

A Responsabilidade Médico-Hospitalar à Luz do Código do Consumidor

SERGIO CAVALIERI FILHO

*Desembargador do TJ/RJ e Professor da Universidade
Estácio de Sá*

1. Casos Ilustrativos - As ações de indenização decorrentes de responsabilidade médica e hospitalar, que antes eram raras em nossa Justiça, estão se tornando cada vez mais frequentes. Talvez, em razão da má qualidade do ensino de um modo geral, e dos péssimos serviços prestados, principalmente pelos hospitais públicos; talvez, pelo aumento da demanda, da procura desses serviços por parte da população em geral, cada vez mais pobre e doente; talvez ainda, ou pelos três motivos, por ter hoje o cidadão uma maior consciência dos seus direitos e encontrar mais facilidade de acesso à Justiça.

Selecionei alguns casos, colhidos da nossa jurisprudência, a título de ilustração.

Um motorista de táxi, cerca de dois anos depois de ter sido submetido a uma cirurgia num hospital, morreu de infecção generalizada causada por resto de material cirúrgico, gaze deixada no seu abdômem quando da cirurgia. E aí se indaga: é possível que isto ainda aconteça, com todo o progresso da medicina?

Um jovem de 21 anos - todos são casos reais - estudante, vida sexual normal, tornou-se impotente após uma simples cirurgia de fimose. Já fez 3 cirurgias plásticas, sem sucesso; deverá ser submetido a mais uma na tentativa de recuperar a normalidade da sua vida sexual, mas sem muita esperança. A perícia constatou que, quando da cirurgia de fimose, uma veia foi interrompida, impedindo a circulação do sangue, o que acarretou necrose do tecido da glândula, o que é, praticamente, irreversível. Seria isto justificável em nossos dias?

Um cidadão sério e respeitável, que não queria expor-se a certos riscos, submeteu-se a uma cirurgia de vasectomia. Tempos depois foi surpreendido por uma ação de investigação de paternidade na qual ele era incluído como réu. Protestou, foi o primeiro a pleitear a prova pericial, confiante na cirurgia

que havia feito. Qual não foi a sua decepção quando o exame de DNA o apontou como sendo o pai biológico do investigante. O pior é que a Exm^a Sr^a dele não tinha a menor noção das suas aventuras extramatrimoniais. Já pensaram quanto isto vai custar só a título de dano moral?

2. A Responsabilidade Médica Empresarial - A responsabilidade médica foi muito discutida no passado quanto à sua natureza jurídica: se era contratual ou extracontratual; se gerava obrigação *de meio* ou *de resultado*. Entendo que após o Código do Consumidor - desde logo vou dizendo que o Código do Consumidor, em meu entender, é inteiramente aplicável aqui, porque se trata de prestação de serviço - essas discussões perderam relevância. Hoje a responsabilidade médica/hospitalar deve ser examinada por dois ângulos distintos. Em primeiro lugar, a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos etc. Em segundo lugar, a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal.

No primeiro caso, serviços empresariais, antes do Código do Consumidor doutrina e jurisprudência procuravam enquadrá-lo no art. 1.521, inc.IV do Código Civil, aquele que disciplinava a responsabilidade dos hotéis e das hospedarias. Sustentava-se que a instituição hospitalar, além da obrigação de curar, de dar tratamento médico ao paciente, assumia com ele uma obrigação de hospedagem da qual lhe resultava uma presunção de responsabilidade que o tornava responsável por tudo aquilo que viesse a ocorrer ao paciente. Entendo, que após o Código do Consumidor essa fundamentação perdeu a sua razão de ser, porque o art.14 deste Código estabeleceu responsabilidade objetiva para todos os acidentes de consumo decorrentes do fornecimento de serviço com defeitos. Diz o citado art.14 do Código do Consumidor:

“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação do serviço.”

É o que o Código chama de *fato do serviço*, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço.

Essa responsabilidade, como se constata do próprio texto legal, tem

por fundamento ou fato gerador o *defeito do serviço* que, fornecido ao mercado, vem a dar causa a um acidente de consumo. Exemplo: alguém contrata uma empresa para refazer a instalação elétrica de sua casa mas, tempos depois, um defeito nessa instalação provoca incêndio na casa.

“O *serviço é defeituoso*, diz o parágrafo 1º do art. 14 do CDC, quando não fornece a *segurança* que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido”. Trata-se, como se vê, de uma garantia de que o serviço será fornecido ao consumidor sem defeito, de sorte que, ocorrido o acidente de consumo não se discute culpa; o fornecedor responde civilmente por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito. E mais, será absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se esse defeito era previsível ou evitável. Em face do fato do serviço, o defeito é presumido porque o Código diz - art. 14, § 3º, I - que o fornecedor só excluirá a sua responsabilidade *se provar* - ônus seu - que o defeito inexistente, vale dizer, que o acidente não teve por causa um defeito do serviço.

3. A Posição da Jurisprudência - Embora lentamente, a jurisprudência dos nossos Tribunais vai aos poucos se libertando do artigo 159 do Código Civil - tão arraigado em nossa consciência jurídica - e começa a enquadrar a responsabilidade médico-hospitalar no Código do Consumidor na medida em que toma conhecimento da sua nova disciplina. Na Apelação Cível nº 6.200/94, da qual foi relator o Des. Marcus Faver, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu:

RESPONSABILIDADE CIVIL HOSPITALAR. Paciente Com Insuficiência Renal Grave. Hemodiálise. Contaminação Por Vírus da Hepatite B. Nexo de Causalidade Demonstrado. Responsabilidade do Hospital.

A contaminação ou infecção em serviços de hemodiálise caracteriza-se como falha do serviço e leva à indenização, independentemente de culpa. Aplicação, na hipótese, do art. 14 caput do Código de Defesa do Consumidor.

No corpo do acórdão, o seu eminente relator fez as seguintes judiciosas considerações: “*Em realidade, estamos diante da responsabilidade*

pela prestação de um serviço defeituoso, onde o fornecedor do serviço, no caso o hospital, responde pela reparação do dano, independentemente da existência de culpa, à luz da regra estabelecida no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, já vigente à época dos fatos.

“Assim, a responsabilidade do hospital se aperfeiçoa, sem questionamento de culpa, mediante o concurso de três pressupostos: a) - defeito do serviço; b) - evento danoso; c) - relação de causalidade.

“Ora, no caso dos autos, tais pressupostos ficaram, sobejamente, demonstrados. Pelo laudo de fls. 89/94, comprova-se que o *autor ingressou no hospital sem o vírus da hepatite B, o qual, segundo estudos médicos, só se transmite por transfusão ou relações sexuais.* Em razão dos serviços de hemodiálise, ali realizados, viu-se contaminado, ainda que pudesse, em tese, a apelante ter tomado os cuidados correspondentes à realização dos serviços.

“A legislação aplicável à espécie acolheu para hipótese os critérios da responsabilidade objetiva, pois desconsiderou, no plano probatório, quaisquer investigações relacionadas à conduta do prestador dos serviços que é, assim, irrelevante, para a solução da controvérsia.

“Como esclarece Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamim, *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, Saraiva, 1991, pág. 80, quando se tratar de serviços médicos prestados por hospital, como fornecedor de serviços (art. 14 *caput*), a apuração da responsabilidade independe da existência de culpa.

“Na verdade, o hospital só se exoneraria da responsabilidade se comprovasse: não ter realizado os serviços; culpa exclusiva do autor ou de terceiro ou ocorrência de caso fortuito ou força maior.

“Despiciendas, pois, quaisquer considerações ou investigação probatória sobre a possível conduta negligente, imprudente ou imperita da sociedade apelante.”

Em outro julgado do mesmo Tribunal, agora na Apelação Cível nº 1.217/96, da qual fui o relator, a Segunda Câmara Cível decidiu:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Estabelecimento Hospitalar. Morte de Recém-nascido. Alta Hospitalar Prematura. Indenização Circunscrita ao Dano Moral.

A alta hospitalar prematura de criança nascida com peso inferior ao normal e com deficiência respiratória, constitui, até aos olhos do leigo, a causa adequada da morte do recém-nascido, sendo prova

inequívoca da relação de causalidade o fato de ter o falecimento ocorrido cerca de oito horas após a alta.

Como prestadores de serviço que são, os estabelecimentos hospitalares respondem objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores.

Pela morte de filho menor, antes da idade de trabalho, os pais só fazem jus à indenização pelo dano moral, de acordo com a mais atual doutrina e jurisprudência.

Fundamentado o meu voto, lancei as seguintes considerações: Em face dessa realidade fática torna-se absolutamente despicienda qualquer discussão em torno da culpa, como pretende fazer a apelante, porquanto, como prestadores de serviços que são, os estabelecimentos hospitalares respondem objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores.

Aliás, após mais de cinco anos de vigência, já era tempo suficiente para que os operadores do direito, inclusive juízes, conhecessem e aplicassem o Código do Consumidor, porquanto, em se tratando de relação de consumo, a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços não mais está fundada na culpa mas sim no *risco do empreendimento*.

O artigo 2º, do citado Código, conceitua o *consumidor* como sendo toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como *destinatário final*. *Serviço*, por sua vez, consoante conceito contido no parágrafo 2º, do artigo 3º, é *qualquer atividade* fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Logo, no conceito de serviço enquadra-se perfeitamente a atividade dos estabelecimentos hospitalares, sendo os seus clientes, como destinatários finais desses serviços, consumidores por definição legal.

Pois bem, o artigo 14 do Código do Consumidor é de clareza solar ao responsabilizar o *fornecedor de serviços, independentemente de culpa* - vale dizer, objetivamente - pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Destarte, provada a relação de causalidade entre o serviço defeituoso e o dano, responde o fornecedor independentemente de culpa, à luz da legislação que protege o consumidor.

4. Exclusão da Responsabilidade Médica Empresarial - Parte da doutrina se recusa a enquadrar os estabelecimentos hospitalares no artigo 14 *caput* do Código do Consumidor por entender não ser possível responsabilizá-los pelos enormes riscos que os serviços médico-hospitalares muitas

vezes representam. Como responsabilizar o hospital pelo insucesso de uma cirurgia efetuada com todos os cuidados em paciente idoso e de péssimas condições gerais de saúde? Em primeiro lugar, não vemos como negar aplicação a uma lei cujas normas são de ordem pública e interesse social (art. 1º), vale dizer, de aplicação necessária. Assim, sendo os estabelecimentos hospitalares fornecedores de serviços aos consumidores, não há como deixá-los de fora da disciplina do Código do Consumidor. Em segundo lugar, não vemos nenhuma incompatibilidade, nem absurdo, como demonstraremos, entre a responsabilidade objetiva do hospital, prevista agora no Código do Consumidor, e os altos riscos do serviço que ele presta. Por que? Por uma razão muito simples: o hospital só responderá objetivamente quando prestar serviço com defeito. Equivale dizer, se não prestar serviço com defeito, não responde objetivamente e nem subjetivamente. Estamos aqui no terreno de uma responsabilidade objetiva, é verdade, mas não fundada no risco integral, mas sim no risco do empreendimento e que, como já assinalamos, exige a necessária relação de causalidade entre o defeito de serviço e o acidente de consumo. Se o acidente não decorre de um defeito não há fundamento para a responsabilização do hospital. Destarte, ainda que tenha havido insucesso na cirurgia ou outro tratamento, mas não se pode apontar defeito no serviço prestado, não haverá que se falar em responsabilidade do hospital.

Entre as causas que excluem a responsabilidade do prestador de serviços, o CDC refere-se à inexistência de defeito do serviço - “o fornecer de serviços não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste” (art. 14, § 3º, I) -, de sorte que, para afastar a sua responsabilidade, bastará que o hospital ou médico prove que o evento não decorreu de defeito do serviço, mas sim das condições próprias do paciente ou de outros fatores imponderáveis.

5. O Risco Inerente do Serviço - Aqui tem perfeita aplicação a lição do insigne Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin sobre o *risco inerente* e o *risco adquirido*. Risco inerente, como o próprio nome diz, é aquele que faz parte da própria coisa, do próprio produto ou do próprio serviço. Aquilo que faz parte da sua essência, da sua natureza, de sorte que não existirá o produto, nem o serviço poderá ser prestado sem aquele risco que é próprio da sua essência. É o caso singelo de uma faca afiada de cozinha para fazer churrasco. Ela tem perigo inerente e se não tiver este perigo não prestará ao seu fim. É o caso dos medicamentos com contra-in-

dicação; há neles um perigo inerente, mas se não tiverem esse perigo não atenderão ao seu fim. Agrotóxico, que é vendido para atender a determinadas peculiaridades. Por esse risco inerente não responde o fornecedor, porque, como já dissemos, faz parte da coisa, faz parte do serviço. E esse risco não surpreende o consumidor, porque é um risco previsível. O fornecedor só eventualmente responderá pelo risco inerente se não informar, se não orientar adequadamente o consumidor sobre como usar, como se valer daquele produto ou daquele serviço. Aí haverá um defeito de informação. Mas por aquele risco que faz parte da própria coisa e sobre o qual o consumidor foi devidamente orientado, não tem porque responder. Em suma, *normalidade e previsibilidade* são as características do risco inerente, pelo qual não responde o fornecedor por não ser defeituoso um bem ou serviço nessas condições. Cabe-lhe apenas informar o consumidor a respeito desses riscos inevitáveis, podendo por eles responder caso não se desincumba desse dever, hipótese em que poderá resultar configurado o defeito de comercialização por informação deficiente quanto à periculosidade do produto ou serviço, ou quanto ao modo de utilizá-lo.

Fala-se em *risco adquirido* quando produtos e serviços tornam-se perigosos em decorrência de um defeito. São bens e serviços que, sem o defeito, não seriam perigosos; não apresentam riscos superiores àqueles legitimamente esperados pelo consumidor. *Imprevisibilidade e anormalidade* são as características do risco adquirido.

Pois bem, a regra é a de que os danos decorrentes da periculosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar, mas responde o fornecedor de produtos e serviços pelos danos causados pela periculosidade adquirida. Essa regra, como já salientado, é perfeitamente aplicável aos serviços médico-hospitalares e própria para resolver os mais intrincados problemas que nessa área possam surgir. Não respondem os médicos, nem os hospitais, pelos riscos inerentes à sua atividade porque em casos tais não haverá defeito no serviço. A cirurgia de uma pessoa idosa - ou mesmo de outros tipos de cirurgia ou tratamentos -, por si só representa riscos que não podem ser eliminados; são riscos normais e previsíveis que não decorrem de nenhum defeito. Desde que devidamente informados ao paciente, não poderá ele, nem os seus parentes, responsabilizar o médico, nem o hospital pelo insucesso do tratamento. Médico e hospital só podem ser responsabilizados pelos riscos adquiridos, isto é, pelo defeito do serviço.

“Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige

a *noção geral da expectativa legítima*. Isto é, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender as expectativas de segurança que deles *legitimamente* se espera. As expectativas são *legítimas* quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente de um produto ou serviço em periculosidade adquirida” (Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, 1991, p. 48).

6. A Responsabilidade Pessoal do Médico - Uma única exceção ao sistema de responsabilidade objetiva estabelecida no Código do Consumidor foi aberta no seu artigo 14, § 4º, em relação aos profissionais liberais. Diz ali que “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Os profissionais liberais, portanto, embora prestadores de serviços ao mercado de consumo, respondem subjetivamente pelos danos que causarem aos consumidores, o que importa dizer que o Código do Consumidor manteve neste ponto a mesma disciplina do artigo 1.545 do Código Civil. Devemos ter em mente, todavia, que o Código foi bem claro ao dizer que a exceção só abrange a *responsabilidade pessoal* do profissional liberal, não favorecendo, portanto, a pessoa jurídica na qual ele trabalhe como empregado ou faça parte da sociedade. Assim, por exemplo, se vários médicos resolvem constituir uma sociedade, a responsabilidade desta será objetiva.

Sendo subjetiva a responsabilidade pessoal do médico, como na realidade o é, não bastará o mero insucesso do tratamento, seja clínico ou cirúrgico, para ensejar o seu dever de indenizar. Caberá à vítima provar não só o dano e o nexo causal, como na responsabilidade objetiva, mas também a culpa do médico. Essa prova, como por todos conhecido, é de regra difícil, não só em razão de seus aspectos técnicos, sempre a exigir perícia, mas também em razão do entendimento firmado pelos Tribunais. Tem-se admitido a responsabilidade pessoal do médico somente quando demonstrado erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou, ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente.

Tenha-se, ainda, em conta que não cabe ao Judiciário avaliar questões de alta indagação científica, nem se pronunciar sobre qual o tratamento mais indicado para a cura do paciente. Só lhe está afeto o exame da conduta pro-

fissional, para verificar, à vista das provas, se houve ou não falha humana conseqüente de erro profissional injustificável.

O eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em seu magnífico artigo sobre a “Responsabilidade civil do médico” (RT 718/38), propõe uma fórmula irreprochável na avaliação da culpa médica: “Diante das circunstâncias do caso, deve o juiz estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave. Na determinação dessa culpa - acrescenta o eminente articulista - é preciso levar em consideração circunstâncias especiais. Assim, do anestesista se espera uma vigilância absoluta durante o decurso da cirurgia, até a retomada da consciência do paciente; do especialista, exige-se mais que do médico generalista; do cirurgião estético, rigoroso cumprimento do dever de informação e cuidado na execução do trabalho, que muitos consideram uma obrigação de resultado”.

7. Responsabilidade da Equipe Cirúrgica - Tem ensejado divergência a responsabilidade médica no caso de equipe cirúrgica. Se o paciente, por exemplo, durante a cirurgia, vem a falecer em razão de erro anestésico, quem deverá ser responsabilizado? A equipe toda, o médico-chefe ou apenas o anestesista? Tudo dependerá, em meu entender, do tipo de relação jurídica que há entre eles. Se a equipe é formada por escolha do médico-chefe e atua sob sua orientação, ele terá responsabilidade solidária com o anestesista por estar no comando da equipe. Os outros médicos são seus auxiliares e executam atos sob suas ordens, necessárias ao bom desempenho da intervenção. Mas, se atuam como profissionais autônomos - o que não é do nosso costume -, cada qual em sua especialidade, a responsabilidade será individualizada, cada um respondendo pelos seus próprios atos, de acordo com as regras que disciplinam o nexo de causalidade. A responsabilidade será daquele membro da equipe que deu causa ao evento. Em outras palavras, embora a equipe médica atue em conjunto, não há, só por isso, solidariedade entre todos os que a integram. As múltiplas especialidades da medicina e o aprimoramento das técnicas cirúrgicas permitem fazer nítida divisão de tarefas entre os vários médicos que atuam em uma mesma cirurgia.

Em caso bastante discutido no E. Superior Tribunal de Justiça, oriundo

do Tribunal de Justiça do Rio do Janeiro, a Terceira Turma da Corte Superior assim decidiu:

Ação de Indenização. Erro Médico. Responsabilidade solidária do cirurgião (culpa in eligendo) e do anestesista reconhecida pelo acórdão recorrido. Matéria de Prova.

I - O médico chefe é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos ocorridos em cirurgia, pois, no comando dos trabalhos, sob suas ordens é que executam-se os atos necessários ao bom desempenho da intervenção.

II - Da avaliação fática resultou comprovada a responsabilidade solidária do cirurgião (quanto ao aspecto in eligendo) e do anestesista pelo dano causado. (Rec. Esp. nº 53.104-7-RJ, RSTJ 97/179).

Na motivação do seu voto, o eminente relator, Ministro Waldemar Zveiter, deixa claro o seu entendimento: “Reconheço que, com o desenvolvimento das especialidades médicas, a tendência da doutrina, inclusive do direito estrangeiro, é a de considerar separadamente a responsabilidade do anestesista e do cirurgião em face da capacitação própria em razão das funções específicas de cada médico. Todavia, em razão mesmo dessa especialização e do progresso alcançado devido às novas técnicas, diversificando as especialidades, em cada ramo da ciência médica desenvolveu-se a formação da *equipe médica*, notadamente nos atos cirúrgicos. Por isso que na opinião de René Savatier, o médico-chefe é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos ocorridos, pois no comando dos trabalhos, sob suas ordens executam-se os atos necessários ao bom desempenho da intervenção.

“Assim, a apuração da responsabilidade por erro médico depende do exame do caso concreto. Induvidosamente há responsabilidade autônoma do anestesista quando se cuida de atos praticados no pré ou pós operatório. Porém, dentro da sala de cirurgia, como sucede no caso em exame, aquela se apura consoante a prova realizada nos autos para a verificação da culpa e do grau em que concorreu o agente e se atribuível exclusivamente ao anestesista ou não”.

Embora unânime o acórdão por questão regimental, em voto de vista o Ministro Eduardo Ribeiro ressaltou o seu entendimento: “A responsabilidade solidária exige o reconhecimento da culpa de ambos, ou seja, do anestesista e de quem o indicou (no caso houve erro exclusivo do anestesista). O eventual erro do escolhido não leva necessariamente a ter-

se como culpado o que efetuou a escolha. Essa pode ter sido feita com o maior critério e, por infelicidade, o profissional indicado, naquele dia, haver incidido em erro. Onde há culpa do cirurgião? Repito: o anestesista não é seu preposto... Estou convencido, tal sustentado no acórdão apontado como divergente, que se pode perfeitamente separar a responsabilidade de um e outro. Existirá essa, para o cirurgião, em decorrência dos atos que praticar, seja intervindo diretamente no paciente, seja na orientação que transmitir. Esse entendimento não se afasta do sustentado por Savatier, como exposto pelo eminente Relator. Na medida em que errar, no comando dos trabalhos poderá ser responsabilizado. Coisa diversa, entretanto, será pretender que, apenas por dirigir a intervenção cirúrgica, deva responder por eventuais falhas do anestesista, ligada a atos que digam especificamente com os misteres desse. Tal responsabilidade não reconheço” (RSTJ 97/187).

8. O Consentimento do Paciente - Além dos deveres de cuidado e sigilo, deve ainda o médico prestar ao paciente todas as informações necessárias sobre a terapêutica ou cirurgia indicada para o caso, seus riscos e possíveis resultados, dele obtendo o indispensável consentimento (ou do responsável). Toda vez que houver algum risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido do paciente, só dispensável em situação emergencial que não possa ser superada, ou de atuação compulsória. Cabe unicamente ao paciente decidir sobre a sua saúde, avaliar o risco a que estará submetido com o tratamento ou a cirurgia, e aceitar ou não a solução preconizada pelo médico (Ruy Rosado de Aguiar Jr., RT 718/36).

Não raro o médico, muito embora tenha realizado um trabalho tecnicamente perfeito, é trazido às barras do tribunal por não ter obtido o necessário consentimento do paciente. Vem a propósito o caso julgado pelo excelente Juiz Dr. Ricardo Couto de Castro na 43ª Vara Cível do Rio de Janeiro.

A paciente era possuidora de glaucoma congênito, o que lhe ocasionava uma deficiência visual, e, por conta desta situação, necessitava de tratamento, o que a levou a procurar o oftalmologista. Após a realização do primeiro exame, foi constatado que seria mais indicado a retirada do referido órgão, com o que não concordou a paciente. Procedido um exame mais minucioso, foi revelada a existência de capacidade visual. Diante de tal quadro, já em nova consulta, foi a paciente informada de que seria possível realizar uma cirurgia visando, em outro momento, a reaquisição da capacidade visual. Tratava-se de cirurgia fistulizante, como forma de

reduzir a pressão, e, em segundo momento, tentar um transplante de córnea. Enquanto procedida à obtenção da verba para operar, teve a paciente nova crise, fazendo com que procurasse seu médico. Neste momento foi indicada a cirurgia, que pensava a paciente ser a fistulizante, quando, em realidade, era a de retirada do órgão visual.

Procedida a intervenção, conhecida tecnicamente como enucleação, muito embora bem sucedida motivou o ingresso da autora na Justiça em busca de indenização por danos materiais e morais porque o seu consentimento foi dado para outro tipo de cirurgia. Ação foi julgada procedente, como não poderia deixar de ser, uma vez que o médico descumpriu dever inerente à sua profissão de bem informar e obter o consentimento do paciente. Se o consentimento é dado para outro tipo de cirurgia, não pode o médico, a seu talante, modificar o seu objeto, salvo se circunstâncias emergenciais exigirem a mudança.

9. Cirurgia Estética - Obrigação de Resultado? Encerro esta exposição fazendo ligeiras considerações a respeito da cirurgia estética. Não há dúvida de que a *cirurgia corretiva*, que, como o próprio nome indica, tem por finalidade corrigir deformidade física congênita ou traumática gera obrigação de meio. Se o paciente, por exemplo, teve o rosto deformado em acidente automobilístico, o cirurgião plástico, por mais habilidoso que seja, nem sempre poderá garantir, nem pretender, eliminar completamente o defeito. Tudo fará para melhorar a aparência física do paciente, para minorar-lhe o defeito, sem garantir determinado resultado.

O que dizer, entretanto, da cirurgia estética? O objetivo do paciente em tal caso é melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física, ficar mais jovem, mais bonito ou, pelo menos, menos feio. Tenho para mim que nesse caso o médico assume uma obrigação de resultado, comprometendo-se a proporcionar ao cliente o resultado pretendido. Se esse resultado não é possível, deve desde logo alertá-lo e se negar a realizar a cirurgia.

Há quem conteste, tanto na doutrina estrangeira como na brasileira, assumir o médico obrigação de resultado na cirurgia estética. O eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, depois de anotar que a orientação hoje vigente na França, na doutrina e na jurisprudência, se inclina por admitir 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, endossa esse entendimento, tendo em vista que em toda ope-

ração existe um risco ligado à reação do próprio organismo humano, tipo de pele extremamente sensível, infecção hospitalar etc., situações muitas vezes imprevisíveis e que não podem ser imputadas ao médico. A eventual falta de informação precisa sobre o risco, e a não obtenção de consentimento plenamente esclarecido, arremata o ilustre Ministro, conduzirão à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios (RT 718, p. 40).

Na realidade, a crônica médica registra casos em que o cirurgião, embora aplicando corretamente as técnicas que sempre utilizou com absoluto sucesso em inúmeros pacientes, não obtem o resultado esperado em razão de características peculiares do próprio paciente, não detectáveis antes da operação. Tais circunstâncias, entretanto, em meu entender não afastam a obrigação de resultado.

Não se pode negar o óbvio, que decorre das regras da experiência comum; ninguém se submete aos riscos de uma cirurgia, nem se dispõe a fazer elevados gastos, para ficar mais feio do que já era, ou com a mesma aparência. O resultado que se quer é claro e preciso, de sorte que, se não for possível alcançá-lo, caberá ao médico provar que o insucesso - total ou parcial da cirurgia - deveu-se a fatores imponderáveis.

E como se justifica essa obrigação de resultado do médico em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no CDC para os profissionais liberais? A indagação só cria embaraço para aqueles que entendem que a obrigação de resultado gera responsabilidade objetiva. Sempre sustentei, todavia, que a obrigação de resultado apenas *inverte o ônus da prova* quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida. O Código do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de sua responsabilidade continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo, continuam a ser-lhes aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assumem *obrigação de meio*, e as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem *obrigação de resultado*.

Em conclusão, no caso de insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe ilidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar.

Eram estas as considerações que tinha a fazer, agradecendo a todos