

**COMMON LAW, CIVIL LAW E O
HIPOTÉTICO CASO DA MÃO PELUDA
NO BRASIL**

*Sergio Goldbaum*¹⁵²

*Victor Nóbrega Luccas*¹⁵³

RESUMO

O artigo apresenta o emblemático caso da Mão Peluda “*the Hairy Hand case*” da jurisprudência do Common Law nos Estados Unidos da América e discute qual seria o hipotético encaminhamento deste caso na legislação e jurisprudência do *Civil Law* no Brasil. Argumenta-se que dadas as especificidades do caso, a indenização decidida na Corte Suprema de New Hampshire, as *expectation damages*, poderiam também ser decididas num eventual caso semelhante, hipoteticamente ocorrido no Brasil. Entretanto, além das *expectation damages*, talvez caberiam, no Brasil, indenizações adicionais, incluindo dano moral, que é ausente da jurisprudência do *Common Law*.

Palavras-chave: *common law, civil law, expectation damages, dano moral*

ABSTRACT

The article presents the emblematic “Hairy Hand case” of Common Law jurisprudence in the United States of America and discusses how the legislation and jurisprudence of Civil Law in Brazil would address this case. It is argued that given the specifics of the case, the compensation decided in the Supreme Court of New Hampshire, the *expectation damages*, could also be decided in an eventual similar

case, hypothetically occurred in Brazil. However, in Brazil, additional compensation, including moral damages, which is absent from Common Law jurisprudence, may apply, in addition to *expectation damages*.

keywords: *common law, civil law, expectation damages, moral damages*

Introdução

Hawkins vs McGee, ou o “Caso da Mão Peluda” (“The Hairy Hand Case”) é um dos casos mais conhecidos da jurisprudência da Teoria dos Contratos nos Estados Unidos. O caso é citado na primeira cena de *The Paper Chase*, o filme de 1973, baseado na novela homônima de John Jay Osborn Jr, publicada dois anos antes. Um resumo da cena, baseada (com alguma liberdade) na versão original do livro de John Jay Osborn Jr, está abaixo:

Os alunos já estavam dispostos no auditório, prontos para a primeira aula de Teoria dos Contratos na Universidade de Harvard. Às nove horas e cinco minutos, pontualmente, o rigoroso professor Kingsfield entra pela porta detrás do tablado, abre um carômetro e escolhe um dos alunos. Sem alterar-se, dispara:

- Mr Hart, pode nos apresentar por favor os fatos do caso Hawkins v McGee?

O calouro não tinha lido o caso. Como muitos alunos, pressupôs que a primeira aula seria apenas

¹⁵² Doutor e mestre em economia pela Fundação Getúlio Vargas em São Paulo. Bacharel em Economia pela Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo. Professor da Escola de Administração de Empresas da FGV-SP. .

¹⁵³ Doutor e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela FGV DIREITO SP. Professor da FGV DIREITO SP. Advogado em São Paulo.

uma introdução. Após hesitar, admite:

- “Eu ... Eu não li o caso. Só descobri que tinha que ter lido o caso agora”.

Professor Kingsfield então apresenta ele mesmo “the facts of the case”:

- “*Hawkins v McGee* é um caso da Teoria dos Contratos, o tema de nosso curso. Um menino queima sua mão ao encostar num fio elétrico. Um médico que queria experimentar uma técnica de enxerto de pele apresentou-se para operar a mão do menino, garantindo que a restauraria ‘em cem por cento’. O médico então enxertou um pedaço de pele do peito do menino na mão queimada. Infelizmente, a operação fracassou em produzir uma mão saudável. No lugar, ela produziu uma mão peluda. Uma mão não apenas queimada, mas coberta por um denso emaranhado de pelos”.

E prossegue:

- “Agora, Mr Hart., que tipo de danos você acha que o médico deve pagar?”

Hart tenta refletir sobre o caso “on the spot”:

- “Há a promessa de restaurar a mão, do jeito que estava antes (...) mas a mão ficou muito pior do que quando estava apenas queimada...”

Sem olhar ao aluno, Kingsfield prossegue:

- “Então, Mr Hart, como a corte deveria determinar o valor dos danos?”

- “A diferença entre o que foi prometido, uma nova mão, e o que ele obteve ao final da operação, uma mão ainda pior?”, vaticinou. Kingsfield reabre sua lista de alunos, e escolhe outro, aleatoriamente:

- “Mr Pruitt, talvez você possa nos contar se deveríamos dar ao

menino a diferença entre o que lhe prometido e o que ele obteve, como Mr Hart sugeriu, ou a diferença entre o que ele obteve, e o que ele tinha”.¹⁵⁴

O que torna o caso um clássico no ensino jurídico nos Estados Unidos é justamente a questão levantada pelo Professor Kingsfield: afinal, quais os parâmetros que devem ser utilizados para estabelecer o valor da indenização? Tomando como base a promessa do médico – restaurar a mão em “cem por cento”, podemos supor que a mão, antes da operação, estivesse em, por exemplo, 50%. Após a operação, “ainda pior”, em 25%. Supõe-se também a existência de um tratamento alternativo, que prometia ao paciente a recuperação da mão em 75%. Considera-se ao menos três hipóteses:

- O valor deve corresponder ao dano de confiança (*reliance damages*): a diferença entre o resultado final (25%) e o estado inicial (50%), o que restauraria o paciente à condição inicial, caso o contrato não tivesse sido firmado entre as partes (*status quo ante*).
- O valor deve corresponder ao custo de oportunidade (*opportunity cost*): a diferença entre o resultado final (25%) e a condição resultante do

¹⁵⁴ A cena pode ser vista em:
<https://www.youtube.com/watch?v=qx22TyCge>
7w Acesso em 01/03/2022

eventual tratamento alternativo (75%), correspondente ao custo de oportunidade do paciente.

- O valor deve corresponder ao dano de expectativa (*expectation damages*): a diferença entre o resultado final (25%) e o que lhe foi prometido (100%), o que levaria o paciente à condição correspondente à expectativa criada pelo médico e expressa no contrato.

Os elementos do contrato no *Common Law*.

Os elementos presentes no contrato entre o médico e o paciente merecem atenção. Camelo e Pires (2011) oferecem um pequeno texto didático, comparando o direito contratual nos Estados Unidos da América, onde vigora o *Common Law*, e no Brasil.

No *Common Law*, um contrato só é reconhecido como tal se tiver quatro elementos: o acordo, a contraprestação (*consideration*), a capacidade e a legalidade.

O primeiro elemento, o acordo, inclui a oferta e o aceite. Conforme o *Second Restatement of Contract*¹⁵⁵, a oferta é definida como sendo manifestação de plena vontade de entrar numa transação, feita à

outra parte para que esta saiba que a sua concordância com a transação é desejada. Assim como no direito brasileiro, a oferta deve ter seu objeto determinado ou determinável. Uma promessa indefinida não pode ser considerada uma promessa. No caso, a promessa foi a de reestabelecer a mão do menino em “cem por cento”.

Tradicionalmente, o aceite deve ser o reflexo idêntico da oferta (*mirror image rule*). A regra da imagem do espelho ainda é utilizada em alguns casos, mas atualmente o *Uniform Commercial Code* (UCC) considera haver aceite mesmo que o promissário apresente novos termos, que serão entendidos como proposta adicional do contrato. Se alguma das partes (ou ambas) não forem comerciantes, como é o caso, os termos adicionados pela aceitação somente se tornarão parte do contrato quando todos os contratantes se manifestarem expressamente.¹⁵⁶ O médico fez a oferta de uma mão “cem por cento” e o pai de Hawkins a aceitou, restando caracterizado o acordo

O elemento característico do contrato na tradição do *Common Law*, o elemento que o distingue da tradição do *Civil Law*, é o *consideration*, ou a contraprestação. O

contrato, salvo se incorrer em algumas das três condições a seguir: (i) oferta expressamente limitar a aceitação aos seus exatos termos (ii) o solicitante notificar sua objeção quanto aos novos termos ao aceitante ou (iii) os novos termos modificarem significativamente o contrato” (Pires e Camelo, 2011, p. 328).

¹⁵⁵ Nos EUA, existem uma série de tratados publicados pelo *American Law Institute*, denominados "*Restatements of the Law*" que visam a organizar e informar juízes e advogados sobre os princípios, conceitos e institutos de *Common Law* e são amplamente referidos.

¹⁵⁶ Se o contrato é entre comerciantes, “os novos termos automaticamente passam a fazer parte do

consideration se materializa no benefício ou vantagem para aquele que faz a oferta (o promitente) e, ao mesmo tempo, no custo ou detrimento para aquele que a aceita (o promissário), e vice-versa. É o que a parte requer em troca de sua promessa. É a contraparte da barganha.

Um contrato sem *consideration* não é considerado válido na tradição do Common Law. Isso significa, por exemplo, que um contrato de doação não seria considerado como tal no *Common Law*, mesmo que as partes queiram se comprometer por intermédio desse instrumento, já que uma doação não inclui um *consideration*.

No Brasil, a doação não tem contraprestação, mas pode ser condicionada a encargos, isto é algo que o donatário tem que fazer para receber a doação. Ele não pode ser obrigado a cumprir com os encargos, mas se não os realizar, não poderá receber a doação.

Há poucas exceções à necessidade de *consideration* no *Common Law*, como nas situações de *Promissory Estoppel*¹⁵⁷. A doutrina da *Promissory Estoppel* impede uma parte de retirar uma promessa feita a uma segunda parte, se esta última tinha motivos razoáveis para tomar decisões baseadas nessa promessa.¹⁵⁸

¹⁵⁷ A tradução literal de *Promissory Estoppel* seria Preclusão da promessa do promissário (da contra-promessa). Essa opção de tradução não é usual no Brasil, razão pela qual manteremos o conceito em inglês.

Os demais elementos do contrato na tradição do Common Law, capacidade e legalidade, são, segundo Camelo e Pires (2011), semelhantes ao direito brasileiro. No que se refere à capacidade, as partes em um contrato precisam ser legalmente capazes de expressarem sua vontade. Ainda que o paciente, George A. Hawkins, fosse menor de idade (11 anos) quando ocorreu o acidente, a ressalva não se aplica ao caso da mão peluda. O contrato supostamente foi assinado entre seu pai, Charles, e Edward R. B. McGee, o médico, e o processo teria se iniciado apenas em 1926, quando o paciente já era maior de idade, dando indícios de convalidação pelo paciente.

Entretanto, Camelo e Pires (2011) apontam uma diferença importante entre o Common Law vigente nos EUA e o Civil Law vigente no Brasil. No primeiro, um menor de idade pode “desafirmar” o contrato em qualquer momento antes que atinja a maioridade, quando então deve ratificar ou desafirmar o contrato. Ocorrendo a desafirmação, o menor deve apenas devolver os bens “no exato estado em que se encontram” (Camelo e Pires, 2011, p. 334), mesmo que depreciados. Entende-se que, desta forma, contratos informais envolvendo menores de idade ficam desestimulados.

¹⁵⁸ Vejam-se, por exemplo, os casos Hughes v Metropolitan Railway Co (1877) e Allen M. Campbell Co., General Contractors, Inc., vs Virginia Metal Industries, Inc. (1983).

Por outro lado, se o contrato envolver bens necessários à sobrevivência do menor, “ainda perdura o direito de desafirmação do autor, mas este deve restituir à outra parte o valor total da contraprestação realizada” (idem, ibidem). Desta forma, protegem-se os interesses da parte que se compromete contratualmente com menores em situação de vulnerabilidade. No Brasil não há regras equivalentes.

Finalmente, no que se refere à legalidade, e tendo em vista que nos Estados Unidos da América cada estado da federação tem sua legislação própria, esse requisito precisa estar conjugado com o princípio do *choice of law*, ou “escolha do direito aplicável”. A escolha do direito permite a determinação de quais normas basearão o cumprimento e conseqüente litígio em caso de quebra contratual. (idem, p. 325). Especificamente no que se refere a *Hawkins v. McGee*, o caso foi tratado na corte suprema de New Hampshire. Se tivesse ocorrido no Brasil, a legislação que rege o caso – notadamente o Código de Defesa do Consumidor – é federal e, portanto, não se colocaria o problema de definir o direito aplicável.

A quebra de contrato e o remédio adequado

A quebra contratual ocorre quando uma das partes prometeu determinada ação e não cumpre a promessa, isto é, sua parte na

barganha. Qualquer cumprimento não integral do *consideration* pode ser considerada quebra de contrato, mas, para evitar excessos, o poder judiciário nos EUA passou a adotar a doutrina da *substantial performance*, isto é, a quebra da promessa ocorre apenas quando parcela substancial do *consideration* não é adimplida (Camelo e Pires, 2011, p. 335). No Brasil, de forma similar, a jurisprudência trata da figura do “adimplemento substancial”.

A quebra de contrato no caso em discussão é clara. O médico McGee não cumpriu sua promessa de restaurar a mão do paciente Hawkins em “cem por cento”. O não cumprimento do *consideration* é substancial, as condições expressas e construtivas estavam presentes e não havia razões que justificassem o não cumprimento do contrato (*Excuses for nonperformance*).

No que se refere ao remédio adequado, prevalece no Common Law o pagamento de perdas e danos (*Money damages*) em oposição à tutela específica, prevalecente no Civil Law brasileiro (Camelo e Pires, 2011, p. 337), e essa é outra diferença importante, com desdobramentos em termos da eficiência das barganhas e dos contratos.

Mas permanece a questão do professor Kingsfield: “como a corte deveria determinar o valor dos danos?”

Como visto acima, há três possibilidades: *reliance damages*, *opportunity damages* e *expectation damages*.

O conhecido livro-texto de Direito e Economia (6ª ed) de Robert Cooter e Thomas Ulen aborda especificamente a questão no capítulo 9 (“*Topics in the Economics of Contract Law*”). Os autores identificam os *expectations damages* aos lucros cessantes (danos positivos). A indenização equivalente ao *perfect expectation damage* deixaria a vítima potencial indiferente ao cumprimento do contrato e à sua quebra. A indenização equivalente ao *perfect reliance damage* restauraria a potencial vítima na posição que ela estaria se ela nunca tivesse assinado contrato com outra parte. A indenização equivalente aos *perfect opportunity costs’ damages* deixaria a potencial vítima indiferente entre a quebra do contrato e o cumprimento do melhor contrato alternativo.

Os autores representam as três possibilidades em um mapa de indiferença, um instrumento gráfico importado da Teoria do Consumidor. No eixo horizontal está representada a condição da mão. Após o acidente, mas antes do procedimento cirúrgico, a mão estava em 50%. O médico envolvido no caso prometeu a mão em 100%. Após o procedimento cirúrgico, a mão ficou em 25%. Finalmente, um outro médico teria supostamente oferecido um tratamento alternativo, que deixaria a mão em 75%.

No eixo vertical, valores de indenização em dinheiro. As três curvas – expectativa, oportunidade e confiança – são as chamadas curvas de indiferença. Cada

ponto em uma curva de indiferença representa um determinado nível de satisfação ao paciente. Assim, por exemplo, o ponto A representa o nível de satisfação correspondente a uma situação em que a mão estaria em perfeita condição e o paciente receberia zero de indenização. Isto é, representaria o hipotético ponto no qual a operação teria sido bem-sucedida, a *consideration* teria sido plenamente cumprida, e o paciente não faria jus a qualquer indenização.

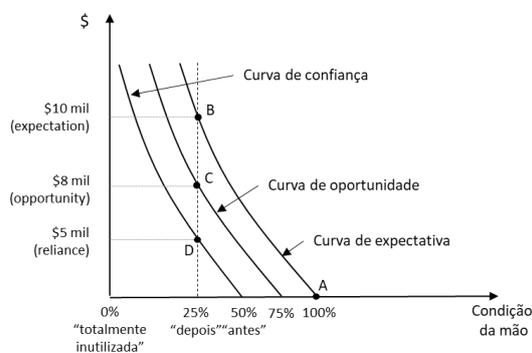
O ponto B representa a situação em que a mão estaria em 25% e o paciente receberia R\$ 10 mil de indenização. Como o ponto A e o ponto B estão sobre a mesma curva de indiferença, isso significa que essas duas combinações de condição da mão e valor da indenização proporcionam ao paciente o mesmo nível de satisfação. Isto é, o valor de R\$ 10 mil de indenização seria capaz – supostamente – de restaurar ao paciente o mesmo nível de satisfação que ele gozaria caso a operação tivesse sido bem-sucedida.

Uma vez que ao final do procedimento cirúrgico o paciente ficou com a mão em 25%, a intersecção da reta vertical tracejada com as curvas de indiferença define três valores hipotéticos:

- a. No ponto B, como vimos, o paciente fica indiferente entre (i) a combinação da mão em 25% e uma indenização de R\$ 10 mil e (ii) o

- cumprimento da promessa (a mão em 100%).
- b. No ponto C, o paciente fica indiferente entre (i) a combinação da mão em 25% e uma indenização de R\$ 8 mil e (ii) o cumprimento da melhor promessa alternativa (a mão em 75%), e
 - c. No ponto D, o paciente fica indiferente entre (i) a combinação da mão em 25% e uma indenização de R\$ 5 mil e (ii) a restituição à situação inicial, como se o contrato não tivesse sido firmado (a mão em 50%).

Figura 1: Mapa de indiferença do paciente: combinações de condições da mão e valores de indenização.



Fonte: Cooter e Ulen (2016, p. 314)

Os valores são todos hipotéticos. Mas o resultado é conhecido. Hawkins processou McGee por quebra de contrato em 1926 e foi indenizado por danos relacionados à dor da operação e pelos danos que a operação causou à sua mão. Na apelação, a Corte Suprema de New Hampshire definiu

que a indenização a ser paga deveria ser a diferença entre o que foi prometido e o que foi obtido – isto é, *expectation damages*. Os danos referentes à dor da operação foram arquivados, sob o argumento de que alguma dor e sofrimento eram parte implícita do contrato de cirurgia.

O caso da mão peluda no Civil Law brasileiro

O que aconteceria se o "Caso da Mão Peluda" fosse julgado hoje no Direito Brasileiro? O caso se enquadraria no tema da "responsabilidade por erro médico", amplamente discutida no Poder Judiciário brasileiro, sob diferentes aspectos. A análise do caso frente ao Direito Brasileiro e à análise econômica do Direito é oportuna, por permitir uma visão compreensiva e crítica do nosso ordenamento.

Preliminarmente, é relevante destacar que as relações contratuais envolvidas em um atendimento médico hoje costumam ser muito mais complexas do que um simples contrato entre médico e paciente. Frequentemente estão envolvidos clínicas, hospitais ou até mesmo alguma pessoa jurídica vinculada ao Estado Brasileiro (no caso de serviços prestados pelo SUS, por exemplo). O médico pode ser apenas um funcionário da clínica ou do hospital, privado ou público. Se o caso ocorresse hoje, portanto, poderíamos imaginar que além do Dr. McGee, a clínica ou o hospital no qual ele

trabalha poderia também eventualmente fazer parte da disputa judicial.

No entanto, para tornar a análise viável dentro do escopo limitado desse artigo, vamos nos limitar à relação entre médico e paciente. Ainda que se pudesse arguir não haver contrato entre o médico e o paciente em determinado caso, mas apenas contrato com clínicas ou hospitais, poderia haver responsabilização por erro médico com base nas regras de responsabilidade civil extracontratual.

Serviços médicos e cirurgias plásticas: entre obrigações de meio e de resultado

Se fosse julgado hoje no Brasil, o contrato celebrado entre Hawkins (representado por seu pai) e McGee estaria sujeito ao Código de Defesa do Consumidor, sendo o médico um fornecedor de serviços e o paciente, um consumidor. A aplicação do CDC limita a liberdade de contratar das partes envolvidas e atrai a aplicação de diversas regras particulares que visam a proteger o consumidor.

O erro médico se caracteriza como um serviço defeituoso, isto é, um serviço que não fornece a segurança que o consumidor pode esperar e gera danos à saúde ou à vida do paciente. Por expressa disposição legal, a princípio os profissionais liberais só poderão ser responsabilizados pelos erros médicos mediante a verificação de culpa (Art. 14, § 4º, CDC).

Consequência fundamental dessa aplicação do CDC para a responsabilidade por erro médico é que, na prática, isso impede o médico de se isentar contratualmente de responsabilidade por erros praticados. Eventual cláusula de exclusão de responsabilidade seria considerada abusiva, ilícita e não seria aplicada pelo Poder Judiciário. Todo médico que cometer erro estará a princípio sujeito ao pagamento de indenização.

Do ponto de vista da análise econômica do direito, esse regime gera incentivos ao maior cuidado por parte dos médicos em sua prática profissional, bem como à aquisição de seguros de responsabilidade profissional. Empiricamente, contudo, não se sabe a intensidade de tais incentivos, por vários motivos: (i) o erro pode não ser detectado; (ii) o paciente pode preferir não responsabilizar o médico, deixando de litigar ou sequer de cobrar extrajudicialmente, seja por falta de recursos para litigar, risco de incerteza do resultado que depende de perícia médica e prova do erro ou até mesmo por não querer suportar os custos psicológicos da disputa; (iii) os valores de indenização podem ser baixos, especialmente em contraste com a renda auferida pelos médicos. Avaliar empiricamente os incentivos gerados (ou não) pelo regime de responsabilidade dos médicos foge ao escopo desse artigo, mas constituem interessante agenda de pesquisa.

A fim de compreender o que significa um erro médico, cabe explicar como a jurisprudência qualifica as obrigações do médico. Em geral, elas são qualificadas como sendo *de meio*, isto é, a obrigação de empreender os melhores esforços para atingir o resultado esperado, sem, contudo, garantir o resultado. Por exemplo, o cirurgião que opera tem a obrigação de realizar os melhores esforços para salvar a vida do paciente que sofreu um infarto ou está sofrendo com um câncer, mas não pode ser responsabilizado pelo insucesso da cirurgia e morte do paciente, salvo se demonstre que o resultado indesejado ocorreu por sua culpa.

Aceitando-se a premissa de que a obrigação é de meio e não há garantia de resultado, a conclusão parece ser a de que Hawkins não poderia exigir os *expectation damages* de McGee, que correspondem aos danos correspondentes ao não recebimento do resultado prometido. No máximo, poderia responder pelos *reliance damages*, isto é, por ter piorado a situação do paciente.

No entanto, o caso de Hawkins vs McGee traz peculiaridades que alteram essa conclusão. Em primeiro lugar, pela descrição dos fatos, trata da situação peculiar de uma cirurgia plástica, em que o objetivo da cirurgia não é restaurar as funções motoras de uma mão doente, mas estético, de eliminar as marcas da queimadura sofrida por Hawkins. Isso é extremamente importante, pois a jurisprudência brasileira considera que nos

casos de cirurgias plásticas com finalidade estética as obrigações são *de resultado* e não de meio. Em outras palavras, os médicos garantem o resultado e podem ser responsabilizados caso este não seja atingido.

Com essa requalificação, McGee pode ser responsabilizado por não ter entregado o resultado prometido. Mesmo que não tivesse piorado a situação de Hawkins, já se consideraria que cometeu erro médico pelo simples fato de não ter atingido o resultado, presumindo-se culpado até prova em contrário.

Ao qualificar as obrigações como sendo de resultado, a jurisprudência facilita que os pacientes obtenham indenizações contra os médicos que não cumprirem suas promessas, incentivando que sejam mais cautelosos em relação ao que prometem e aos cuidados que tomarão para que possam cumprir suas promessas. Os incentivos para a cautela nas promessas e na comunicação permite o alinhamento de expectativas e diminui a chance de litígios, enquanto os incentivos para cuidado diminuem ainda todos os riscos decorrentes da intervenção cirúrgica.

Essa linha de justificação do regime especial de obrigações de resultado é corroborada quando se avalia como a jurisprudência lida com alguns casos de erro médico e, especialmente, com o dever de informar.

A importância fundamental do dever de informar

A existência de obrigação de resultado não significa que o médico possui responsabilidade objetiva (independente de culpa), apesar de haver controvérsia sobre os limites exatos que separam as duas figuras. Ou seja, o médico pode se isentar de responsabilidade, caso demonstre (o ônus da prova é do médico) que não tem culpa por determinado resultado adverso que decorra, por exemplo, de fatores externos imprevisíveis, como características inerentes ao próprio corpo do paciente. É de conhecimento geral, inclusive, que a medicina não é uma ciência exata, e que os resultados podem variar entre os pacientes, com percentuais de chance de sucesso.

Mas o reconhecimento dessa possibilidade de defesa não daria uma saída fácil para os médicos? Desse modo, os médicos (quase) sempre poderiam alegar que não cometeram erro, que o resultado está dentro da incerteza médica. Ora, se a medicina é sempre imprevisível em algum grau, na prática não há garantia de resultado.

É aqui que entra o fundamental dever de informar. O médico não erra apenas por deixar de seguir algum protocolo médico, ou agir com imperícia. ***O médico também comete erro caso não informe adequadamente o paciente a respeito dos riscos, chances de êxito e possíveis resultados da cirurgia.***

O dever de informar com clareza ao paciente os resultados esperados e riscos possíveis da cirurgia é fundamental, decorrendo da regulação do CDC e da própria ética médica, e ganha destaque nos casos de cirurgia plástica com finalidade estética. O caso a seguir mostra médico que foi condenado porque não informou a paciente sobre os riscos de efeitos adversos da cirurgia plástica:

Responsabilidade civil - Indenização - Erro médico - Cirurgia plástica estética - Autora que sofreu dificuldade de cicatrização e alopecia parcial em razão de cirurgia de ritidoplastia (lifting facial) - Obrigação de resultado - Inversão do ônus probatório - Réu que não comprovou que a perda de cabelo da autora decorreu exclusivamente de fatores externos - Presunção de que o médico foi culpado pelos danos experimentados pela autora não afastada - Dever de informação, ademais, inobservado, pois o réu não informou que a alopecia ocorre em aproximadamente cinco por cento das pessoas que se submetem a tal cirurgia - Recurso provido em parte, prejudicada a matéria preliminar. (...)
(TJSP, Apelação com Revisão nº 9190702.37.2006.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jesus Lofrano, julgamento em 08/02/2011, votação unânime)

No caso citado, o Poder Judiciário considera que o médico errou também pelo

fato de o dever de informação ter sido violado.

A garantia de resultado não é interpretada como uma garantia de 100% de sucesso, caso isso seja explicado claramente pelo médico. Se forem explicitados os riscos, chances de sucesso e possíveis resultados e ainda assim o paciente decidir prosseguir com a cirurgia, não cabe falar em violação de expectativa e descumprimento. Nesse sentido, segue decisão exemplificativa do TJSP, em que o paciente ficou com cicatrizes adicionais, mas por ter sido devidamente informado, não houve responsabilização do médico:

“Apelação cível. Responsabilidade civil médica. Cirurgia plástica. Ginecomastia. Redução das papilas (mamilos). Ação julgada improcedente. Inconformismo recursal do autor. Laudo Pericial que concluiu que a cirurgia foi corretamente indicada e realizada. Cicatrizes e queloides são resultado natural e esperado, dependendo do organismo de cada pessoa. Autor que firmou termo de responsabilidade pelo qual foi previa e expressamente informado da possibilidade de formação de cicatrização patológica. Ausência de erro grosseiro ou má prática de medicina. Dever de informação observado. Fotografias que revelam aspecto saudável do autor. Sentença mantida. Recurso desprovido”

(TJSP; Apelação Cível 1014344-37.2016.8.26.0477; Relator (a): Silvério da Silva; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/05/2021; Data de Registro: 12/05/2021).

Isso nos leva à conclusão de que a obrigação de resultado do cirurgião plástico, na verdade, é a obrigação de cumprir o que prometeu e informou ao paciente, devendo ser absolutamente claro e explícito sobre os riscos, chances e possíveis resultados da cirurgia, conforme a ciência médica atual. Se, como McGee, um médico prometer que vai entregar uma “Mão 100%”, em vez de informar que tem “70% de chance de entregar uma Mão 100% e 30% de chance de entregar uma Mão 25%”, ele será responsabilizado por descumprir a sua promessa.

Calculando os danos

O caso McGee também chama a atenção para a dificuldade de se estabelecer o valor da indenização. O que significa, na prática, indenizar 25%, 50% ou 75% de uma mão?

No Direito Brasileiro a indenização por erros médicos pode compreender uma série de pedidos diversos, seguem os mais comuns:

- i. danos materiais, como a devolução dos valores pagos ou o custeio de

- uma cirurgia reparadora para corrigir o erro;
- ii. danos morais, decorrentes do sofrimento psicológico, incluindo a própria dor física, decorrente do erro médico;
 - iii. danos estéticos, valores a serem pagos pelo prejuízo estético, geralmente arbitrados de forma separada, mas em conjunto com os danos morais;
 - iv. pensão, caso do erro resulte alguma dificuldade irreversível para realizar tarefas cotidianas ou para o trabalho;
 - v. dano moral por ricochete (devido a familiares) e pensão para familiares dependentes, no caso de falecimento.

O conjunto de indenizações tem por objetivo colocar o paciente na situação equivalente a que estaria se o contrato houvesse sido cumprido e ele tivesse a “mão 100%”. No entanto, o conjunto de danos é definido de forma muito abrangente e ao mesmo tempo mais bem determinada do que simplesmente “a diferença entre a mão de 25% e a mão de 100%”.

Os danos materiais para cobrir a cirurgia reparadora tem por objetivo levar a situação física do paciente o mais próxima possível da “mão 100%”. Os danos estéticos compensam a diferença entre a mão que ele terá e a mão 100%. Mas os danos morais vão além e compensam o sofrimento decorrente da quebra da expectativa e das cirurgias e pós-

operatórios. A pensão e o dano moral por ricochete não são aplicáveis, pois Hawkins não ficou incapaz de trabalhar nem faleceu

Cabe acrescentar que os danos morais, danos estéticos e pensão possuem valores construídos pela jurisprudência com base em diversos critérios. A sua previsibilidade decorre da análise dos valores concedidos em casos similares. Não há espaço para discuti-los em maior detalhe aqui, mas pode-se dizer que é possível tornar “a diferença da mão” mais objetiva, a ponto de ser possível prever números com certo grau de precisão.

CONCLUSÃO

O objetivo desse pequeno artigo foi analisar como um caso emblemático da jurisprudência do Common Law seria julgado no Civil Law vigente no Brasil.

Como visto, dadas as peculiaridades do caso – uma cirurgia estética, sem informação de risco – a indenização decidida na Corte Suprema de New Hampshire, as *expectation damages*, poderiam também ser decididas num eventual caso semelhante, hipoteticamente ocorrido no Brasil. Entretanto, além das *expectation damages*, talvez caberiam, no Brasil, indenizações adicionais, incluindo dano moral, que é ausente da jurisprudência do *Common Law*.

O exercício realizado nesse artigo pode ser replicado em vários outros casos paradigmáticos da jurisprudência do

Common Law nos Estados Unidos da América e na Inglaterra. *Paper Chase*, por exemplo, também explora o caso *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co.* (1892), em que a empresa fabricante das infusões contidas em bolas (as *Carbolic Smoke Balls*, que supostamente curariam os pacientes de resfriados) não honraram a oferta unilateral de prêmio em dinheiro para os consumidores que conseguissem provar que o remédio não havia funcionado.¹⁵⁹

Um último ponto a se destacar refere-se ao questionamento que tanto o livro quanto o filme fazem aos rigores do método socrático e à eventual atmosfera hostil em alguns cursos. Especificamente em relação ao segundo tema, uma das cenas mais lembradas do filme¹⁶⁰ aparece no livro como um comentário que antecede o início do primeiro capítulo:

“Nos poucos dias entre a chegada à Harvard Law School e as primeiras classes, havia rumores. E histórias. Sobre ser estigmatizado [singled out], ser obrigado a mostrar sua bagagem. Geralmente, são histórias sobre

peças que fizeram algum erro terrível. Não conseguiu responder a uma questão corretamente. Uma dessas histórias diz respeito a um rapaz que fez um trabalho particularmente ruim. Seu professor o chamou para o tablado, em frente à classe, até a mesa do professor, deu a ele uma moeda e disse, em voz alta: ‘Ligue para a sua mãe, e diga a ela que você nunca será um advogado’”.

“Às vezes, a história termina nesse ponto, mas do jeito que a escutei, o aluno humilhado abaixou a cabeça, e se arrastou de volta entre os 150 estudantes na classe. Quando chegou à porta, sua raiva explodiu. E gritou:

“Você é um filho da puta, Kingsfield”

“Esta é a primeira coisa inteligente que você disse hoje”, Kingsfield respondeu. “Volte ao seu lugar. Talvez eu tenha sido muito duro”.

A análise desta cena, assim como de outros casos paradigmáticos da jurisprudência da Teoria dos Contratos no *Common Law*, fica, assim, como sugestões para novos trabalhos.

¹⁵⁹ Uma lista não exaustiva de casos da jurisprudência de contratos e de propriedade (*property law*), incluindo um link com o resumo do caso, segue abaixo (todos acessados em 01/03/2022):

- *Krell v Henry* [1903]: https://en.wikipedia.org/wiki/Krell_v_Henry
- *Ploof v. Putnam* (1910): <https://h2o.law.harvard.edu/collages/870>
- *Hadley v. Baxendale* (1854): https://en.wikipedia.org/wiki/Hadley_v_Baxendale
- *Obde v. Schlemeyer* (1960): <http://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1960/35230-1.html>

- *Laidlaw v Organ* (1815): <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/15/178/case.html>

- *Raffles v. Wichelhaus* (1864): https://en.wikipedia.org/wiki/Raffles_v_Wichelhaus

- *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* (1965): https://en.wikipedia.org/wiki/Williams_v._Walker-Thomas_Furniture_Co

- *Taylor v. Caldwell* (1863): https://en.wikipedia.org/wiki/Taylor_v_Caldwell

¹⁶⁰ A cena pode ser conferida em: https://www.youtube.com/watch?v=_M6bUIIA9ho Acesso em 01/03/2022

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em 01/03/2022.

Cooter, Robert and Ulen, Thomas: *Law and Economics*, 6th edition. Berkeley Law Books. Book 2, 2016. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em 01/03/2022.

Camelo, Bradson e Pires, Marina Lemos (2011): “Estudo Comparativo e Análise Econômica do Direito Contratual Estadunidense e Brasileiro”. *Economic Analysis of Law Review*, V. 2, nº 2, p. 321-340, Jul-Dez, 2011.

Osborn Jr., John (1971): *The Paper Chase*. Peninsula Road Press.

THE PAPER CHASE. Direção: James Bridges. Produção: Rodrick Paul, Robert C. Thompson. Intérpretes: Timothy Bottoms, Lindsay Wagner, John Houseman e outros. Roteiro: James Bridges e John Osborn Jr. Música: John Williams. Los Angeles, 20th Centruy Fox. 1973.