

FÁBIO SCHNEIDER DA SILVA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à graduação no curso de Direito.

Orientador: Prof. Carmem Lúcia Silveira Ramos.

Curitiba

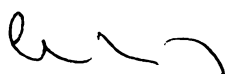
2002

TERMO DE APROVAÇÃO

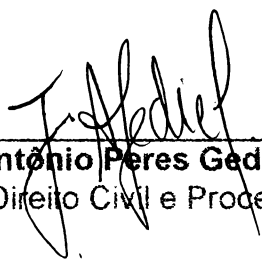
FÁBIO SCHNEIDER DA SILVA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, perante a seguinte banca examinadora:



Professora Carmem Lúcia Silveira Ramos – Orientadora
Departamento de Direito Civil e Processo Civil



Professor José Antônio Peres Gediel – Examinador
Departamento de Direito Civil e Processo Civil



Professor Sérgio Leme – Examinador
Departamento de Direito Civil e Processo Civil

Curitiba, 04 de novembro de 2002.

Aos meus pais e a Deus que me deram a vida,
A minha irmã que sempre me ajudou,
Aos meus amigos que me deram muitas alegrias,

Meus agradecimentos

À professora Carmem Lúcia Silveira Ramos,
pelo auxílio e paciência despendido na elaboração deste trabalho.

RESUMO

A presente monografia trata da responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. O trabalho encontra-se dividido em três partes. Na primeira delas, trata-se da responsabilidade civil do médico em geral. O erro médico é objeto da segunda parte da monografia, aí sendo analisados os erros de diagnóstico e de tratamento. Na terceira parte, busca-se dimensionar o tema, qual seja: a responsabilidade civil especificamente do médico cirurgião plástico. A problemática justifica-se pela duplicidade de tratamento jurídico das duas situações: de um lado a cirurgia meramente estética (com resultados esperados) e por outro a cirurgia reparadora (com seu perfil de obrigação de meio).

SUMÁRIO

Introdução.....	1
PARTE I	
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	
1.1 Panorama Geral	3
1.2 A responsabilidade Civil do Médico.....	7
1.3 Obrigação de Meio e de Resultado.....	12
1.4 Cláusula de não indenizar.....	14
PARTE II	
ERRO MÉDICO	
2.1 Erro Médico.....	17
2.2 Erro de Diagnóstico.....	18
2.3 Erro no Tratamento.....	19
PARTE III	
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NAS CIRURGIAS	
PLÁSTICAS	
3.1 A cirurgia Plástica.....	21
3.2 Características.....	24
3.3 A questão estética.....	25
3.4 O consentimento e o dever de informação.....	26
3.5 Cirurgia estética e obrigações dela decorrentes.....	27
CONCLUSÕES.....	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	33

INTRODUÇÃO

Manchetes como “Formas perfeitas ao alcance de todos”, “tenha um corpo irresistível” parecem ter saído de alguma propaganda de academia ou de um comercial de algum produto dietético, mas são propagandas de clínicas estéticas veiculadas em revistas especializadas de medicina.

Essa é uma das faces da popularização da cirurgia plástica estética no nosso país. No ano passado, cerca de 350.000 pessoas passaram por algum destes tipos de intervenção.

Em números relativos, o Brasil é o campeão mundial em cirurgias plásticas. Num universo de cada 100.000 pessoas, aproximadamente 207 já se operaram. No mesmo período, nos EUA, apenas 185 pessoas fizeram cirurgia estética.

Há explicações para o fenômeno: o avanço da ciência médica, que assegura procedimentos mais rápidos e seguros, o aumento de oferta do serviço, bem como o barateamento do seu preço.

Numa perspectiva capitalista, de olho nesta fatia de mercado, uma nova leva de médicos vem continuamente se especializando neste procedimento.

Outro ponto fundamental acerca do tema é que vivemos em uma sociedade altamente consumista, com um processo cultural voltado ao culto da aparência. Somos constantemente bombardeados por propagandas onde encontramos pessoas com corpos bem torneados e com uma aparência juvenil, vendendo uma aparência bonita ligada a algum produto.

Não há nada de errado em querer melhorar a aparência. Isto se reflete diretamente na auto-estima do indivíduo e no seu relacionamento tanto social quanto profissional.

A outra face dessa realidade, no entanto, não é tão agradável quanto a primeira, pois calcula-se que cerca de 1500 médicos estejam praticando plásticas sem especialização, a qual exige que o médico tenha feito residência de 2 anos em cirurgia geral e 3 anos em cirurgia plástica, além de ter prestado um exame oral e escrito na Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica.

O cenário não seria tão nefasto se o Estado atuasse mais rigidamente fiscalizando esses profissionais.

Tal situação acaba por gerar um aumento no número de casos de erro médico, sendo que a cirurgia plástica, outra vez, é a campeã proporcional em reclamações, segundo o Conselho Federal de Medicina .

Trabalho mal feito, serviço redobrado para os cirurgiões plásticos mais renomados do país, sendo que 10% do total de seus serviços são para corrigir estragos dos médicos não habilitados.

Exemplo claro dessa situação é o caso de Denísio Marcelo Caron, que, sem nenhuma habilitação na área da cirurgia plástica, fazia promoções, as quais eram anunciadas em veículos de som na rua. Resultado: cinco mulheres mortas e mais 35 denúncias de erro médico.

Em suma, a promessa de corpos perfeitos geralmente vinculados à idéia de pouco esforço e de riscos quase que inexistentes, acaba por “induzir” os incautos em uma via muito perigosa, a qual, não raras vezes, tem conseqüências muito prejudiciais para o consumidor dessa nova forma de serviço/produto: A BELEZA.

PARTE I

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

1.1. PANORAMA GERAL

A saúde é a maior riqueza do ser humano. O sofrimento produzido pelas doenças e dores sempre foi uma das grandes preocupações enfrentadas pela humanidade. Neste contexto, o ser humano manteve e mantém preocupação permanente com este problema.

A pretensão de livrar a humanidade de suas dores e doenças é objeto da medicina que, por isso, sempre suscitou tanto fascínio nas pessoas. A atividade atravessou os séculos ganhando racionalidade e aperfeiçoamento, mas ainda hoje desperta um grande efeito místico.

Destarte, em seus primórdios, as pessoas que praticavam a medicina eram tratados como místicos, sacerdotes portadores de um dom – o dom da cura.

Neste ponto da evolução da medicina, os esforços eram basicamente dirigidos à produção da cura e não, diretamente, ao combate das patologias. As primeiras pessoas preocupadas com a arte da medicina, apoiados em seus supostos dons místicos, eram *curiosos* que, baseados em suas observações, faziam um jogo de tentativas e erros, de uma forma basicamente empírica. Essas pessoas receitavam ervas e tratamentos exóticos para aplacar a dor de seus infelizes “pacientes”.

Não havia conhecimento sobre a origem das doenças, somente havia uma preocupação com o tratamento prescrito, na tentativa de se diminuir os seus efeitos.

Não obstante isto, em alguns grupos culturais, se os “remédios” ou o tratamento não fossem eficazes, atribuía-se diretamente a culpa ao curandeiro, surgindo assim uma semente de responsabilidade.

O curandeiro nestas sociedades, geralmente respondia com seu próprio corpo pelas falhas de seu diagnóstico ou tratamento. Esta era a fase da Lei de Talião, onde, dentro de certas condições e respeitando os limites do dano, podia o ofendido impor ao ofensor dano semelhante ao que tivesse sofrido. Era o olho por olho, dente por dente.

Num outro contexto cultural, no Egito, a medicina era considerada uma arte divina, sendo que somente os grandes sacerdotes podiam exercê-la. Eles faziam o elo entre a vida terrena e a vida pós-morte.

Esta fase do desenvolvimento médico foi responsável por uma grande parcela de avanços científicos. Eles praticavam cirurgias e eram muito hábeis na conservação dos seus mortos.

Quanto à responsabilidade, esta só se verificava quando o médico egípcio não seguia os ditames do “livro sagrado” de regras médicas. Este livro possuía todas as regras para a prática da medicina. Então, se o sacerdote, mesmo agindo com desleixo, seguisse os preceitos do livro (*Lex Artis*), não deveria ser responsabilizado, independentemente do resultado insatisfatório obtido.

Um pouco mais além, na Grécia, encontramos uma nova abordagem da medicina, tendo esta adquirido um tônus mais científico e, principalmente, filosófico.

Nesta fase, surge o primeiro estudo científico sobre o tema: *Corpus Hippocraticum*, contendo conceitos de filosofia aristotélica, e demonstrando, além do empirismo, uma posição racional do tema.

Esta obra, a qual ainda hoje possui grande relevância, já traduzia um caráter deontológico da medicina, sendo hodiernamente expresso pelo *juramento hipocrático*.

A responsabilidade do médico, segundo a visão aristotélica e platônica, deveria ser avaliada não apenas pelo resultado letal, mas também pela conduta adotada por ele, devendo ser posta à prova por um grupo de médicos que fariam a indicação se o procedimento seguido era o correto, ou se havia caracterização de culpa.

Mais tarde, por influência dos egípcios, adotou-se na Grécia um critério duplo derivado, pelo qual o médico deveria ser responsabilizado tanto se houvesse tanto óbito quanto se não tivesse agido como mandam as prescrições previstas na atividade sanitária.

Em Roma, primitivamente, a Lei das XII tábuas contemplava o princípio da pena de Talião (olho por olho, dente por dente).

Com o evoluir do Direito Romano, o Estado assumiu a função de “vigiar e punir”, requisitando para si a função punitiva.

Neste sentido, na Lei Aquiliana vislumbram-se os primórdios da responsabilidade civil. Nesta, havia a previsão de que, se houvesse um dano, o mesmo deveria ser reparado pelo agente causador do mesmo.

O médico que, por culpa sua, tivesse produzido danos (principalmente a morte) poderia sofrer várias penas que iam da deportação à pena de morte.

Sobre o tema, referem Croce e Croce Júnior¹:

*“A Lei Aquilia, embora se reconheça que não continha ainda uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, ao se referir ao *damnum injuria data* estabeleceu, enfim, as bases para as legislações modernas sobre a responsabilidade dos médicos, ao obrigá-los a pagar uma indenização por todo escravo que falecesse em suas mãos, e ao abolir a pena de morte, preconizando, em seu lugar, o exílio ou a deportação (*interdictio aquae et igni*) ao profissional culpado de negligência ou imperícia no exercício da arte de curar. É de supor-se, entretanto, a despeito ter o legislador romano cuidado apropriadamente dessas modalidades de sanção, que havia notado exagero na tolerância dos tribunais para com as faltas médicas - quiçá pelas dificuldades, já naquela época, das tipificações legais -, como se infere do comentário sarcástico, contumelioso, atribuído a Plínio de que ‘apenas aos médicos era permitido cometer assassinatos impunemente ...’, tal como hoje na linguagem popular: ‘Os erros dos médicos são cobertos pela terra, assim como o cimento esconde o dos engenheiros’.*”

A Lei Cornélia, por sua vez, previa que especificamente certas condutas praticadas por médicos deveriam ser apenadas².

A culpa, como a conhecemos, apareceu conceitualmente com a *lex Aquilia de damno* e com a Lei Hortênsia, onde também se previa delitos relacionados com os médicos, tais como o abandono do doente, erros cometidos pela imperícia, a falta de assistência, dentre outros.

Roma também assistiu à profissionalização da medicina, a qual passou de uma mera prática de curandeiros e sacerdotes para uma profissão ensinada em cursos específicos, além de o próprio Estado Romano chamar para si a importância decorrente da medicina, inclusive adotou posturas de higiene e de saúde públicas.

¹ CROCE, Delton e JÚNIOR, Delton Croce, *“Erro Médico”*, 1a ed., Editora Oliveira Mendes, São Paulo, 1997

² KFOURI NETO, Miguel. *A responsabilidade civil do médico*. RT: 4ª Ed. São Paulo 2001. P. 39

Milênios depois, na modernidade jurídica a responsabilidade deixou de ser punida com penas físicas para se tornar patrimonial, passando o médico a responder pecuniariamente pelos seus erros.

Neste momento histórico, a evolução da ciência médica, aliada à filosofia, deu maior alcance teleológico ao processo de diagnóstico e cura, além de aprofundar-se no campo da anatomia e dos fenômenos patológicos, deixando, assim, a medicina cada vez mais longe de seu primitivo caráter empírico e se transformando, cada vez mais, em ciência pura. Por conta disto a própria avaliação do erro médico ganhou novos contornos. O Estado, se apercebendo da importância da medicina, apressou-se em incorporá-la às suas atribuições.

Hoje, deve-se considerar a medicina como um fato social, visto que o interesse da coletividade pela saúde se faz cada vez mais urgente e o controle da atividade médica também é fundamental, bem como a reparação dos erros (de diagnóstico e de procedimento).

Com o liberalismo jurídico, passou a prevalecer o princípio de liberdade nas ações humanas, fazendo com que o dano, suficiente para ocasionar o direito ao ressarcimento, fosse baseado na idéia de culpa, qual seja, na atividade voluntária.

Se os avanços da ciência e sobretudo da medicina, robusteceram os tratamentos e precipuamente os acertos nos diagnósticos, propiciando uma qualidade melhor de vida, porque continuamos a enfrentar tantos erros médicos?

Tais erros têm múltiplas raízes, tais como a imperícia, a má formação acadêmica, somadas aos poucos recursos fornecidos pelo Estado para o setor da Saúde Pública.

Tal ambiente propicia matéria fértil para o estudo da evolução doutrinária da responsabilidade civil do médico.

1.2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil do médico, tal qual a de qualquer outra profissão, consiste em reparar os danos produzidos em outrem, no exercício da atividade.

O Código Civil brasileiro de 1916 agasalhou, no artigo 1545, a noção de responsabilidade civil, dos profissionais da área da saúde:

“Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.”

Assim, a responsabilidade do médico está estritamente ligada ao desempenho de sua atividade profissional, levando-se em conta o seu comportamento culposos, ensejando, desta maneira, sanções civis, da mesma forma que sanções penais, administrativas ou de outra natureza poderão também se configurar.

Diante do texto pontificado, cabe proceder à análise dos elementos constitutivos da responsabilidade médica.

O primeiro requisito para a moderna teoria da responsabilidade civil refere-se à natureza da responsabilidade, a qual pode ser objetiva ou subjetiva.

A responsabilidade subjetiva está firmada no agir culposos do agente, em sua falta de diligência profissional, imprimindo dano à vítima.

Por sua vez, a responsabilidade objetiva relaciona-se com as atividades de risco, as quais pela sua própria natureza, obrigam à reparação civil.

A doutrina, quiçá inferida pelo código civil de 1916 postula que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, calcada no agir culposos (negligente, impericioso ou imprudente) do profissional.

Neste sentido, explicando o artigo 1545, ensinou Clóvis Beviláqua³:

“...a responsabilidade das pessoas indicadas neste artigo, por atos profissionais, que produzem morte, inabilitação para o trabalho, ou ferimento, funda-se na culpa; e a disposição tem por fim afastar a escusa, que poderiam pretender invocar, de ser o dano um acidente no exercício de sua profissão. O direito exige que esses profissionais exerçam a sua arte segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem. E esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso, que a lei repressiva lhe pune as infrações”.

Diante da natureza subjetiva da responsabilidade civil do médico, interessante é observar a dificuldade da produção da prova nestes casos, haja vista que deve o

profissional agir com culpa, e assim sendo, há necessidade de perícias técnicas, que deverão informar, através de laudos, aos magistrados o atuar pouco diligente daqueles profissionais.

Agravando a necessidade de cautela dos julgadores no avaliar estes laudos e explicações técnicas, existe um grande espírito corporativista, que costuma atingir todas as categorias profissionais organizadas, e que se manifesta de forma muito flagrante nos procedimentos envolvendo erro médico.

Outro ponto a se salientar diz respeito a produção das provas da culpa, haja vista que em se tratando de obrigação de meio, caberá estritamente à vítima a sua produção, demonstrando que o médico agiu de forma deliberada, negligente, imprudente ou imperita.

Mesmo, quando a obrigação for de resultado, como no caso das cirurgias plásticas, caberá à vítima demonstrar a ocorrência do dano e o nexo causal. A isenção da responsabilidade por parte do médico, nestes casos, dependerá da demonstração de *v.g.* culpa exclusiva da vítima.

A culpa é classificada também em relação ao seu grau, como culpa leve, média ou grave. Esta classificação é importante, no sentido de que revela ao magistrado a extensão da responsabilidade do médico, o que não afasta que a culpa, mesmo levíssima, obrigue ao ressarcimento do dano.

O segundo ponto de destaque na determinação da responsabilidade do médico, diz respeito à sua natureza contratual.

Neste sentido, num primeiro momento, a responsabilidade foi classificada como aquiliana, ou seja, decorrente de um ato ilícito praticado pelo médico, como por exemplo ter ele agido, no exercício de sua profissão, sem os cuidados necessários ou a diligência exigida.

A confusão entre a responsabilidade aquiliana e a contratual tem justificativa, pois o próprio Código Civil de 1916 elencou o erro médico na parte das liquidações das obrigações resultantes de atos ilícitos no seu artigo 1545. Neste ambiente, o médico gozava de uma ampla liberdade de atuação, eventualmente sendo responsabilizado quando cometesse algum erro de natureza profissional.

³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estado Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro. ed, Rio, 1984, vol 4, p. 696.

Com o passar dos anos foi-se cristalizando o entendimento doutrinário e jurisprudencial na direção da natureza contratual da responsabilidade médica, mesmo porque o pacto firmado entre o paciente e o médico guarda em si todos os elementos contratuais, inclusive os que atribuem responsabilidade para ambas as partes em caso de inadimplemento.

Além disso, os tribunais têm entendido que, para o médico ser responsabilizado, necessário se faz existir alguma das modalidades culposas de conduta.

Segundo Sílvio Rodrigues⁴:

“A responsabilidade de tais profissionais é contratual, e hoje tal concepção parece estreme de dúvida. Entretanto, no passado, a idéia contrária era a prevalecente, sendo certo que o fato de se colocar a responsabilidade dos médicos e cirurgiões na órbita contratual representou, de um certo modo, uma conquista do progresso científico”.

Hoje é pacífico o entendimento no sentido da responsabilidade contratual do médico.

A partir daí, surge a necessidade de se precisar qual o momento do nascimento do contrato?, isto é, da formação da relação jurídica.

Para Maria Helena Diniz, “o médico que atende um chamado determina desde logo o nascimento de um contrato com o doente ou com uma pessoa que o chamou em benefício do enfermo”.⁵

Uma vez estabelecido o contrato, segundo Aguiar Dias⁶, surgem alguns deveres implícitos, cabendo ao profissional da saúde observá-los.

O primeiro deles é o **dever de informar** (ou de informação), segundo o qual o médico deve dar informações suficientes ao seu paciente sobre o seu estado de saúde, prescrições, tratamentos possíveis, riscos, cuidados, conselhos.

Além disso, cumpre ao médico também informar o preço de seus serviços e dos tratamentos.

⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - responsabilidade civil*. 13ª. ed., São Paulo: p. 270

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993, v.2, p. 457.

⁶ *Responsabilidade Civil*, Forense, Rio, n. 116

O segundo é o **dever de cuidado**, o qual visa a proteção efetiva do paciente, devendo o médico tomar todas as precauções necessárias para a recuperação do debilitado, bem como garantir-lhe o melhor tratamento possível e disponível.

Por último, há o **dever de abstenção de abuso ou desvio de poder**. Este diz respeito à prudência com que o médico deve tratar o paciente, devendo afastar-se de tratamentos não convencionais, ou mesmo não ortodoxos. Deve o médico utilizar-se de cautela e de tratamento e técnicas consagradas pela medicina, evitando, assim, ser responsabilizado futuramente pelo infortúnio que venha a atingir o seu paciente em decorrência do agravamento da moléstia. Além do que, deve o médico sempre que possível perguntar e dar ciência ao paciente da oportunidade interventiva e nunca abusar desse direito, valendo-se de sua posição técnica.

Em face da própria natureza contratual da responsabilidade médica, cabe cogitar da incidência, nas relações médico-paciente do disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor⁷ o qual prevê aparentemente a responsabilidade objetiva para os casos onde a prestação de serviços é feita de modo defeituoso.

Segundo o texto legal:

"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes e inadequadas sobre sua fruição e riscos". (grifo nosso)

Conforme referido, a responsabilidade civil medica é considerada subjetiva, calcada na culpa.

Como encaixar a hipótese no art. 14 do CDC, que prevê responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço, frente à responsabilidade do médico?

Observe-se, porém, que o § 3º do art. 14 do CDC dispõem:

"§3. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

⁷ Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990

Do visto, a princípio, pouco resta a discordar da posição do código sobre a responsabilidade objetiva na prestação de serviços. No entanto, ao correr os olhos pelo parágrafo 4 do mesmo artigo do CDC, vemos que:

Ademais, complemente seu § 4.º:

“§ 4.º . A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Desta forma, temos que, se a responsabilidade é objetiva na prestação de serviços, em geral excetuando-se a prestação de serviços de profissionais liberais, dentre os quais o médico, não há incompatibilidade entre a norma do CDC e a construção doutrinária e jurisprudencial que acolhe a culpa como elemento de responsabilidade civil do médico.

Surgem algumas celeumas, no entanto, sobre a responsabilidade do hospital que mantém vínculos trabalhistas com o profissional da saúde.

Muitos doutrinadores afirmam que a responsabilidade das pessoas jurídicas independe da culpa, ou seja, é objetiva.

Por outro lado encontramos quem diga o contrário, defendendo que também deve-se apurar os limites da responsabilidade do funcionário para ocorrer a indenização, qual seja, que a responsabilidade do hospital só surgirá se houver culpa de seu representante ou preposto.

Explicando o posicionamento do CDC tema Antônio Herman de Vasconcelos⁸ diz que:

...em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilidade objetiva para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais.

Quanto à responsabilidade objetiva, arremata:

...se o médico trabalha para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente.

⁸ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et alli. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. p , 79-80.

Este, é um tema árido e ainda não pacificado pela doutrina, e muito mesmo pela jurisprudência. Do ponto de vista do presente trabalho, no entanto, o importante é afirmar que a responsabilidade do médico é subjetiva.

1.3. OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

Prevalente a **autonomia privada** como diretriz para a moderna teoria geral dos contratos, respeitados os preceitos de ordem pública, e eventuais normas interventivas específicas, temos a liberdade de pactuar acerca do conteúdo do contrato, com quem e quando vamos firmá-lo, se vamos aceitá-lo ou não, eleger quais as cláusulas contratuais que melhor atendam ao interesse envolvido. Em suma, temos liberdade ao contratar em especial nas relações intersubjetivas, como a que ocorre entre médico e paciente.

O pacto gera um dever de cooperação que une as partes, sendo determinada no corpo do contrato a sua dimensão e legitimado pela liberdade de contratar.

Gera-se, *ipso facto*, um vínculo entre os pactuantes, devendo o objeto convencionado ser realizado da maneira estipulada no contrato.

A partir da natureza da obrigação, temos duas situações: a primeira envolvendo uma **obrigação de meio**, que desvincula o pactuante de atingir um fim certo, sendo necessário apenas o dever de empenhar-se ao máximo para atingir o fim pretendido, o qual, por sua vez, não é o objetivo imediato do contrato. A finalidade desta obrigação é a própria atividade do pactuante.

A segunda espécie de obrigação diz respeito à **obrigação de resultado**, na qual não se privilegia o meio, e sim a finalidade precípua do contrato, não importando como se obtém o resultado e sim se chega ao mesmo

Sobre as obrigações de meio, ilustra Miguel Kfoury Neto⁹:

“...quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. É o caso do médico, que se obriga a envidar seus melhores esforços e usar de todos os meios indispensáveis à obtenção da cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, ou seja, a própria cura”.

⁹ Ob. Cit p. 40.

Por seu turno, Yussef Sahaid Cahali¹⁰:

“obrigação de resultado é aquela em que o devedor obriga-se a chegar a determinado fim, sem o qual não terá cumprido os seus deveres, caso em que estará obrigado a responder pelas conseqüências”.

Neste tipo de obrigação, o pactuante só se livra do encargo se obtiver o resultado contratado, caso contrário deverá indenizar.

O contrato firmado entre o médico e paciente geralmente envolve obrigação de meio, visto que o objeto é a prestação de serviços médicos, e não a cura imediata. Isto se justifica pelo fato de o médico não assumir o dever de cura, sendo este, geralmente imprevisível pois os organismo têm reações diversas aos tratamentos, sendo muito temerário assumir um compromisso com elevado grau de incerteza.

No entanto, existem contratos médicos onde a obrigação é dita de resultado, dentre os quais a cirurgia plástica, e as analgesias.

A distinção se entre obrigação de meio e de resultado mostra deveras importante na determinação da própria obrigação e em especial na produção da prova.

Conforme visto, o ônus da prova cabe geralmente a quem alega o fato; no entanto, existem situações onde a complexidade da prova e hipossuficiência de uma das partes confere a possibilidade de inversão do ônus.

Desta forma, podemos notar que, nas obrigações de meio, o ônus da prova cabe ao paciente/vítima, o qual deverá provar que o médico agiu com falta de diligência. Já nas obrigações ditas de resultado, devido a dificuldade de o paciente produzir a prova, cabe ao médico apresentar alguma excludente de culpa, visto haver contra ele uma presunção de responsabilidade.

1.4 CLÁUSULA DE NÃO-INDENIZAR

Existe hoje, de forma mais ou menos comum, uma tentativa de eximir-se de responsabilidade por parte de estabelecimentos e de profissionais.

¹⁰CAHALI, Yussef Said (coordenador). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1984. P. 40

Exemplo disto são as placas em estacionamentos dizendo que não se responsabilizam por furtos ou danos ocorridos em seu interior e os contratos contendo cláusulas que tentam transferir a responsabilidade para apenas uma das partes. Isto também ocorre com os contratos médicos.

Muitos contratos na área de saúde contêm este engodo e fazem com que o paciente acredite que não pode acionar o médico por prejuízos decorrentes da má atuação deste.

A tentativa de ludibriar a vítima se traduz nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves¹¹: “a cláusula de irresponsabilidade tem por função alterar, em benefício do contratante, o jogo dos riscos, pois estes são transferidos para a vítima”.

A própria configuração da medicina confere ao médico certo grau de “irresponsabilidade”, isto se justifica pelo fato da ciência médica manter um grau de precisão mais limitado do que os das ciências exatas. Isto confere uma amplitude maior na tolerância dos erros cometidos pelos profissionais da saúde.

Neste sentido, não é falho observar que, dentro das margens acima aludidas, já encontramos tais cláusulas excludentes, não havendo possibilidade de se pactuar fora destes limites.

Hoje tais cláusulas sofrem embate tanto do Código de Defesa do Consumidor quanto do próprio Código Civil.

No CDC são consideradas cláusulas abusivas e por isso devem ser desconsideradas, visto privilegiarem uma das partes em detrimento da outra.

Neste sentido, o artigo 51, inciso I do CDC deixa muito claro:

“Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”.

Além disso, as cláusulas de exclusão indenizatória não retiram de apreciação a culpa do agente, devendo esta sempre ser auferida e avaliada. Pois, caso contrário teríamos um situação teratológica no direito, em que o profissional poderia portar-se com dolo e mesmo assim não ser responsabilizado.

Neste sentido, Sílvia Rodrigues¹²:

“É unânime o entendimento de que a cláusula de não indenizar não pode eximir o dolo do estipulante. Seria da maior imoralidade admitir-se a idéia de alguém fugir à responsabilidade pelo inadimplemento da avença, por sua deliberada e exclusiva decisão. Aliás, na hipótese a cláusula seria ineficaz em virtude do disposto no art. 115 do Código Civil, que veda as condições potestivas”.

Por tudo isto, as cláusulas de não-indenizar devem ser consideradas inócuas e não devem repercutir efeitos nas obrigações entre médico e paciente, visto ser aviltante a confecção destas, pois respeitam-se os preceitos de ordem pública os quais limitam a autonomia privada.

Em outras palavras, não se pode contratar ilimitadamente, há que se respeitar os preceitos legais consagrados no direito, dentre eles a ética, boa-fé objetiva e igualdade substancial entre as partes.

Sobretudo, constitui dever último do médico velar pela integridade de seu paciente, sendo a incolumidade daquele inafastável.

¹¹ *Op. Cit.*, p. 530.

¹² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - responsabilidade civil*. 13ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, vol. 4.*Op.Cit.*, 187

PARTE II

2.1. ERRO MÉDICO

Caracterizar o Erro Médico não é uma tarefa fácil, pois demanda um estudo especializado do nexos causal que une o ato com o dano experimentado pelo paciente.

Tal estudo demanda a avaliação da *Lex artis ad hoc* frente ao procedimento técnico adotado. Ademais, há que se levar em conta que a medicina tem um certo grau de imprecisão, visto que os organismos humanos reagem muitas vezes de forma inesperada.

Neste cenário de imprecisões, grande é o trabalho dos operadores do direito, bem como dos próprios médicos e peritos em aferir, sob a ótica jurídica, a extensão da culpa médica.

Erros existem e muitas são suas causas, dentre as quais pode-se referir a carga excessiva de trabalho enfrentada pelo profissional da saúde, a deficiência em sua formação técnica, a utilização de equipamentos inadequados, manutenção deficiente de equipamentos, má remuneração, que remete à primeira situação, etc...

A finalidade do presente trabalho é definir qual é a responsabilidade imediata do médico, em termos daquilo que possa ser considerado uma conduta reprovável, em suas ações ou omissões.

Limitado o objeto, temos que o erro médico surge da constatação de que o ato ou omissão praticado pelo médico não seguiu os ditames postulados na literatura técnica de cada especialidade.

Para tal constatação, é praxe consultar, no mínimo, três obras de autores de renome acerca do tema específico. Se o procedimento corresponder ao descrito nas obras, fica o médico isento de responsabilidade, pois não houve violação das normas técnicas. No entanto, se o médico agiu de forma diversa da preconizada pela literatura especializada, considera-se que cometeu uma transgressão profissional.

O erro do médico pode ser escusável ou inescusável. Escusável é aquele erro em que somente uma observação muito minuciosa do objeto, seria suficiente para

inibi-lo, ou que envolva informações muito recentes, ainda não disponibilizadas para a comunidade médica em geral.

O Erro inescusável é aquele cometido de forma grosseira, sendo que uma observação normal, do homem médio, impediria a configuração do dano.

Isto significa que erro inescusável é aquele que envolve falha grave, inadmissível ao médico com formação profissional adequada.

Neste texto, limita-se a observação do erro médico a dois momentos críticos: o diagnóstico e o tratamento.

2.2. ERRO DE DIAGNÓSTICO

Segundo o Novo Dicionário Aurélio¹³, diagnóstico é o “conhecimento ou determinação duma doença pelo(s) sintoma(s), sinal ou sinais e/ou mediante exames diversos (radiológicos, laboratoriais, etc.)”.

Em outras palavras, diagnosticar, na área médica, consiste em emitir um juízo sobre um estado de saúde de alguém.

Desta forma, necessário é que o médico, antes de emitir tal juízo, procede à obtenção de certos elementos essenciais, dentre os quais¹⁴:

- a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença - e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas etc.);
- b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também os comparando com os diversos quadros patológicos conhecidos pela Ciência Médica.

O diagnóstico é de fundamental importância, pois indicará a patologia do paciente. Por sua vez, o tratamento depende diretamente deste diagnóstico. Assim, um erro de diagnóstico implicará também erro de tratamento, o qual poderá acarretar muitos danos ao paciente, visto que sua situação poderá piorar ou até mesmo provocar novas complicações decorrentes de tratamento errôneo.

¹³ AURÉLIO, Novo dicionário da língua Portuguesa

O ato de diagnosticar é um ato de interpretação dos sinais da doença (sintomas) e por isso mesmo, um ato subjetivo e complexo.

Outro ponto a se salientar é o de que nem sempre os sintomas presentes são provocados diretamente pela doença, podendo, inclusive ser reflexo de medicação, anteriormente prescrita e/ou ministrada ao paciente.

Do que foi exposto, em sendo o diagnóstico uma tarefa não tão precisa quanto a matemática, os erros decorrentes de sua imprecisão também são de difícil constatação, podendo ser provenientes tanto dos meios de que dispõe o médico, quanto das variáveis que circundam cada caso e cada paciente.

2.3. ERRO NO TRATAMENTO

O tratamento tem início logo após a determinação e identificação da doença no diagnóstico e consiste no momento em que o médico lança mão de todos dos meios disponíveis para aplacar a dor e debelar a doença do enfermo.

Aqui o médico deve ter sua atenção e cuidados multiplicados, tendo em vista que é nessa fase do procedimento que o paciente sofre propriamente sua intervenção.

O erro no tratamento pode advir diretamente, como quando se constata uma falha na execução de uma intervenção cirúrgica, ou indiretamente, de que é exemplo uma infecção hospitalar.

A principal distinção entre o erro de diagnóstico e o de tratamento é que este tanto pode ter sua origem naquele, quanto pode o erro de tratamento manifestar-se isoladamente, hipótese em que incidirá com maior gravidade. Por esse motivo, a avaliação do médico na fase do tratamento deve-se dar de forma objetiva, pelo fato de existir maior precisão na avaliação dos resultados.

Ademais, mesmo diante da imprecisão do diagnóstico, deve o médico ficar atento para a evolução do quadro de saúde de seu paciente. Constatando-se uma piora, deve procurar meios para corrigir o equívoco anterior.

¹⁴ COSTALES, J. Fernandez. *Responsabilidade civil médica y hospitalar*. P. 115 e ss.

Em suma: na perspectiva do direito vigente, em sendo comprovado que o dano causado à saúde do paciente adveio de um erro do médico (no tratamento ou no diagnóstico), certa é a obrigação do profissional em repará-lo.

PARTE III

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

3.1. A CIRURGIA PLÁSTICA

A história da cirurgia plástica, entendida como cirurgia meramente estética, passou por fases bem distintas e evoluiu com os costumes, valores e ditames da sociedade.

De uma forma geral, podemos catalogar três momentos de destaque para a cirurgia plástica, até que ela ganhasse legitimidade e *status*, passando de mera experiência a especialidade médica.

A primeira fase, noticiada como ocorrida no limiar do século XX, foi de rejeição. Neste período, a cirurgia plástica tinha mais caráter experimental do que científico, destinando-se mais a corrigir imperfeições físicas do que a embelezar os pacientes. Não obstante isto, era visualizada de forma negativa e preconceituosa, o que a colocava em posição menos nobre em face de outros procedimentos médicos. Por isso, mesmo se orientada para a correção de aleijões, a presunção de culpa, nesta etapa da sua evolução, sempre recaía sobre o médico.

A justificativa para tal reação a este tipo de procedimento cirúrgico encontrava-se na concepção, então prevalente, de que estas cirurgias não tinham a nobreza de, por exemplo, curar uma enfermidade letal, destinando-se apenas a melhorar a aparência do paciente.

Num segundo momento, temos a fase da aceitação, com reserva, da cirurgia plástica estética.

O início desta fase é marcado por um julgado do Tribunal do Sena, proferido em 1929. Este celebre caso foi um divisor de águas no mundo da responsabilidade civil em se tratando de cirurgias plásticas, pois, a partir dele, passou-se a se questionar sobre a incidência invariável de culpa do médico em tais procedimentos, admitindo-se a avaliação da culpa caso a caso, dependendo das condições e circunstâncias a eles inerentes .

Depois desta decisão entendeu-se, portanto, que a prática das cirurgias plásticas não constituía um ato ilícito, reconhecendo-se que as pessoas tinham direito de corrigir eventuais defeitos físicos e melhorar sua aparência frente a uma sociedade que privilegiava o belo e o perfeito.

Como, com o ato cirúrgico, notava-se que estas pessoas ganhavam muito em auto-estima e conseqüentemente reduziam várias de suas neuroses, pois, com a correção, diminuía-se a rejeição social causada pela imperfeição, o procedimento passou a ser admitido, embora ainda com reserva.

A última fase é a da aceitação completa, quando a cirurgia plástica estética ganhou notoriedade e acesso mais facilitado a todos que querem a ela se submeter.

Vivemos hoje nesta fase, e também enfrentamos uma ditadura da boa forma, tanto na proliferação de academias de ginástica quanto de clínicas estéticas.

Por via de conseqüência, hoje a cirurgia plástica ganhou muito espaço e respeito, passando inclusive à categoria de especialidade médica.

A submissão a uma cirurgia plástica, mais a estética do que a reparadora, é, inclusive, tida como sinal de *status* em determinados grupos sociais, em especial no Brasil.

Com a popularização da cirurgia estética, observamos que muitos profissionais optam por seguir essa especialização, implicando um aumento de oferta do serviço, que se mercantilizou, com redução de preços proporcional ao aumento da oferta, o que acaba por produzir uma verdadeira corrida às clínicas médicas especializadas.

Com o aumento progressivo no número de cirurgias plásticas, na área da estética, os erros também aumentam em igual proporção, sendo manchetes quase que diárias na nossa imprensa, até porque eventualmente alguns médicos falsamente se apresentam como especialistas.

A propósito, a opinião de Caio Mario da Silva Pereira¹⁵:

“No meio dia da vida, homens e mulheres sentindo os primeiros sintomas externos da degeneração dos tecidos, procuram, por vaidade ou por necessidade de melhorar a aparência, a cirurgia estética como meio de obtê-lo. Anunciam-se pela imprensa “centros estéticos”, multiplicam-se os profissionais nessa especialidade, e alguns se tornam socialmente

¹⁵ *Idem*, p. 168-169

prestigiosos, e até mundialmente famosos. Dentro de tais conceitos é de se admitir a realização da cirurgia plástica como atividade normal e acontecimento cotidiano. Desta forma, afasta-se totalmente a idéia de ilicitude, e de que constitui ela, em si mesma, fundamento da responsabilidade civil. É uma atividade lícita e uma especialidade médica como outra qualquer. As pessoas têm o direito de cuidar de sua aparência, do mesmo modo que de sua saúde, e o médico que a isto se dedica recebe o mesmo tratamento que outro qualquer facultativo”.

Existem duas modalidades de cirurgias plásticas, a saber: *a estética e a reparadora*.

A cirurgia plástica reparadora visa corrigir uma deformidade congênita ou adquirida durante a vida.

Por sua vez a cirurgia plástica estética tem por objetivo erradicar imperfeições da aparência física da pessoa.

Das duas modalidades, é a cirurgia meramente estética que tem sido tratada pelos tribunais de forma mais incisiva quanto à responsabilidade do médico em indenizar.

José de Aguiar Dias¹⁶ nos dá a direção de tal posicionamento:

“Esta aplicação da ciência não tem sido encarada com muita benevolência pelos tribunais, naturalmente impressionados pela feição menos nobre da cirurgia estética posta a serviço da vaidade fútil ou dos até inexequíveis processos de rejuvenescimento, mas esquecidos das assombrosas possibilidades que ela pode abrir à humanidade, dentro das altas finalidades da arte médica”.

Seguindo a posição de José de Aguiar Dias, Miguel Kfoury Neto¹⁷ diz que “todas as vezes que a saúde, a integridade física ou a vida do paciente estejam em perigo, o médico deve renunciar ao aperfeiçoamento de caráter estético, independentemente da vontade do próprio paciente”.

Apesar do posicionamento da doutrina, tanto a cirurgia plástica reparadora quanto a meramente estética, são legítimas perante o Conselho Federal de Medicina, já que integram uma especialização reconhecida, até porque esta última, atualmente, deixe de ser considerada supérflua, para integrar uma necessidade imposta pela sociedade de consumo: a boa aparência.

¹⁶ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não-indenizar*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980., p. 303.

3.2. CARACTERÍSTICAS

Miguel Kfoury Neto¹⁸ define cirurgia estética como:

“procedimento que não tem por escopo curar uma enfermidade, mas sim eliminar as imperfeições físicas que, sem alterar a saúde de uma pessoa, tornam-na feia, do ponto de vista estético.”

Neste sentido, a saúde do paciente deve ser entendida como um complexo de bem-estar físico, psíquico e social. Desta maneira, a cirurgia plástica tem finalidade terapêutica, pois a enfermidade, segundo aquela definição, não se caracteriza apenas em ter uma patologia degenerativa (orgânica ou física). O sentir-se bem consigo mesmo é de vital importância para todos e o reflexo exterior de nossa pessoa tem, em primeiro lugar, de nos agradar, para causar boa impressão aqueles que nos cercam.

Quando isto não ocorre, gradualmente sofreremos um processo de baixa de auto-estima e conseqüente afastamento da vida social, o que acaba por, não raras vezes, criar perturbações no âmbito psíquico.

Desta forma, a cirurgia estética se presta a corrigir estes detalhes físicos, propiciando, ideologicamente, um aumento na auto-estima do paciente e em conseqüência, sua aceitação perante a sociedade.

Por ter um escopo diferente das outras intervenções cirúrgicas, o paciente que vai se submeter a uma cirurgia plástica estética, deve ter, como regra, um acompanhamento psicológico para avaliar os benefícios da operação (até porque os efeitos e benefícios da intervenção se manifestarão acentuadamente na área emocional (psicológica) do paciente).

Outro ponto a ser salientado é que, apesar de não ser uma cirurgia de urgência ou emergência, a intervenção plástica-estética apresenta todas as características e riscos das demais intervenções cirúrgicas. Assim, poderão advir reações no organismo do paciente imprevisíveis e com conseqüências indesejáveis, pela diversidade de reações aos tratamentos.

¹⁷ *Ob. cit.*, p. 142.

¹⁸ *Ob. cit.*, p. 152.

Cabe ao médico avaliar o custo benefício da cirurgia estética em termos de saúde do paciente. Se entender que os benefícios obtidos com a cirurgia são menores que os riscos com a mesma, deverá negar-se em realizá-la. Caso contrário, na perspectiva jurídica, ficará obrigado à reparação dos danos causados, se a mesma for mal sucedida.

3.3. A QUESTÃO ESTÉTICA

No âmbito da responsabilidade civil, o dano pode ter duas feições: uma de ordem econômico-patrimonial e outra de ordem moral, decorrente do sofrimento e frustração.

O dano estético é uma conjugação dos dois tipos de dano (patrimonial e moral), haja vista que incide diretamente sobre a aparência da vítima, que deverá ser reconstituída (com despesas obrigatórias para tanto), ao mesmo tempo ocasionando-lhe uma dor íntima, pela frustração da expectativa depositada na cirurgia plástica.

Do ponto de vista jurídico-privado, para proceder à avaliação dos prejuízos sofridos pela vítima, mensuram-se as modificações sofridas por esta, em relação à sua condição anterior.

Trata-se de uma tarefa árdua, visto que o “belo” é um conceito muito subjetivo.

Em sede de dano moral, este decorre da afronta ao direito personalíssimo à imagem e à integridade corpórea.

Neste aspecto, o dano surge da repercussão dos efeitos da cirurgia estética na esfera psíquica do paciente, causando-lhe um sofrimento advindo do resultado indesejado.

No que tange ao dano patrimonial, advém tanto das despesas com eventual cirurgia reparadora, quanto da hipótese de limitação da exposição da imagem do paciente, quando se trate, por exemplo, de alguém vinculado(a) a algum produto ou serviço, tal como ocorre com modelos fotográficos.

3.4. O CONSENTIMENTO E O DEVER DE INFORMAÇÃO

Dentre as obrigações implícitas que devem ser observadas pelo médico, independente de sua especialização, está o dever de sempre informar ao paciente sobre o seu estado de saúde, bem como acerca do tratamento disponível e/ou prescrito.

Além destas obrigações implícitas, no caso da cirurgia plástica estética, destaca-se o dever de informar ao paciente sobre os riscos da cirurgia e das possibilidades de sucesso ou de fracasso do resultado pretendido.

Neste ambiente, outro ponto de fundamental importância para análise da responsabilidade do médico diz respeito ao consentimento do paciente.

Este é fundamental para a realização de qualquer procedimento cirúrgico. Quando concedido pelo paciente, ou por quem por ele seja responsável, fica o médico, em princípio, isento de responsabilidade pelo procedimento indicado, caso venha a ser adotado.

Neste sentido, José de Aguiar Dias¹⁹:

“O consentimento do paciente libera o médico de responsabilidade (...) Mas há casos em que não pode o médico invocá-lo. Assim, em geral, em todos os casos em que as vantagens do tratamento ou da intervenção estejam em desproporção com os riscos ou as desvantagens correspondentes e, em particular, no que respeita à cirurgia estética. Funda-se a norma em que a incolumidade do corpo humano é matéria de ordem pública (...).”

Desta forma, ao informar o paciente, o médico deve ponderar quais serão os custos/benefícios da cirurgia.

Particularmente nas hipóteses de cirurgia estética, quando houver uma desproporção entre o resultado previsto e os riscos para a saúde do paciente, o médico deverá abster-se da operação.

Tão relevante é o consentimento do paciente para o procedimento cirúrgico que, na expressão de José de Aguiar Dias²⁰ “a operação sem consentimento equivale a agressão”.

Acresça-se a tanto que é defeso ao médico praticar experimentos sobre o corpo do paciente, mesmo tendo sua autorização. Sobre esta matéria há uma

¹⁹ *Ob. cit.*, p. 258.

²⁰ *Idem*, p. 290.

limitação à autonomia da vontade, tratando-se de regras de ordem pública, como tal indisponíveis.

3.5. CIRURGIA ESTÉTICA E OBRIGAÇÕES DELA DECORRENTES

Os contratos de prestação de serviços médicos podem envolver obrigações ditas de meio ou de resultado, dependendo da natureza das prestações envolvidas.

Como regra geral, estes contratos envolvem obrigação de meio, devendo o médico esmerar-se ao máximo para preservar e proteger a saúde de seu paciente, não ficando, no entanto, vinculado a um resultado específico, em virtude da própria imprecisão da ciência médica.

Assim, não pode o médico ser compelido a assumir responsabilidade por algo que, devido à sua própria natureza, é incerto, como a saúde e a duração da vida humana. Isto não exclui que deve adotar todos os cuidados e atenção necessários, em consonância com a moderna medicina, para evitar uma possível responsabilização civil, ou de outra natureza.

No caso específico das cirurgias plásticas, as obrigações delas decorrentes envolvem obrigações de natureza diversa, dependendo de sua modalidade.

Embora a doutrina não seja unânime a respeito, refere-se ser de resultado a natureza da obrigação decorrente do contrato para a realização de cirurgias meramente estéticas.

No sentido de negar a natureza de obrigação de resultado, temos a opinião do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior²¹:

“Embora seja notório a promessa dos cirurgiões plásticos quanto ao sucesso da reparação, caso contrário ninguém se exporia ao procedimento, não se deve atribuir-lhes a condição do resultado, pois tal como nas demais cirurgias, estas também não são matematicamente precisas, podendo o organismo reagir de forma diversa da esperada. Assim, desde que o médico não assuma expressamente tais obrigações finalísticas, este não deve responder por tais, portanto esta modalidade de cirurgia deve ser entendida como de meio, tendo em vista os riscos que tais intervenções trazem consigo, eximindo o médico da obrigação de obter o resultado desde que lance mão de todas as técnicas consagradas pela medicina, adotando também toda a cautela e cuidados necessários para o procedimento”.

²¹ AGUIAR, Rui Rosado. *Responsabilidade civil do médico*. RT 718/33-40

Nesta perspectiva, o médico só seria responsabilizado pelo resultado se assim tivesse consignado expressamente no contrato. Caso contrário, ao se valer de cautela e das técnicas consagradas pela medicina, estaria desvinculado da obrigação de resultado.

Isto equívale a considerar que, impor ao médico uma obrigação de resultado decorrente de um insucesso em uma cirurgia plástica meramente estética é atribuir-lhe um ônus que ele não tem condições de suportar.

Numa outra linha, parte da doutrina entende que as cirurgias plásticas meramente estéticas implicam obrigação de resultado, pois o paciente contrata com o médico um fim determinado, ou seja, uma aparência específica, além de estar gozando de boa saúde, vindo a procurar o cirurgião plástico com a finalidade precípua de alterar alguma imperfeição que reputa existente em sua aparência.

Rio Stoco²² assim assevera:

“O profissional da área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado, prevendo, inclusive, com alguns detalhes, esse novo resultado estético procurado. Alguns utilizam-se até de programas de computador que projetam a nova imagem (boca, nariz, seios, etc.), através de montagem, escolhida na tela do computador ou na impressora para que o cliente decida.”

Assim, não sendo alcançado o fim colimado no contrato, ficará o cirurgião plástico atrelado à obrigação de reparar, tanto materialmente, quanto moralmente o seu paciente.

Confirma esta tese Tereza Acona Lopez de Magalhães²³:

“Na verdade, quando alguém, que está muito bem de saúde, procura um médico somente para melhorar algum aspecto seu, que considera desagradável, quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico, caso contrário, não adiantaria arriscar-se e gastar dinheiro por nada. Em outras palavras, ninguém se submete a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristeza.”

²² STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina* p. 298-299.

²³ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1980.p 62.

Os Tribunais também têm assim se posicionado:

Responsabilidade civil - Médico - Dano estético resultante de cirurgia plástica - Reconhecimento da responsabilidade contratual em razão de inadimplemento, por assumir o cirurgião obrigação de resultado - Admissibilidade – Inicial que, apesar de não distinguir claramente qual a opção ao autor no tocante à responsabilidade contratual e delitual, erigiu aquela em causa de pedir - Inocorrência de julgamento “extra petita” - Indenização devida.²⁴

Quanto às cirurgias plásticas reparadoras, nestas não pairam dúvidas acerca da natureza de obrigação de meio. Senão, vejamos:

“se a cirurgia tiver por finalidade a reparação de graves defeitos - causados por acidentes de automóvel, do trabalho, queimaduras v.g. - é indubitosa a caracterização da obrigação de meios ...”²⁵

Desta forma, em tendo a cirurgia plástica uma finalidade reparadora de lesão ou deformidade, não se deve esperar do médico uma obrigação de resultado, visto este não assumir uma obrigação de cura. Deve-se, sim, esperar que este mantenha o seu cliente/paciente informado sobre a sua condições de saúde e dos riscos inerentes a tal procedimento, bem como deve ele proceder com todo cuidado e técnica que o ato exige.

Sofrendo o paciente algum tipo de dano decorrente da cirurgia plástica reparadora, deve ficar claro e indubitoso que o médico atuou com culpa (negligencia, imperícia, imprudência ou dolo), para que possa ser responsabilizado.

Neste caso, a produção da prova, tendo em vista ser uma obrigação de meio, é do autor da demanda.

Em sentido contrário, nas cirurgias plásticas meramente estéticas, entendendo-se a obrigação como sendo de resultado (e não apenas de meio) constatado que houve o inadimplemento contratual, em decorrência de não haver sido produzido o resultado especificamente pretendido no contrato, deve o médico, para eximir-se da responsabilidade, demonstrar que estava protegido por uma das excludentes de responsabilidade.

²⁴ (TJSP, Rel. Des. Roque Komatse).

²⁵ NETO, Miguel Kfour. *Op. cit.*, p. 156.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cirurgia plástica estética ganhou, nos últimos anos, muita relevância no espaço da responsabilidade civil. Tal situação se justifica pela sua popularização, tendo em vista que o acesso a tais procedimentos ficou muito facilitado, em virtude do grande número de clínicas e da redução dos preços a partir do aumento da oferta destes serviços.

Com a demanda estimulando a oferta, os erros também aumentaram, cabendo ao Direito a árdua tarefa de fazer a justa composição dos danos, e de uma forma periférica estimular o aperfeiçoamento da técnica médica.

A avaliação do erro médico implica grandes dificuldades ao operador jurídico, visto requerer conhecimento técnicos em medicina, bem como a minuciosa apreciação do caso concreto frente a dados subjetivos, como a culpa médica e os deveres do profissional para com o seu paciente.

Nestes sentido, caracteriza-se a complexidade em aferir precisamente os limites da responsabilidade civil do médico na cirurgia plástica meramente estética, pelo fato de, tanto a obrigação de meio, quanto a de resultado não fornecerem elementos plenamente capazes de resolver a questão.

Muitas vezes, mesmo o médico procedendo com toda a cautela e cuidados exigidos pela técnica, os resultados obtidos são diversos dos pretendidos, pois o organismo humano pode apresentar um comportamento inesperado, impossível de se previsto, como no caso de aparecimento de quelóides (cicatrizes).

Destarte, entender-se a obrigação decorrente da cirurgia estética como de resultado poderia gerar uma injustiça para com o médico diligente.

Outrossim, observa-se que é obrigação deste profissional alertar seus pacientes que tais resultados adversos poderiam advir.

Neste sentido, o enquadramento da situação como obrigação de resultado só seria plausível no caso de o médico se comprometer especificamente com um determinado resultado, ou ter agido de forma inadequada, diante dos procedimentos contratados.

A solução proposta para tal problema seria um meio termo: o médico não se vincularia diretamente ao resultado pretendido, devendo, no entanto, proceder de acordo com as regras técnicas e métodos de sua profissão.

Não obstante isto, ocorrendo um resultado diferente do pretendido caberia ao profissional provar que agiu diligentemente, exonerando-se da culpa.

Tal situação geraria segurança, tanto para o paciente, que não ficaria à mercê de profissionais negligentes e despreparados, quanto para o médico, que não ficaria dependente de um resultado muitas vezes imprevisível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Rui Rosado. *Responsabilidade civii do médico*. RT 718/33-40.

AURÉLIO, Novo dicionário da língua Portuguesa, 2ª ed. Revista e aumentada. Ed. Nova Fronteira S/A – Rio de Janeiro

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984, vol. 4.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et alli. *Comerntários ao Código de Proteção ao Consumidor*.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por ato legislativo “in” *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 286:11, abr.-jun./1994.

CROCE, Delton e CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro médico e o Direito*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

CAHA LI, Yussef Said (coordenador). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1984.

¹COSTALES, J. Fernandez. *Responsabilidade civil médica y hospitalar*

DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não-indenizar*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Da responsabilidade civil*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, volumes 1 e 2.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro - responsabilidade civil*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 7.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 2.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso fortuito e theoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal Comércio Rodrigues & Cia., 1932.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Responsabilidade civil dos médicos*. *Ajuris*, p. 116. 68

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. Fundo Editorial Byk Prociense.

- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Obrigações*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Obrigações*. Sinopses Jurídicas 6.º volume 2ª ed. 1999. São Paulo: Saraiva, 1995.
- KFOURI NETO, Miguel. *A responsabilidade civil do médico*. RT: 4ª Ed. São Paulo 2001.
- _____. *Responsabilidade civil do médico*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. 2ª ed., revista e atualizada pelo Prof. Ovídeo Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista do Tribunais, 1998.
- LUFT, Celso Pedro. *Pequeno dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Editora Scipione, 1987, p. 227.
- MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Lei*. – 4ª. ed. Ver. Ampl. – São Paulo : LEJUS, 1998
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, vol. 1.
- NORONHA, Fernando. *Dano e nexos de causalidade*. Capítulo 8.
- PANASCO, Wanberdy Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - responsabilidade civil*. 13ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, vol. 4. 69
- SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações - responsabilidade civil*. 5ª ed., Rio de Janeiro:
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SILVA, Wilson de Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. 3ª ed., Saraiva.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1995.