

A OBRIGAÇÃO DO CIRURGIÃO PLÁSTICO E DO NOSOCÔMIO DECORRENTE DE ERRO MÉDICO E INFECÇÃO HOSPITALAR

Sandro Marcos GODOY¹

RESUMO: O presente artigo busca analisar e revelar a obrigação de resultado que tem o médico cirurgião plástico em cirurgias embelezadoras. Busca também analisar a responsabilidade objetiva dos nosocômios em caso de infecção hospitalar. Diante da complexidade que a matéria exige e da dificuldade do ônus da prova ao paciente, a aplicação do CDC mostra-se medida de rigor com a inversão do ônus da prova. Sobrevindo o dano, surge a possibilidade de reparação do dano material, moral e estético. Concluímos por entender que a matéria, ainda controvertida, tem que balizar-se na obrigação de resultado qual assumiu o médico cirurgião em casos de cirurgia embelezadora e na responsabilidade objetiva do hospital em casos de infecção hospitalar.

Palavras Chave: Cirurgia Embelezadora. Obrigação De Resultado. Infecção Hospitalar. Responsabilidade Objetiva.

1 OS PROCEDIMENTOS CIRURGICOS EMBELEZADORES E SEUS REFLEXOS NO MUNDO JURÍDICO

O avanço da medicina, em especial em relação ao anseio dos seres humanos na busca pelo “belo”, tem levado a um significativo aumento das intervenções cirúrgicas embelezadoras, mormente quando se popularizou tal procedimento com as facilidades propiciadas por médicos e clínicas buscando atingir indiscriminadamente as diversas camadas sociais da população.

O significativo aumento das intervenções plásticas embelezadoras fez surgir, também, um crescente número de ações judiciais, como era de se esperar, principalmente porque na última década houve considerável facilidade de acesso ao Judiciário e assombroso aumento do número de cirurgias.

Estudo do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo nominado “*O Médico e a Justiça – Um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina*”, publicado em 2006, p. 41 esclarece que dentre o

¹Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides – UNIVEM – mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha de Marília; Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente; Professor dos Cursos de Direito, Administração, Ciências Contábeis e Serviço Social das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; Advogado da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP.

maior número de ações por erro médico, a especialidade de Cirurgia Plástica aparece em terceiro lugar antecedido por Obstetrícia e Ginecologia.

É bem verdade que o paciente/consumidor se tornara deveras exigente nos resultados esperados o que contribui para a discussão jurídica a respeito do contrato estabelecido e o resultado esperado.

Não raras vezes a discussão toma contornos subjetivos quanto ao resultado entabulado sob a alegação de que não se atingiu o objetivo esperado tendo-se como paradigma uma ou outra celebridade que empresta-se como espelho na busca pelo “belo”.

Há que se perquirir, ainda no campo da subjetividade, que tipo de contrato foi assumido pelo médico cirurgião, bem como qual a promessa feita na clausura do consultório quando se poderá questionar acerca da *boa fé* na relação contratual entabulada.

Se as promessas milagrosas se deram com o intuito de captar pacientes, não há dúvidas que o médico cirurgião deve responder à luz do *princípio da boa fé*, claro que se tais se mostram razoáveis de forma a ludibriar e induzir o homem médio.

Não se pode esperar, mesmo diante da promessa do médico cirurgião, que o paciente contratante tenha convicção que se tornará “idêntico” a uma determinada celebridade que por natureza destoa em beleza dos demais mortais como exortam os meios de comunicação quando se referem a atores do cinema como Brad Pitt, Tom Cruise e Angelina Jolie a título de exemplo.

Afastada a promessa em relação ao que não seja razoável, as demais feitas pelo médico cirurgião deverão ser cumpridas rigorosamente sob pena de inadimplemento da obrigação assumida.

2 A OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELO CIRURGIÃO PLÁSTICO EMBELEZADOR

É importante que se destaque inicialmente que nem toda obrigação assumida por cirurgião plástico é de resultado, isto porque, poderá ser chamado para lançar sua perícia sob um paciente que necessita de cirurgia reparadora e não embelezadora.

A título de exemplo imagine-se um acidente automobilístico envolvendo uma bela mulher que tem sua face transfiguradas em virtude do trauma. Não é de se

esperar que, mesmo sendo submetida a um profissional especialista em embelezamento, exija dele a recomposição absoluta do seu rosto no *status quo ante*.

Há que se esperar do médico cirurgião plástico em casos como este que empregue toda a sua perícia na busca do melhor resultado possível, o que se mostra plenamente possível ante a evolução dos procedimentos cirúrgicos atuais. Por outro lado, não se pode dele exigir que apresente um resultado idêntico ao que teria caso o procedimento fosse realizado na mesma paciente antes do malfadado acidente automobilístico.

Ninguém adentra o centro cirúrgico esperando sair de lá com aparência pior, mas no caso de cirurgias plásticas reparadoras a intervenção médica antes de embelezar, busca reparar, o que não se deve perder de vista para definir a responsabilidade do médico.

É bem verdade que em alguns casos tem-se uma situação híbrida de reparo e embelezamento como ocorre, v.g., com uma mulher que se submete a uma mamoplastia redutora², com a promessa do médico cirurgião de que, além de reduzir as mamas, as terá com contornos ainda mais belos.

Neste caso há que se perquirir que a intervenção médica não se deu somente com o intuito de reparar diminuindo as mamas, as vezes deveras prejudiciais para a coluna, mas também com a promessa de embelezamento.

É evidente que não espera a paciente tão somente a redução das mamas, mas que elas devam estar alinhadas e dentro de padrões de beleza exigidos pelo feminino, mormente quando se sabe ser produto de desejo sexual masculino.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Ap. Cível 4.000/90 – 5ª CC, Rel. Des. Hélio Perorázio Tavares, Rio de Janeiro, j. 20.11.90, já decidiu:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Cirurgião que realiza operação na região mamária da paciente para reduzir-lhe os seios e deixa-a com resultado deformante, seguindo-se infecção combatida em outro hospital. Indenização que garantiu nova cirurgia reparadora, impondo ressarcimento por dano moral-estético e quantia para suportar despesas médico-hospitalares na forma requerida pela Requerente, a título de dano sofrido em razão da cirurgia deformante, no hospital de propriedade do médico operador-Réu”.

² O QUE É A MAMOPLASTIA REDUTORA E O LIFTING DA MAMA? A Mamoplastia Redutora, é para as mulheres que querem o contrário, sentem que seus seios são muito grandes e pretendem que sejam reduzidos em tamanho. <http://www.naturale.med.br/dermolipectomia.htm>, acesso em 21/07/2011, às 14h.

A apresentação das mamas aliada ao “bumbum” faz da mulher brasileira destaque mundial não só de desejo sexual pois objeto não é, mas de manifesto paradigma e admiração por outras mulheres que nelas enxergam a beleza.

Tal colocação encontra pertinência se entendermos que o padrão de beleza exigido, em que pese mais acentuado em alguns povos que em outros, encontra na mulher brasileira um consenso de elogios quase que universal.

Por outro lado, se o procedimento cirúrgico advém da busca pela melhora estética com intuito unicamente de embelezamento, a doutrina e a jurisprudência não encontram dificuldades em classificar a obrigação do médico cirurgião plástico como de *resultado*.

Nem poderia ser diferente, na medida em que não se admite, como já informado, que alguém em sã consciência se submeta a um procedimento cirúrgico sempre doloroso e traumático para ter aparência pior.

A promessa do médico cirurgião de atingir determinado resultado, afora o que se afasta do razoável como já esclarecido, certamente encoraja a paciente a submeter-se ao procedimento agressivo.

Há entre os contratantes, diante do *princípio da boa fé*, um inarredável senso de confiança de que aquela aparência prometida será, ao final do procedimento, atingida e nenhuma possibilidade evidentemente sustentaria a paciente de que sua aparência sofreria regressão ao invés de avanço.

Quanto à responsabilidade dos cirurgiões plásticos, o Professor Carlos Roberto de Oliveira (2010, p. 262):

Quanto aos cirurgiões plásticos, a situação é outra. A obrigação que assumem é de ‘resultado’. Os pacientes, na maioria dos casos de estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, mas se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe direito à pretensão indenizatória.

Da cirurgia malsucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. A indenização abrange, geralmente, todas as despesas efetuadas, danos morais em razão do prejuízo estético, bem como verba para tratamentos e novas cirurgias.

O cirurgião plástico assume obrigação de resultado porque o seu trabalho é, em geral, de natureza estética. No entanto, em alguns casos a obrigação continua sendo de meio, como no atendimento a vítimas deformadas ou queimadas em acidentes, ou no tratamento de varizes e de lesões congênitas ou adquiridas, em que ressalta a natureza corretiva do trabalho.

Mais adiante, à p. 264, aduz que:

Correta se nos afigura a assertiva de Tereza Ancona Lopes quando afirma que, “na verdade, quando alguém, que está muito bem de saúde, procura um médico somente para melhorar algum aspecto seu, que considera desagradável, quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico. Caso contrário, não adiantaria arriscar-se a gastar seu dinheiro por nada”.

Em outras palavras, assevera “ninguém se submete a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristezas”.

Na mesma linha de raciocínio o Professor Miguel Kfoury Neto (1994, p. 148):

Na obrigação de resultado, ‘o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação.

Ou consegue o resultado avençado ou terá que arcar com as conseqüências. Em outras palavras, na obrigação de meio a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade. Nesta segunda formulação é que se categoriza como temos visto – a obrigação assumida, dentre outros profissionais da Medicina, pelo médico que realiza a cirurgia plástica desprovida de finalidade terapêutica.

Por essa razão, a 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o cirurgião plástico quando realiza trabalho de natureza estética, assume obrigação do resultado.

Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. No procedimento cirúrgico estético, em que o médico lida com paciente saudável que apenas deseja melhorar sua aparência física e, conseqüentemente, sentir-se psicologicamente melhor, estabelece-se uma obrigação de resultado que impõe ao profissional da medicina, em casos de insucesso da cirurgia plástica, presunção de culpa, competindo-lhe ilidi-la com a inversão do ônus da prova, de molde a livrá-lo da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente em razão de ato cirúrgico. – Resp 81.101-PR, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU, 31-05-1999, RSTJ, 119/292 e RT, 767/111.

Não há dúvidas que o cirurgião plástico quando realiza uma cirurgia de embelezamento o faz com a promessa de que o resultado esperado será alcançado assumindo uma *obrigação de resultado* ou então se responsabilizará pelas suas conseqüências.

3 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO NOSOCÔMIO NA INFECÇÃO HOSPITALAR

Questão muito discutida, mas que vem tomando contornos de unanimidade na doutrina e na jurisprudência, é aquela que diz respeito à responsabilidade objetiva dos hospitais e clínicas de cirurgia plástica em caso de infecção hospitalar decorrente do procedimento cirúrgico.

Aqui a discussão a respeito da obrigação do médico cirurgião, se de meio ou resultado não encontra maior dificuldade conquanto o entendimento vem se firmando que o nosocômio é solidariamente responsável pelos atos dos seus prepostos e, mormente em casos de infecção hospitalar, sua responsabilidade é objetiva.

O Professor Yussef Said Cahali (2000, p. 513) ao tratar do assunto da responsabilidade de infecção hospitalar:

A infecção hospitalar pode ser causa geradora de obrigação indenizatória por danos materiais e morais: a indenização pleiteada (danos patrimoniais relativos a despesas havidas em outro hospital e danos morais) é devida. O paciente foi submetido a uma intervenção cirúrgica, seguida de outra, em razão de complicações decorrentes da primeira, contraindo, dessa forma, a conhecida infecção hospitalar. A culpa reside na falta de cuidados apropriados ao combate à infecção hospitalar. O dano, embora não seja palpável, passível de apreciação material, pode ser avaliado em termos de retirada de tudo aquilo que seria normal na existência da pessoa, englobando, com isso, inclusive os aspectos íntimos, psicológicos, etc. I, enfim, subjetivos.

Ainda que a obrigação de reparar o dano possa apresentar-se vinculada a um procedimento culposo da entidade hospitalar, a jurisprudência tende a reconhecê-la independentemente de culpa, no pressuposto de tratar-se de falha do serviço: a responsabilidade hospitalar, diferentemente do médico, encerra obrigação de resultado no sentido de assegurar a incolumidade do paciente em tudo que seja capaz de lhe produzir dano; a infecção ou contaminação (pelo vírus da hepatite B) 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 CDC.

Na mesma linha de raciocínio o Professor Miguel Kfoury Neto (1994, p. 24):

Como a responsabilidade dos hospitais não está contemplada no art. 1.545, do CC, que adota a teoria da responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, aplica-se aos hospitais a teoria objetiva, com a conseqüente inversão do ônus da prova.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990 estabelece a responsabilidade objetiva de indenização, senão vejamos:

Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Desta forma, a doutrina e a jurisprudência com pouco dissenso a respeito, se inclina no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva dos hospitais e clínicas que realizam cirurgia plástica em caso de infecção hospitalar.

4 A NECESSIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Não se deve descurar da necessidade de inversão do ônus da prova em caso de cirurgia plástica, mesmo quando se tratar de obrigação de meio como ocorre nas reparadoras. Isto porque a questão debatida mostra-se extreme de técnica e complexidade colocando o paciente em verdadeira situação de hipossuficiência.

A teoria das provas ao exigir a distribuição do ônus da prova certamente atende ao interesse da inversão levando em consideração situação de complexidade manifesta como as que envolvem a discussão a respeito do erro médico e a real hipossuficiência da paciente.

Nem se sustente que isto fere o *princípio da igualdade* que deve nortear as partes igualando-as identicamente perante a lei, já que se sabe que mais importante que a *igualdade legal* é a *real*.

Segundo BOBBIO (2002, p. 26) no primeiro pós-guerra surge a *isonomia legal* como referencial balizador para todas as nações, mesmo diante das diferentes ideologias de cada qual:

Modernamente, o princípio se encontra enunciado nas Constituições francesas de 1791, 1793 e 1795; mais tarde, no art. 1º da Carta de 1814, no art. 6º da Constituição belga de 1830, no art. 24 do Estatuto Albertino (que regeu a monarquia italiana). Enquanto a Emenda XIV da Constituição dos Estados Unidos (1868) quer assegurar a todo cidadão a *igual proteção das leis*, o princípio é retomado e repetido, no primeiro pós-guerra, tanto pelo art. 109, § 1º, da Constituição de Weimar (1919) quanto pelo art. 7º, § 1º, da Constituição austríaca (1920) e, no segundo pós-guerra, para darmos exemplos de Constituições inspiradas em diferentes ideologias, tanto pelo art. 71 da Constituição búlgara (1947) quanto pelo art. 3º da Constituição italiana (1948).

Alerta-nos o professor Pedro Lenza (2006, p.531) ao afirmar que não se deve buscar somente a *isonomia formal*, mas também e até mais imprescindível, é conhecermos a *isonomia material*:

O art. 5.º, caput, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Deve-se, contudo, buscar não somente esta aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a **igualdade material**, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. (Grifo nosso)

Diante disso Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 257) manifesta-se a respeito da necessidade de inversão do ônus da prova na responsabilidade do profissional médico, senão vejamos:

Deve ser lembrado, ainda, que a hipossuficiência nele mencionada não é apenas econômica, mas precipuamente técnica. O profissional médico encontra-se, sem dúvida, em melhores condições de trazer aos autos os elementos probantes necessários à análise de sua responsabilidade.

Já decidiu neste sentido o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Erro médico. Inversão do ônus da prova. Saneador que afasta preliminar de ilegitimidade passiva e que, ao inverter os ônus da prova em ação de ressarcimento de danos por erro médico, não só valoriza a função do Judiciário no quesito 'perseguição da verdade real', como faz absoluto o princípio da igualdade substancial das partes, suprimindo a inferioridade da parte hipossuficiente (artigos 125, I, do CPC; 5º, LV, da Constituição Federal; e 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90) AgI 099.305.4/60-SO, 3ª Câm. Direito Privado, rel. Des. Ênio Zuliani, j. 3-2-1999.

Não há dúvidas, pois, a respeito da aplicação da inversão do ônus da prova em casos envolvendo ação de indenização decorrente de erro médico oriundo de cirúrgica plástica.

Certamente o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990 autoriza tal inversão, senão vejamos:

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;

Se não bastasse, a culpa do médico e do nosocômio pode ser demonstrada, geralmente pela realização de prova pericial já que os dispositivos legais vigentes contemplam a culpa em toda a sua magnitude.

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

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.246/88) estabelece em seu art. 29 que é vedado ao médico “praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”.

A inversão do ônus da prova impera em casos complexos que envolvam suposto erro médico em cirurgia plástica, discutindo a doutrina e a jurisprudência somente em relação ao momento em que deva ser invertido tal ônus, se no saneador ou no momento do julgamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Equacionado o tema, resta demonstrado que o erro médico em cirurgia plástica não se mostra questão de fácil solução, embora a doutrina e a jurisprudência tenham traçado diretrizes sólidas no sentido de reconhecer a *obrigação de resultado* do médico cirurgião nas cirurgias embelezadoras e híbridas, quando as *reparadoras* tenham o mesmo propósito.

Também em relação aos nosocômios amplamente majoritária a posição doutrinária e jurisprudencial de que os hospitais e clínicas respondem objetivamente em caso de infecção hospitalar decorrente de cirurgias plásticas, sejam elas estéticas ou reparadoras.

A inversão do ônus da prova encontra respaldo no Código de Defesa do Consumidor e recebe apoio da *teoria das provas* persistindo dissenso doutrinário e jurisprudencial somente em relação ao momento adequado para a inversão se no despacho saneador ou mesmo na sentença.

Finalmente, há que se perquirir que geralmente tais ações implicam em indenizações substanciais a título de danos materiais (lucro cessante, despesas diretas e indiretas decorrentes do procedimento, restituição do valor pago atinente ao inadimplemento da obrigação assumida, etc), danos morais e até mesmo estéticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho, 5 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Editora RT, 1994.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10ª Ed. São Paulo: Método, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 4.