

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – CIRURGIA PLÁSTICA

ROBERTO WIDER
Desembargador TJ/RJ

O Juiz deve estar atento e ser sensível às mudanças sociais para que, ao dizer o direito, dando a cada um o que é seu, faça com que a segurança jurídica decorra não só das normas vigentes mas, também, corresponda à realidade vivida pelas pessoas, fazendo, assim, com que a Justiça deixe de ser cega...

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES E ÂMBITO DO TEMA

A responsabilidade civil é um dos instrumentos mais eficientes para a consecução do objetivo do restabelecimento do equilíbrio das relações sociais. Deve ser utilizado na composição dos conflitos em atenção ao princípio da plena reparação dos danos, com toda sua eficiência, observadas as formalidades legais do *due process*, mas com prevalência do conteúdo do direito violado.

Esta noção, a meu sentir, é que deve conduzir e efetivamente tem conduzido na jurisprudência dos Tribunais, à superação dos rígidos conceitos de culpa, quer pela adoção da responsabilidade objetiva, com as noções do *risco proveito* (aquele que tem o proveito da atividade que causou dano, deve indenizar) ou do *risco criado* (pelo simples fato de agir no seu meio, o homem cria riscos para os demais, devendo reparar os danos que causar), quer invertendo o ônus da prova em desfavor do autor do dano.

Neste sentido a observação arguta e pertinente de Antônio Montenegro, em sua obra clássica **Ressarcimento de Danos** (4^a ed. p.11), no sentido

que “a teoria da indenização de danos só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, após quase um século de estéreis discussões em torno da culpa, que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia-se buscar na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocada pelo dano. A partir daí, conclui, a tese de Ihering de que a obrigação de reparar nascia da culpa, e não do dano, foi-se desmoronando paulatinamente”.

Essa função da responsabilidade civil¹ tem sido a mola propulsora da evolução do direito², atento à dinâmica social carregada de mudanças nas mais variadas áreas, como a do trabalho, da família, dos meios de produção, das ciências, da tecnologia, da medicina etc.

Os profissionais da área do direito têm respondido a este desafio, quer fornecendo aos legisladores os elementos necessários, para a elaboração de normas atualizadas, como disto faz prova inequívoca, as Diretivas oriundas da Comunidade Européia, quer nas pesquisas universitárias ou na produção jurisprudencial.

Por óbvio, o tema em análise não se debruça sobre os pressupostos da responsabilidade civil, objeto de extensa doutrina, tanto em Portugal como nos demais países europeus e bem assim na literatura anglo-saxônica e brasileira.³

¹ Confira-se na obra de Sérgio Cavalieri Filho, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – **Programa de Responsabilidade Civil** – Malheiros Editora, 2ª ed. p. 24: “O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo, inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera nesse campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, *in Daños*, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.”

² Confira-se em JJ Calmon de Passos, emérito jurista e Professor aposentado da UFBA, em trabalho publicado pela Ed. Forense em revista de Responsabilidade Civil, intitulado “O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro” que pontifica: “A responsabilidade civil, é do saber comum dos juristas, evoluiu de sua compreensão subjetiva e individual, algo imputável a quem deu causa a um dano que jamais teria ocorrido se inexistente o ato do responsável, para o estágio mais avançado da culpa presumida, ultrapassado pela concepção da responsabilidade objetiva, por sua vez suplantada pela teoria do risco. Tudo isso sucedeu não por mero capricho dos teóricos e, sim, por imperativo da nova realidade sócio-político-econômica que capitalismo avançado e os ganhos tecnológicos determinaram.”

³ Ver bibliografia no final do Relatório.

Estamos a tratar da responsabilidade civil médica, ou seja, dos profissionais da área de medicina e, dentre estes, por seu sentido de atualidade e alta incidência de resultados danosos, os que atuam nas intervenções de cirurgia plástica, aí incluídas as demais modalidades da medicina estética.

2. DA ATUAÇÃO MÉDICA E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Em se tratando de atividade profissional autônoma, mantém-se o requisito da culpa como fundamento da obrigação de indenizar, porque esta é a lógica do razoável e do bom senso e, violar-se-ia a dignidade do profissional, condená-lo a uma indenização por ato ou fato em relação ao qual não concorreu culposamente.

Neste sentido Miguel Kfoury Neto (**Responsabilidade Civil do Médico**): “Mazeaud-Tunc, comentando a existência de um princípio geral da responsabilidade civil na codificação francesa, regra suscetível de aplicações ilimitadas, reproduzem declaração de Bertrand de Greville: ‘Todo indivíduo é responsável pelos seus atos: esta é uma das primeiras máximas da sociedade, daí decorre que, se este ato causa algum dano a outrem, é certo que seja obrigado a repará-lo aquele que, por culpa sua o tenha ocasionado’.” (ob. cit., Ed. RT, 4ª ed., p. 67).

Assenta-se, para logo, que não há fundamento razoável para se estabelecer de modo diferenciado, uma culpa no sentido comum e outra, no sentido profissional.

Também os civilistas franceses repelem tal distinção, como vemos no mesmo autor, porque, se presente um atuar culposo, imputável a um médico, esta ação, profissional ou não, independente da gravidade, uma vez provada, cria a obrigação de indenizar.

O que se deve ter como presente é a regra geral de *neminem laedere* com uma possível carga de maior reprovabilidade e conseqüente exasperação da indenização, se for causada no exercício profissional (v. ob.cit. p. 69).

A manutenção deste critério, fundado na existência e comprovação de culpa, parece-me ser a melhor solução, porquanto repugna à consciência moral, se o médico atua com todos os cuidados e diligências inerentes à sua atividade, com conhecimento e perícia, e venha a ser obrigado a indenizar um dano ocorrido, por fatores inteiramente alheios à sua vontade e correta atuação.

Também não se justifica a posição adotada pelo ilustre Professor J.A. Esperança Pina em sua obra **A responsabilidade dos médicos**

(Ed. Lidel, 2ª ed., p.101/102) ao pretender fazer valer a regra de que só uma “falta grave” do profissional médico é que daria margem à sua responsabilização, ao argumento de que “os tribunais não se devem intrometer em problemas científicos, que lhe são estranhos, reprimindo apenas as faltas certas”.

Para logo, há uma dissociação entre o conceito de “falta grave” e “falta certa”.

A primeira induz ao um juízo de reprovabilidade intenso, enquanto que a outra estabelece um conteúdo fáctico existente.

Ao depois não há na doutrina, na jurisprudência e na própria natureza das coisas supedâneo para esta conclusão.

A última referência a esta forma de encarar a responsabilidade dos médicos encontra-se numa decisão da Academia de Medicina de Paris de 1829, que pretendia “consagrar uma situação especial de imunidade: para que houvesse responsabilidade médica, seria necessário provar-se falta grave, imprudência visível, manifesta imperícia”.

No entanto, já em 1832 o famoso parecer do Procurador-Geral Dupin, junto à Corte de Cassação do Tribunal de Paris, sepultou tal pretensão, a qual só se verifica ainda em pareceres corporativistas de associações de classe, que por isso mesmo, não são consideradas com seriedade.^{4/5}

Por outro lado, a falta de conhecimento técnico por parte do Juiz não é óbice para conhecimento e julgamento das questões para as quais não

⁴ Ver parecer do Procurador Dupin em **O erro médico**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 25, assim consignado: “(...) do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em relação à responsabilidade puramente civil, procurar saber se houve de sua parte intenção culposa.”

⁵ Relata Lafayette Pondé in **Revista Forense** n. 191, p. 32, citando decisão da Corte de Aix, de 10.11.53, colhida em Mazeaud, **Leçons**, II, p. 405: “Na caracterização do ato culposos, havia uma tendência para fixar-se a responsabilidade na “culpa grave”. Mas a jurisprudência aponta diversos casos em que ela se manifesta mesmo na “culpa levíssima”: “Considerando que, embora os peritos sejam de opinião que os acidentes pela compressão do plexo braquial são raramente observados após as operações de Trendelenburg, esses acidentes são, todavia, previsíveis, porque bem conhecidos; considerando que se não pode falar de culpa do cirurgião, nem de imprudência nem de negligência, mas de simples desatenção escusável, porque, preocupado com o ato operatório, o cirurgião não pensa em tais acidentes, dada a sua raridade, em razão mesma do grande número de intervenções habitualmente praticadas sem incidentes, ...; considerando, entretanto, que, por mais leve que seja essa desatenção, deve ela ser tida como uma falta de precaução para evitar um acidente raro, porém não imprevisível; considerando que o cirurgião tem por missão essencial realizar o ato operatório nas melhores condições de técnica e deve cercar-se de todas as precauções convenientes, para evitar, na medida do possível, os acidentes externos ao próprio campo operatório...”.

tem habilitação própria, estando previstos em todos os códigos processuais modernos o auxílio que pode requisitar de peritos ou *experts* no tema a ser apreciado.

Para entendimento correto dos conceitos aqui utilizados, impende distinguir a responsabilidade contratual ou obrigacional que decorre do descumprimento das obrigações que exsurtem nos contratos, nos negócios unilaterais ou na lei e a responsabilidade extracontratual, resultante da violação de direitos absolutos ou da prática de certos atos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem.

Antes de se questionar a natureza da obrigação assumida pelo médico, convém se situar a culpa dentro da responsabilidade civil, porquanto, como ficou acima assinalado, e sobre isso parece não haver divergência, esta é indispensável, mesmo no moderno Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990), quando se trata de fornecimento de serviços de profissionais liberais.

O artigo 14 *caput* da lei em referência estabelece que o fornecedor de serviços responde, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, mas o parágrafo quarto excepciona: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

A justificativa dos autores do anteprojeto – **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentado pelos autores do anteprojeto – Forense Universitária – 6ª ed., p. 173, está explicada como “a diversidade de tratamento em razão da natureza *intuitu personae* dos serviços prestados por profissionais liberais. De fato, os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia”.

De qualquer forma, o exame das modernas legislações demonstra que a culpa é, via de regra, o fundamento da responsabilidade civil.

Assim, no **Direito Francês**, reputado o Código Civil, por Miguel Kfoury Neto, em sua obra **Responsabilidade Civil do Médico** (Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed. p. 47), como o padrão das legislações modernas – “a grande lei da sociedade humana” tem a culpa como base única da responsabilidade civil, conforme o artigo 1.382 daquela codificação *in verbis*: “Tout

fait quelconque de h`homme que cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé a réparer”, dispondo o artigo seguinte (1.383): ‘Chacun est responsable du dommage qu`il a causé no seulement par son fait, mais encore par son négligence ou par son imprudence’.”

O termo “faute” é mais amplo do que “culpa” e, para os tratadistas brasileiros (Aguiar Dias – **Da responsabilidade civil** - ed. 1973, v. 1/31) o vocábulo corresponde à noção de ato ilícito, a teor do artigo 159 do Código Civil Brasileiro:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.”

No **Direito Alemão**, o princípio da responsabilidade por culpa advém do § 823 do BGB, que impõe o dever de indenizar àquele que, dolosa ou culposamente, lesionar, de forma antijurídica, a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito.⁷

Segundo João Batista Lopes, em **Perspectivas Atuais da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro** o “critério fornecido pelo legislador alemão para a caracterização da *culpa* se encontra no § 276, referindo observar *Enneccerus* tratar-se de critério objetivo: é o grau de diligência que se considera suficiente para as pessoas capazes e conscientes segundo a esfera social de que se trate”.⁸

O mesmo autor (*ibidem, idem*) ensina que “No **Direito Italiano**, igualmente, vigora o princípio da *culpa* como fundamento da responsabilidade civil (Artigo 2.043 - “*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”).

Ainda na mesma obra colhem-se as regras vigentes no **Direito Suíço** (Código Federal Suíço das Obrigações, art. 41: “(1) Quem causar antijuri-

⁷ Miguel Kfoury Neto, ob. cit. p. 48.

⁸ Ver. Jur. Tribunal de Justiça de S.Paulo, Lex 57/14, citando Enneccerus **Tratado de Derecho Civil** ed. 1950, Barcelona, v. 2 / 445.

dicamente um dano a um outro, seja intencionalmente, seja por negligência, estará obrigado, para com ele, à indenização. (2) Igualmente estará obrigado à indenização quem, a um outro, de modo contrário aos bons costumes, causar, intencionalmente, um dano” e no **Direito Espanhol** que impõe ao responsável pelo dano, seja pela responsabilidade aquiliana (art. 1.902, CC), seja pelo ilícito contratual (art. 1.101), o dever de indenizar.⁹

O **Direito Português** cuida da responsabilidade civil, se decorrente do descumprimento do contrato nos artigos 798 e seguintes do Código Civil (Art.798 - Responsabilidade do devedor - *O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor*).

Já a responsabilidade por fatos ilícitos está prevista no art. 483, em termos:

1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

2. Só existe obrigação de indenizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

Assinala o Professor Antunes Varela, ao comentar o artigo e especificamente o inciso II, que:

*“Não pode, efectivamente, descurar-se o alto valor educativo e social da ideia de que a responsabilidade assenta em regra sobre a culpa do **agente ou omitente**.*

*E também não pode ignorar-se a **injustiça** subjacente à ideia de responsabilizar praticamente terceiros, contra sua vontade, ou o próprio Estado, pela reparação de danos imputáveis a pessoas determinadas.”¹⁰*

Impõe-se, ainda, estabelecer o conceito de culpa, para a integração da análise que se propõe.

⁹ Ob. cit. *ibidem*, *idem*, p. 51.

¹⁰ **Das Obrigações em Geral**, v. 1, 10ª ed. Almedina, p. 524 nota de rodapé (2).

Veja-se sobre o tema, as noções indicadas pelo Prof. Antunes Varela¹¹ aproveitando-se o ensinamento de Carbonnier, citado, referente ao elemento sociológico da **faute**, consistente no caráter ilícito do fato, para adotar a noção de culpabilidade, ministrada por Fernando Pessoa Jorge em seu Ensaio sobre os **Pressupostos da Responsabilidade Civil** (Almedina – Coimbra, 1999, p. 315 e segs.) assim expressada:

“A culpabilidade é a qualidade ou conjunto de qualidades do acto que permitem formular, a respeito dele, um juízo ético-jurídico de reprovação ou censura.”

A culpa consiste num “erro de conduta” (Geny); é um ato ilícito que decorre da transgressão, ainda que não intencional de um dever estabelecido num contrato ou na lei e, por isso a violação destas situações jurídicas, cria, no primeiro caso uma responsabilidade «contratual» e no segundo uma responsabilidade «extracontratual» assentada na regra *neminem laedere*.¹²

3. DA NATUREZA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Colocou-se na doutrina e ainda persiste, embora com menor relevância, a questão da natureza jurídica da relação do médico e seu paciente, divididos os entendimentos sobre se tratar de uma relação contratual (contratos típicos, nominados, tais como um mandato, um contrato de empreitada, de locação de serviços, ou um contrato inominado, atípico?) ou delitual.

A professora Teresa Ancona Lopes de Magalhães examinou a matéria em profundidade em artigo sobre a “Responsabilidade Civil dos Médicos”¹³ e colocou pá de cal sobre a questão, destacando que:

¹¹ Acrescentando em nota de rodapé que: “Esta é no fundo, a sistematização adotada por M. Andrade (ob. cit., p. 337 e segs.) e por Pereira Coelho (ob. cit., p. 64 e segs), quanto à responsabilidade contratual, que nenhuma razão há para não tornar extensiva, de harmonia com a própria disposição legal introdutória da matéria, a responsabilidade extracontratual (cfr. Vaz Serra, **Requisitos da responsabilidade civil**, nº 2). E, mais adiante “Na literatura jurídica francesa predomina a ideia de um triplice requisito: *o dano, la faute* (o ilícito culposo) e a relação de causalidade entre *la faute et le dommage* (Carbonnier, n. 71, p. 269 e segs.). É o mesmo Carbonnier (n. 93, p. 377) quem reconhece, porém, que na noção genérica de *faute* cabem três elementos distintos: a) um elemento material, uma conduta humana, o facto do homem; b) um elemento *psicológico*: *a vontade*, que teria podido modificar o curso das coisas; c) um elemento *sociológico*: o carácter ilícito do facto, a sua reprovação social. A *faute*, remata Carbonnier, é o conjunto destes três elementos.”

¹² Lafayette Pondé. Ob. cit., p. 30.

¹³ Editora Saraiva – **Coletânea Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência** – Coordenador Yussef Said Cahali – 2ª ed. atualizada, 1988, p. 315 e segs.

“A discussão a respeito do enquadramento da responsabilidade médica dentro da culpa contratual ou extracontratual está hoje superada. A doutrina e a jurisprudência são francamente pela responsabilidade *ex contractu* do médico (nesse sentido Henri Mazeaud e León Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle e contractuelle*, 10^a ed., Paris, Sirey, 1934; José Aguiar Dias, **Da responsabilidade Civil**, 5^a ed. Forense, 1973, v. 2; Henri Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6^a ed., Paris, Dalloz, 1962; Silvio Rodrigues, **Responsabilidade Civil**, n. 83).”

Esta é a regra geral, o que não impede que se verifiquem situações em que tal responsabilidade é de natureza extracontratual.

Basta que se analisem as situações em que o atuar do médico ocorra em situações emergenciais onde não preexistam possibilidades de consentimento ou informação às pessoas atendidas ou responsáveis legais *v.g.* atendimento a acidentado em via pública; atendimento a incapaz sem o consentimento de representante legal; atendimento contra a vontade do paciente, como no caso de tentativa de suicídio. Há referências doutrinárias também a situações onde se faz presente também um delito penal, como mutilação inútil ou experimento sem fins curativos ou prejuízos materiais ou morais que possam advir de uma visita médica etc.

Assinala, ainda, a ilustre Professora, na obra citada, que, independentemente de ser o dano produzido dentro ou fora do contrato, a obrigação de reparar persiste da mesma forma, daí porque a doutrina não vislumbra senão diferenças secundárias entre as responsabilidades ditas contratuais e extracontratuais, apesar do Código Civil Brasileiro haver separado os dois tipos de responsabilidade.¹⁴

É certo que o Código Civil Brasileiro colocou a responsabilidade médica no capítulo referente à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos, nos termos do artigo nº 1.545:

¹⁴ E assim também o Código Civil Português, tratada a responsabilidade contratual nos artigos 798 e seguintes e a extracontratual, cuja obrigação nasce da violação de uma disposição legal ou de um direito absoluto, nos artigos 483 e seguintes, sendo, no entanto, a obrigação de indenizar delas resultante tratada conjuntamente nos artigos 562 e seguintes.

“Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.”

No entanto, como assevera José de Aguiar Dias, em sua obra clássica¹⁵ a responsabilidade civil é mesmo de natureza contratual, apesar da disposição legislativa.

Destarte, não há mais dúvidas relevantes em relação a tais questões, ou seja, de que a responsabilidade do médico é contratual e que há casos em que esta responsabilidade é extracontratual.

Agora, as questões mais relevantes trazidas à apreciação judicial, em razão dos inúmeros casos de pedidos indenizatórios em decorrência de erro médico (*lato sensu*), com base na doutrina ainda dominante, cujo teorema pode ser colhido na lição de Serpa Lopes¹⁶, para quem, a despeito de como se considere a natureza do contrato que vincula o profissional e seu cliente (contratual ou extracontratual), o certo é que se trata de uma obrigação de meios e incumbe assim, ao lesado a comprovação da culpa.

Os problemas foram, mais uma vez, muito bem colocados pela doutra Professora da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, e que podem ser tidos como razão emblemática da apresentação deste trabalho, ainda limitado a um relatório, onde a análise perfunctória do fenômeno jurídico se justifica.

Assinala a mestra que por sobre serem escassos os julgados de ações tendo por objeto indenizações produzidas por culpa médica, os tribunais se revelam ainda tímidos na plena reparação de tais danos, o que causa uma descrença do jurisdicionado.

Abro um parênteses para consignar que Sinde Monteiro, em relatório preparado para um *Workshop* sobre **Medical Responsibility in Western Europe**, realizado em 1983, também informava serem extremamente reduzidas, nos tribunais portugueses, as ações tendo por objeto a responsabilidade civil ou penal do médico, o mesmo ocorrendo com outras áreas (o que pude constatar nos dias atuais, em pesquisas realizadas nos sites de jurisprudência), afirmando que ainda não se produzira, na prática, em Portugal,

¹⁵ **Da Responsabilidade Civil**, Forense, 6ª ed. 1979, v. 2.

¹⁶ Serpa Lopes, Miguel Maria de, **Curso de Direito Civil**, Freitas Bastos, 3ª ed., 1964, v. V, p. 264/265.

a “democratização da responsabilidade profissional”. (“Responsabilidade médica em Portugal”, Jorge Figueiredo Dias e Jorge Sinde Monteiro – **Boletim do Ministério da Justiça** – Lisboa 1984).

E prossegue, então, aquela autora, ao enfatizar o que chama um quadro desanimador na área jurídica frente ao que denomina a “crise da medicina” (atribuível entre outras causas a uma queda no padrão de ensino com o conseqüente declínio na qualidade dos profissionais) apresenta os problemas práticos com que se confrontam não só os pacientes como os profissionais da área do direito, assim expostos:

“Além do mais, cabe ao lesado demonstrar mediante ótimas provas a culpa do profissional. Ora, a prova dessa culpa é difícilíssima, porquanto além de ter-se o provável silêncio dos outros médicos, que também participaram da operação ou tratamento, tem-se a quase certeza de uma perícia judicial contra o paciente, tendo em vista ser a classe médica muito unida na defesa de seus próprios interesses, chegando a literatura estrangeira especializada na matéria a denunciar o que chama de ‘conspiração do silêncio’ ou de ‘confraternidade profissional’.”

Traz em abono de suas afirmações, além de doutrina nacional, literatura jurídica francesa¹⁷ e as tentativas de solução da doutrina norte-americana, da *res ipsa loquitur*, “em que diante da evidência do erro médico até mesmo os peritos seriam dispensados e o juiz admitiria de pronto a culpa do profissional”, ou trazendo à colação pensamento do mesmo Savatier que, “preocupado com a dificuldade em se provar a culpa médica, tendo em vista não conhecerem os juízes matéria tão técnica e dependerem de peritos que preferem faltar à verdade a ferir a solidariedade da classe, defende a idéia de que o juiz está autorizado “ a usar dos indícios suficientemente lógicos e suficientemente fortes para tornar sua convicção legítima, pois existe uma lógica no desenvolvimento dos fatos, mesmo biológicos” (**Comment repenser**, cit., p. 31).

Aduz ainda que, por volta de 1965, surgiu na jurisprudência francesa a teoria da “*perte d`une chance*”, pela qual, mesmo que não esteja absoluta-

¹⁷ Charles Vilar, L’evolution des responsabilités du chirurgien et de l’anesthésiste, **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 72:741; René Savatier, Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile ? Paris, Dalloz , s.d., p. 31. Teresa Ancona Lopes de Magalhães, ob.cit.

mente convencido de que se houve o médico com culpa, bastava a dúvida, “admitindo que a culpa do médico comprometeu as “chances” de vida e integridade do paciente.

Assinala que tal concepção foi condenada pela doutrina e, a meu ver, com boas razões.

Com efeito, o princípio da segurança jurídica ficaria irremediavelmente comprometido se ao Juiz fosse permitido e validado, na dúvida, emitir um juízo condenatório.

A convicção do julgador não se pode limitar à própria subjetividade, sem a presença dos elementos objetivos da prova existente nos autos, porque, no mínimo, isto feriria o direito ao duplo grau de jurisdição (reapreciação da matéria de prova, e fundamentos aí colhidos para o decreto condenatório, pela instância superior ou revisora das decisões dos juízes).

Muitas vezes as soluções engendradas pelos doutrinadores, na prática do dia a dia dos julgamentos, são de difícil aplicabilidade.

Trago a exemplo um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação cível nº 1.674/1997) no qual fui Relator e onde se apreciava a responsabilidade civil e a culpa de cirurgião e do anestesista em relação a paciente que, submetida a histerectomia total abdominal, restou paraplégica.

Já aí assinalava que o *thema decidendum*, se revela um dos mais espinhosos submetidos à apreciação judicial – o erro médico e a necessidade de reparação de danos decorrentes, e afirmei que “A tarefa é simples quando se constata, sem maiores dúvidas a ocorrência do erro, na acepção simples do termo, resultante de um atuar culposo, flagrado em perícia inequívoca”.

No entanto, a prestação de serviços médicos traz consigo uma complexidade intrínseca, consistente em uma face na própria complexidade ainda não revelada do organismo humano e em outra, a necessidade de uma técnica altamente sofisticada nas intervenções feitas neste mesmo organismo, em absoluto inalcançada por aqueles a quem se convencionou denominar o *homo medius*, e notadamente aqueles que não são habilitados nesta profissão, de há muito proclamada como “divina”.

A conseqüência desta constatação é que o Juiz, ao enfrentar tais questionamentos, via de regra, é posto perante fatos, condições e técnicas sobre as quais não tem domínio intelectual, devendo se submeter aos “juízos” emitidos pelos **experts** da área.

Mas, o que fazer, quando estes mesmos doutores sobre o assunto se controvertem, levando a dúvida ao espírito do Julgador?

Se estivéssemos em sede criminal a solução é simples e trivial: *in dubio pro reo!*

Mas, na área da responsabilidade civil, uma das mais sensíveis das relações sociais, tal princípio não se aplica, pois que predomina aquele pelo qual o dano deve ser o mais amplamente possível reparado. A obrigação de reparar o dano a outrem advém do próprio Direito Natural.

Parece-me que a digressão se justifica aqui frente ao questionamento posto por Savatier em como se repensar a concepção atual da responsabilidade civil!

Na hipótese posta na ação de indenização ficou incontroverso que a autora com um diagnóstico de uma tumoração pélvica compatível com mioma uterino, com indicação inafastável de histerectomia total, submeteu-se a uma intervenção cirúrgica para a qual foi utilizada técnica combinada – geral e epidural, tendo chegado ao Hospital por meios próprios, caminhando normalmente e, ao término do ato cirúrgico e até os dias de hoje, está irremediavelmente parálitica da cintura para baixo.

Os peritos que funcionaram no processo apresentaram laudos controversos e colidentes: o primeiro, Professor de Neurologia, nomeado pelo Juiz, indicou a responsabilidade do médico anestesista; os médicos assistentes das partes (todos com laudos bem elaborados e fundamentados) rejeitaram tal conclusão; o assistente técnico da empresa de saúde fala em acidente médico e não em erro médico; o extenso laudo do Instituto Médico-legal, após informar que os procedimentos médicos adotados estavam em conformidade com a prática médica usual, confirmou que a complicação anestésica, por isquemia medular ocorrida durante a cirurgia não tem critério clínico de previsibilidade.

O Conselho Regional de Medicina do Estado, em processo ético-profissional, concluiu pela absolvição de ambos os médicos.

O Tribunal, à vista de tantos elementos contraditórios determinou nova perícia com outro Médico Perito, o qual se limitou à análise da ficha do médico anestesista e, por óbvio ali não descobriu nenhuma falha!

Outros elementos dos autos revelavam que a paciente era obesa, hipertensa e com história familiar de diabetes, mas os exames prévios à intervenção cirúrgica foram bem deficientes!

Quid iuris?

Adotar-se a teoria norte-americana da *res ipsa loquitur*, e por aí admitir a culpa do profissional?

Seguir a jurisprudência francesa, admitindo, na dúvida, a responsabilidade dos médicos que comprometeram a “chance” de integridade do paciente?

Proteger-se o Tribunal das possíveis críticas e apoiar-se na clássica teoria da culpa *bem provada*, negando a indenização justa e com isso mais uma vez frustrando o sentimento de justiça dos cidadãos e o conseqüente descrédito na instituição, como refere a ilustre professora acima citada?

Advém da doutrina italiana uma solução intermédia que merece reflexão e está citada por Hildegard Taggesell Giostri numa dissertação de mestrado de notável repercussão (mais adiante referida), com base em Giulio Ponzanelli (**La responsabilità civile**. Profili di diritto comparato. Bologna: Mulino, 1992, p. 281-2) o qual “noticia que na Itália, não obstante uma relação contratual se firmar entre paciente e médico, as regras operativas são de proveniência da extracontratualidade. Nos últimos anos, informa o autor, o setor médico-hospitalar tem passado por um processo de evolução ainda a assentar-se e a confirmar-se, mas o movimento expressa uma passagem da responsabilidade por culpa para uma *responsabilidade presumida*, por simples defeito ou erro. A Corte de Cassação não aplica mais o modelo originário da culpa. No entanto, mesmo afastando-se do modelo original da responsabilidade por culpa, não faz uso da fórmula da responsabilidade objetiva, por entendê-la inadequada para a área. Sua intenção, optando pela responsabilidade presumida, é oferecer ao paciente que sofre dano uma maior tutela, com base na dificuldade inerente à prova da conduta culposa do médico”.

Esta fórmula – *responsabilidade presumida* – tem sido adotada nos casos em que se entende a obrigação do médico como sendo uma “obrigação de resultados” v.g. nas cirurgias plásticas, nos exames de laboratório, nos *check-ups*, havendo quem sustente o mesmo em relação à atividade do médico anestesista, como se colhe no artigo intitulado “Responsabilidade civil dos médicos anestesistas” de Guilherme Chaves Sant’Anna (*in Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar*, Saraiva, 1991, p. 138).

No entanto, tal solução não atende aos reclamos da distribuição de uma boa justiça, mormente nas hipóteses em que se considera a obrigação do médico como uma obrigação de meio.

Veja-se que “pensar o direito” e “dizer o direito” nem sempre convergem!

No caso do julgamento citado, a decisão majoritária que predominou foi no sentido de reconhecer a responsabilidade do médico anestesista, em razão de sua obrigação ser de resultado e, com base em normas do direito brasileiro previstas no Código de Defesa do Consumidor, nomeadamente a que prevê a inversão do ônus da prova.¹⁸

De se consignar, entretanto, à vista do que ficou dito acima quanto à adoção do critério da responsabilidade subjetiva, em se tratando de fornecimento de serviços por profissionais liberais, apurada mediante verificação de culpa, que tal posicionamento, afastando a responsabilidade objetiva imposta como regra aos prestadores de serviços, não tem o significado de que também se afaste a possibilidade de se determinar a inversão do ônus da prova, pois, de acordo com os comentários adunados pelos próprios autores do anteprojeto do CDC “incumbe ao profissional provar, em juízo, que não laborou em equivoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de sua atividade”.¹⁹

Sobre este tema voltaremos adiante, pois que se faz necessário a esta altura, estabelecer as distinções entre *obrigações de meio* e *obrigações de resultado*, em relação à atividade profissional dos médicos.

De uma maneira geral os doutrinadores civilistas, “daquém e dalém” mal cuidaram de identificar e conceituar ao tratarem das modalidades das prestações, as obrigações de meio e de resultado, vinculando-as num primeiro momento à *prestação de fato de terceiro*, justamente para saber, de acordo com o conteúdo do compromisso assumido, se está consubstanciado apenas o dever de diligência em relação ao fato prometido, ou o resultado mesmo em relação a este.

Antunes Varela (ob. cit., p. 86, remissão 2) estabelece claramente esta graduação no compromisso assumido pelo promitente, ao exemplificar com a obrigação do vendedor de transferir a coisa vendida para o comprador, ou quando o devedor se obriga a limpar um fato, a reparar um veículo ou

¹⁸ **Código de Defesa do Consumidor** – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. “art. 6º- São direitos básicos do consumidor: ... VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

¹⁹ **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentado pelos autores do anteprojeto. Ed. Forense Universitária, 6ª ed., p. 173.

realizar uma obra, que são, tipicamente, obrigações de *resultado*; já quando um médico se propõe a tratar de um enfermo ou o advogado de patrocinar uma causa, a obrigação é de empregar toda a diligência necessária para os fins pretendidos e não a garantia do atingimento destes fins e por isso as obrigações são chamadas de *meios*.

Também Inocêncio Galvão Telles leciona sobre o tema, indicando que se deve buscar na interpretação do contrato a verificação do que as partes se obrigaram, já ultrapassada sua aplicabilidade às hipóteses de promessas de fatos de terceiros, para o que foi inicialmente feita a distinção de obrigações de meios e de resultados e, consignando sua aplicabilidade notadamente aos contratos de prestação de serviços e nomeadamente ao trabalho do médico.²⁰

Tal matéria foi objeto de uma dissertação de mestrado, apresentada na Universidade Federal do Paraná, em 1996, por Hildegard Taggesell Giostri, sob o título Obrigação de Meio e de Resultado na Responsabilidade Civil do Médico, tornando-se atualmente obra de referência sobre o tema.

Qual o interesse efetivo e os efeitos práticos desta distinção, no que se refere à responsabilidade civil do médico e notadamente daqueles que atuam, de forma geral, na área da medicina estética?

O eminente jurista brasileiro Ruy Rosado de Aguiar Jr., em conhecido artigo sobre o tema Responsabilidade Civil do Médico²¹ já havia ensinado, a propósito da responsabilidade contratual e extracontratual, que a distinção em causa importa mais que tudo na carga da prova atribuída às partes, o que a meu ver consiste no caminho e nas soluções propostas neste trabalho para a questão da apuração da responsabilidade médica, por um lado, facilitando ao lesado, nessas circunstâncias o seu direito à reparação pelos danos experimentados e por outro, mantendo o desejável equilíbrio em relação ao instituto da responsabilidade médica.

Respondendo a questão acima, e em atenção aos limites deste trabalho, tem-se que, sobre o tema da responsabilidade civil médica e, nomeadamente a dos cirurgiões plásticos, o interesse efetivo, razão dos elementos até agora trazidos à reflexão, está na *culpa e sua prova*, pois que essencial para a boa distribuição da justiça, nos danos advindos pela atuação dos médicos, e, sob tal matéria, há importantes divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

O trabalho acima referido da mestre Hildegard Taggesell Giostri tem

²⁰ **Direito das Obrigações**, 7ª ed. Coimbra Editora, p. 42-43.

²¹ Trabalho apresentado no IV Congresso Internacional sobre Danos, realizado em Buenos Aires, Argentina, de 19 a 22 de abril de 1995 e publicado na RT 718/95, p. 33 e seguintes.

o grande mérito de, após longa e erudita dissertação sobre a “obrigação de meio e de resultado na responsabilidade civil do médico” concluir pela insuficiência destes conceitos doutrinários criados por Demogue, na década de vinte, e destinados especificamente aos problemas advindos com o transporte de pessoas e coisas e os conseqüentes problemas de acidentes de viação; também, com referência à obrigação de resultado, quando o devedor se obriga a realizar um certo fim, ou, como se refere a autora (ob. cit., p. 215) “o devedor se obriga a um resultado fixo, pré-determinado, do qual ele não pode afastar-se, sob pena de ser considerada inadimplida sua prestação” e que “tal tipo de obrigação foi considerada adequada e destinada a caracterizar prestações em áreas onde os imprevistos que pudessem ocorrer adviessem por força maior ou caso fortuito, com ausência do fator álea”.

Traz à colação ensinamento de Crépeau, traduzido pela autora do francês²¹, pelo qual se verifica que nas obrigações de resultado a intensidade do dever é mais forte e por isso sua culpa é presumida e, dela se exonera tão somente em face de causas específicas, imprevisíveis ou incontrolláveis, como caso fortuito ou força maior, fato de terceiro ou culpa da vítima.

Para logo se constata a dificuldade de enquadramento desta forma de obrigação, sempre que esteja presente o fator álea, por natureza sempre imprevisível.

Como já ficou visto acima, a apuração da vontade das partes é que estabelecerá a verdadeira natureza da obrigação assumida (se de meio ou de resultado), mas é evidente que nem sempre se pode ter a certeza referente a esta vontade, quer por defeito no meio de expressão, quer por imprecisão mesma.

Descabem agora digressões sobre tais questões, mas deve ficar anotado que nem se pode considerar como simples e objetiva tal distinção, nem que ela se presta, atualmente, para distinguir a responsabilidade civil decorrente do descumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação e, a responsabilidade delitual, nas atividades profissionais dos médicos.

Ao fim, aquela autora lança um desafio estimulante aos pesquisadores e estudiosos, com a demonstração da inadequação do enquadramento da prestação dos serviços médicos, exclusivamente num ou noutro tipo de obrigação “haja vista que se a prestação daqueles especialistas não se

²¹ CRÉPEAU, Paul – André. *L'intensité de l'obligation juridique* – ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie. Québec: Éd. Yvon Blais Inc., 1989, p.12.

encaixa como obrigação de meio – por ser mais ampla, também não está inserida na de resultado, pela simples razão de esta dizer respeito e se destinar a um tipo diverso de situação” no sentido de se buscar um elemento intermediário ou novo, “que possa – fidedignamente- caracterizar tais prestações, sem incorrer em erro ou injustiça, porque na seara jurídica, um será sempre sinônimo do outro” (ob. cit., p. 216-217).

À vista de tal conclusão que adoto também, como fica a questão fundamental da *culpa e sua prova*?

O Professor Jerônimo Romanello Neto²² traz a informação referente ao resultado de trabalho promovido pela Fundação Européia de Ciências, reproduzida de Mario Zana²³ com as seguintes conclusões sobre a Responsabilidade Médica na Europa Ocidental:

“1. Sobre responsabilidade civil:

- a) A culpa deverá continuar ser a base da responsabilidade médica;*
- b) nenhuma distinção deve ser feita entre responsabilidade contratual e extracontratual;*
- c) deverá ser prevista a responsabilidade das autoridades e do Estado;*
- d) o nível de diligência deverá ser estabelecido de acordo com a ciência médica e a experiência, incluindo-se as indicações da ética profissional. O hospital deverá ser responsável pela insuficiência de sua organização;*
- e) surge a responsabilidade por dano derivado do tratamento sem a autorização suficientemente dada;*
- f) é objetiva a responsabilidade por danos imputáveis ao mau funcionamento dos aparelhos médicos;*
- g) deverá ser aplicada a regra da evidência em relação à variação do ônus da prova.” (o grifo é meu).*

Começa aqui uma nova abordagem no que se refere ao ônus da prova em matéria de responsabilidade civil médica, com derrogação do vetusto princípio *actori incumbit probatio* e nascimento de outro que a doutrina francesa nomeou como «**le principe de meilleure aptitude à la preuve**»,

²² Jerônimo Romanello Neto – **Responsabilidade Civil dos Médicos** – Ed. Jurídica Brasileira, 1998, p. 34 e seguintes.

²³ ZANA Mario, - “Le basi giuridiche della responsabilità medica” in **La responsabilità Medica in Ambito Civile, Attualità e Prospettive**, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1989, p. 56-58.

e que pode chegar, como previsto na legislação consumerista brasileira, à *inversão do ônus da prova*.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS

A questão referente à responsabilidade na cirurgia plástica foi me submetida num caso emblemático, em que uma cirurgiã plástica de renome no Rio de Janeiro fora condenada em 1ª instância a indenizar uma paciente submetida a uma cirurgia estética abdominal para retirada de grande aba de gordura e que sofreu um processo inflamatório, apresentando cinco meses depois ruptura de vasos no local da cicatrização e necrose parcial do retalho. Cerca de quatro anos depois pleiteou e obteve extensa reparação.

A divergência que lavrei em voto vencido (fundamento de recurso que, afinal, reformou as decisões anteriores e excluiu a obrigação de indenizar da médica) teve como base a análise da distinção de obrigação de meio e resultado, na atividade profissional médica, sendo à época prevalecente e hoje ainda sustentado por grande parte de autorizada doutrina e jurisprudência brasileiras.

O já citado Professor e Magistrado Sérgio Cavalieri Filho, em atualíssima edição do seu livro – **Programa de Responsabilidade Civil**, publicada em janeiro de 2002, mantém o seu entendimento, devidamente justificado, e com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, no sentido de que a obrigação típica da cirurgia estética é de resultado, à consideração de que o contratante destes serviços (paciente) pretende, de forma clara e precisa, uma aparência melhor e que, “se não for possível alcançá-la, caberá ao médico provar que o insucesso - total ou parcial da cirurgia - deveu-se a fatores imponderáveis”.

Aduz, ainda, que a obrigação de resultado em alguns casos apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa: a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida. (p. 327 da 3ª ed.).

Com as vênias que se impõem, eu caminho no sentido de entender tal obrigação como obrigação de meio, também, tal qual as demais atividades médicas.

Já naquela época, o E. Ministro Carlos Alberto Direito (citado por Cavalieri), em palestra proferida no 3º Seminário da Câmara Técnica da Cirurgia Plástica, quando dissertava sobre este tema, e buscando subsídios no Direito Comparado, afirmou, com ênfase, em relação à rigidez pretoriana

em estabelecer sem questionamentos a natureza da obrigação do cirurgião plástico, na cirurgia embelezadora ou estética, sempre, como sendo de resultado, sem levar em conta o fator álea, existente em todos os processos invasivos do organismo humano:

“O que não se pode admitir é a repetição, a meu ver, de um standard jurisprudencial, que está em desalinho com a realidade mais moderna dos avanços da ciência médica e da ciência jurídica.”

Naquele voto, que afinal veio prevalecer no Tribunal, reproduzi longo trecho do trabalho da Professora Hildegard Taggesell Giotri, no que se refere às obrigações decorrentes da cirurgia plástica e sua concepção inadequada como obrigação de resultado.

É relevante sobre o tema a posição doutrinária do respeitado catedrático da Universidad Nacional de Rosario – Argentina, Professor Luiz Andorno²⁴, *in verbis*:

“Si bien nosotros hemos participado durante algun tiempo de este criterio de ubicar a cirugía plástica en el campo de las obligaciones de resultado, en examen meditado y profundo de la cuestión nos ha llevado a la conclusión de que resulta mas adecuado no hacer distinciones al respecto, ubicando también al campo de cirugía estética en el ámbito de las obligaciones de medios, esto es, en el campo de las obligaciones generales de prudencia y diligencia.

Ello así, por cuanto como bien lo señala el brillante jurista y catedrático francés e estimado amigo, Profesor François Chabas, de acuerdo a las conclusiones de la ciencia médica de los últimos tiempos, el comportamiento de la piel humana, de fundamental importancia en la cirugía plástica, es imprevisible en numerosos casos. Además, agrega dicho jurista, toda intervención sobre el cuerpo humano es siempre aleatoria.

La doctrina y la jurisprudencia francesa se esta orientando actualmente en este sentido.”

²⁴ La responsabilidad civil médica, Ajuris 59/224.

Confirma-se a posição francesa em vários trabalhos de doutrinadores como se colhe em Nicole Petroni-Maudière²⁵ onde se sustenta que a arte médica é essencialmente aleatória e que somente uma obrigação de meios pode pesar sobre o médico.

No artigo mencionado, o Professor de Limoges traz uma referência que talvez responda ao anseio de melhor Justiça propugnado pela Prof. Hildegard Giostri em sua tese consubstanciada num *tertius* entre a obrigação de meio e a de resultado denominada “**d’une obligation de moyens renforcée**”.²⁶

Em que consiste esta “obrigação de meios reforçada” está explicado em Penneau²⁷, citado por Carlos Alberto Direito, em magistral voto, reproduzido em **Responsabilidade Civil do Médico** (ob. cit., p.640-647):

“A orientação hoje vigente na França, na doutrina e na jurisprudência, se inclina por admitir que a obrigação do cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais cirurgiões, pois corre os mesmos riscos e depende da mesma álea. Seria, portanto, como a dos médicos em geral, uma obrigação de meios. A particularidade reside no recrudescimento dos deveres de informação, que deve ser exaustiva e de consentimento, claramente manifestado, esclarecido, determinado” (Penneau, **La responsabilité...**, p.35).

No mesmo sentido o escólio de Galán Cortés²⁸, para quem a obrigação do cirurgião plástico é uma obrigação de meios “acentuada” (que corresponde à *obligation de moyens renforcée*), ou seja, onde os deveres de informação devem ser observados ainda com mais rigor, vez que há múltiplos fatores endógenos e exógenos que podem interferir no resultado perseguido.

²⁵ Petroni-Maudière Nicole, in “L’institution d’une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque d’une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale”. **Revue Générale de Droit Médical** n. 6 p.175 e segs.

²⁶ ob. cit., p. 186, fazendo referência a S.Welsch, “Responsabilité médicale, la nouvelle donne”, **Les Petites Affiches**, n. 42, 10 avril, 1998, p. 6 et suiv.

²⁷ Penneau, Jean – **La responsabilité médicale**. Paris: Sirey, 1977, devendo se consultar também, do mesmo autor, “La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance”, in **Revue internationale de droit comparé** n. 2 – avril-Juin 1990, p. 525 e segs.

²⁸ Galán Cortés, Julio Cesar – **Responsabilidad médica y consentimiento informado**. Ed. Civitas., 1ª ed., 2001, p. 268-269.

Também o Dr. Jaime Santos Briz, Magistrado do Tribunal Supremo da Espanha, ao tratar do tema, assinalou que a obrigação do médico especialista em cirurgia plástica não é fundamentalmente diferente da obrigação de qualquer outro cirurgião, justamente porque o fator álea, está presente em qualquer ato cirúrgico.

Ao examinar a controvérsia, ensina que ela pode ser resolvida, na prática, sem fixar-se num ou noutra critério, já que a atividade médica pode ser ao mesmo tempo, sob alguns aspectos, reparadora e curativa, podendo atingir ou não o resultado determinado.²⁹

Ou seja, ausentes critérios objetivos e determinados em relação à natureza da obrigação, e a obtenção precisa dos elementos referentes à vontade dos contratantes e reconhecendo, por outro lado, que em toda intervenção cirúrgica, de natureza estética ou reparadora, se faz presente o fator aleatório decorrente do próprio organismo humano, qual a melhor solução, considerando-se:

- a) a ocorrência cada vez maior de intervenções médicas no campo da estética e a verificação, por várias razões, de danos indenizáveis;*
- b) a necessidade de se superar aquilo que a Prof. Teresa Ancona Lopes Guimarães chamou de “quadro desanimador na área jurídica” decorrente da falta de confiança das vítimas de erros médicos em movimentar a máquina judiciária para obter o ressarcimento dos danos que sofreram, isto principalmente pela dificuldade da produção das provas em relação à culpa do profissional;*
- d) não se dever criar aquilo que o Prof. Petroni-Maudière denomina como “le risque d’une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale”.*

Estou em que a solução deve ser trabalhada em torno da *culpa e sua prova*.

E como está assente que não atende ao bom direito a imposição da culpa objetiva na hipótese *sub examen*, resta-nos trabalhar sobre a forma de produção eficaz da prova necessária à apreciação judicial dos conflitos envolvendo a atividade médica, nomeadamente, a cirurgia plástica e tratamentos embelezadores, e os danos causados nos pacientes.

²⁹ **La responsabilidad civil – Temas actuales.** Ed. Montecorvo S.A. Madrid, 2001, p. 197.

Sobre o tema, vale referir um julgamento da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de S. Paulo, onde a questão foi abordada com judiciosidade e coragem:³⁰

*“É preciso inovar na questão da produção da prova médica em ações que tratam da responsabilidade dos profissionais da área de saúde (artigo 1.545 do Código Civil). A culpa, elemento FUNDAMENTAL da responsabilidade (Clóvis Bevilacqua, **Código Civil Comentado**, Ed. Francisco Alves, 1943, V/326), passou a ser questionada e tende a sofrer um colapso pela tendência do direito contemporâneo, muito mais realista e próximo das vítimas do dano injusto.*

O direito do cidadão de obter um atendimento qualificado para a sua saúde deixou de ser um discurso constitucional (artigo 196 da Constituição da República) e passou a integrar a cartilha do consumidor que, indefeso, reclamava ansioso pela mudança do jogo de cartas marcadas que caracterizava, quase sempre, processos movidos contra médicos e hospitais.

*O Judiciário precisa adaptar-se, rapidamente, a uma realidade assustadora, qual seja, a de que as estatísticas de erros médicos progredem em escala acentuada, pois somente as associações de vítimas de erros médicos do Rio de Janeiro e de S.Paulo têm 3.100 processos correndo na Justiça (**Revista Veja** - “Quando os Médicos Erram”, março de 1999, n. 9, p. 83).”*

As soluções caminham por duas vertentes, que a meu ver não se excluem: na ênfase a um perfeito esclarecimento e obtenção de um consentimento válido para intervenções médicas e a inversão do ônus da prova.

Galán Cortés, em capítulo inteiro dedicado ao tema “Consentimiento informado e cirugía estética” enfatiza a responsabilidade nascida da ausência da devida e correta informação, aduzindo o que diz o Magistrado Martínez-Pereda, para quem a insistência nunca é o bastante no sentido de existir uma responsabilidade “precontratual”, que opera na formação do consentimento outorgado pelo paciente (ob. cit. p. 269).

³⁰ TJSP – 3ª Câm. Direito Privado; Ag. Inst. nº 099.305-4/6 – São Paulo – SP; Rel. Juiz Ênio Santarelli Zuliani; j. 02.03.1999.

No entanto, esta exigibilidade enfatizada do dever de bem e precisamente informar, a par de constituir uma obrigação acessória, decorre da regra geral de boa fé, constituindo mais um elemento a depender de prova satisfatória.

Em trabalho de excelsa qualidade, apresentado na cadeira de Direito Civil I, do curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, 1999-2000, André Gonçalo Dias Pereira, versando sobre o tema³¹ “O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controle jurídico” apresentou um interessante estudo sobre a tendência do estabelecimento do modelo contratual para a responsabilidade médica, indicando como exemplo paradigmático a recente reforma do Código Civil Holandês, de 1995, que inseriu no Código Civil, o Contrato de Serviços Médicos; também neste sentido estabeleceram regulamentação especial, a Finlândia, Israel e Nova Zelândia.

Informa, ainda, que na Alemanha, desde 1982 há um projeto de lei que visa regulamentar o contrato de serviços médicos e que, em Portugal, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro já defenderam a tipificação de um contrato de prestação de serviços médicos.

A razão desta posição como mais vantajosa é exposta logo adiante, justamente pelas mesmas razões que as dificuldades referentes à produção de provas suscitam, qual seja: ficando caracterizada a obrigação como contratual, com a presunção da culpa e apreciação desta nos termos aplicáveis à responsabilidade civil, incumbe ao devedor a prova de que o incumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua, como expressamente dispõe o Art. 799, n. 1 do Código Civil Português.

Ou seja, o que se verifica, quer nos caminhos legislativos, quer nos doutrinários, quer na jurisprudência, dependendo do estágio da matéria, é que, a tendência é impor ao profissional médico, cuja obrigação, na parte maior dos casos, é de diligência ou de meios, inclusive na atividade que ora se trata (responsabilidade dos cirurgiões plásticos), o ônus de provar, como demandado em ação de indenização, que não teve culpa que o obrigue a indenizar.

Estou em que esta concepção faz uma melhor justiça, porque mais equânime, ou seja, atende o requisito de “Equidade”, com a noção que dela se colhe na Enciclopédia Dalloz:

³¹ Publicado no Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, v. LXXVI, p. 434 e segs.

*“l'équité est une justice meilleure, laquelle corrige la justice légale, quand elle aboutit dans un cas particulier à des résultats injustes par suite des termes généraux d'une loi qui n'a pas tout prévu.”*³²

A lei brasileira, no particular, incluiu a responsabilidade médica no Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo que a culpa do profissional deve ser provada.

Em outro artigo do mesmo diploma legal (Lei nº 8.078/90, art. 6º, inciso VIII), ficou estabelecido como direito básico do consumidor:

“a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

A hipossuficiência é relatada, via de regra, com referência à capacidade econômico-financeira do autor da ação, mas, a doutrina vem entendendo, e assim, o Tribunal julgou na ação indenizatória acima referida, que ela pode ter também a natureza técnica, ou seja, perante o profissional da medicina todos somos (independente da condição intelectual ou profissional), salvo os da mesma profissão, hipossuficientes, ou seja, carecedores de condições de avaliação adequada referente às informações prestadas pelo médico, quer referentes à indicação cirúrgica, quer às melhores técnicas ou sopesamento de gravidade de riscos.

É certo que o paciente outorga seu consentimento, mais em função da confiança depositada no profissional do que qualquer outra coisa.

Nesta linha de entendimento, a inversão do ônus da prova é uma solução justa para ambas as partes, pois é o médico que detém as melhores condições para fazer as provas referentes aos fatos alegados, que possam lhe imputar responsabilidade, ou seja, atende ao princípio de “melhor aptidão para produzir as provas”.

Talvez assim se possa responder de forma adequada, pelo menos nesta matéria, a crítica tão acerba e triste que à Justiça dirige o Nobel da Literatura José Saramago, propugnando por uma Justiça que todos esperam... “não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança,

³² v. Encycl. Dalloz, Droit Civil, verb. «Équité», par Ph. Jestaz .Selon Aristote.

não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exacto e rigoroso sinónimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo”.³³

A título de conclusões do presente trabalho, pode-se assentar:

1. A responsabilidade civil do cirurgião plástico é de natureza subjetiva e baseada na culpa.

2. A culpa, como tal caracterizada, ainda que “levíssima” é condição suficiente para estabelecer a obrigação de indenizar.

3. A relação entre o cirurgião plástico e o paciente é de natureza contratual e consubstancia uma obrigação de meio.

4. Caberá sempre ao médico (cirurgião plástico) fazer a prova da ausência de sua culpa ou de dano indenizável.

5. A relação do médico (cirurgião plástico) e o paciente, em alguns casos pode ser extracontratual, e mesmo nessas hipóteses, impõe-se a inversão do ônus da prova, considerando a hipossuficiência deste, que pode ser econômica ou técnica, frente àquele. ◆

³³ Mensagem ao Fórum de Porto Alegre, publicada na revista **Visão** de 7 de fevereiro de 2002.