

BIOÉTICA E DIREITO

Antonio Carlos Mendes
Jefferson de Vasconcelos Silva
Sueli Gandolfi Dallar

Esta Secção destina-se a discutir os vários aspectos que ligam a preocupação ética na área sanitária à formulação jurídica do direito à saúde, seja quando disciplinada em lei, seja quando decidida pelos juizes - individualmente ou nos tribunais. Espera-se receber tanto comentários relativos às decisões na matéria quanto informações que possibilitem o exame ético-sanitário daquelas decisões para a coluna Nos Tribunais. Do mesmo modo, manifestações semelhantes pertinentes a projetos de lei, ou mesmo legislação vigente que polemize princípios morais na área da saúde, serão bem-vindas para inclusão na coluna Nos Paramentos.

Nos Tribunais

Samir Jacob Bechara

Médico assistente e doutor na Clínica Oftalmológica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo; advogado e pós-graduando (Doutorado) na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Merece análise um caso de erro médico (Processo nº 1.792/94, 26ª Vara Cível da Comarca de São Paulo _ Apelação Cível nº 023.448-4, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo) em que a paciente propôs uma ação de indenização por danos morais e materiais. Submetida, por indicação médica, a uma intervenção cirúrgica para a correção das mamas (mamoplastia), apresentou a paciente complicações pós-operatórias aparentemente infecciosas, que resultaram em cicatrizes e aspecto assimétrico. O médico foi condenado ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Inicialmente, há que se destacar o espaço e a importância crescentes que as ações por erro médico vêm apresentando. Este fenômeno, que não pode ser desprezado, seja pelos profissionais de saúde, seja pelos profissionais do Direito, merece cuidadosa análise quanto às suas causas, peculiaridades e prevenção. Evidentemente, não é possível esgotar tão complexa questão neste breve artigo. Contudo, vale destacar a contribuição da modificação do caráter da assistência médica nas últimas décadas, resultando, entre outros, na despersonalização da relação médico-paciente, gerando conflitos que por vezes culminam em demandas judiciais. No presente caso, houve clara deterioração da relação médico-paciente: a paciente, apresentando complicações pós-operatórias, não conseguiu comunicar-se diretamente com o cirurgião, mas somente com as enfermeiras e com os médicos assistentes, encontrando-se numa situação tensa e insegura, que a forçou a buscar a compensação do dano pelas vias judiciais.

A condenação do médico fundamentou-se na existência de culpa, verificada pelo confronto das fotos pré e pós-operatórias, que atestaram a ocorrência de imperícia. Por vezes, na cirurgia plástica pode ser presumida a culpa, bastando haver dano e nexos causal, segundo a teoria do risco. Contudo, neste caso, aplicou-se a teoria da responsabilidade subjetiva, em que a culpa do agente teve de ser provada para obter-se a reparação do dano. De fato, entre nós, na responsabilidade civil médica, tem prevalecido a teoria subjetiva, com o ônus da prova a cargo do ofendido.

Particularmente no que concerne ao presente caso, é fundamental a correta distinção entre a cirurgia plástica estética e a cirurgia plástica reparadora. No plano médico, a primeira tem seu objetivo limitado ao resultado estético, visando unicamente a aperfeiçoar o aspecto externo de uma parte do corpo, como, por exemplo, numa cirurgia plástica de nariz. Já na cirurgia plástica reparadora, a intervenção cirúrgica, ainda que promova melhoria estética, não tem nesta seu objetivo principal, mas sim a resolução de problemas de natureza médica, como, por exemplo, defeitos ou cicatrizes na pele causados por queimaduras. No plano jurídico, a diferenciação entre cirurgia plástica estética e reparadora tem semelhante importância, porquanto na primeira o cirurgião assume uma obrigação de resultado, devendo indenizar pelo não-cumprimento da obrigação, visto sobre ele recair uma presunção de culpa, salvo prova de força maior ou caso fortuito. Já na segunda, subsiste uma obrigação de meio, cabendo o ônus da prova ao paciente, devendo este provar que o médico não teve o grau de diligência dele exigível.

Fica claro que a distinção da natureza da cirurgia plástica, estética ou reparadora, reveste-se de grande importância, mormente no tocante à determinação do ônus da prova, assim como à natureza da obrigação. O presente caso consistiu de uma cirurgia plástica reparadora, já que a paciente apresentara problemas de coluna decorrentes do volume exagerado dos seios. A cirurgia plástica reparadora correspondeu a uma obrigação de meio, provando-se a culpa do médico pela comparação das fotos pré e pós-operatórias. Contudo, independentemente da

natureza reparadora e da prova da culpa do médico, vale destacar a observação da MM Juíza: " Na verdade, é de meridiana inteligência intuir que a requerente, ao se submeter à cirurgia das mamas, tinha em mente não só diminuir o seu volume para evitar males da coluna como também de perseguir finalidade estética, por motivos de ordem íntima não revelados". Sugere esta reflexão que toda cirurgia plástica reparadora contém algum componente estético que não pode ser desprezado. Segue, pois, a questão: numa cirurgia plástica reparadora, não se provando a culpa do médico, prevalecerá a obrigação de meio (componente reparador) ou de resultado (componente estético)? A resposta a esta questão pode influenciar o julgamento, favorecendo ou ao paciente ou ao médico.

No caso em tela, o termo de consentimento assinado pela paciente no pré-operatório não foi valorizado pelos julgadores, seja pela falta de assinatura de testemunhas, seja pela caracterização da culpa do médico. Vale lembrar que o termo de consentimento deve ser usado em procedimentos médicos, especialmente de natureza cirúrgica, com o intuito de provar o cumprimento do dever de informar pelo médico, exigível particularmente após o advento do Código de Defesa do Consumidor. Evidentemente, não pode o termo de consentimento eximir o médico da culpa pelo dano causado ao paciente.

Em conclusão, este caso, embora sua solução tenha seguido o padrão geral observado na responsabilidade civil dos médicos, trouxe alguns temas para reflexão que poderão influenciar a avaliação e a decisão em outros casos de cirurgia plástica ou até mesmo em procedimentos de outras especialidades médicas que apresentem, simultaneamente, componente reparador e estético, tais como a cirurgia para a correção da miopia na Oftalmologia e a cirurgia dermatológica para a remoção de lesões da pele.