



RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO: OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO

Por: Antonio José Rocha Lessa Gama

Resumo: Este trabalho apresenta o estudo da responsabilidade civil do cirurgião plástico sob a perspectiva do “erro médico” ser classificado como obrigação de meio e não de resultado. Busca-se contribuir – sem a mínima pretensão de esgotar o assunto – com novas ideias e pensamento dos mais variados autores da área do Direito Médico, ressalte-se, ramo da ciência do direito em bastante evolução e com grandes desafios nos vindouros anos. Parte do princípio de que a base para a excludente de qualquer responsabilidade civil, na relação médico-paciente, reside no consentimento informado e na escolha esclarecida dos procedimentos a serem desenvolvidos na prática médica.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Medicina. Prática na cirurgia plástica. Erro Médico. Legislação. Jurisprudência.

Abstract: This paper presents the study of plastic surgeon's civil liability under the perspective of the "medical error" that is classified as obligation of means and not of aims. We seek to contribute - without the slightest pretense of exhausting the subject - with new ideas and thoughts of various authors in the area of Medical Law, however, it is a branch of science of law in very large developments and challenges in the coming years. Assumes that the basis for excluding any liability in the doctor-patient relationship, lies in the informed consent and informed choice of procedures to be developed in medical practice.

Keywords: Civil Law. Civil Liability. Medicine. Practice in plastic surgery. Medical Error. Legislation. Jurisprudence.

Introdução

O Direito Médico ou Direito da Saúde, no decorrer das últimas duas décadas vem galgando status de novo ramo do Direito no Brasil, logo ganhando notável espaço nas discussões jurídicas dos Tribunais mundo afora e conquistando grande importância e representatividade em conexão de duas das maiores, mais antigas e importantes ciências da humanidade: a médica e a jurídica.

O desafio do presente trabalho é contribuir com os estudos acadêmicos em relação ao tema proposto. Insta salientar que, a referida temática trás uma riqueza em termos de conhecimentos específicos, sendo, portanto, de grande relevância no atual momento da medicina, onde o até então paciente agora ganhou características de cliente dado à sistemática ofertada pelo Código de Defesa do Consumidor.

O objetivo deste trabalho é sistematizar o estudo acerca da responsabilidade do médico cirurgião plástico no exercício de suas funções, a classificação de sua obrigação com o paciente, seus deveres, assim como a sua aplicação frente ao chamado “erro médico”. Há que se considerar ainda, a nova aplicação na Legislação Civil Brasileira, Código de Defesa do Consumidor e Jurisprudência dos Tribunais Pátrios, logo, a ótica analisada é fruto de estudos recentes e que visam modificar a visão retrograda de alguns doutrinadores.

A problemática enfrentada no estudo, não é outra a não ser combater a ânsia da sociedade e operadores do direito imbuídos na tentativa de punir a todo custo profissionais da saúde que visam proceder de forma honesta seu trabalho, todavia, deveres lhes são atribuídos a fim de que excluam a possibilidade de qualquer punição por via da adequada e necessária informação e técnicas procedimentais corretas.

Desta forma, a metodologia empregada busca desenvolver uma sucinta visão acerca do tema, a fim de possibilitar ao leitor deste trabalho uma linguagem mais fácil, sem perder a maturidade que o tema demanda, conseguinte, iremos expor a pesquisa em três partes: a primeira tratando

da responsabilidade civil advinda do erro médico em sentido lato, adiante abordaremos a questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade médica, vale dizer aduzindo ainda as diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, tudo isto como excludente de responsabilidade civil na relação médico paciente e por fim, fundamentaremos acerca da cirurgia plástica como obrigação de meio, ou seja, o cerne da problemática adiante enfrentada a luz da atual jurisprudência.

Merece destaque o fato de que a massificação do entendimento de que o Direito Médico trata-se de um novo ramo do Direito, decorre de várias questões, como exemplos temos o fato de vários profissionais da saúde vivenciarem o péssimo sabor de responderem a demandas jurídicas – muitas vezes infundadas, o progresso das ciências biológicas, informações sobre o genoma humano, enfim, as questões que modificaram e modificarão ainda mais as relações do homem com o meio social e conseguinte, chegaram e chegarão aos conflitos com as ciências jurídicas que, como sabemos, tem natureza conservadora.

É sedimentado o entendimento de que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento primeiro a dignidade da pessoa humana, qualidade esta intrínseca e própria de cada homem, todavia, o que pensar acerca das prováveis manipulações de materiais genéticos, onde a capacidade de prevenir, tratar e curar doenças poderá se transformar numa oportunidade de discriminar pessoas. Os direitos individuais insculpidos na Ordem Constitucional não poderão ser rechaçados frente às oportunidades advindas do poder aquisitivo. É neste cenário que com a máxima certeza cravamos o Direito Médico como um ramo do Direito. Temas intrigantes e altamente discutíveis existem e continuarão a existir.

Neste sentido, a primeira observação a ser feita se refere ao fato de que a expressão “erro médico” não recai somente à pessoa do médico. Ora, é sabido que no exercício deste mister estão envolvidos vários outros profissionais na assistência à saúde, portanto, agentes indispensáveis à prática da medicina. Logo, é preciso observar que a atribuição da responsabilidade pelo dano/lesão causado ao doente/paciente aumentou, vale dizer, para além da pessoa do médico.

Impende ressaltar que, os agentes da saúde antes de qualquer coisa são seres humanos e logicamente exercem atividade humana, de tal sorte que, um fim não desejado em qualquer que seja a área de atuação pode acontecer – e acontece –, mesmo quando aquele ato é praticado por profissionais com alto renome, com competência reconhecida e atestada por todos.

1 Do erro médico em sentido amplo

Preliminarmente, insta consignar que desde o Código de Hamurabi, o instituto da Responsabilidade Civil Médica teve seu campo de atuação. Neste sentido, é sabido por todos que desde a elaboração desse código até os dias atuais ocorreram muitas variações e mudanças no que diz respeito ao chamado “erro médico”. É neste cenário que com a evolução da humanidade e da medicina, o homem passou a estar sujeito a acidentes que poderiam comprometer sua integridade física, deste modo à medicina veio a amenizar esses infortúnios, todavia, concomitantemente começaram a surgir problemas referentes à prática da atividade médica e, conseqüentemente o aparecimento do direito para intervir nestas relações.

De acordo com Décio Policastro (2010, p. 2):

A expressão erro médico [...] deve ser compreendida como qualquer situação indesejada ocorrida na prestação do serviço de assistência à saúde, pois considera, de forma abrangente, os envolvidos na cadeia de assistência ao enfermo: o médico, o profissional da saúde em geral e as entidades atuantes na área.

A doutrina de Policastro nos guia que o erro médico pode ocorrer de vários modos; erro técnico ou má prática profissional, conduta imprópria ou inadequada, falha ou falta médica. Fala-se ainda em ato omissivo (há uma ação, um agir) ou comissivo (falta atividade, falta ação).

Ainda nas lições do referido autor:

Qualquer termo empregado e o tipo de erro – erro de diagnóstico, erro no procedimento, erro na escolha de terapia, falta de procedimento terapêutico, erro na prescrição de medicamento, falha no atendimento, deficiência nos

serviços [...] produzido por uma conduta inadequada ou mal praticada, um proceder imperito, negligente ou imprudente [...], apto a agravar a saúde, pôr em risco ou destruir a vida do paciente. (POLICASTRO, 2010, p.2).

A evolução social trazida com o passar dos tempos se sedimentou com a mudança na consciência das pessoas, vale dizer levando-as a melhor perceberem o direito que lhes são assegurados frente aos acontecimentos frente à prática da medicina. A informação hoje em dia se tornou muito fácil de ser obtida, a internet, os jornais, revistas e demais meios de comunicação trazem em suas manchetes relações médico-paciente, tudo isto denota maior percepção da população com o tema.

Neste sentido, do que era simples relacionamento entre médico e paciente, surgiram mais deveres para um e maiores direitos para outro.

Infere-se da doutrina, que o erro médico pode surgir da responsabilidade contratual ou extracontratual. Deste modo, será contratual aquela relação que surgiu quando condicionada a prestação de serviço verbal, por escrito ou tacitamente (implícito). Será extracontratual quando, embora sem prévia existência de um contrato, um acontecimento imprevisto e grave cause situação de tamanha emergência que obrigue o médico a intervir para dar assistência de urgência a alguém, vale dizer, calamidades, desastres, vítima de mal súbito, acidente em via pública.

De mais a mais, na seara Direito Civil o erro médico vincula-se a responsabilização do causador do dano sob o foco do ressarcimento do prejuízo causado/responsabilidade civil, todavia, no campo do Direito Penal, incide na penalização do culpado em decorrência de conduta ilícita causadora de lesão física ou até mesmo de homicídio culposo.

Então, temos que a responsabilidade civil nada mais é do que a responsabilidade imposta à determinada pessoa de reparar os danos causados a outrem por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas a ela vinculadas. Logo, para o mundo jurídico tais concepções podem facilmente ser observadas sob uma visão baseada no dever inerente ao indivíduo causador do dano de recompor um prejuízo, conseguindo restabelecendo o status quo ante e recompondo o equilíbrio e harmonia anteriores a conduta deste.

É cediço que a responsabilidade médica se inicia quando o profissional da saúde, atuando de forma pública ou privada, dispõe-se a assistir o enfermo a encontrar a cura, diminuir seus efeitos/sofrimento, intervir cirurgicamente em determinado procedimento (podendo aqui incluir a cirurgia plástico-corretiva), prescrever determinado remédio a paciente.

Sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, em especial o Código Civil de 2002, infere-se que tal instrumento reparador da ordem se condensa em um dever jurídico sucessivo que se irradia na violação de um dever jurídico principal ou inicial que determina a reparação do dano.

O comando legal que ampara o entendido supra, está insculpido nos artigos 186 e 927 da codificação retro informada, vejamos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, Internet)

Sublinhado isto, há que se ressaltar ainda que, para que se torne evidente o dever de indenizar, é fundamental que haja a comprovação de alguns requisitos específicos, dentre os quais; a conduta do agente se dividindo em ação ou omissão, o dano ou prejuízo – patrimonial ou extrapatrimonial - sob pena de se considerar apenas uma responsabilidade moral; a relação de causa e efeito, nexos de causalidade, dentre as quais às excludentes de responsabilidade – fato exclusivo de terceiro, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, a força maior -, e em seguida a comprovação do dolo ou da culpa.

Por outro lado, o diploma legal que respalda e lança parâmetros a serem traçados pelo médico no desenvolver de suas atividades é o Código de Ética Médica 3, o qual disciplina em seus dispositivos o comando em que à saúde do ser humano é alvo de toda atenção médica, exigindo, assim, do profissional uma atuação com máximo de zelo e capacitação, possui aspectos deontológicos da profissão.

Todavia, não é somente o Código de Ética Médica que tutela a relação médico x paciente, surge então à figura do Código de Defesa do Consumidor, vale dizer, para preencher uma lacuna existente em nosso ordenamento jurídico no sentido de uma necessária legislação específica.

Em detrimento ao Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) sobre ele prevalece em razão de sua especificidade e melhor adequação aos direitos aqui guerreados. No CDC, o cidadão encontrou instrumentos eficazes e capazes de fazer prevalecer alguns de seus direitos então esquecido pelo ordenamento jurídico pátrio.

É dessa forma que a relação Médico x Paciente pode ser caracterizada como verdadeira relação de consumo. Ora, na referida relação temos que o profissional da saúde realiza uma caracterizada prestação de serviços, logo, o Cliente/Paciente incide diretamente no dispositivo do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor – o consumidor -, todavia, o Médico no artigo 3º do mesmo diploma legal – prestação de serviços.

Entretanto deve-se ter cautela na afirmação do binômio Código de Defesa do Consumidor e Código de Ética Médica como instrumentos reguladores da atividade aqui debatida, é elementar o conhecimento do profissional da saúde da questão da autonomia e do dever de informação sob a égide dos princípios éticos da profissão.

2 Do consentimento informado e da escolha esclarecida

É necessário o Médico ter o conhecimento necessário de que seus atos devem estar resguardados na escolha esclarecida e no dever de informação em relação aos procedimentos desenvolvidos na relação. A ausência da necessária informação consubstancia-se em determinada negligência no proceder.

A informação e o aconselhamento ao paciente e sua família não podem ser esquecidos, vale citar o consentimento informado e a escolha esclarecida, contudo, o Médico deve se respaldar através dos chamados “Termos de Consentimento”, que deve conter as informações necessárias ao paciente sobre tudo que circunda aquele procedimento, ainda para adicionar segurança ao Médico o Prontuário Médico.

Todavia, não devemos pensar que consentimento informado e efetiva prestação da obrigação de informar são coisas comuns, pelo contrário, ou seja, a obrigação de informar é apenas parte do consentimento informado.

Nesse diapasão, tomamos como base os ensinamentos de Luciana Mendes Roberto (2005, p. 88-96),

O consentimento informado é o consentimento dado pelo paciente, baseado no conhecimento da natureza do procedimento a ser submetido e dos riscos, possíveis complicações, benefícios e alternativas de tratamento”. Ou seja, é uma concordância na aceitação dos serviços a serem prestados pelo profissional da saúde em troca de pagamento do paciente ou responsável, estando este informado adequadamente do que está consentindo. [...] Pode-se afirmar, por fim, que, como ato jurídico em sentido estrito, o consentimento informado tem seus efeitos limitados à manifestação de vontade do paciente, não gerando direitos ao profissional da saúde. Cumpre, assim, sua função social implícita no art. 104 do Código Civil, que dispõe sobre os elementos formadores no negócio jurídico, aplicável ao ato jurídico conforme o artigo 166, VI, pois o negócio jurídico é nulo quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa.

Ao tratar do tema Maria Helena Diniz, expoente da doutrina nacional, reconhece o direito à autonomia e a importância do processo de consentimento informado:

O paciente tem o direito de opor-se a uma terapia, de optar por tratamento mais adequado ou menos rigoroso, de aceitar ou não uma intervenção cirúrgica, de mudar ou não de médico ou hospital, etc. O objetivo do princípio do consentimento informado é aumentar, como diz Mark Hall, a autonomia pessoal das decisões que afetam o bem estar físico e psíquico. [...] Esse direito de autodeterminação dá origem ao dever erga omnes de respeitá-lo, fundamentando no princípio da dignidade da pessoa humana. [...] Esse consentimento dado pelo paciente, após receber a informação médica feita nos termos compreensíveis, ou seja, de maneira mais adequada e eficiente, é uma condição indispensável da relação médico paciente, por ser uma decisão que leva em consideração

os objetivos, os valores, as preferências e necessidades do paciente, e por ele tomadas depois da avaliação dos riscos e benefícios. (DINIZ, 2010, 534-536).

Há que se discutir ainda a questão do ônus da prova, tudo isto em vista da responsabilidade advinda de erro médico. Neste caso, o Juiz não está obrigado a inverter o ônus da prova. O Magistrado pode decidir livremente, como também pode inverter o ônus probante quando presente a verossimilhança das alegações aduzidas pelas partes ou quando se tratar de prejudicado hipossuficiente.

Ao Juiz é dado o seu poder discricionário para solucionar as lides encontrando a solução que mais se enquadre e solucione o embate, contudo, deve ter sempre em mente que cada caso é um caso, cada problema diverge do outro.

O mesmo questionamento fora levantado com propriedade por Paulo Fortes (2007, p. 23-24):

A lei nº 10.241/99 incorporou o princípio do “consentimento livre e esclarecido” que poucos anos antes de sua promulgação havia sido proposto para regulamentação ética de pesquisas envolvendo seres humanos, por meio da Resolução do Conselho Nacional de Saúde CNS nº 196/96. O artigo 2º, VII, da Resolução, afirma que o paciente tem o direito de consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, a procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem realizados. Entende-se que para que o consentimento seja esclarecido, as informações devem ser compreendidas pelos pacientes. Assim, deve-se distinguir entre o consentimento informado e pós-informado e o consentimento esclarecido. Uma pessoa pode ser informada, mas isto não significa que esteja esclarecida, caso ela não compreenda o sentido das informações e, principalmente, se estas não forem adaptadas às suas circunstâncias culturais e ao momento psicológico que está vivenciando”.

A doutrina internacional também não pensa diferente quando trata do consentimento informado e da escolha esclarecida, vale dizer os

ensinamentos do escritor português André Pereira ganham corpo no mundo inteiro:

Mais recentemente, alguns autores vêm propondo um conceito mais abrangente. Assim na doutrina anglo-saxônica critica-se a expressão *informed consent*, visto que a informação é apenas um aspecto do consentimento esclarecido (*'comprehensive or enlightened choice'*). Assim, vem sendo proposta a utilização da expressão *informed choice*. Este conceito teria a virtude de abranger, entre outros aspectos, a informação sobre as consequências da recusa ou revogação do consentimento, as alternativas terapêuticas, a escolha dos medicamentos (o que implica alterações à regulamentação da publicidade dos medicamentos, a escolha do estabelecimento de saúde, etc.). No direito português encontramos consagrado o 'direito a informação sobre os serviços de saúde existentes' e o direito a livre escolha do médico', e ainda o direito à 'segunda opinião'. Tudo aspectos que vão para além do simples consentimento livre e esclarecido. São expressões avançadas do direito ao consentimento informado, na sua vertente mais moderna de *informed choice*: a autodeterminação nos cuidados de saúde implica, não só que o paciente consinta ou recuse uma (heteronomamente) determinada intervenção, mas que tenha todos os elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, no domínio médico, cirúrgico e farmacêutico. (PEREIRA, 2004, p. 74).

Após toda a explanação acerca do dever de informar, torna-se imperioso ressaltar que a ausência de preenchimento de todos os requisitos que garantam o cumprimento da escolha esclarecida e do consentimento informado por parte do médico, pode ocasionar a outra situação bastante discutida mundo afora. Trata-se da teoria da perda de uma chance, vale dizer ainda em desenvolvimento no Brasil, embora bastante sedimentada principalmente na França e na Itália, aqui pelas razões pertinentes ao trabalho chamaremos de perda de uma chance de cura.

Caso o paciente não tenha sido corretamente esclarecido sobre todas as possibilidades existentes para o seu tratamento, terá conseguintemente menos uma alternativa a ser seguida, quem sabe a melhor, a menos invasiva ao corpo humano, alternativa que em não sendo oferecida a

necessária informação, faz com que a possível escolha não exposta seja perdida.

Ou seja, o ponto principal desta teoria não é a certeza de um resultado favorável, mas sim o fato de que o paciente ou vítima experimente a amarga perda de uma chance ou probabilidade da ocorrência de um evento favorável.

Logo, passou-se a admitir a existência de um direito à indenização pela perda da possibilidade de se auferir uma vantagem, e não pela perda da própria vantagem. No Brasil, o dispositivo legal que fornece guarida a mencionada teoria é o artigo 186 e seguintes do Código Civil de 2002.

Ao tratar do tema, Rafael Pereffi assevera que:

A reparação pela quebra do dever de informar ocorre sempre que uma pessoa, que deveria ter sido bem informada, venha a sofrer um dano que poderia ter sido evitado pela informação adequada. Entretanto, nota-se uma característica da reparação pela quebra do dever de informar que a diferencia das outras utilizações da perda de uma chance: a realização do dano depende da atitude da vítima. (SILVA, 2007, p.156).

Ainda nesse sentido, o mesmo autor leciona:

Decisões nesse sentido já haviam sido observadas em tempos pretéritos. O Tribunal de Bourdeaux, em 1965, condenara um médico pela quebra do dever de informar, argumentando que a obrigação médica é normalmente uma obrigação de meios, na qual o médico não é responsabilizado se agir de acordo com as normas técnicas consagradas. Contudo, se não informar ao paciente dos riscos inerentes a determinada terapêutica, impossibilitando que ele livremente declare que concorda em se submeter aos riscos da terapêutica, o médico passa a responder pelos riscos para os quais não foi dada autorização. Desde o começo da década de 1990, contudo, os pretórios vêm utilizando a noção da perda de uma chance, de maneira majoritária, para conceder a reparação pela quebra do dever de informar. Em 7 de junho de 1989, a Corte de Cassação concedeu a reparação pela perda de uma chance de melhoria do estado de saúde de um paciente que se havia submetido a uma intervenção cirúrgica cujo

resultado não foi positivo. A Corte afirmou que houve falha médica, não em relação a técnica empregada na cirurgia, mas pela quebra do dever de conselho, tendo em vista que não foi dado ao paciente a opção de se submeter a uma segunda operação de forma imediata, fato que poderia vir a melhorar consideravelmente o seu estado de saúde”. (SILVA, 2007, p.158)

O mesmo pensamento é ainda contemplado por Miguel Kfourri, quando escreve que:

Na jurisprudência clássica, a perda de uma chance possibilita à vítima obter uma indenização junto a quem, por culpa, prive-a de alguma chance de obter determinada vantagem. [...] Esta teoria foi transportada para a área médica sob a rubrica de *perte d'une chance de survie ou de guérison* (perda de uma chance de cura ou de sobrevivência). A Câmara Civil da Corte de Cassação, em 1965, considerou que, caso o médico seu cliente perder uma chance de cura ou sobrevivência, obriga-se à reparação parcial do dano, mesmo que o nexo de causalidade entre a ação culposa do médico e o resultado não possa ser estabelecido com certeza. (KFOURI NETO, 2002, p. 96-97)

Neste sentido, percebe-se que o direito à autonomia está presente por todo o ordenamento jurídico brasileiro, vale dizer é reconhecido de forma contundente, devendo o seu exercício ser respeitado tanto sob o ponto de vista ético quanto sob o *prima legal*. Portanto, o consentimento informado ou pós-informado não deve ser encarado isoladamente, deve ser visualizado de uma forma mais ampla que é a escolha esclarecida onde a vontade autônoma do paciente é respeitada e exercida sob o manto do dever de informação.

Por último e não menos importante, há que se ressaltar que o esclarecimento vai além da informação, pois o paciente pode ter sido informado, mas não esclarecido, não ter compreendido perfeitamente as palavras do profissional da medicina, seja porque não foram claras ou suficientes, seja porque não tenham sido adequadas à sua linguagem. Logo, o princípio da autonomia é o pilar do consentimento informado, uma vez que a base da relação médico e paciente é a qualidade da informação, por

isso, para a perfeita correlação um e outro é a atenção, o cuidado, paciência e lealdade.

Desta forma, é necessário ter a consciência de que os preceitos legais relativos ao dever de prestar informação correta, completa e adequada, e à autonomia do paciente, precisam ser observados e respeitados, todavia não é tarefa fácil em razão da conhecida falta de tempo dos profissionais médicos, a inadequada capacidade das instalações físicas dos serviços de saúde, a incapacidade do paciente leigo em entender as informações, ou mesmo querer recebê-las, a elevada demanda nos serviços públicos, enfim, tudo isto, compromete a observância dos preceitos aqui debatido.

3 A cirurgia plástica como obrigação de meio

É de se observar que existe grande incidência de processos judiciais versando sobre o Direito Médico, neste sentido, a cirurgia plástica ganha notadamente relevo quando se constata as proporções desmedidas, sendo digna de nota a quantidade de cirurgias plásticas que sofrem ou já sofreram questionamentos frente à prática profissional.

Ao adentrar no cerne da problemática aqui aduzida, torna-se necessário situar que é pacífico o entendimento de que a atividade médica figura como uma obrigação de meio. De acordo com o artigo 32 do CFM, o médico tomará para si o dever de empregar todos os meios e recursos disponíveis ao seu alcance, para combater o mal ou atingir o melhor resultado possível. A medicina não garante cura, mas sim tratamento adequado.

Os filósofos antigos apregoavam ser a medicina a arte do possível. Desta feita, é lógico o entendimento de que atividade médica, por definição está sujeita ao acaso, ao imprevisível comportamento da fisiologia humana, é cediço que ainda existem vários conhecimentos a serem desvendados acerca de o emaranhado saber anatômico de nossa raça. Obrigação de meio é aquela em que o sujeito se obriga em usar dos elementos da prudência e diligência necessários na consecução de determinado fim, logo, o resultado não é certo/determinado, entretanto, o que se objetiva é a utilização dos meios necessários e possíveis para seu êxito.

Todavia, em cenário distinto é que boa parte da doutrina enquadra a cirurgia plástica com finalidade estética como obrigação de resultado, vale dizer que a referida intervenção cirúrgica é desprovida de finalidade terapêutica. Neste sentido, entretanto, o médico também está adstrito a - obrigação de meio na cirurgia plástica reparadora, ou seja, aquela que tem por finalidade reintegrar a pessoa humana em suas atividades sócias (ocorridas após algum trauma ou advindas desde o nascimento).

A respeito do tema, Maria Helena Diniz, defende que a cirurgia plástica com finalidade estética é obrigação de resultado. Vejamos:

[...] o médico tem obrigação de resultado ou determinada, de modo que seu paciente pode exigir-lhe a produção de um resultado, sem o qual haverá inadimplemento da relação obrigacional [...] na cirurgia estética ou cosmetologia sem qualquer função curativa ou terapêutica, que tem por escopo contornar uma situação indesejável ou desagradável para o paciente [...] A cosmetologia cirúrgica sem nenhuma ação curativa u terapêutica gera responsabilidade criminal (CP, art. 132) e indenização civil, havendo insucesso da operação, dano estético ou se o resultado obtido não corresponde ao esperado. O sucesso na intervenção cirúrgica é único resultado esperado [...]. (DINIZ, 2010, p. 282 e 283)

Por essas e mais outras tantas razões, na obrigação de resultado o médico contratado se determina/obriga em alcançar determinada finalidade, logo caso isto não se verifique será responsabilizado pelo não cumprimento de tal dever, exceto caso se prove que o descumprimento ocorreu por caso fortuito ou força maior.

Na cirurgia plástica com finalidade estética o obrigaria o cirurgião no desenvolver de sua conduta seria o êxito satisfatório de sua intervenção. Contudo, é imperioso destacar a tamanha subjetividade envolvida a apreciação do resultado de uma cirurgia plástica cosmetologia na visão o paciente. Logo o que pode parecer belo e tecnicamente para uma pessoa, não o será necessariamente para outra.

É cediço, que a busca pelas cirurgias estéticas surge quando os indivíduos em decorrência de certos traços físicos se sentem envergonhados e/ou incomodados com sua aparência, desejando corrigir algo do corpo que

não lhe agrade muito, como resultado sua autoestima estima é abalada, o convívio social e profissional é comprometido e em casos específicos distúrbios psicológicos surgem e afetam a qualidade de vida destas pessoas que recorrem às cirurgias plásticas para sanar o problema.

Entretanto, não importa o que impulsiona a cirurgia estética, há que diga que é pura mediocridade de pessoas influenciáveis pelos meios de comunicação ou pelo culto à beleza e físico definido, portanto é neste ambiente que o cirurgião tem o dever de informar (consentimento informado) para que só após as necessárias informações o paciente adquira sua escolha de modo esclarecido (escolha esclarecida).

Atualmente uma das bases fundamentais da relação médico x paciente repousa no dever de informação do médico para com o seu enfermo ou até mesmo alguém que por ele responda, valedizer se, por exemplo, aquele não tenha condições de discernimento. A bioética consagra o princípio da autonomia como um dos mais importantes do ramo, tudo isto, dada a possibilidade de o paciente dispor de seu próprio destino, decidindo que tratamento irá realizar com base nas informações fornecidas pelo profissional da saúde.

A fim de traçar ainda mais força ao referido princípio, a Constituição Federal de 1988 elenca o assunto no bojo dos direitos fundamentais, conseguinte ao trazer em seu artigo 5º, inciso XIV, nos direitos individuais e coletivos que é assegurado a todos o acesso à informação. O Código de Defesa do Consumidor também consagra tal entendimento no artigo 3º, inciso III, aduzindo que à “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificações corretas de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como o risco que apresentem”, logo, corroborando com o entendimento aqui defendido como dever de informação.

É nesse cenário que o cirurgião tem o dever de comparar os riscos e benefícios, informando sempre o paciente de forma exaustiva e exemplificativa os possíveis riscos da cirurgia, pois assim, como senhor de si o paciente pode avaliar os riscos e decidir se compensa ou não assumir tais riscos em contrapartida da melhora estética.

Há que se ressaltar que o desenvolvimento do consentimento se elabora em conjunto, ou seja, o direito do paciente de ser informado e o dever do médico em informar. É necessário observar que o paciente deve ser informado de maneira compreensível à sua capacidade cognitiva, a respeito de seu diagnóstico, risco, prognósticos e alternativas existentes para seu tratamento.

Além do que, para se atingir a plenitude do dever de informação, o Paciente necessita efetivamente compreender a informação que lhe foi transmitida, e não simplesmente recebê-la sem qualquer tipo de absorção, uma vez, em assim procedendo, poderia até consentir com o tratamento proposto, mas não exerceria o seu direito de escolha livre e esclarecida.

Nesse mesmo diapasão, observa-se que a doutrina admite a distinção entre cirurgia estética reparadora de enfermidades congênicas e outras de finalidade puramente estética. Todavia, a fronteira entre tais casos pode ser extremamente difusa.

4 Do posicionamento dos tribunais acerca do tema

O entendimento dos Tribunais Brasileiros não é outro. Senão vejamos:

Responsabilidade civil. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar – nos caso mais graves – negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (BRASIL, STJ, Resp. Nº 436.827, Internet)

Conseqüentemente, a partir da não observância do válido e regular consentimento informado, vale dizer se este não é resultante de uma escolha esclarecida, faz com que o Paciente fique sujeito aos riscos decorrentes da própria imprevisibilidade inerente à atividade médica. Logo, poderemos ter um resultado satisfatório do ponto de vista clínico, entretanto, o mesmo pode vir a ser interpretado como falho se

confrontado com outros possíveis desfechos esperados a partir de outros métodos terapêuticos não informados.

Superado os esclarecimentos acerca da informação em sentido lato e a sua possibilidade de defesa ao profissional da saúde que trilhe todos os caminhos aqui delineados, voltemos a questão da responsabilidade civil do cirurgião plástico.

Inicialmente, a título de definição conceitual devemos distinguir a negligência, imprudência e a imperícia no proceder da atividade médica. A necessidade e o dever de agir com prudência, diligência, precaução e perícia é elementar no cotidiano do profissional da saúde, esta questão se explica pelo fato de que em se tratando de uma desejada obrigação de meio, na hipótese de superveniência de um resultado adverso, o que será analisado para verificação da existência ou não de culpa, será a conduta do médico.

Em princípio, a comprovação de culpa deverá passar necessariamente, pela verificação da prudência, da perícia, do comportamento profissional adotado durante todo o procedimento, culminando no dever de informação aqui já debatida.

A negligência vem a ser a ausência do emprego de precauções adequadas para a prática de determinados atos ou adoção de procedimentos, revelando desleixo, desatenção, indolência, descaso e descompromisso para com a atividade desempenhada. Aqui o médico por patente omissão na execução de algum ato determinado acaba enveredando-se no erro, ou seja, o profissional tem o conhecimento adequado e que dele se espera, porém, por negligência deixa de cumprir o seu dever. Como exemplos podemos citar a ausência do médico em requisitar os exames necessários antes de fazer a cirurgia, realização de exames superficiais e o abandono de paciente sobre os seus cuidados.

Em segundo lugar, a imperícia nada mais é do que a incapacidade vale dizer a falta de conhecimentos técnico-específicos ou até mesmo falta de habilitação para o exercício de determinada atividade. Por essas e outras razões, pode ainda ser qualificada como desempenho de uma atividade relativa a uma profissão desconhecida pelo praticante, revelando

inaptidão genérica ou específica. É neste cenário que podemos afirmar que um médico é imperito quando este não possui aptidão técnica, teórica ou prática para exercer seu trabalho. A inscrição no Conselho Regional de Medicina é o que habilita o profissional a exercer a atividade, todavia, se ele não possui os requisitos aqui aduzidos estará executando um ato médico com imperícia, podendo assim ocasionar graves danos ao paciente, o que na verdade seria a prática de um crime.

Em terceiro lugar, a imprudência vem a ser a inobservância do dever de cuidado, de cautela no desempenhar de determinadas práticas ou procedimento. É a falta de moderação, é o agir perigosamente, com falta de precaução, de insensatez e da precipitação sobre a experiência, o bom senso e o profissionalismo, é a temeridade. Começamos por tratar da cirurgia plástica como uma obrigação de meio, vale dizer sob nenhum aspecto defendemos que ela pode ser considerada como obrigação de resultado.

De acordo com Eduardo Dantas, no que diz respeito da cirurgia plástica ser considerada obrigação de resultado:

Esta é uma classificação muito difundida, e repetida sem qualquer reflexão pelos menos avisados, que se limitam a fazer coro com entendimentos que se mostra ultrapassados, à luz da doutrina atual. [...] Tal equívoco permaneceu durante muito tempo presente na doutrina nacional, mas vem sendo corrigido ao longo dos últimos anos, por obra de doutrinadores que se debruçaram sobre o Direito Médico [...] Muito se falam em impor diferença de tratamento jurídico à chamada cirurgia plástica desprovida de finalidade terapêutica. Ocorre que este termo, por si só, é equivocado. (DANTAS, 2009, p. 151)

O entendimento acima descrito destaca a unicidade de tratamento no tipo de relação jurídica que ensejaria a responsabilidade civil do cirurgião plástico, se de cirurgia reparadora (terapêutica) ou cirurgia estética (cosmetologia), portanto, haveria de ser para ambas a responsabilidade civil decorrente da obrigação de meio na atividade. Em toda a prática médica não se autoriza a inversão do ônus da prova e ignorar tal situação caracteriza um patente desvio de realidade, vale dizer incompatível com o

devido processo legal, com a busca da verdade e a justa análise do procedimento.

Ademais, não se pode cobrir com um manto o paciente e ignorar que ele tem consciência dos riscos envolvidos em qualquer procedimento, tentar eximi-lo da responsabilidade é uma incoerência jurídica uma vez que o consentimento, a conduta e o comportamento do paciente são mais que atenuantes, na verdade se solidificam como excludentes de responsabilidade.

Registre-se que impor à cirurgia plástica estética o dever de resultado é contrariar o próprio sistema biológico de cada ser humano, que pode variar de indivíduo para indivíduo, portanto, transmitir exclusivamente o dever do resultado ao médico é uma carga muito pesada e conseqüentemente, ferindo de morto o bom-senso.

Merece destaque o posicionamento acerca do tema de Miguel Kfourri Neto, Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná -, vejamos:

Em qualquer hipótese, não milita, em desfavor do cirurgião plástico, nessas intervenções embelezadoras, presunção de culpa, nem tampouco se aplicam os princípios da responsabilidade sem culpa. Por fim, as novas tendências verificadas no âmbito da prova da culpa médica, em especial atribuição dinâmica do encargo probatório, não mais justificam que apenas ao cirurgião plástico seja aplicado tratamento diferenciado, gravoso. Todas as especialidades cirúrgicas submetem-se ao imprevisível – consequência natural, já examinada, das características individuais de cada pessoa. Assim, a cirurgia plástica embelezadora há de enquadrar no figurino da verificação da culpa, a exemplo das demais especialidades médicas – arredando-se a aplicação extremada dos princípios da responsabilidade objetiva ao profissional liberal, que também se submete ao estatuto da culpa”. (KFOURI NETO, 2002, p. 267)

O aspecto fundamental da defesa aqui exposta é tentar demonstrar que a cirurgia plástica é intervenção médica que se compara a todos os demais procedimentos cirúrgicos e, as reações fisiológicas que o corpo humano pode ter são absolutamente imprevisíveis, logo conseqüências indesejadas podem surgir, em que pese todos os cuidados, técnicas,

prudência, perícia e recursos disponíveis foram empregados no proceder, razão pela qual não há que se culpas o médico pelo acaso, vale dizer até porque o mesmo não é desejado.

Outra questão a ser discutida é a respeito de que o sucesso da cirurgia plástica depende muito dos cuidados advindos no pós-operatório, estes tomados pelo próprio paciente que deve seguir a risca todas as cautelas expostas pelo médico. Neste sentido cada corpo humano pode apresentar sintomas distintos, reações diversas e não previsíveis em razão de que na medicina não há fórmula exata a ser seguida dada a complexidade do corpo humano.

Para solidificar o posicionamento doutrinário, vale dizer de que se trata de obrigação de meio à questão das cirurgias plásticas estéticas, os Tribunais Brasileiros passaram a sedimentar em suas decisões o mesmo entendimento.

Não me parece, data vênua, que se possa classificar uma cirurgia, e nesse plano as cirurgias plásticas se equipararam às de qualquer outra espécie, de obrigação de resultado, porque, como se sabe, quando se trata de mexer com a fisiologia humana, além de técnica empregada pelo médico, havida no conhecimento específico, há sempre um outro componente que o homem, frágil e impotente diante do desconhecimento, chama de imprevisível. [...] Nenhum homem seria capaz de afirmar que uma cirurgia tem 100% de possibilidade de êxito e 0% de insucesso. Sintetizando: não há cirurgia sem risco.” (BRASIL, TJRJ – ApCiv 1.239/90, Internet)

Decidindo de igual modo, observa-se ainda a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Alagoas em situação fática bastante similar:

Processo Inflamatório Crônico. Ação ordinária de indenização. Responsabilidade civil. Erro médico. A responsabilidade civil dos médicos por atos de seu ofício repousa na culpa. Assim, realizada a intervenção prescrita ao paciente, com a técnica adequada, não se pode atribuir à negligência, imprudência ou imperícia do cirurgião as consequências desfavoráveis, proveniente de um mal evolutivo, decorrente de um processo inflamatório crônico e inespecífico. Recurso provido” (BRASIL, TJAL, Ap. Civ. Nº 9.038, Internet)

Deste modo, o que se espera do médico, seja qual for a sua especialidade, é a sua atuação de forma zelosa, utilizando sempre de recursos e métodos atualizados e adequados nos avanços da ciência. Por fim, observe-se, ainda, o venerando acórdão lavrado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Prova – Responsabilidade civil médica por cirurgia plástica malsucedida – Atividade médica como obrigação de meios e não de resultado – Necessidade de a autora prova a culpa profissional – Impossibilidade de inversão do ônus da prova – CCB, art. 1.545 – Inaplicabilidade da Lei nº 8.078/90 (CDC), art. 6º, VIII, em face do art. 14, § 4º. A obrigação médica é de meio e não de resultado, depende, portanto, de prova daquele que se disser prejudicado. Estando, desta forma, a responsabilidade civil dos médicos fundada na teoria da culpa (CCB, art. 1.545), inaplicável a espécie o disposto no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VIII, mesmo porque o próprio Código, em seu art. 14, § 4º exclui a possibilidade da pretendida inversão do ônus probante. Recurso improvido. (BRASIL, TJPR, Ag. De Intr. Nº 34.834-1, Internet)

É cediço, que o aspecto principal a ser seguido a fim de evitar tantas demandas judiciais acerca do tema, repousa na matéria aqui abordada quanto à adequada informação ao paciente. Consequente, dada a sua importante diferenciação entre consentimento informado e escolha esclarecida, tudo isto com intuito de excluir a responsabilidade do medido em sua relação com o paciente. Neste sentido, sua ausência e a oferta do serviço não traz uma apresentação clara dos riscos envolvidos, inclusive os riscos anestésicos do procedimento, sendo sugeridos resultados que não podem ser garantidos.

É dever de o cirurgião plástico prestar ao paciente informação clara, completa, precisa e inteligível, de modo que o mesmo, conhecendo os riscos advindos de suas decisões e do tratamento perseguido, assuma as responsabilidades de seu consentimento informado, e se comprometa em seguir as instruções para o período pós-operatório.

A partir de tudo isto, caso surja algum resultado indesejado, necessitará o cirurgião plástico comprovar que se desincumbiu de seu prévio dever de

informação, e que não agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia, não se lhe podendo atribuir culpa por evento danoso posterior.

Temos que ter em mente que, o Médico não está comprometido com o resultado – já que está sujeito ao acaso, ao infortúnio, à força maior, o Médico tem o dever de diligência, de excelência, de contínua busca pelo saber, se aperfeiçoar, razão pela qual, as ciências médicas, assim como a jurídica, evoluem rapidamente e novas metodológicas e procedimentos são criados constantemente.

Conclusão

Sob os temas aqui guareados, verifica-se que a Medicina sempre deverá estar ao lado do ser humano, do exposto e sob o ponto de vista que as ciências médicas não só englobam o médico, e sim genericamente todos os agentes que promovem a saúde coletiva. Ficou amplamente demonstrado que para a configuração da excludente de responsabilidade na relação cirurgião plástico-paciente, resta ao profissional da saúde prestar as informações necessárias, vale dizer consentimento informado e escolha esclarecida, ademais, ausentes à imperícia, negligência ou imprudência, não restará imposição de responsabilidade ao médico.

Estamos diante de algo muito sério, a responsabilidade dos atos decorrentes da prática da Medicina estão ligados diretamente ao bem mais valioso e protegido pelo homem, vale dizer, a vida. Tema que deve ser amplamente discutido e estudado nas cadeiras das Faculdades de Direito e Medicina/Ciências que envolvam a área da saúde. Objeto que deve ser analisado com bastante esmero pelos Legisladores e Operadores do Direito em geral. A atividade médica não deve ser intimidada frente o pensamento retroativo de uma sociedade punitiva.

A atividade Médica – principalmente a que trata da cirurgia plástica, é deveras vezes injustiçada frente os anseios que a sociedade espera do Poder Judiciário. Os reveses e resultados desfavoráveis da sua atuação nem sempre são compreendidos pelo paciente e seus familiares. O Poder Judiciário deve separar a emoção que envolve a lide e exercer sua atividade imparcial, livre e autônoma, cumprindo assim seu papel Constitucional, do contrário estaria a frear os avanços de uma área da

Ciência que merece total credibilidade e respaldo social para continuar na busca pela cura, melhores tratamentos, técnicas cirúrgicas, enfim, procedimentos que com certeza visam o benefício de todos.

Vivemos em uma época que o Médico perdeu aquele sentimento de semidivindade que o encobria em tempos pretéritos, em detrimento dos avanços que a área passou e continua passando, o Médico é altamente cobrado e intimidado, é mais exigido, perdendo o “direito” de errar e tendo que assumir o papel de “algo” que não pode mais falhar, caso contrário, poderia até ser chamado de assassino e ver a sua vida mudar, ser tratado como criminoso, todavia, seu interesse era exercer o contido no Juramento de Hipócrates por ocasião de sua formatura.

A máxima cautela deve ser atribuída, entretanto, as questões ligadas à evolução tecnológica da medicina. As informações sobre o genoma humano, a biotecnologia, o que esperar do progresso das ciências biológicas e o que isso representará nos interesses sociais. Princípios devem ser respeitados e seguidos, portanto, a manipulação do material genético de uma pessoa só atentarà aos fins da Ciência Médica – no sentido do bem à saúde humana, se esta intervenção for como instrumento de melhoria de sua vida e de seus descendentes.

Todavia, o que se sabe é que temos desafios futuros e não devemos deixar que o progresso seja usado para benefício de uns e de outros ou que seja efetivado para discriminar o homem.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Disponível em:. Acesso em: 27 out. 2012.

_____. Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:. Acesso em: 27 out. 2012.

_____. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:. Acesso em: 27 ago. 2012.

_____. Resolução do CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. DOU do Poder Executivo, 24.9.2009. Disponível em: Acesso em: 26 nov. 2012.

_____. TJPR, Ag. De Intr. Nº 34.834-1, Rel. Des. Abrahão Miguel, julg. Em 20.06.1995, p. 4.941

_____. TJAL, Ap. Civ. Nº 9.038/Capital, Rel. Des. B. Barreto Accioly; Recorrente: Joaquim Paulo Vieira Malta Neto; Recorrida: Maria Rita Lyra de Almeida; julg. Em 30.08.1989. Disponível em: Acesso em 26 nov. 2012.

_____. TJRJ – ApCiv 1.239/90 – 25.09.1990 – ADV/COAD, Se. Jur., p. 78, maio 1994. Disponível em: Acesso em: 26 nov. 2012.

_____. STJ, Resp. Nº 436.827/SP [2002/0025859-5], Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: Acesso em: 26 nov. 2012.

_____. Lei ESTADUAL N. 10.241, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 26 nov. 2012.

_____. Resolução 196/96. Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: Acesso em: 26 nov. 2012.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito Médico. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. Um olhar bioético sobre as legislações brasileira e francesa relativas aos direitos dos pacientes à informação e ao consentimento. In: Revista Brasileira de Bioética, da Sociedade Brasileira de Bioética, nº 1, vol.3, Brasília, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da prova. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. O consentimento informado na relação médico paciente. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

POLICASTRO, Décio. Erro Médico e suas Consequências Jurídicas. Belo Horizonte: DelRey, 2010.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. Responsabilidade Civil do profissional de saúde e consentimento informado. Curitiba: Ed. Juruá, 2005.

SILVA, Rafael Pereffida. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

Fonte: www.jusbrasil.com.br