

RESPONSABILIDADE CIVIL NA CIRURGIA ESTÉTICA

FÁTIMA NANCY ANDRIGHI

Ministra do Superior Tribunal de Justiça

Honrou-me o Dr. Luciano Chaves com o gracioso convite para que participasse desta XIX Jornada Centro-Oeste de Cirurgia Plástica, tecendo algumas considerações a respeito da responsabilidade civil do médico em procedimentos de cirurgia estética, tema esse que já gerou significativa discussão e que, pela relevância prática, deve ser tratado com todo o cuidado e atenção. É importante, por um lado, que possamos sempre garantir a todo aquele injustamente lesado a reparação, mas, por outro, que não imponhamos o dever de indenizar ao profissional que agiu com toda a cautela e diligência.

A responsabilidade do médico – não apenas do cirurgião plástico – sempre gerou debates no âmbito jurídico. Por algum tempo se discutiu se tal responsabilidade seria *contratual* ou *extracontratual*. A discussão era incentivada sobretudo pelo fato de que a regra especial que determinava ao médico o dever de reparar o dano causado constava, no Código Civil revogado, não do capítulo relativo à responsabilidade contratual, mas daquele que tratava da *liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos* (Título VIII, Capítulo II, art. 1.545).

Hoje, todavia, essa discussão está superada, não apenas porque o Novo Código Civil solucionou tal impropriedade, mas também por força da evolução do pensamento jurídico e dos debates que se formaram mesmo à luz da legislação anterior. Assim, o senso comum é o de que a responsabilidade dos médicos caracteriza-se, via de regra, como *contratual*, salvo exceções como o atendimento de urgência em caso de acidentes, ou de atendimento em instituição pública ou empresa, na qual o médico é obrigado a prestar assistência independentemente de prévio ajuste com o paciente (RUY ROSADO DE AGUIAR, "Responsabilidade Civil



do Médico”, in RT, págs. 33 a 53, esp. pág. 35; SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, “A responsabilidade civil do médico”, in *Direito e Medicina*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2000, págs. 183 a 207, esp. pág. 188).

A relevância prática da distinção entre responsabilidade *contratual* e responsabilidade *por ato ilícito* é que nesta, salvo exceção expressa em lei, sempre há o dever de a vítima comprovar a coexistência de todos os elementos que caracterizam o dever de indenizar, ou seja: o ato ou a omissão da parte, o elemento subjetivo (dolo ou culpa) e o nexo causal. Vale dizer, o ônus de comprovar a responsabilidade do suposto causador do dano por ato ilícito é da vítima.

No campo da responsabilidade contratual, por outro lado, deve-se distinguir os contratos que regulam uma *obrigação de meio*, e os que regulam uma *obrigação de resultado*. Essa distinção é fundamental e, por esse motivo, não pode permanecer sendo conhecida apenas pelo profissional do direito. Tendo em vista que, em última análise, o cidadão comum é a razão de ser e o destinatário de todas as normas jurídicas. É muito importante que os institutos sejam expostos de modo que sejam também compreendidos por toda a comunidade.

Nos contratos que regulam obrigações de meios, o contratado se obriga meramente a empregar *toda a sua habilidade e perícia* para desempenhar uma determinada atividade, sem se vincular à consecução de um resultado prático previamente ajustado. Vale dizer: o contrato não se considera descumprido meramente porque o fim almejado não foi atingido. O inadimplemento contratual somente ocorre se o profissional não empregou na execução da atividade contratada a melhor técnica possível. Podem-se citar como exemplos, no campo médico, a intervenção cirúrgica em situações nas quais não é possível garantir a cura do paciente, ou, fora do campo médico, a obrigação assumida por um advogado que defende a parte em uma demanda judicial. Nessas duas hipóteses, entre outras, não se pode exigir êxito do profissional. O



cirurgião que promove uma intervenção de urgência não pode garantir a sobrevivência do paciente, mas se obriga atuar da melhor forma possível na cirurgia, de modo que as chances de melhora sejam maximizadas.

Já os contratos que regulam *obrigações de resultado* são aqueles em que o objeto da contratação é um determinado bem jurídico, ou a execução de dado serviço. O inadimplemento desses contratos se verifica automaticamente pela não obtenção do resultado. Podem-se citar como exemplos obrigações de transporte ou de empreitada. Com efeito, se uma determinada encomenda postada nos correios não chega ao seu destino, o contrato está automaticamente inadimplido; da mesma forma, quando se contrata um empreiteiro para realizar uma obra, o inadimplemento é automático com a falta de entrega da obra.

Essa distinção gera conseqüências no que diz respeito à distribuição do ônus da prova. Nos contratos que regulam *obrigações de meio*, a responsabilidade pela falta de obtenção do resultado almejado somente pode ser atribuída ao profissional caso ele tenha colaborado para o insucesso com culpa. O ônus para a comprovação dessa culpa, salvo inversão determinada por lei, compete à vítima. Já os contratos que regulam uma *obrigação de resultados*, compete ao prestador de serviços comprovar que o insucesso decorreu de fatores alheios à sua vontade, e que não poderiam ser contornados (como, por exemplo, caso fortuito ou de força maior). À vítima não é necessário promover qualquer comprovação.

No campo médico, a noção geral é que os contratos regulam sempre obrigações de meio. Com efeito, não se pode exigir do médico, pela própria natureza de suas intervenções, que seja garantido determinado resultado prático. O corpo humano apresenta muitas nuances que torna impossível qualquer garantia.



Não obstante, mesmo na medicina há contratos que regulam obrigações de resultado. SÁLVIO FIGUEIREDO TEIXEIRA (op. cit., págs. 189/190) menciona que:

Tem-se por obrigações de resultado a assumida visita médica, a de vacinação, de transfusão de sangue, de segurança dos instrumentos usados na realização do ato médico, o raio X, os exames biológicos, laboratoriais de execução simples etc.

O ponto que gera maior controvérsia, porém – justamente sobre o qual pretendemos falar aqui - é o da definição da responsabilidade dos cirurgiões plásticos, notadamente nas cirurgias plásticas estéticas. Lembro-me que um amigo cirurgião plástico, certa vez, em tom jocoso, comentou comigo que:

A diferença da plástica para as demais modalidades de cirurgia é que, para qualquer procedimento cirúrgico, parte-se do pressuposto de que o paciente não está bem. Na plástica, porém, é exatamente o contrário: o procedimento só se admite se o paciente está absolutamente saudável

Essa observação, apesar de sarcástica, é muito interessante e focaliza de maneira precisa o ponto que levou, por muito tempo, a doutrina e a jurisprudência a oscilar em relação à qualificação da responsabilidade do cirurgião plástico. Trata-se da idéia de que *ninguém que se encontre absolutamente saudável se submeteria a uma cirurgia estética, a não ser que estivesse bastante seguro a respeito de seu resultado*.

Esse princípio esteve na base do raciocínio de muitos que defenderam a idéia de que o plástico, ao aceitar promover uma cirurgia, assume a obrigação de produzir *um resultado determinado*, ficando automaticamente responsabilizado caso esse resultado não se verifique. Defendendo tal idéia, pode-se citar, por todos, as opiniões de Caio Mário



da Silva Pereira e de Aguiar Dias (cf. Rui Rosado de Aguiar, op. cit., pág. 40).

A tendência atual, porém, é de reversão dessa orientação. A constatação que está por trás disso, tomada com base sobretudo na doutrina francesa, é a de que *"a obrigação a que está submetido o cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais cirurgiões, pois corre os mesmos riscos e depende da mesma álea."* (Rui Rosado de Aguiar, op. cit., pág. 39). Isso porque, independentemente dos motivos que levaram o paciente a se submeter ao procedimento cirúrgico:

(...) a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. (...) A reação do organismo é a mesma se a questão é reparadora ou estética. A biologia não cogita de distinções em tais situações. Para a natureza, a intervenção reparadora ou estética apresenta as mesmas características invasoras e agressivas. Não importa a finalidade. (Nestor José Foster, "Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios?", in AJURIS – Revista da associação dos juizes do Rio Grande do Sul, mar/1997, págs. 406 a 414, esp. págs. 411/412).

Essa evolução de pensamento tem se dirigido no sentido de considerar que a principal peculiaridade da responsabilidade em que incorre um cirurgião plástico, não é uma mudança em sua natureza (resultado, em lugar de meios), mas apenas o:

(...)recrudescimento dos deveres de informação, que deve ser exaustiva, e de consentimento, claramente manifestado, esclarecido, determinado. (...) A falta de uma informação precisa sobre o risco, e a não obtenção de consentimento plenamente esclarecido, conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios. (Rui Rosado Aguiar, op. cit., pág. 39/40)

Ou seja: uma vez que o cirurgião esclarece, de maneira exaustiva, o paciente a respeito de todos os riscos inerentes ao procedimento cirúrgico a que ele se submeterá, e uma vez que aceitos



pelo paciente tais riscos, o médico empenhe no procedimento a melhor técnica exigível na época em que a cirurgia é promovida, não deve ser possível responsabilizá-lo por intercorrências alheias à sua vontade que comprometam o resultado almejado para a cirurgia.

Essa idéia ainda não está consolidada na jurisprudência. Há diversos precedentes nos quais se estabelece que a obrigação do cirurgião plástico é sempre de resultado, e não de meio. Nesse sentido, podem ser citados os julgamentos dos Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 1999.01.5004091-6 (DJ de 14/8/2002); da Apelação Cível nº 1999.01.1028657-9 (DJ de 15/8/2001), ambos aqui do Distrito Federal; a Apelação Cível nº 2005.001.24746 (julgado em 13/9/2005), do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; entre outros.

A análise da jurisprudência, porém, como é comum ocorrer, enriquece muito a compreensão das questões. Com efeito, a prática é, não raro, o melhor professor. A análise dos acórdãos – mesmo os que atribuíram ao cirurgião plástico obrigação de resultados – demonstra a importância que há, para a exclusão da responsabilidade médica, o dever de informação.

Há um julgado de São Paulo no qual se condenou o cirurgião plástico a indenizar a vítima que, numa cirurgia pra redução dos seios, apresentou quadro grave de quelóide. O fundamento do acórdão não foi, pura e simplesmente, a obrigação de indenizar pela impossibilidade de obtenção do resultado, mas a previsibilidade da ocorrência da quelóide, dadas as características de pele da vítima. Assim, competiria ao médico tê-la alertado do fato, e não realizar a cirurgia. Confira-se a ementa:

RECURSO – Apelação – Ação de indenização por responsabilidade civil – A autora submeteu-se a duas intervenções cirúrgicas realizadas pelo réu, sendo a primeira para a redução das mamas e a outra para remoção das cicatrizes existente em razão da precedente – Aduz que a primeira cirurgia feita quando ainda menor, com quatorze



anos de idade, em vez de corrigir o tamanho de seus seios, resultou conseqüências desastrosas, pois ficaram assimétricos, deformados e com cicatrizes – A Segunda foi realizada na tentativa de solução do problema, mas as cicatrizes aumentaram, inclusive impossibilitando-a de amamentar sua filha – Apesar da medicina não ser uma ciência exata, há entendimento de que, em cirurgias de caráter estético, existe dever de resultado e, na hipótese em testilha, considerando-se a pele e raça da apelante, com tendências a formação quelodiana das cicatrizes, impunha-se ao profissional alertá-la previamente deste fato e não realizar a intervenção cirúrgica – Ora, se havia essa propensão genética, logicamente, a cirurgia estética não era recomendada, posto que com a formação dos quelóides, o resultado, por certo, não seria favorável – Neste aspecto é que ocorreu a culpa por imprudência na indicação da cirurgia (...). (Ap. Cív. 140.469-4, julgado em 3/6/2003)

Particularmente no Superior Tribunal de Justiça, pode-se dizer que ainda prevalece a tese de que é de resultado a obrigação assumida pelo cirurgião plástico. Todavia, a questão ainda suscita, e provavelmente continuará a suscitar, debates calorosos. A título exemplificativo, pode-se citar o julgamento, em 31/5/1999, do REsp nº 81.101/PR. Não obstante nesse precedente o STJ tenha definido ser de resultado, e não de meio, a obrigação assumida pelo cirurgião plástico, o extenso e laborioso voto proferido pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito trouxe valiosos argumentos em defesa da tese contrária ressaltando o papel que o dever de informação desempenha nessas hipóteses.

Em conclusão, o fato é que o dever de informação desempenha um papel central. Tal dever tem de ser cumprido de maneira estrita pelo cirurgião. Trata-se do aspecto mais importante para a preparação de uma cirurgia plástica estética (aliado, naturalmente, a todas as cautelas que a técnica médica demanda, antes - solicitação e análise de exames laboratoriais – durante, e após o ato cirúrgico). O paciente deve estar informado, não apenas sobre quais os riscos envolvidos na cirurgia a que pretende se submeter, como também qual o melhor resultado que pode esperar, dentro das variações a que



naturalmente se submete a cirurgia estética. A preocupação de informar não pode ser, jamais, posta de lado pelo cirurgião plástico. E, naturalmente, dada a importância desse dever, é imprescindível que a plena informação do paciente esteja documentalmente comprovada, da forma mais completa possível. Esse é o caminho que deve seguir o cirurgião cauto para que tenha argumentos fortes para defender a correção de seu procedimento em eventuais controvérsias judiciais.

Por oportuno lembro de um relato feito por Calamandrei que certa vez defendia, como advogado, o vendedor de um cavalo que, conforme a alegação do comprador, tinha o hábito de morder. Venceu em primeira e segunda instância, pois os julgadores admitiram o vício redibitório, excluindo o fato de que o animal fosse mordedor.

O vencido, às portas da Corte de Cassação, que só julga o Direito, sem competência para reabrir a discussão em torno de questões de fato. Confiante, o genial advogado sequer usou da palavra. Todavia, estranhou que o procurador geral, contrariamente à expectativa, houvesse se levantado para dizer que o recurso era fundamentadíssimo e que deveria ser provido.

Finda a discussão Calamandrei não resistiu ao ímpeto de dirigir-se ao procurador, revelando a sua surpresa, ao que lhe respondeu delicadamente o defensor da Justiça:

- Caro advogado, contra cavalos mordedores toda a severidade é pouca. Há muitos anos caminhava eu a pé com meu filho pela mão, ao lado da calçada. O cavalo de uma carroça estacionada mordeu violentamente o braço do menino. Produziu-lhe uma profunda ferida que demandou mais de um mês de tratamento. Desde então, quando ouço falar em cavalo mordedor, sou implacável.



Este é o risco que paira sobre os julgadores, carregados de pré-compreensão no ato de julgar, muitas vezes sem uma explicação confessada, que apenas pode ser justificada porque o juiz, como todo ser humano, é também cativo de sentimentos. Por isso, conforme a lição de Edgar de Moura Bittencourt, desconfiar de si é o dever do jurista; confiar no Direito como bem geral, é a sua elevada missão.

