJ. Informativo n. 0491**. Período: 13 a 24 de fevereiro de 2012. **REsp 985.888-SP, Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/2/2012. (informativo no Brasil é uma síntese da jurisprudência predominante realizada pelos próprios tribunais superiores em seus sítios oficiais).** *STJ*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270491%27>>. Acesso em: 27 jan. 2020., **STJ – AgIntEDclAREsp: 1132240/RO, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES, Data do julgamento: 20/03/2018, T4 – QUARTA TURMA, Data da Publicação: DJe 27/03/2018.** *STJ*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=CIRURGIA+PL%20C1STICA+EST%20C9TICA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 27 jan. 2020. (grifos nossos).

⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva., op. cit., 1999, p. 157., CAVALIERE FILHO, Sérgio., op. cit., 2012, p. 416., GONÇALVES, Carlos Roberto., op. cit., 2014, p. 345-346., VENOSA, Sílvio de Salvo., op. cit., 2013, p. 156.

⁶⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos tribunais*. São Paulo: RT., n. 718, p. 507-541, ago./1995., KFOURI NETO, Miguel apud PEREIRA, André Gonçalo Dias., op. cit., 2015, p. 726., DANTAS, Eduardo. A responsabilidade civil do cirurgião plástico. A cirurgia plástica como obrigação de meio. *Lex medicinae revista portuguesa de direito da saúde*. Coimbra: Coimbra Editora., ano 4, n.º 7, p. 69-79, janeiro/junho, 2007., GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Brasil. Cirurgia plástica. Uso das obrigações de meio e de resultado: uma necessária revisão. In: LAMACHIA, Claudio; GONÇALVES, Sandra Krieger (organizadores)., op. cit., 2018, p. 180.

⁶⁶ Acerca dos quatro princípios basilares da ética médica e sua filosofia geral, pesquisar GILLON, Raanan; LLOYD, Ann. *Principles of health care ethics*. Chinchester: John Wiley & Sons, 1994, p. 3-12.

⁶⁷ A respeito da observância da *leges artis*, comprova-se em MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego., op. cit., 2011, p. 81-82., ... síntese sobre a *lex artis ad hoc* em SOUSA, Luís Filipe. O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo, prova pericial)., op. cit., p. 37-80, 2.º semestre, 2011.

Na contratação de cirurgia plástica estética o cirurgião tem o dever legal e ético de informar corretamente o paciente, explicar os benefícios, os riscos, responder as dúvidas surgidas em todas as fases da relação paciente-cirurgião plástico para que se possa criar realmente um consentimento informado (arts. 70.º, 227.º, n. 1, do CCiv português; arts. 15, 187, 422, do CC brasileiro).⁶⁸

Realce-se, principalmente no campo da cirurgia estética, que informar e esclarecer as dúvidas dos pacientes não implica em ministrar uma verdadeira aula ou curso de medicina, tampouco assustar o contrante do procedimento operatório, pois em conformidade com os preceitos da ética médica, nenhum médico deve utilizar linguagem tecnicamente erudita ou assustadora. De um simples medicamento a uma longa cirurgia, nenhum paciente sentir-se-ia confortável sob ríspidas afirmações médicas de risco de vida.

A relação paciente-cirurgião plástico além de ser de saúde é também um liame jurídico singular de prestação de serviço. Dessa maneira, o médico tem o mister de organizar bem a sua atividade, por meio dos prontuários, dos termos de anuência da operação, e, caso trabalhem com contratos, que estes atendam as necessidades individualizadas de cada pessoa a evitar contratos de adesão, característicos das relações de consumo.

Por todos as motivações supraexpandidas, a cirurgia plástica de objetivo estético deve ser relacionada à obrigação de meio, não de resultado, e ser for caracterizada de quase resultado ou obrigação acentuada de meio, esta argumentação não pode viabilizar uma presunção de culpa para uma material inversão do ônus da prova do paciente autor para o médico réu. Nesse arremate, é válida a transcrição destacada do art. 4º da resolução CFM nº 1.621/2001 do Brasil: **“O objetivo do ato médico na Cirurgia Plástica como em toda a prática médica constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado.”**⁶⁹

⁶⁸ Lapidar conceito de consentimento informado em GILLON, Raanan; LLOYD, Ann., op. cit., 1994, p. 461. Aplicação do consentimento informado na Irlanda verifica-se em TOMKIN, David; HANAFIN, Patrick. *Irish medical law*. Dublin: Round Hall Sweet & Maxwell, 1995, p. 30-31. Adicional sobre o benefício do consentimento informado no tratamento e cura dos pacientes na Inglaterra e nos Estados Unidos da América em MILLER, Frances H. Denial of health care and informed consent in english and american law. *American journal of law & medicine*. Boston: American Society of Law & Medicine., vol. XVIII, n. 1&2, p. 37-71, 1992. Extenso articulado sobre consentimento informado no Reino Unido em HEYWOOD, Rob et al. Informed consent in hospital practice: health professionals´ perspectives and legal reflections. *Medical law review*. Oxford: Oxford University Press., vol. 18, n. 2, p. 152-184, 2010. Art. 34 da resolução CFM nº 2.217/2018, modificada pelas resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 (Código de Ética Médica) do Brasil: Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. *CFM*. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2020. Art. 3º da resolução CFM nº 1.621/2001 do Brasil: **Na Cirurgia Plástica, como em qualquer especialidade médica, não se pode prometer resultados ou garantir o sucesso do tratamento, devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento.** *CFM*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 24 jan. 2020. (grifos nossos).

⁶⁹ *CFM*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 24 jan. 2020. (grifos nossos).

Convém lembrar, na França a cirurgia estética é considerada obrigação de meio.⁷⁰ Em quase todo Canadá prepondera o mesmo posicionamento, a exceção de Quebec que recebeu forte influência do código civil napoleônico.⁷¹

Sugere-se que a celeuma seja sanada não no globo material, mas sim com fulcro no estuário processual, movimentando a *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*.⁷² Se o erro cirúrgico é grosseiro, agride frontalmente a ciência da medicina, liturgia médica, a *lex artis*, o autor da ação de reparação civil permanece com a obrigação inaugural de se desincumbir do ônus da prova. Contudo, suponha-se que o médico esteja se contrapondo a regular produção do acervo probatório, eliminando dolosamente provas, na tramitação processual surja questões aguçadamente técnicas, provocadas pelo réu, de insuportável desincumbência do demandante, o juiz com o seu poder instrutório, inquisitivo, deve transpor o ônus da prova para a parte promovida.⁷³

Nos países de tradição *common law*, um erro grave por enorme negligência médica, “fala por si mesmo”, podendo inverter o ônus da prova pelo que se designou *res ipsa loquitur*. Na atuação de um hipotético cirurgião plástico negligente e relapso não há razão para inocular semelhante mecanismo.⁷⁴

Não basta a mera alegação processual do promovente, os indícios materiais de prova devem ser levados aos autos para que o magistrado possa realizar essa dinâmica, exceto se elucidar bem no caso concreto a impossibilidade de produção probatória pelo autor e a possibilidade produtiva de prova pelo demandado (*princípio da aptidão para a prova*)⁷⁵. Resgare-se que, o juiz deve atuar com bastante acuidade nesta técnica, ela é quase cirúrgica, não pode decorrer de qualquer modo, se a utilizar tem que a fundamentar, sob pena de nulidade procedimental.

Por isso, relativamente ao ordenamento jurídico brasileiro, o manancial legal da instrumentalização da carga dinâmica das provas em processo judicial sobre um contrato de prestação de cirurgia plástica estética é o art. 373, § 1º e § 2º, do Código de Processo Civil (CPC), o art. 6º, VIII, do CDC é inaplicável, tendo em vista que a relação não pode ser considerada de consumo. Em

⁷⁰ DEVERS, Gilles. *Le droit au servisse de la santé: pratique de la responsabilité médicale*. Paris: Éditions Alexandre Lacassagne/Éditions ESKA, 2000, p. 202., e GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Brasil. Cirurgia plástica. Uso das obrigações de meio e de resultado: uma necessária revisão. In: LAMACHIA, Claudio; GONÇALVES, Sandra Krieger (organizadores)., op. cit., 2018, p. 178.

⁷¹ DANTAS, Eduardo. A responsabilidade civil do cirurgião plástico. A cirurgia plástica como obrigação de meio., op. cit., p. 69-79, janeiro/junho, 2007.

⁷² Explicação sintética e simplificada da teoria no Brasil em DIDIER JR. Fred; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processo civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 120-129.

⁷³ Compartilha-se em ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito processual civil*. 2. ed. vol. II. Coimbra: Almedina, 2019, p. 264-266. Complementação de SOUSA, Luís Filipe. O ônus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo, prova pericial)., op. cit., p. 37-80, 2.º semestre, 2011.

⁷⁴ Remete-se a TOMKIN, David; HANAFIN, Patrick., op. cit., 1995, p. 30-31.

⁷⁵ Explicação bem objetiva e didática deste princípio em SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 688-691.

Portugal, embora não exista expressamente tal preceito na dilação probatória, crer-se que a inversão do ônus da prova a autorize (artº 344º do CC).⁷⁶

O único caso em que prefigurar-se-ia a presunção de culpa a proporcionar materialmente a inversão automática do ônus da prova por simples alegação do litigante, seria quando o médico se compromete a produzir o resultado (promete o resultado), através de cláusula contratual, pois torna a obrigação de meio em obrigação de fim, por infringir a boa-fé objetiva aderente a todos os contratos e os preceitos da ética médica, causando frustração nos pacientes.⁷⁷

Salvagarde-se que, se a promessa do resultado for apenas por contratação verbal, não constando de contrato, termo, declaração ou qualquer documento escrito, o magistrado pode inverter ou distribuir o ônus da prova para o litigado, se existir indícios probatórios ou confissão do próprio cirurgião.

4. Responsabilidade civil do estabelecimento médico

A sumária explanação da responsabilidade civil dos estabelecimentos médicos é discorrida diversamente da responsabilização do cirurgião plástico individualmente considerado. Nessa sede, a compreensão demanda considerar a vinculação jurídica dos pacientes contrantes com as clínicas, hospitais e planos privados de saúde (pessoas coletivas (jurídicas) de direito privado) na contratação da prestação de serviços de cirurgia plástica estética.

4.1. Clínica e hospital privados

Clínicas e hospitais privados são pessoas coletivas (pessoas jurídicas) de natureza privada, instituídas sobre um tipo societário que detém a conatural finalidade lucrativa ou sobre uma tipicidade associativa, fundacional, ambas sem fins econômicos (arts. 157.º, 167.º, 185.º, 195.º, do CCiv e Código das Sociedades Comerciais (CSC) portuguesas; arts. 44, 53, 62, 981, do CC brasileiro).

Na mesma lógica da narrativa jurídica empreendida ao longo do texto, clínicas e hospitais privados que recebam a atividade de cirurgia plástica estética prestam um serviço médico especializado, portanto, enquanto não existir um regime jurídico específico para a responsabilidade

⁷⁶ Escorreita abordagem da inversão do ônus da prova no processo civil lusitano se condensa em ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de., op. cit., 2019, p. 260-264.

⁷⁷ Comunga-se em GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Brasil. Cirurgia plástica. Uso das obrigações de meio e de resultado: uma necessária revisão. In: LAMACHIA, Claudio; GONÇALVES, Sandra Krieger (organizadores)., op. cit., 2018, p. 153. No Brasil, reprise-se que a norma do Conselho Federal de Medicina é clara: resolução CFM nº 1.621/2001 – art. 3º - **Na Cirurgia Plástica**, como em qualquer especialidade médica, **não se pode prometer resultados ou garantir o sucesso do tratamento**, devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento. *CFM*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 24 jan. 2020. (grifos nossos). Em Portugal se remete à cláusula de garantia bem abordada por PEREIRA, André Gonçalo Dias., op. cit., 2015, p. 730-731.

médica, o vínculo entre o paciente e essas entidades privadas de saúde não pode ser de consumo, deve ser regido pela diretriz civil geral.

Na contratação de serviço de cirurgia plástica estética a relação estabelecida entre paciente e clínicas, hospitais privados, por ser objeto da regulação civil comum, contrai a responsabilidade civil subjetiva contida tanto na legislação portuguesa quanto na brasileira para as atividades ordinárias ao redor do ato cirúrgico (arts. 483.º, n. 1, do CCiv luso; arts. 186, 187, 927, *caput*, 951, do CC brasileiro).⁷⁸

Em relação à operação em si, os arts. 165.º, 800.º, do CCiv lusófono e os arts. 932, III, 933, do CC brasileiro grafam a responsabilidade civil das clínicas, hospitais privados sem culpa *in eligendo*, *in vigilando* ou *in instruendo* do cirurgião, enquanto comissionário ou presposto, desde que, claramente seja comprovada a culpa deste autor cirúrgico.⁷⁹

A despeito de existir risco no exercício profissional da cirurgia plástica de embelezamento, a responsabilidade civil objetiva conduzida pelas *teorias do risco criado e profissional* não ressoam sobre as clínicas e hospitais em caso de danos (arts. 483.º, n. 2, 493.º, n. 2, do CCiv português; art. 927, parágrafo único, do CC brasileiro). Além dessas entidades não terem contribuído para nenhum infortúnio, o aperfeiçoamento da beleza humana é escolha do paciente, consentindo com os riscos da intervenção cirúrgica e conferente da sua aquiescência nos perigos informados pelo cirurgião, que devem ser compartilhados e não sobrecarregar unicamente as entidades de saúde que cedem a estrutura para as cirurgias.

Clarividente, que se houver uma deficiência de estrutura abrupta nas clínicas e hospitais ou falta de materiais mínimos necessários para o aparato de uma cirurgia, nas mesmas condições dispostas no título antecedente, casuisticamente, o juiz pode usar o recurso processual da *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*, porém sem a prescritiva inicial da material presunção de culpa estipulada no art. 799.º do CCiv lusitano, pelas mesmas razões apresentadas no título anterior.

Em outro sensível ponto, nos serviços de cirurgia estética, a responsabilidade civil é primacialmente subjetiva das clínicas, hospitais privados quando o conjunto de prestações ofertadas são estreitamente convergidas para a sua atividade fim, a cura, o aperfeiçoamento da saúde dos pacientes, sem desfiguração do tradicionalmente essencial. Outros serviços podem ser facilitados para o conforto dos contratantes, mas não geridos, induzidos e estimulados.

Assim sendo, se a entidade privada de saúde começa a oferecer um plexo de outros serviços não essenciais, com relações empresariais centralizadas ou descentralizadas, nessas detidas prestações a responsabilidade civil passa a ser objetiva, pois os vínculos prestacionais se transmutam para a área de

⁷⁸ Parece apoiar esse entendimento, COSTA, Daniela Sofia Gomes., op. cit., 2018, p. 119. A doutrina majoritária é dissonante no Brasil, ao apontar que a relação é de consumo e a responsabilidade civil é objetiva entre paciente contrante e clínicas, hospitais privados, sem ressalvas. Analisar em TEPEDINO, Gustavo., op. cit., 2006, p. 97.

⁷⁹ COSTA, Daniela Sofia Gomes., op. cit., 2018, p. 88.

consumo, mas somente nestes típicos serviços, não para a prestação da cirurgia e o seu inseparável amparo prestacional.

Nessa relação entre paciente e clínica, hospital, há de se observar uma distinção crucial relacionando o cirurgião prestador do serviço, que pode figurar ocasiões diversas, o centro desta questão é verdadeiramente discernir se o médico atua como um completo profissional liberal, trabalhador, comissionário, preposto, ou ainda, está sob uma pejotização.

Se o cirurgião é veridicamente um profissional liberal com consultório próprio, mas se utiliza da estrutura de clínicas ou hospitais para efetuar as cirurgias, a responsabilidade civil para estes casos continua a ser subjetiva, porém todos respondem de maneira solidária (art. 497.º, n. 1, do CCiv português; art. 942 do CC brasileiro).⁸⁰

Neste modelo, se ao mesmo tempo o cirurgião é também o sócio majoritário ou unitário da clínica, hospital, em nada altera a posição de responsabilização civil solidária, pois a personalidade da pessoa jurídica não se confunde com a da pessoa natural do médico.

Em contrapartida, fixado que o cirurgião constitui uma ligação jurídica trabalhista com a clínica, hospital ou é um preposto, aquele que detém relação puramente civil a completo mando da entidade de saúde para o exercício de sua atividade profissional, então, essas instituições de saúde respondem objetivamente sobre os atos médicos, mantendo o seu direito de ação de regresso ressarcitório contra o agente cirúrgico faltoso, a depender da gravidade da infração, partilhando os possíveis prejuízos humanos (arts. 165.º, 497.º, n. 2, 800.º, n. 1, do CCiv lusitano; arts. 932, III, 933, 942 do CC brasileiro).⁸¹

A pejotização, fenômeno que já alcançou a profissão de médico no Brasil, circunscreve uma fraude imposta pela pessoa coletiva (jurídica) sobre a fraqueza do cirurgião recém chegado ao início de sua profissão, a relação estabelecida é trabalhista ou de fortificada dependência do médico com a instituição de saúde, desvirtuada, despistada com falsos documentos que a apontem ser um negócio entre profissional liberal e entidade privada. Nessas ocasiões, a clínica, hospital praticante dessa política responde objetivamente pelos danos, e, se mover ação de regresso contra o médico, participa solidariamente pelos suscetíveis danos causados ao paciente (arts. 165.º, 497.º, n. 2, 800.º, n. 1, do CCiv lusitano; arts. 932, III, 933, 942 do CC brasileiro).

⁸⁰ FERNANDES, Gabriela Páris. Artigo 497.º Responsabilidade solidária. In: PROENÇA, José Brandão (coord.). *Comentário ao código civil: direito das obrigações, das obrigações em geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 364-370., PRATA, Ana. Artigo 497.º - Responsabilidade solidária. In: PRATA, Ana (coord.), op. cit., 2017, p. 650-651. No Brasil se manifesta em sentido oposto, TEPEDINO, Gustavo., op. cit., 2006, p. 99-100.

⁸¹ MATOS, Filipe de Albuquerque. Responsabilidade civil médica e relação de comissão. In: LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA (coord.), op. cit., 2016, p. 12-14., BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil médica no Brasil. In: GONZÁLES, José Maria Miquel et al., op. cit., 2005, p. 83.

4.2. *Intermediação de planos de saúde*

Os planos privados de saúde são pessoas jurídicas de direito privado, normalmente constituídos sob a tipicidade cooperativa ou sociedades comerciais, que intermedeiam serviços médicos. No caso da cirurgia plástica estética, por ser uma especialidade da medicina de aprimoramento da saúde e significativamente onerosa, difícil existir planos que custeiam exclusivamente este tipo cirúrgico, mas pelo menos no território brasileiro já não é mais tão raro, mormente na cobertura da estruturação hospitalar ou clínica.

Partindo do mesmo princípio da identidade da relação civil não consumerista entre paciente e entidades de planos privados de saúde, atrelado à intermediação da prestação do serviço de cirurgia estética e toda a sua estrutura clínica, hospitalar, a responsabilidade civil é subjetiva e direcionada pelo diploma civilista geral (arts. 483.º, n. 1, do CCiv luso; arts. 186, 187, 927, *caput*, 951, do CC brasileiro).

Conquanto, se a instituição intermediadora da cirurgia plástica e sua estrutura clínica, hospitalar realiza quaisquer modalidades outras de serviços, mesmo que sejam relacionados à prestação principal do procedimento cirúrgico estético passa a ter responsabilidade civil objetiva, uma vez que através de seus planos massifica o acesso à cirurgia plástica, devendo responder pela elevação do grau de risco. Na execução de seus próprios atendimentos e informações também se introduz a mesma racionalidade jurídica, responsabilidade civil objetiva (arts. 483.º, n. 2, 493.º, n. 2, do CCiv português; art. 927, parágrafo único, do CC brasileiro).⁸²

Na análise estrita da prestação do serviço de cirurgia plástica estética e toda a sua estrutura, pela mesma motivação esculpida ao longo do texto, a responsabilidade civil das entidades privadas de plano de saúde é solidária às responsabilidades civilísticas dos hospitais, clínicas e cirurgiões atuantes, pois o objeto social dessas intermediadoras nem sempre é o lucro, mas sempre a intermediação dos serviços e não as próprias atividades cirúrgicas, que não abdica de uma certa meta econômica (art. 497.º, n. 2, do CCiv lusitano; art. 942 do CC brasileiro).⁸³

Finalmente, quanto à *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*, por esse liame intermediador ser visevelmente acessório, ela também é plicável às instituições privadas de planos de saúde nas suas prestações de serviços, como atendimentos, precisão nas informações, venda de próteses, produtos para as cirurgias, dentre outros.

⁸² PROENÇA, José Brandão (coord.), op. cit., 2018, p. 272-284, 319-325., PRATA, Ana. Artigo 483.º - Princípio geral; Artigo 493.º - Danos causados por coisas, animais ou atividades. In: PRATA, Ana (coord.), op. cit., 2017, p. 627-630, 639-640.

⁸³ No que tange à responsabilidade civil, consolida-se o entendimento, em doutrina, no sentido de considerar responsáveis solidariamente as empresas e cooperativas de medicina de grupo, pelos erros dos médicos delas dependentes ou a elas credenciados. Verificar em TEPEDINO, Gustavo., op. cit., 2006, p. 103. Confirma taxativamente no mesmo horizonte, FAGUNDES, Marcelo Mello. A responsabilidade civil por erro médico e o dever de indenizar. *Revista judiciária do paraná*. Curitiba: Associação dos magistrados do Paraná., ano XIII, n. 15, p. 45-48, maio, 2006.

Considerações finais

Esboçados os conteúdos delimitados em pauta, não há pretensão de fechar entendimentos absolutos, em primeiro desenvolvimento investiga-se a propalada distinção entre cirurgia plástica reconstrutiva (reparadora) e cirurgia plástica estética para concluir que não há quase nenhuma particularidade frondosa entre seus elementos integrativos e que essa categorização se persegue mais do ponto de vista dos resultados almejados e da didática informativa.

Dentre as duas correntes perpassadas acerca da qualificação jurídica da relação dos pacientes contratantes com os cirurgiões e as entidades privadas de saúde prestadoras de serviços de cirurgia plástica estética, acredita-se que a proposta mais viável para minimizar possíveis nebulosidades é a aquela que propõe uma natureza arquetetada no direito civil comum, na falta de um sistema jurídico específico mais centralizado na medicina, inserindo a cirurgia plástica de embelezamento.

A partir dessa absorção se torna mais fluente a ideia de que a relação paciente contratante e cirurgião plástico, clínicas e hospitais contratados é de cunho contratual civil não consumerista, por seu turno, este contrato de prestação de serviço de cirurgia plástica estética é de singularidade civil não consumerista por seu núcleo humano, logo uma possível responsabilidade civilista do cirurgião plástico é subjetiva.

Nessa contratação, a prestação de cirurgia plástica estética deve ser identificada como obrigação de meio, pois requer o mesmo empenho médico, sujeito as mesmas variantes do corpo humano, muitas vezes não servida a pessoas vulneráveis (hipossuficientes), exceto quanto ao aspecto científico, mas que pode ser conformado através de técnicas jurídicas processuais, o que exclui a impertinente presunção de culpa do cirurgião.

Ao prosseguir na mesma argumentação jurídica, a premissa é de que as clínicas e hospitais privados prestadores do serviço de cirurgia plástica de embelezamento são responsáveis subjetivamente diante do conteúdo obrigacional de suas prestações, exceto se desviam completamente da órbita de suas finalidades institucionais, atraindo para si a responsabilidade civil objetiva.

As clínicas e hospitais privados respondem objetivamente pela atuação de seus médicos com vínculo jurídico trabalhista ou em posição de preposto, mas todos respondem solidariamente na medida de suas falhas.

As instituições privadas de planos de saúde são responsáveis subjetivas quanto à intermediação exclusiva da prestação cirúrgica, sendo responsáveis objetivas em relação a quaisquer outras atividades em derredor da cirurgia, e são reponsáveis solidárias com os hospitais, clínicas e cirurgiões plásticos, já que ao tornar mais acessível os serviços cirúrgicos estéticos elevam os seus riscos. Também quanto às prestações diversas de seus planos, as entidades intermediadoras de cirurgias respondem objetivamente.

Alfim, em processo judicial, não cabe a material presunção de culpa do cirurgião plástico, dos hospitais, das clínicas, porém, incumbe ao magistrado na tramitação processual apregoar técnicas

processuais flexíveis, desde que não as banalize, proceda conforme a ordem jurídica de Portugal e do Brasil.