



CIRURGIA PLÁSTICA E RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: PARA UMA ANÁLISE JURÍDICA DA CULPA DO CIRURGIÃO PLÁSTICO¹

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*

Sumário:

1. Primeiras considerações; 2. A obrigação médico-paciente na cirurgia plástica: meio ou resultado? 2.1. Relação crédito-débito; 2.2. Exames e tratativas contratuais; 2.3. Formação do contrato; 2.4. Execução do pactuado: a cirurgia; 2.5. Descumprimento ou cumprimento defeituoso; 2.6. Conseqüências eventuais: a responsabilidade civil; 3. A culpa e sua prova; 3.1. A culpa do médico provada pelo paciente; 3.2. A lei presumindo a culpa do médico; 3.3. O médico provando a sua não-culpa.

1. PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

Honra-me sobremaneira estar aqui hoje, diante de tão ilustre auditório, formado por profissionais da área de saúde, uma área tão diversa da minha, que é a área jurídica, mas que com ela interage e guarda algumas estreitas relações.

Lembro-me, com certa saudade, das aulas de Medicina Legal, às quais todos nós, os estudantes de Direito, devemos assistir, alguns com certo dissabor, outros com inocultável prazer. Conta a lenda, que na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, a Escola de onde venho, uma frase era ouvida nesta Cadeira, pela voz do sempre lembrado professor Almeida Júnior: “*O especialista*”, dizia ele, “... *é aquele que sabe cada vez mais, sobre cada vez menos, até que chega o momento em que ele sabe quase tudo, sobre quase nada.*”

*Doutora e Livre Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Professora Associada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹ Palestra proferida no VII Radesp – Reunião Anual dos Dermatologistas do Estado de São Paulo, na cidade de Santos (SP), em 30 de novembro de 2002, promovida pela Sociedade Brasileira de Dermatologia – Regional São Paulo.



Consideração tão curiosa e engraçada quanto intrigante e preocupante, sem dúvida. Mas a verdade reside, atualmente, no fato de que estamos fazendo o percurso ao contrário, quer dizer, “o momento histórico que o novo século descortina se antepõe ao modelo anterior, vivenciado especialmente no século XX e caracterizado pela pulverização do trabalho intelectual, pela fragmentação do conhecimento e pela predominância das especializações. Esse perfil de condução e tratamento dos saberes, avesso à agora tão buscada interdisciplinaridade, certamente não podia sobreviver indefinidamente, tendo em vista que a excessiva desarticulação, fruto da racionalidade da revolução industrial, como apontam os cientistas sociais, promoveu um engessamento tão sufocante que se tornou insustentável não intentar a quebra dos grilhões.

A ausência de interação das áreas do saber provocou, conseqüentemente, o fracionamento do próprio pensamento, bem como do próprio conhecimento, transplantando – como não poderia ter deixado de acontecer – este viés picotado também para a pesquisa e para o ensino, infelizmente. De conseqüência em conseqüência, e como produto final, esse processo de parcelamento acabou por produzir uma profissionalização igualmente especializada, distante do padrão contemporaneamente idealizado da globalização ou da mundialização.

O reclamo por um retorno e por uma maior interação e integração entre os saberes reflete-se por todo o complexo das inter-relações humanas e transforma a própria sociedade que solicita uma superação deste exagerado modelo de racionalidade científica, e que solicita uma nova forma de institucionalização da produção do conhecimento, especialmente – entre nós – nos espaços destinados a uma construção normativa tal, que possa atender aos anseios do homem de hoje e de sua circunstância valorativa renovada.

O Direito, assim, e de resto como todos os demais saberes da contextualização geral do conhecimento, necessita de trocas de experiências, para reescrever seus meios e modos de alcançar, com sucesso, a sua própria finalidade: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme a perspectiva constitucional fundamental, para atingir o objetivo essencial da Humanidade, isto é, a produção de uma vida digna em prol da conquista da paz social.”²

Daí porque se torna tão necessário e interessante, por exemplo, esse diálogo que se estabelece, hoje, entre nós, o profissional da medicina e o profissional do direito.

² Estas considerações sobre integração de saberes foram realizadas, pela palestrante, já antes, em sua tese de Livre Docência, apresentada em maio de 2002 à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.



Espero que seja esse o espírito dos que me ouvem, porque, de minha parte, tentarei me despir do vocabulário tão hermético e até pedante, às vezes, como é o vocabulário jurídico, procurando lhes mostrar como o Direito encara a relação que se forma entre o médico e seu paciente, o que um espera do outro e aquilo que as partes estão aptas a fornecer.

Falarei mais de perto da hipótese em que – por um motivo qualquer – algo sai errado. Algo se desfaz ou acontece, não da forma esperada pelo paciente, nem da forma que imaginara o médico ser capaz de obrar, mas, sim, algo acontece provocando uma diminuição numa característica do ser humano que se submete ao tratamento, à cirurgia e, mais especificamente, ao tratamento ou à cirurgia plástica reparadora e também ao tratamento ou à cirurgia estética.

A essa diminuição caracteriológica chamamos, em direito, de *dano*. *Dano material e dano moral*: eis a grande dicotomia com que trabalhamos e que procurarei aqui lhes aclarar.

Pois bem!

Diante de um dano provocado no paciente pelo médico, como reage o Direito Civil? (Aqui, um parêntese que tem antes a intenção de generalizar: diante de qualquer dano o Direito Civil reage de uma mesma forma: determinando a sua reparação... aquele que o causou, fica obrigado a repará-lo, sempre que restar provado que o dano decorreu, teve como causa, a ação ou a omissão de alguém. Tradicionalmente, exigia-se também a culpa, o que hoje não é mais uma verdade geral, mas que é uma verdade que continua a valer para o caso do labor médico).

Então, diante de um dano provocado no paciente pelo médico, o direito reage determinando que o culpado restabeleça a situação como ela *deveria estar configurada* no mundo ideal. E mais: em sendo isso impossível, determina o Direito que o causador da diminuição, isto é, do dano, indenize o sofredor, vale dizer, pague uma compensação monetária.

E é na caracterização da culpa e de sua prova que se centra hoje a maior ou menor proteção que o Direito empresta ao lesado, ou mesmo ao suposto causador do dano. Com efeito, é examinando o caso concreto e sua qualificação que o juiz, autorizado pela lei, é mais ou menos rigoroso na verificação da prova da culpa e na atribuição do dever de provar a sua existência ou sua inexistência.

No caso em que o cirurgião plástico ou médico esteta cause um dano a seu paciente, portanto, dependerá da qualificação que a lei e o juiz emprestem à relação existente entre eles para se saber se a culpa do médico *está presumida* ou se ela *deve ser provada* ou se, ainda e ao contrário, é o médico quem deva provar que *não agiu com culpa*.

Por isso, iniciarei essa curta exposição com uma análise da relação jurídica que existe entre o médico e o paciente, a fim de sabermos se o cirurgião plástico assume o compromisso de atingir um fim (o seio bonito, o nariz de boneca, a orelha pequena, a pele lisa e sedosa) ou se, ao contrário, esse mesmo cirurgião se compromete apenas a agir com os meios e as técnicas adequados para se chegar onde desejam o paciente e ele, profissional, que, certamente, espera alcançar o que é desejado por seu paciente.

Num segundo momento, então, verificaremos as conseqüências dessa qualificação na comprovação da culpa ou da ausência de culpa na atividade do médico esteta, e suas conseqüências na responsabilização civil do profissional da medicina.

2. A OBRIGAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NA CIRURGIA PLÁSTICA: MEIO OU RESULTADO?

2. 1. RELAÇÃO CRÉDITO-DÉBITO

Quando um paciente procura um médico, certamente o faz porque sente sua saúde debilitada. Vocês, melhor do que eu, sabem que o conceito de saúde dado pela Organização Mundial de Saúde é amplo e engloba o físico e o psíquico, o material e o moral. Daí porque entendam que a cirurgia plástica meramente reparadora seja também uma forma de se restabelecer a saúde em sua integridade.

Em sendo assim, como pessoalmente aceito que seja, o médico esteta não deve prometer maravilhas nem milagres, como se fosse um mágico ou Deus, capaz de transubstanciar a matéria, transformar um nariz adunco em um nariz de boneca, um par de seios desproporcionais em uma obra de arquitetura.

Isso que, à primeira vista pode parecer engraçado, jocoso, ofensivo até, traz conseqüências inimagináveis, também a esta primeira vista d'olhos, no grau e na extensão da responsabilidade que o médico há de arcar, no caso indesejável de algo escapar a seu controle.

É que se o médico se obrigar a atingir o resultado, estará, em verdade e para o Direito, obrigando-se a tornar esse resultado, em algo factível. Dessa forma, não importará ao juiz, o fato de o médico ter obrado com todo o seu saber e sua destreza e de a culpa pelo evento danoso ser atribuída, exclusivamente, à álea, ao azar, ao organismo do paciente que reagiu insatisfatoriamente. Para o Direito, então, da promessa do resultado decorre, como conseqüência lógica, a necessidade de ser este mesmo resultado atingido, salvo excepcionalíssimas hipóteses de



causas que escapam ao controle, como um terremoto que provoque o abalo da mesa cirúrgica e o descontrole conseqüente do bisturi que acaba por atingir um nervo do paciente, causando-lhe paralisia irreversível, por exemplo.

É claro que essa hipótese tem muito de aberrante, mas ela é propositada: carrega a intenção de demonstrar que a configuração da relação crédito-débito há de ser muito bem cautelosa em seu nascedouro.

Isso porque o mesmo médico esteta que se obrigasse a fazer o seu melhor, empregando as melhores e mais modernas técnicas cirúrgicas ou medicamentosas para o atingimento do resultado querido pelo paciente seria julgado, na nefasta hipótese do dano acontecer, apenas e tão somente pela verificação de ter ou não prestado o seu melhor, diante das circunstâncias do caso concreto.

Atingir o resultado ou aplicar as técnicas adequadas? Eis as hipóteses de obrigação do cirurgião plástico; eis o crédito que o paciente quer ver saldado. Por outro lado, nessa relação crédito-débito, tem o paciente o dever de observar as prescrições médicas e efetuar o pagamento segundo o que combinar com o médico.

É bem verdade, no entanto, que muitos julgados e ainda muitos doutrinadores da área do Direito enxergam *sempre* na cirurgia plástica estética uma obrigação de resultado, ou seja, presumem sempre que o médico obrigou-se a atingir o resultado querido pelo paciente. Mas isso decorre, muitas vezes, da reação que surgiu aos desmandos e à absoluta impossibilidade de se provar que o médico fora culpado. A absoluta falta de perícias conclusivas, deixando de indicar a existência de erro, mesmo onde ele era grosseiro e visível, o corporativismo que grassava então entre os médicos forçaram os aplicadores do Direito a coibir toda sorte de abusos, tornando factível a hipótese de reparação, mesmo quando havia dúvidas sobre a culpa do médico ter existido ou não. Recorremos ao conceito de presunção. Presumíamos, amparados pela lei, que o médico agira com culpa e abríamos a possibilidade para que o médico mostrasse a sua não-culpa, ou seja, admitíamos que ele, único conhecedor da técnica aplicada, convencesse-nos de que agira ou se omitira com lisura, segundo o que determinasse a sua ciência e seu saber aplicados ao caso concreto.

Mais recentemente, diante da ampliação do conceito de saúde e da descoberta de que fatores biológicos que escapam ao controle do profissional da saúde eram aptos a interferir no resultado da cirurgia, assiste-se já a um retorno do tratamento unitário dispensado aos médicos em geral, entendendo-se que o vosso labor não pode se comprometer para além daquilo que permite a falibilidade humana e as condições biológicas do paciente.

Mas todo esse discurso de unidade de tratamento dispensado aos médicos, entendendo que eles se responsabilizam apenas e tão-somente pela aplicação das técnicas adequadas e não pelo resultado desejado pelo paciente é, no mais das

vezes, desmentido pelos próprios médicos que, aplicando as novas tecnologias de computação gráfica, não resistem em realizar uma montagem do tipo “antes e depois”, *revelando* ao paciente o seu futuro aspecto, criando nele, um ser humano de saúde fragilizada – como vocês mesmos insistem em dizer –, uma enorme sensação de êxtase e felicidade, apenas com a revelação de sua eventual futura conformação física.

Realiza-se então a cirurgia e o paciente se frustra. E todo frustrado precisa de um culpado. É o médico, aquele mesmo maravilhoso doutor que lhe prometera o céu e que acabou por lhe entregar ao menos o purgatório...

Sabemos que, muitas vezes, a recuperação é lenta, os resultados demoram a aparecer, o inchaço tarda em desaparecer.

O problema não reside aí, mas, antes, na frustração experimentada. O Direito não tolera isso, principalmente quando se tem a impressão, ainda que relacionada à astúcia e à esperteza. Nesses momentos, o Direito, por meio de seus doutrinadores, reencontra sua irmã, a Justiça, e age com dureza. E para sanar a injustiça perpetrada pelo astuto-espertalhão ele diz algo como isso: “Ah é!!! Você acha que é assim; a coitada da parte lesada é que tem de provar o que alega; é ela que tem de provar a sua culpa em tê-la deixado dessa forma... pois bem: prove você que não é o culpado.”

Inverte-se o ônus de provar. A lei presume que o médico foi culpado em não ter realizado aquilo que prometera e mesmo mostrara ao paciente. Cabe ao médico, então, provar sua não culpa.

Como reação a esse recurso lógico e em consequência da descoberta da unicidade da saúde material e moral do ser humano, logo propugnaram os médicos pela unicidade de tratamento a lhes ser dispensado, requerendo desde logo o retorno aos padrões relativos à prova da culpa.

Ocorre que tão arraigada encontra-se essa posição no ramo jurídico que, convencer os operadores do Direito de que a obrigação do cirurgião voltou a ser obrigação de resultado, é algo que demandará algum tempo ainda.

Bem por isso, parece ser de todo conveniente traçar algumas diretrizes capazes de irrem, a pouco e pouco, alterando a mentalidade jurídica. É isso o que se fará, em breves minutos, indicando-se a postura do médico que deseja se obrigar pelos meios e não pelo resultado.

2. 2. EXAMES E TRATATIVAS CONTRATUAIS

É dos exames que se aplica que o médico poderá, segundo sua experiência, verificar se tem condições de se comprometer a alcançar os resultados desejados pelo paciente. Deve, por isso, verificar empírica e teoricamente, se o paciente é



suscetível a problemas de cicatrização, de formação de quelóides, de deformações ósseas ou cutâneas, etc. E deve mais: deve alertar o paciente a tudo isso, deixando CLARO que não pode *garantir* o resultado *desejado*, mas que existem chances do resultado ser obtido. Dessa forma, deixará tratado com o paciente a possibilidade de eventos danosos supervenientes.

2. 3. FORMAÇÃO DO CONTRATO

Firmado o acordo de vontades (submeter-se à cirurgia plástica, nos moldes e com os riscos alertados pelo médico *versus* realizar a cirurgia segundo a melhor técnica aplicável ao caso, apesar da possibilidade, ainda que remota, de causar danos estéticos supervenientes), deve o cirurgião plástico acautelar-se no sentido de estar comprovado o conhecimento dos riscos da cirurgia pelo paciente. Faz isso mediante declaração do paciente no sentido de estar ciente de que o médico irá agir segundo o seu melhor, buscando o resultado mais próximo daquele que ele almeja. Mas não deve fazer isso por meio de um formulário impresso, previamente elaborado. Isso porque tal formulário pode configurar uma adesão do paciente aos “riscos”, desconfigurando essa exata prevenção, esse mesmo prevenir que o médico buscava. É que os operadores do Direito têm reagido também contra o que se convencionou chamar de contratos de adesão, em que a parte mais fraca da relação (nesse caso, fraca no sentido de desconhecer tão bem como o médico as técnicas e os riscos) se vê “forçada” a assinar um contrato com uma cláusula com a qual não concordou, sob pena de ver tolhido o seu direito a contratar.

2. 4. EXECUÇÃO DO PACTUADO: A CIRURGIA

Durante a cirurgia, o médico esteta deve se precaver relativamente a algumas questões:

- verificar a observância do pré-operatório pelo paciente;
- alertá-lo novamente para os cuidados com o pós-operatório; e
- obrar segundo o pactuado, aplicando as melhores técnicas para o caso, agindo com sua destreza, sua perícia e com toda a prudência com que está habituado.

2. 5. DESCUMPRIMENTO OU CUMPRIMENTO DEFEITUOSO

O pactuado entre as partes pode, no entanto, não se verificar:

- Pode a cirurgia não se realizar, quer porque o paciente não observou o pré-operatório, quer porque não efetivou o pagamento do sinal a que se obrigara, quer porque o médico houve por bem adiá-la, quer porque este mesmo profissional ficou doente, porque houve uma catástrofe, etc. Em qualquer desses casos, há de se verificar uma de duas conseqüências relativas à possibilidade de se realizar a cirurgia, mas em outra data, porque não se agrava nem a posição do médico nem a do paciente. Se positiva a resposta, subsiste a obrigação para ambas as partes. Se negativa, surge a responsabilidade civil para a parte que deu causa ao cancelamento da cirurgia ou dissolve-se a relação contratual entre as partes, sem quaisquer conseqüências atribuíveis a qualquer delas, sempre que o cancelamento se dever a um caso fortuito ou a uma força maior, como uma catástrofe que destruisse o único aparelho no país capaz de funcionar na cirurgia, por exemplo.
- Por outro lado, pode ocorrer de a cirurgia ter se realizado, mas de ela ter causado um dano a uma das partes. Nesse caso, salvo ainda a especialíssima hipótese do caso fortuito e da força maior, há de se averiguar quem obrou com culpa, deixando de observar as prescrições médicas ou as prescrições da melhor técnica, dos melhores tratamentos. Mas ainda aqui, pode ocorrer de a lei presumir ser o médico o culpado, deixando a seu cargo a prova de sua não culpa.

A isso voltaremos em breve.

2. 6. CONSEQÜÊNCIAS EVENTUAIS: A RESPONSABILIDADE CIVIL

Quando algo sai errado, algo escapa aos cuidados, à destreza e à perícia do profissional da saúde e este não cumpre o pactuado, ou o cumpre apenas em parte, surge para a outra parte o direito de pleitear uma reparação. Vale dizer: (i) verificado o dano, (ii) verificado o nexos, o liame que une a conduta da parte (no caso o médico ou alguém sob suas ordens) a esse dano e (iii) verificada – ou presumida – a culpa dessa parte, pode o lesado buscar os Tribunais para que estes apreciem seu caso, decidindo se faz jus ou não a uma indenização.

A indenização será deferida, portanto, sempre que o juiz enxergar na hipótese um dano qualquer, o liame entre o dano e a ação, ou omissão do dano, e a culpa. E será indeferida, na hipótese de inexistir um desses elementos.

O dano estético é facilmente verificável pela perícia médica, o nexos causal entre o dano e a cirurgia também pode ser, de forma mais ou menos fácil, vislumbrada pelo perito judicial, mas a culpa, esta nem sempre é caracterizável com facilidade. Daí a necessidade de nos atermos mais especialmente a ela.



3. A CULPA E SUA PROVA

3. 1. A CULPA DO MÉDICO PROVADA PELO PACIENTE

Caso os médicos consigam agir da forma como recomendado, ficará mais fácil comprovar a qualidade de obrigação de meio para a cirurgia plástica, ainda que meramente estética, uma vez que estariam apenas se comprometendo a empregar sua melhor técnica na busca de um resultado provavelmente possível, mas sujeito a uma álea maior ou menor, conforme demonstrem as condições do paciente e os riscos da cirurgia.

Se assim for, e configurada a obrigação de meio, conseqüência lógica para o aplicador do Direito será determinar que a parte comprove a culpa do médico, se bem se possa entender possível um compartilhamento nos meios de prova, ou seja: ambas as partes trazendo elementos ao processo, segundo seus conhecimentos, para que o juiz, diante dos elementos disponíveis, decida se o médico agiu ou não com culpa.

O fato de se estar perquirindo acerca da existência da culpa é importante, porque se ela não restar demonstrada, não se poderá condenar o médico, porquanto inocente.

3. 2. A LEI PRESUMINDO A CULPA DO MÉDICO

Mas nas hipóteses em que configurada restar a obrigação de resultado, porque o médico entendeu que naquele caso não havia a mínima possibilidade de algo sair errado e, por isso, prometeu o resultado ao paciente. Se, apesar disso, o resultado não se realizar ou se realizar de forma incompleta ou defeituosa, o Direito presumirá que a culpa do médico está configurada.

3. 3. O MÉDICO PROVANDO A SUA NÃO-CULPA

Conseqüência disso é que ao médico restará tão somente a hipótese de provar que não é culpado, que não agiu com culpa e que o dano se verificou por culpa exclusiva do paciente, por exemplo, que não atendeu aos reclamos do médico no sentido de observar o pós-operatório; ou, ainda, deverá provar que o dano não decorreu da cirurgia, mas de outra causa, rompendo, então, o nexo causal entre o dano e sua conduta.

Mas a conseqüência dessa hipótese é que a não comprovação da não culpa, acaba por comprovar a culpa que a lei presumira, porque, e isso sabemos todos, a negação de uma negação força uma afirmação. Assim, não comprovar a não culpa é comprovar a culpa daquele que assumiu a possibilidade de realizar o resultado.

4. CONCLUSÕES ³

O que parece mesmo ser imprescindível, neste assunto, é a obrigação preambular incumbida ao cirurgião-esteta de avisar ao cliente sobre qual o resultado cirurgicamente possível de ser alcançado, bem como tem ele a obrigação preambular de se abster de realizar a cirurgia, se concluir desfavoravelmente acerca dos perigos que possam advir de sua atividade cirúrgica, avaliando as reais condições do paciente. Mas, principalmente, tem o cirurgião a obrigação preambular de esclarecer muito bem o paciente, a respeito do fato de que a sua expectativa de embelezamento poderá não ser alcançada, permanecendo o resultado final aquém deste sonho.

Costuma-se dizer, nesta área, que às vezes se troca um seio pequeno, ou um abdome avolumado, por uma mal apreciada cicatriz avermelhada... Mas não há como não deixar cicatriz em determinadas modalidades cirúrgicas e o paciente pode ficar muito desgostoso com isso, se não houver sido bem preparado.

Cada um de nós sabe – sem sombra de dúvida – que o *valor humano* relativo ao padrão de beleza, é um valor que gera uma expectativa, e até uma esperança, que não pode ser totalmente satisfeita. Dificilmente alguém se reconhece plenamente satisfeito acerca de seu próprio perfil estético; ora o tipo de cabelo, ora a cor dos olhos, ora o contorno da face...sempre há um certo aspecto que gostaríamos de alterar, se possível. E isto gera o sonho. E o sonho, a expectativa. E a expectativa, a decisão pela cirurgia. E dela, em tantas vezes, a frustração em face do resultado obtido, ainda que tudo tenha se dado dentro dos perfeitos parâmetros da eficiência técnica e da diligência médica. O que fazer, num caso assim, em sede de responsabilidade civil do cirurgião? Ele é responsável pela frustração do paciente, ainda quando o tenha preparado convenientemente e tenha, principalmente, dedicado sua maior e melhor atuação técnica.

Nesse passo, já há uma parte da doutrina e jurisprudência posicionando-se em sentido diverso, ou seja, entendendo configurar-se em *obrigação de meio* este tipo de atividade médica, a cirurgia estética.

Caminhar-se-á, quiçá, por um mar de injustiças, caso o comportamento da jurisprudência não se altere, permanecendo predominante a tese da responsabilidade (independente de culpa) do cirurgião plástico e do anestesista, pois cada caso é um caso, e cada paciente apresenta um histórico e um quadro clínico distinto de outro, o que inadmite, no meu sentir, a generalização do assunto pela objetivação da responsabilidade.

³ Estas considerações, à guisa de conclusões, já haviam sido traçadas pela palestrante em seu livro **Direito das obrigações**. São Paulo: Editora RT, 2003 (no prelo).