

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO EM CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

Magda Matuk Ferreira¹

Resumo: O tema proposto chama a atenção não só dos médicos, pela importância que tem para o exercício de sua profissão, mas, também dos profissionais do Direito, uma vez que a grande maioria da doutrina pátria entende que a questão toma forma diferente quando tratamos da responsabilidade civil do cirurgião plástico estético.

A responsabilidade civil advém de um dever daquele que fere, de alguma forma, o patrimônio de outrem; é a repercussão do dano privado, resultado de uma liberdade de agir e pensar do homem que, uma vez dotado dessa prerrogativa de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos danosos.

O fundamento maior da responsabilidade civil está no princípio de que a ninguém se deve lesar, o *nominem laedere*, sendo, portanto, uma obrigação pela qual o agente fica adstrito a reparar o dano causado a terceiro, por seus atos ilícitos, quais sejam, aqueles desconformes ao ordenamento jurídico. E para a caracterização desta responsabilidade é curial a determinação da culpa *latu sensu*, isto é, deve haver um comportamento do agente (ação ou omissão) que, desrespeitando a ordem jurídica, cause um prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou direito deste, sendo este dano

¹ Aluna do Curso de Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil da Fundação Aprender – Varginha, em convênio com o Centro Universitário Newton Paiva.

imputável à sua consciência por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou, ainda, contrariando um dever geral ou uma obrigação específica (contrato).

O princípio da responsabilidade civil subjetiva funda-se, essencialmente, na doutrina da culpa, preconizada pelo artigo 186 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Segundo esta teoria é preciso haver a ação ou omissão do agente, como primeiro momento; e o prejuízo causado ao patrimônio da vítima (incluindo-se o moral); a relação de causalidade entre ambos; e a determinação da culpa *latu sensu* do causador do dano.

Entretanto, esta teoria tornou-se insatisfatória, levando em consideração o grande crescimento das relações entre as pessoas e a multiplicação das causas de danos, com vítimas prejudicadas, restando inadequada para cobrir todos os casos de reparação, uma vez que nem sempre o lesado consegue provar os elementos caracterizadores da responsabilidade subjetiva, tendo em vista o poder econômico superior de alguns, a dificuldade de se carrear elementos comprobatórios em determinados casos, e as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao processo, sendo, por vezes, impossível a convalidação da culpa do agressor, frente ao dano sofrido.

Preocupados com esta situação, juristas de escol se rebelaram e entraram na busca de técnicas hábeis a tornar mais ampla a reparação do dano, desenvolvendo, então, a doutrina objetiva da culpa, consubstanciada no artigo 927 do CC/2002.

De acordo com este entendimento, existindo um dano, deve ser ele ressarcido, independente da idéia de culpa. Funda-se, portanto, apenas na ação (ou omissão) do agente, causador de determinado prejuízo à vítima.

Conveniente dizer que tal preceito já existia desde o Direito Romano, a partir do princípio *ubi emolumentum, ibi onus*, segundo o qual aquele que lucra com uma situação, deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes. Da mesma forma, o ordenamento jurídico pátrio prevê o referido instituto, representado pela “*teoria do risco*” e do “*dano*

objetivo”, que externa a responsabilidade objetiva, onde o causador do prejuízo é demandado independente de culpa.

A partir deste entendimento, não há que se confundir a culpa presumida com a responsabilidade objetiva, uma vez que, ao menos em teoria, a distinção subsiste. Acontece o seguinte: no sistema objetivo, o agente responde sem culpa; na realidade ela sequer é cogitada, a obrigação resulta unicamente do fato. Já pelo sistema da teoria subjetiva, não há responsabilidade sem sua comprovação, podendo, entretanto, ser presumida, de forma a inverter o *onus probandi*. Neste caso, ainda fez-se presente o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil.

O Código Civil não prevê, no Título IX, Capítulos I e II, respectivamente, “Da Obrigação de Indenizar” e “Da Indenização” não aponta claramente o erro médico nos casos em que a responsabilidade deve ser objetiva, o que nos faz presumir que, de forma genérica, aplicação a regra da responsabilidade subjetiva.

De outro quadrante, dúvidas pairam acerca da natureza da obrigação prestada pelo cirurgião, quando contratado para serviços cirúrgicos plásticos estéticos, se consistem em obrigação de meio ou de resultado.

Há obrigação de meio quando a prestação nada mais exige do devedor, do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio, sem olhar o resultado.

Na obrigação de resultado, o devedor é obrigado a atingir determinado fim, sem o qual não terá cumprido sua obrigação, sendo que, neste caso, responderá pelas conseqüências de seu inadimplemento.

Contudo, em ambas as obrigações, a responsabilidade do profissional está escorada na culpa, ou seja, na atividade de meio culpa-se o agente pelo erro de percurso, tendo agido com negligência, imprudência ou imperícia, mas não pelo resultado. Na atividade de resultado, a ele é imputada a culpa pelo erro de percurso, bem como pelo insucesso do resultado, porquanto este era o fim colimado.

Neste caso, é presumida a culpa do devedor, invertendo-se o ônus da prova, pela simples razão de que a não obtenção do resultado, objeto

do contrato, é *quantum satis* para empenhar, por presunção, a responsabilidade.

A diversidade de tratamento encontra explicação pela natureza *intuitu personae* dos serviços prestados por esses profissionais liberais, onde também se enquadram os advogados, dentre outros, vez que são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes.

O médico atual, sem querer generalizar, é um técnico, que se limita a diagnosticar e prescrever, olvida-se da figura humana que o procura, não se envolve com o paciente, tratando a pessoa como uma máquina que apresenta defeito e, assim, minando a relação de confiança entre ambos. Fato este que está acompanhando a massificação das relações sociais, aliado à disposição da mídia em escandalizar o infortúnio, distanciando cada vez mais médico e cliente. Revelação de um somático, que denota o reflexo de uma sociedade impregnada por uma poderosa doutrina individualista, que se desenvolve e se mostra cada vez mais esclarecida, exigente e consciente de seus direitos.

Embora cresçam no País as ações que visam indenizações milionárias por danos morais de infinitas espécies, nossos Julgadores, em sua grande maioria, são bastante criteriosos na apuração da culpa do agente causador do dano e, da mesma maneira, na aferição do *quantum* pecuniário visado para reparação do prejuízo sofrido pela vítima; de modo a coibir aqueles que tentam transformar a Justiça em instrumento para seu enriquecimento desmotivado, imoral e nefasto.

Porém, o fato de nosso Direito não coadunar com a “indústria da indenização” que tenta se instalar no País, não significa que diminui a responsabilidade do profissional, tendo em vista que somente se está garantindo o devido respeito à norma, de acordo com os princípios do Direito.

Independente disso, o médico traz consigo, ainda com mais responsabilidade, o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, exigíveis de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica, observando, ainda, os termos do Código de Ética de sua profissão, ao qual deve respeito e obrigação, sempre

respondendo quando age com desobediência aos seus preceitos e fere sua norma.

Fazendo uma alusão ao Direito Comparado, na Roma antiga, findada a vingança privada, com a tomada pelo Estado do *jus puniendi*, a *lex aquilia de damno* fixou algumas espécies de delitos que os médicos poderiam cometer, determinando a obrigação de reparar o dano economicamente, sem previsão do atual dano moral. Também era estabelecida como pena, a morte ou deportação do médico, sempre que comprovada sua culpa por falta profissional.

Porém, trazendo para a legislação nacional, o mais acertado seria admitir que a responsabilidade médica não obedece a um sistema unitário, podendo ser contratual, quando derivada de uma avença firmada livremente entre paciente e médico, em sua grande maioria de forma tácita; como também, as relações restritas ao âmbito da medicina privada, *ita est*, do profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente. Seria extracontratual quando as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, com o médico que ali passa coincidentemente.

Contudo, o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica, de acordo com o que se frisou acima, não tem o condão de se presumir a culpa ou destinar-lhe uma obrigação de resultado. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão.

O que importa na responsabilidade dos médicos é a relação entre a culpa e o dano, para que exista o direito à reparação.

Por isso mesmo que aos médicos, normalmente, impõe-se a obrigação de meios, segundo a qual exige-se, pura e simplesmente, o emprego de determinados métodos, sem ter em vista o resultado. É a sua própria atividade que está sendo objeto do contrato.

Destarte, a atividade médica tem que ser desempenhada da melhor maneira possível, com a diligência necessária e normal dessa profissão

para o melhor resultado, mesmo que esse não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, à exaustão, usando de todas as formas e meios necessários, apegando-se a todos recursos que sua profissão dispõe e conhece, para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre conseguí-la.

Em certos casos é diferente. Na obrigação de resultado o médico obriga-se a chegar a determinado fim, sem o qual não terá cumprido sua obrigação, devendo arcar com as conseqüências de seu inadimplemento.

É o que acontece na cirurgia plástica meramente estética, onde o cirurgião contrata com seu cliente uma intervenção cirúrgica com o fito de melhorar sua aparência física, ou mudar uma característica que não lhe agrada, devendo o médico, *in casu*, atingir o fim colimado, de acordo com o contratado.

Conclui-se, daí, que deve ser objetiva a responsabilidade do médico por erro em cirurgia plástica estética, a teor dos arts. 927 e seguintes do CC/2002, mas os entendimentos, quando da aplicação desta teoria se divergem entre os magistrados, fazendo com que as regras de hermenêutica aplicadas sejam distintas, gerando julgamentos disformes, uns alicerçados na responsabilidade objetiva, outros na teoria da culpa, aplicando-se o princípio da atividade meio.

Uníssono, todavia, tratar-se de uma relação de consumo, sujeitando-se o devedor aos princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se o que dispõe o § 4º do art. 14, segundo o qual a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais só é declarada mediante verificação da culpa. O que não impede a inversão do ônus, por força da inteligência do art. 6º, inciso VIII, determinando que, ao consumidor, é garantida a facilitação da defesa de seus direitos, ficando a critério do juiz a distribuição do ônus da prova, observada a verossimilhança da alegação da vítima e segundo as regras ordinárias de experiência da judicatura.

No caso específico do cirurgião plástico, a matéria toma sensíveis alterações, porquanto, neste caso em especial, a obrigação do médico é de resultado, presumindo-se contra ele a culpa, em que pese a abordagem do § 4º do art. 14 do CDC, lembrando que, como os médicos de outras especialidades,

quando prestam serviços em hospitais, ocorrem maiores implicações, na aferição da culpa.

Hodiernamente, a cirurgia plástica deixou de ser um luxo ao alcance de poucos. A classe média tem acesso facilitado a esta modalidade de operação, que deixou de ser considerada mero capricho e já é reconhecida como um tratamento dispensado ao paciente, em certos casos. Com freqüência, as pessoas buscam a cirurgia plástica estética na ânsia de por termo, ou mesmo abrandar um mal que agride o seu íntimo e lhe causa constrangimento e insegurança.

Por isso, o cirurgião plástico tem uma responsabilidade muito além daquela preconizada pela lei, ele assume um dever moral, de cuidado e respeito. Deve estabelecer se há ligação entre os distúrbios psíquicos e o defeito físico existente na pessoa, verificando se é prudente a realização de uma cirurgia, por vezes perigosa demais, em um paciente que apresenta um defeito físico não aparente, fruto de uma obsessão pessoal, como v.g. quando ele pede para transformar o seu nariz em outro igual ao da figura da revista.

Nestes termos, em obediência ao que chamamos de “*regra de ouro*” da operação estética, é defeso ao médico realizar cirurgia quando a saúde ou a integridade física do paciente estiverem em perigo, independente de sua vontade, devendo, neste caso, até mesmo renunciar ao aperfeiçoamento estético.

Constitui este mais um argumento para atribuir a tal relação contratual os preceitos da responsabilidade objetiva. Diz-se relação contratual por considerar a relação de responsabilidade uma obrigação por atos ilícitos.

Na prática, a diferença é despicienda, tendo em vista os efeitos equivalentes, pois, tanto a responsabilidade aquiliana como a contratual, regulam-se racionalmente pelos mesmos princípios, levando em consideração que a idéia de responsabilidade é una.

Importante ressaltar que apenas o cirurgião plástico estético é que carrega a responsabilidade de operar em vista do resultado; aquele que opera em cirurgia plástica reparadora está adstrito a mesma obrigação dos demais médicos.

Da mesma maneira, o médico que opera visando à correção de deformidades advindas de cirurgia plástica estética mal sucedida, estará sob a égide da obrigação de meios, devendo, tão somente, atuar com emprego de diligência e cuidado, não se vinculando a um resultado eficaz.

A característica peculiar da cirurgia plástica estética trouxe uma celeuma doutrinária acerca da natureza jurídica da obrigação. O entendimento minoritário entende tratar-se de uma obrigação de meio, calcando-se no fato de que a probabilidade de perda é concomitante à de sucesso. Já a maioria entende tratar-se de uma obrigação de resultado, ao presumir a qualificação do profissional, devendo ter a habilidade imprescindível, a perícia, a atenção e a prudência exigidas pela deontologia.

Importantes conseqüências da caracterização da obrigação de resultado são os desdobramentos jurídicos necessários que ela traz consigo, os quais demandam ao cirurgião plástico muito mais atenção e, logicamente, mais responsabilidade.

Desse modo, se a obrigação for de resultado, bastará, para que surja a responsabilidade do médico, que o resultado não seja atingido, o que será suficiente para demonstrar que ele não cumpriu a sua prestação.

Considera-se que a culpa não depende de aspectos de valoração técnica e pericial ou de uma rigorosa sistemática processual para buscar provas da culpa do agressor, mas tão somente do que o fato retrata, por si só. A única necessidade é que se registre o dano à vítima ao vislumbrar os acontecimentos, através de um simples exame perfunctório dos procedimentos adotados na cirurgia.

Predomina nos dias atuais, por tradição norte-americana, uma forte tendência para substituir a responsabilidade civil individual do médico pelo seguro, cobrindo os valores de possíveis indenizações.

A grande objeção feita ao seguro médico é que ele seria um fator de perda da qualidade da medicina e do sentido de responsabilidade profissional, uma vez que muitos médicos, equivocadamente, poderiam se achar isentos de qualquer responsabilidade profissional.

É cristalino e unânime o convencimento dos Tribunais brasileiros, de que a responsabilidade do cirurgião plástico estético é de resultado e o médico deve, além das obrigações normais à profissão, alertar demasiadamente o candidato à operação dos riscos que corre. Mais importante ainda, deve se recusar à intervenção cirúrgica, caso se convença de que os riscos não compensam para chegar ao resultado pretendido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 4ª ed. rev., atual. e amp., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FRANÇA, Genival Veloso de. *A Perícia do Erro Médico*. In Farol Jurídico. [Internet] <http://www.faroljuridico.com.br/art-pericia08.htm>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. *Código Civil: Comentários Didáticos: Parte Geral*. v.1, São Paulo: Atlas, 1991.

MATTOS JÚNIOR, Alfredo Dias. Cirurgia Plástica: Contrato de Meios ou de Resultados? *Revista Consulex*. São Paulo, ano V, nº. 105; p. 28-29,2001.

MORAES, Ivany Novah. *O Erro Médico e a Lei*. 3ª ed., São Paulo; Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, 5ª ed. rev. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Obrigações e Contratos*. v.2.12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.