

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

Luiza Dutra Miranda

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NAS CIRURGIAS ESTÉTICAS**

**Florianópolis/SC**

**2012**

**LUIZA DUTRA MIRANDA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NAS CIRURGIAS ESTÉTICAS**

**Monografia submetida ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do grau de bacharel em direito.**

**Orientador: Professora Mestre Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa**

**Florianópolis/SC**

**2012**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA  
CATARINA CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

Esta monografia final, intitulada “A responsabilidade civil do médico nas cirurgias estéticas”, elaborada pela acadêmica Luiza Dutra Miranda e aprovada pela banca examinadora composta pelos professores abaixo assinados, obteve aprovação com nota \_\_\_\_, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1.886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução nº 003/95/CEPE.

Florianópolis (SC), 13 de dezembro de 2012.

---

**Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa**  
Professora Orientadora

---

**Denise Pinheiro**  
Membro da Banca

---

**Fernando Kinoshita**  
Membro da Banca

MIRANDA, Luiza Dutra. **A responsabilidade civil do médico nas cirurgias estéticas**. 2012. Monografia. Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

## RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem por objetivo a análise da responsabilidade civil do médico nas cirurgias estéticas, considerando a doutrina e jurisprudência dos Tribunais brasileiros. Busca-se sintetizar o instituto da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro, principalmente com relação à responsabilidade do médico como profissional liberal, à luz do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, as cirurgias estéticas dividem-se em duas espécies, curativa ou meramente embelezadora, de acordo com o motivo da sua realização, implicando em obrigações específicas, de meio ou de resultado, assumidas pelo médico, as quais influenciarão e distinguirão a configuração do ônus da prova, podendo haver simples inversão do ônus probatório ou até culpa presumida do profissional, sem, contudo, alterar o tipo da responsabilidade civil, que será subjetiva em ambos os casos, embora alguns Tribunais venham aplicando a responsabilidade objetiva para determinadas situações. Analisa-se, também, a relação entre médico - paciente, conjuntamente a um dos principais direitos do consumidor, o dever de consentimento informado acerca dos riscos que a cirurgia possa lhe oferecer.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Médico. Profissional liberal. Código de Defesa do Consumidor. Obrigação de meio. Obrigação de resultado. Inversão ônus prova. Culpa presumida. Responsabilidade subjetiva. Consentimento informado.

*Agradeço a minha mãe, Thais, por ser meu principal exemplo, pelo apoio, incentivo e confiança de sempre.*

*Aos meus avós, Dilza e Venício, que assumiram essa função, sempre com muito amor, carinho e dedicação.*

*Ao meu namorado, Ricardo, quem eu admiro pela paciência e determinação, obrigada pela parceria.*

*Ao meu cachorro, Bartolomeu, pelo companheirismo de todas as horas, obrigada por deixar os meus dias mais felizes.*

*A querida professora Leilane, minha orientadora, exemplo de mestra, agradeço pela disposição e atenção dada a esta orientanda.*

*A todos os meus bons amigos e familiares, obrigada por fazerem parte de cada momento da minha história.*

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2. RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	9
<b>2.1. A Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro</b> .....	9
<b>2.2. A Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor</b> .....	16
<b>2.3. A Responsabilidade dos Profissionais Liberais e o Código de Defesa do Consumidor</b> .....	23
<b>3. CIRURGIAS ESTÉTICAS</b> .....	27
<b>3.1. Espécies</b> .....	27
<b>3.2. Obrigação de meio e obrigação de resultado</b> .....	29
<b>3.3. O papel central do direito de informação</b> .....	35
<b>4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NAS CIRURGIAS ESTÉTICAS</b> .....	42
<b>4.1. A responsabilidade e a questão da culpa</b> .....	42
<b>4.2. O ônus da prova</b> .....	49
<b>4.3. Causas excludentes de responsabilidade</b> .....	56
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	63
<b>6. REFERÊNCIAS</b> .....	66

## 1. INTRODUÇÃO

Diversos são os motivos que intensificam a importância do estudo da responsabilidade civil do médico na realização de cirurgias estéticas.

A forma física há muito tempo já é objeto de preocupação do ser humano, porém o médico, sempre, foi visto pelos pacientes como um amigo, um familiar, alguém em quem aqueles podiam confiar, não pairando dúvidas acerca da qualidade dos seus serviços.

Contudo, as circunstâncias mudaram. Hoje, vive-se em uma sociedade de consumo na qual as relações sociais estão cada vez mais massificadas e impessoais.

A cirurgia estética tornou-se importante instrumento para obtenção do estereótipo perfeito, bem como de ascensão social. A preocupação com a estética leva pessoas, principalmente mulheres jovens, às mesas de cirurgias, na certeza de que o resultado obtido lhes proporcionará uma maior aceitação no meio social, além de aumentar demasiadamente a autoestima, elemento fundamental para a saúde mental do ser humano.

Pode-se dizer que a cirurgia estética banalizou-se, tornando-se um mercado de consumo. Muitas vezes, clínicas e médicos propagandeiam suas ações, expondo e comprometendo-se com resultados rápidos e práticos, acabando por atrair a atenção e vontade do consumidor, bem como confundir os seus olhos com a certeza de correção e/ou melhoria.

Contudo, na atualidade, a velocidade com que este tipo de intervenção cirúrgica vem se desenvolvendo é extremamente alta, o que era verdade absoluta ontem, hoje já não é mais. Junto ao desenvolvimento da ciência médica e, por conseguinte, a ampliação dos recursos disponíveis na área, cresceram, também, os riscos inerentes à atividade.

Os tipos de intervenção cirúrgica, principalmente os estéticos, estão cada vez mais evasivos, entretanto muitas pessoas fazem mau uso, preferindo-os, por ser mais rápido e práticos, ao invés de buscar o mesmo resultado de forma natural.

Diante desta nova postura de uma sociedade consumista, os médicos assumiram um papel de prestadores de serviços, pois a relação médico-paciente, de forma geral, adquiriu um caráter comercial, na qual, muitas vezes, mais interessa o lucro do que a ética do profissional. Aquela pessoalidade da relação entre o médico “*amigo*” e o paciente foi trocada pela propaganda boca a boca ou até mesmo através da mídia; pelos planos de saúde; pela exigência de resultados; mudando, inclusive, o nome dos sujeitos da relação, passando de médico e paciente para prestador de serviço e usuário.

Com a banalização da cirurgia estética, o número de ações judiciais por erro e culpa médica neste tipo de intervenção vem crescendo nos Tribunais nacionais. São inúmeros os casos de pacientes insatisfeitos com o resultado prometido e não alcançado, que trazem danos à aparência física dos consumidores.

Muito se vem discutindo na doutrina e jurisprudência brasileiras acerca da questão: Qual responsabilidade aplica-se? Qual o limite da responsabilidade? Como caracterizar a culpa? Quais as excludentes? Embora o entendimento majoritário, nos moldes do determinado no Código de Defesa do Consumidor, sedimente que a responsabilidade do médico, em caso de danos causados a pacientes quando da realização de cirurgias do tipo estéticas, será do tipo subjetiva, alguns Tribunais aplicam ao caso a responsabilidade objetiva.

Faz-se mister, assim, analisar a relação médico-paciente com a cirurgia estética, posto que são os médicos os protetores de direitos fundamentais da pessoa humana, quais sejam vida, integridade física e psíquica, saúde espiritual e dignidade; e o dano causado pela atividade do médico configura, como qualquer outra, responsabilidade civil decorrente de atitude ilícita ou má prestação do serviço.

Para tanto, este trabalho será dividido em três capítulos, além da introdução e da conclusão. O primeiro capítulo abordará a responsabilidade civil no direito brasileiro, com enfoque nas normas do Código de Defesa do Consumidor, principalmente quando trata da responsabilidade dos profissionais liberais, dentre os quais se encontra o agente principal do presente trabalho, isto é, o médico.

O capítulo dois tratará das cirurgias estéticas, suas espécies, o tipo de obrigação assumida pelo médico quando da realização desse tipo de intervenção, bem como da importância de informar o paciente acerca da questão dos riscos e da viabilidade da cirurgia estética pretendida.

Por fim, o capítulo três analisará a responsabilidade civil do médico nas cirurgias estéticas; como se configura a questão da culpa, do ônus da prova e das causas excludentes dessa responsabilidade.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, com base em procedimento de revisão bibliográfica, incluindo-se aqui decisões dos Tribunais brasileiros.

Ademais, a responsabilidade civil é matéria dinâmica, sendo fundamental pensar-se na interdisciplinaridade contemporânea dos valores pertinentes à Medicina e também ao Direito.



## **2. RESPONSABILIDADE CIVIL**

Antes de analisar a responsabilidade civil do médico na realização de cirurgias do tipo estéticas, faz-se importante um breve estudo sobre o instituto da responsabilidade civil no âmbito do ordenamento jurídico, principalmente do brasileiro, suas influências, pressupostos, características.

Segundo Rizzardo (2011, p. 28-29), a responsabilidade na antiguidade não passava de um direito à vingança - pouco importava o grau de culpa do agente -, levava-se em conta apenas o mal praticado, cabendo ao lesado fazer justiça com as próprias mãos.

Com o Código de Hamurabi e a Lei das XII Tábuas, a vingança deu lugar à composição do dano causado, havendo para cada tipo de ofensa uma pena ou retribuição, concedendo ao lesado a escolha. No direito romano, a composição do dano dependia do caráter da ofensa, se fosse pública, recolhia-se quantia pecuniária aos cofres públicos ou impunham-se penas de castigo ou de morte; sendo privada, a reparação era econômica. Em 1804, com o Código de Napoleão na França, surgiu a divisão entre responsabilidade civil e penal, contratual e extracontratual.

Assim, com o passar do tempo, a responsabilidade evoluiu, passando a ser pautada na presença da comprovação da culpa do agente, e não mais pela vingança. Porém, na Revolução Industrial, juntos as ideias de cunho social, surgiu a responsabilidade objetiva, cuja doutrina fortificou-se principalmente na França.

A ideia da responsabilidade influenciada pela história, bem como pelas doutrinas e códigos estrangeiros, chegou ao direito brasileiro.

### **2.1. A Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro**

Numa primeira fase do Direito brasileiro, consoante Gonçalves (2010, p. 27), as jurisdições cível e penal não haviam sido separadas. O Código Criminal de 1830, época do Império brasileiro, misturava matérias penais com civis, razão pela qual a responsabilidade vinculava-se às condenações criminais.

Com o Código Civil de 1916, a responsabilidade civil incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro a teoria subjetiva, na qual a culpa do agente é fundamento necessário para a indenização do dano sofrido pela vítima. É indispensável, assim, que aquele tenha agido de forma dolosa ou culposa, apesar de haver casos nos quais se presumia a culpa.

Sobre a responsabilidade civil no direito brasileiro, consoante leciona Gonçalves (2010, p. 22-23):

A falta de sistematização da matéria no Código Civil de 1916 e o pequeno número de dispositivos a ela dedicados têm sido atribuídos ao fato de não estar muito desenvolvida e difundida à época da elaboração do aludido diploma.

O surto industrial que se seguiu à Primeira Grande Guerra e a multiplicação das máquinas provocaram o aumento do número de acidentes, motivando a difusão dos estudos então existentes. Sob influência da jurisprudência francesa, o estudo da responsabilidade civil foi desenvolvendo entre nós. Importante papel nesse desenvolvimento coube, então, à doutrina e à jurisprudência, fornecendo subsídios à solução dos incontáveis litígios diariamente submetidos à apreciação do Judiciário.

Nesse sentido, para Cavalieri Filho (2010, p. 141), o surto do desenvolvimento vivenciado pela sociedade no último século, principalmente o industrial e o tecnológico, provocou um aumento nos casos de danos, gerando a necessidade de buscar maior proteção aos lesados. A culpa não abarcava diversos casos em que se exigia reparação do dano; as concepções tradicionais de responsabilidade passaram a ser insuficientes à proteção das vítimas.

Destarte, Código Civil de 2002 trouxe profundas modificações no campo da responsabilidade civil. Em que pese ter mantido a teoria da responsabilidade baseada na culpa como regra geral, prestigiou a teoria da responsabilidade objetiva, adotando-a nas suas duas facetas, ao acolher a teoria do exercício de atividade perigosa e a teoria do dano objetivo, esta última para os casos especificados em lei.

Segundo Gonçalves (2010, p. 29), outros diplomas legais especiais também acabaram por contemplar a teoria da responsabilidade objetiva, como os que envolvem transporte de passageiros, acidentes de trabalho, seguro obrigatório de veículos.

Assim, para que haja o dever de reparação do dano causado, faz-se mister a observância de alguns pressupostos, consoante o artigo 186 do Código Civil<sup>1</sup>. Os doutrinadores divergem em relação aos pressupostos da responsabilidade civil, mas a maioria

---

<sup>1</sup> BRASIL, Código Civil, 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”.

entende serem quatro: ação ou omissão voluntária; nexo causal; dano e culpa; ou dolo do agente<sup>2</sup>.

A ação ou omissão referem-se ao ato ilícito, ou seja, à conduta humana voluntária que contraria o Direito. Podem derivar de ato próprio, de atos de terceiros que estejam sob guarda ou responsabilidade do agente ou, ainda, de coisas ou animais que lhe pertencem e que venham causar danos a alguém.

Cavaliere Filho (2010, p. 24), em relação à conduta humana, ensina:

Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela *inatividade*, abstenção de alguma conduta devida. (grifo no original)

Enquanto a ação caracteriza-se por um “*fazer*”, que a rigor gera danos físicos e/ou materiais no lesado, a omissão somente adquire relevância jurídica no que tange a responsabilidade, quando deriva de um dever jurídico de agir para evitar ou impedir um resultado lesivo.

Já o nexo causal é a ligação entre o ato danoso do agente e o prejuízo ou dano sofrido pela vítima. É um dos pressupostos essenciais para a configuração de qualquer espécie de responsabilidade civil, bem como do dever de reparação.

O dano sofrido pela vítima não é suficiente para caracterizar a responsabilidade e, por conseguinte, o dever de indenizar. É preciso que a lesão tenha se originado de conduta do agente, do contrário, inexistindo relação de causalidade, inexistente o dever de reparação.

Segundo ensinamento de Gonçalves (2010, p. 54):

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar” do art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

A relação de causalidade é o elemento referencial entre a ação e o resultado, razão pela qual deve ser a primeira questão a ser enfrentada na solução de controvérsias de

---

<sup>2</sup> Entre estes, pode-se citar: Sílvio de Salvo Venosa (Direito Civil: responsabilidade civil. 6. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2006); Carlos Roberto Gonçalves (Responsabilidade civil. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2010); Sérgio Cavaliere Filho (Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010).

responsabilidade civil, posto que, não basta configurar a culpa ou não do agente, precisa-se verificar se a sua conduta ilícita possui relação de causa e efeito com o resultado danoso.

Outro pressuposto é o dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente sem a sua comprovação, pois sem ele não há porque se reparar.

O direito à reparação do dano é norma constitucional, estampada no artigo 5º, X, da Constituição Federal<sup>3</sup>, e resulta da perda ou redução do patrimônio material ou moral da vítima decorrente da atitude do agente. É cediço que existe responsabilidade sem culpa, porém não existe responsabilidade sem dano.

A configuração do dano gera para o lesado o direito de ressarcimento, a fim de retornar ao *status quo ante* ou, caso não exista mais a possibilidade de reparação, ser compensado.

Cavaliere Filho (2010, p. 73) afirma sobre o conceito de dano:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí, a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Assim, o dano, fato determinante do dever de indenizar, é prejuízo sofrido pela vítima na sua pessoa e/ou nos seus bens, por isso pode ser classificado em patrimonial e moral. O primeiro, também chamado de dano material, ocorre quando o prejuízo atinge o patrimônio da vítima, considerando bens corpóreos e incorpóreos, podendo ser reparado, voltando à sua situação anterior, ou ao menos indenizado pelo equivalente em pecúnia; ainda, subdivide-se em dano emergente e lucro cessante, dependendo se o dano atinge patrimônio presente ou futuro da vítima, respectivamente.

Já o dano moral ocorre quando há ofensa à dignidade da pessoa humana ou a direito personalíssimo, como à intimidade, imagem, direito autorais, convicções políticas e religiosas, por isso conhecido como “*dor da alma*”, independente de abalo de ordem psíquica. Dessa forma, atinge bens personalíssimos da vítima, cuja diminuição patrimonial não é visível, razão pela qual é insuscetível de avaliação pecuniária e difícil de mensuração, já que

---

<sup>3</sup> BRASIL, Constituição Federal, art. 5º. “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”;

não há como retornar ao *status quo* antes da lesão, havendo, apenas, maneira de compensar a vítima pelo dano sofrido e penitenciar o agente agressor.

Na lição de Stoco (2011, p. 152):

O chamado dano moral corresponde à ofensa causada à pessoa a parte *subjecti*, ou seja, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade.

O dano material, não sendo possível o retorno ao *status quo* ante, se indeniza pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencional, mais ou menos aleatório, mas que não pode levar à ruína aquele que paga, nem causar enriquecimento a quem recebe [...].

Além dos pressupostos já citados, no caso da responsabilidade civil subjetiva, exige-se, também, a comprovação de culpa ou dolo do agente. Segundo Gonçalves (2010, p. 53), “*dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência*”.

Na responsabilidade civil, a culpa caracteriza-se quando o agente, por imprudência, negligência ou imperícia, causa dano a outrem, apesar de não ter a intenção, gerando o dever de repará-lo. De outra parte, o dolo representa uma conduta intencional com consciência, dirigida a um resultado ilícito sabido.

Nesse sentido, igualmente assevera Cavalieri Filho (2010, p. 31):

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante -, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. [...] Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente de falta de cuidado.

Também para Rizzardo(2011, p. 3):

[...] pode-se considerar a culpa no sentido estrito como aquela que marca a conduta imprudente ou negligente; e no sentido lato, verificada na prática consciente e deliberada de um ato prejudicial e antissocial, configurando, então, o dolo.

Percebe-se, pois, que a distinção entre culpa e dolo, destacada por muitos autores, não é meramente formal, posto que, nos moldes do art. 944, do Código Civil<sup>4</sup>, na prática, o agente causador do dano responderá de acordo com as consequências geradas por

---

<sup>4</sup> BRASIL, Código Civil, art. 944. “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

seus atos, sendo que o grau de culpa do agente interfere no *quantum* indenizatório, apesar do objetivo da indenização no âmbito civil ser de reparar os danos sofridos e não punir o agente causador como na responsabilidade da esfera penal.

A existência desses pressupostos está relacionada à classificação da responsabilidade em subjetiva e objetiva. Outrossim, a doutrina também divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, baseando-se na qualidade do vínculo obrigacional.

Nas duas espécies, há a violação de um dever jurídico, contudo a diferença está na base deste. Se o dever violado originar-se de contrato válido, ou seja, de um vínculo obrigacional preexistente entre as partes – vítima e agente –, se está diante de responsabilidade contratual. Nesta, contratante e contratado precisam observar os deveres específicos pactuados; antes da obrigação de indenizar, há um inadimplemento por parte de um dos contratantes.

A responsabilidade extracontratual, surge quando o dever jurídico violado não teve origem em contrato, mas sim na inobservância da lei. A parte lesada deverá comprovar imprudência, imperícia ou negligência por parte do agente quando se tratar de responsabilidade subjetiva ou pautar-se na teoria do risco, nos casos de responsabilidade objetiva.

Stoco (2011, p. 167), ao diferenciar estas duas espécies, assim afirma:

[...] embora possam ser identificados vasos comunicantes entre a responsabilidade delitual e a contratual, impõe-se, também, reconhecer diferenças sensíveis entre uma e outra.

Tais diferenças decorrem, como antes observado, da própria natureza do dever jurídico violado, pois na contratual a fonte desse dever está na própria preexistência da vontade das partes envolvidas em pactuar interesses comuns ilícitos. Entretanto, na extracontratual, o que impede considerar é a violação de um dever de conduta exigido na própria lei, qual seja o dever geral de não causar danos a ninguém (*neminem laedere*), que encontra expressão e materialização no art. 186 do CC.

Outros elementos de diferenciação dessas duas espécies de responsabilidade dizem respeito ao ônus da prova, a capacidade do agente e a gradação da culpa.

Sobre ônus da prova, Gonçalves (2010, p. 46) leciona:

Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incumbe-lhe, pois, o *onus probandi*.

No entanto, se a responsabilidade for extracontratual, a do art. 186 (um atropelamento, por exemplo), o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente (motorista). A vítima tem maiores probabilidades de

obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a sua responsabilidade deriva de descumprimento do contrato, ou seja, quando a responsabilidade é contratual, porque não precisa provar a culpa. Basta provar que o contrato não foi cumprido e, em consequência, houve o dano.

A capacidade do agente causador do dano também diferencia as espécies. Enquanto o contrato exige agente plenamente capaz para sua celebração, sob pena de invalidade, limitando o terreno da responsabilidade - no caso da responsabilidade extracontratual - é plenamente possível o ato de um incapaz ser reparado ou por quem é legalmente encarregado de sua guarda ou pelo próprio incapaz, quando seus representantes não possuem condições, consoante o art. 928, do Código Civil<sup>5</sup>.

Ademais, embora fundadas na culpa, no caso da contratual, tal elemento variará conforme o caso e o contrato, enquanto na extracontratual a apuração da culpa é feita de forma mais rigorosa, por se basear na lei e ter eficácia *erga omnes*.

Por fim, importa ressaltar que nem todo ato ilícito é danoso. O Código Civil prevê, no seu artigo 188, situações nas quais o ato do agente não constitui ato ilícito indenizável, pois não violam dever jurídico, quais sejam atos praticados em legítima defesa, entendido como “*quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*”<sup>6</sup>; no exercício regular de um direito, ou seja, mesmo que nocivo, o agente age em conformidade com a lei; e em estado de necessidade, compreendido como “*quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.*”<sup>7</sup>

Ainda, existem situações nas quais, por determinação legal, elimina-se o dever de reparação do dano por exclusão do nexo causal. Segundo Cavalieri Filho (2010, p. 66), “*causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente*”. Dentre as causas de isenção de responsabilidade, pode-se destacar: a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro; caso fortuito; e força maior.

---

<sup>5</sup> BRASIL, Código Civil, art. 928. “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

<sup>6</sup> Art. 25 do Código Penal

<sup>7</sup> Art. 24 do Código Penal

Destarte, não obstante o espaço que a responsabilidade objetiva passou a ocupar nos últimos anos, ainda sobressai-se como regra geral a responsabilidade baseada na culpa. Contudo, independentemente da necessidade ou não da presença desse pressuposto, indispensável a caracterização dos demais, posto que não há dever de reparação sem que a ação ou omissão de um agente esteja ligada a um dano por um nexo causal.

## **2.2. A Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**

Segundo a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, XXXII, “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”. Assim, em 1991 promulgou-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), cujas normas, por serem de origem constitucional, são consideradas como de ordem pública e interesse social, o que as fazem de aplicação necessária e observância obrigatória.

Segundo Cavalieri Filho (2011, p. 286-287):

Até o advento do Código do Consumidor não havia legislação eficiente para enfrentar a problemática dos acidentes de consumo e proteger os consumidores. Os riscos de consumo corriam por conta do consumidor, porquanto o fornecedor só respondia no caso de dolo ou culpa, cuja prova era praticamente impossível. O Código do Consumidor deu uma guinada 180 graus na disciplina jurídica até então existente na medida em que transferiu os riscos do consumo do consumidor para o fornecedor.

Em regra, o Código de Defesa do Consumidor trouxe a responsabilidade objetiva para os casos de acidente de consumo, fundada na teoria do risco e no dever de segurança dos produtos e serviços postos no mercado pelos fornecedores e afins, possibilitou ao consumidor ajuizar ação direta contra o fornecedor do produto ou serviço, bem como quebrou com a divisão da responsabilidade em contratual e extracontratual, bastando que haja a caracterização de uma relação jurídica de consumo, contratual ou não, para haver o dever de indenizar.

Junto ao Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil objetiva passou a ter um vasto campo de incidência. Todo aquele, exceto o profissional liberal como se destacará, que se dispõe a exercer atividade no mercado de consumo responderá, independente de culpa, pelos danos causados decorrentes de defeito ou vício do produto ou serviço prestado. Nas palavras de Nunes (2011, p. 234):



Qualquer problema relativo à nocividade ou periculosidade dos produtos e serviços oferecidos ao consumidor, quer seja no que tange os vícios, quer diga respeito a defeito, resolve-se com base na responsabilidade objetiva do fornecedor. Culpa não interessa aos aspectos civis das relações de consumo, com exceção da hipótese do §4º do art. 14, que cuida da responsabilidade do profissional liberal.

No caso da responsabilidade nesse diploma legal, de acordo com Cavalieri Filho (2010, p. 484-485), os riscos pela atividade são socializados, ou seja, repartidos entre todos os beneficiários. É a chamada justiça distributiva, que reparte equitativamente os riscos da sociedade de consumo, através de mecanismos como preços e seguros sociais, por exemplo, não permitindo deixar a responsabilidade apenas ao cargo do consumidor.

Assim, sempre que ocorrer um acidente em uma relação de consumo, aplica-se o disposto no Código de Defesa do Consumidor no que tange o dever de reparar o dano. Conforme lecionar Cavalieri Filho (2011, p. 288):

Relação de consumo, como vimos, é a relação jurídica contratual ou extracontratual que tem num polo fornecedor de produtos ou serviços e no outro o consumidor; é aquela realizada entre fornecedor e o consumidor tendo por objeto a circulação de produtos e serviços.

O Código de Defesa do Consumidor sistematizou a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados aos consumidores em dois tipos, responsabilidade pelo *fato do produto ou do serviço* (artigos 12 a 17) e responsabilidade pelo *vício do produto ou do serviço* (artigos 18 a 25). Em ambas as responsabilidades, o dano é causado por um problema no produto ou serviço, porém na primeira o dano origina-se de um defeito na segurança, enquanto a segunda abrange os vícios por inadequação.

A responsabilidade por dano causado em decorrência do defeito no produto ou serviço, disciplinada no texto dos artigos 12 e 14 do Código do Consumidor, é objetiva, não havendo que se falar em culpa, posto que o fornecedor assume o risco da atividade, bastando, por conseguinte, que o consumidor lesado comprove o dano e o nexo causal:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador **respondem, independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

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. (grifou-se)

Do ponto de vista legal, produto ou serviço defeituoso é aquele que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: sua apresentação e modo do seu fornecimento; o uso,

riscos e resultado que razoavelmente dele se esperam; a época em que foi colocado em circulação ou fornecido.<sup>8</sup>

Ainda, segundo Cavalieri Filho (2011, p. 290), defeito “*é a falta de capacidade do fabricante de eliminar os riscos de um produto sem prejudicar sua utilidade*”. Também Nunes (2011, p. 249-250):

O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento, o não funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago – já que o produto ou serviço não cumpriram o fim ao qual se destinavam. O defeito causa, além dessa dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e/ou moral do consumidor.

Logo, o defeito tem ligação com o vício, mas, em termos de dano causado ao consumidor, é mais devastador.

Temos, então, que o vício pertence ao próprio produto ou serviço, jamais atingindo a pessoa do consumidor ou outros bens seus. O defeito vai além do produto ou serviço para atingir o consumidor em seu patrimônio jurídico, seja moral e/ou material. Por isso, somente se fala propriamente em acidente, e, no caso, acidente de consumo, na hipótese de defeito, pois é aí que o consumidor é atingido.

Infere-se, pois, que o fato gerador da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço é o defeito deste, também denominado de acidente de consumo, que atinge o consumidor em sua integridade física e psíquica.

A origem do defeito pode estar na criação, na produção ou, ainda, na própria comercialização. Em qualquer dessas fases pode ocorrer o problema, bastando que venha causar dano ao consumidor para assim ser definido.

O Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer os responsáveis pelos danos causados aos consumidores decorrentes de defeito no produto ou serviço, fez de forma ampla, alcançando a figura do fabricante, do produtor, do construtor e do importador no conceito de fornecedor, ou seja, dos participantes do ciclo produtivo e distributivo do produto ou serviço no mercado de consumo. A escolha dos legitimados passivos dá-se em razão do domínio do processo de produção e introdução da coisa perigosa no mercado. Quando ocorrer de ter mais de um causador do mesmo dano, como mais de um fabricante, por exemplo, haverá solidariedade entre eles.

Percebe-se que a lei excluiu o comerciante da responsabilidade pelo defeito de produto, eis que, este, em regra geral, desconhece o processo produtivo, bem como não

---

<sup>8</sup> Art. 12, §1º, e art. 14, §1º, do Código de Defesa do Consumidor

participou da criação do causador do dano. Porém, consoante se depreende do artigo 13<sup>9</sup> do aludido diploma legal, o comerciante será subsidiariamente responsável pelo dano em três situações: quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; quando o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Conforme ensinamentos de Cavalieri Filho (2011, p. 297):

Tratando-se de responsabilidade pelo *fato do produto*, todavia, o art. 12 do Código responsabiliza somente o *fabricante*, o *produtor*, o *construtor* e o *importador*. O *comerciante* foi excluído em via principal porque ele, nas relações de consumo em massa, não tem nenhum controle sobre a segurança e qualidade das mercadorias. Recebe os produtos fechados, embalados, enlatados, como ocorre, por exemplo, nos super e hipermercados, nas grandes lojas de departamentos e drogarias, e assim os transfere aos consumidores. Em suma, o comerciante não tem poder para alterar nem controlar técnicas de fabricação e produção.

Assim, ao colocar o produto no mercado ou disponibilizar serviço, os fornecedores assumem o risco da sua atividade e respondem objetivamente por ela. Contudo, o Código traz situações expressas nas quais aqueles não têm o dever de reparar os danos causados aos consumidores, são elas: quando o fornecedor não colocou o produto no mercado, quando, embora haja colocado o produto no mercado, não existe defeito no produto ou serviço, ou quando houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Faz-se mister ressaltar que a exclusão da responsabilidade dos fornecedores depende da inexistência de defeito no produto ou serviço, não podendo haver qualquer forma de concorrência para o dano.

Boa parte da doutrina entende, também, que, apesar de não aparecer no rol taxativo do § 3º dos artigos 12 e 14 do Código, a força maior e, no caso fortuito, o fortuito interno, aqui se pode citar o risco do desenvolvimento, são verdadeiras causas excludentes da responsabilidade dos fornecedores, pois, nas palavras de Cavalieri Filho (2011, p. 308),

---

<sup>9</sup> BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, art. 13. “O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso”.

*“imperioso admiti-lo como excludente de responsabilidade sob pena de lhe impor uma responsabilidade objetiva fundada no risco integral, da qual o Código não cogitou”.*

Na responsabilidade pelo vício do produto ou serviço, não obstante o Código de Defesa do Consumidor tenha deixado de colocar *“independentemente da existência de culpa”* nos artigos que tratam da matéria, a responsabilidade do fornecedor será objetiva como pelo fato do produto ou serviço.

Isso porque a responsabilidade objetiva, nesses casos, vem reforçada pelo disposto no artigo 23 do referido diploma legal, o qual dispõe que *“a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”*. Ou seja, nem mesmo a ignorância acerca da existência de vício no produto ou serviço exime o fornecedor da responsabilidade.

Assim prescreve o Código de Defesa do Consumidor ao tratar da responsabilidade por vício no produto ou serviço:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

Relacionando ao presente trabalho, pode-se citar como exemplo, o fornecedor de próteses de silicone para cirurgias estéticas. O dano causado ao paciente pode não decorrer do procedimento cirúrgico realizado e/ou das técnicas utilizadas pelo médico, mas sim, tão somente, em decorrência de vício apresentado pelo produto utilizado, que nestes casos pode ser tanto de qualidade, como de quantidade.

Observa-se que o fato gerador nesta responsabilidade será o vício apresentado pelo produto ou serviço, e não o dano causado por eles. A legislação não trouxe o conceito de vício, mas a doutrina, como Nunes (2011, p. 248), assim o conceitua:

São considerados vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária.

Ainda, ao distinguir o vício do defeito, Cavalieri Filho (2011, p. 319)

apregoa:

Ao fazermos a distinção entre *defeito* e *vício* – item 142.1, dissemos que o primeiro (defeito) é vício grave que compromete a segurança do produto ou do serviço e causa dano ao consumidor, como o automóvel que colide com outro por falta de freio e fere os ocupantes de ambos os veículos; o segundo (vício) é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço, que apenas causa o seu mau funcionamento, como a televisão que não funciona ou que não produz boa imagem, a geladeira que não gela e etc.

Assim, tem-se que o vício não compromete a integridade física e psíquica do consumidor como o defeito, mas sim ocasiona mau funcionamento do produto ou serviço, pois interfere na qualidade ou quantidade do produto ou serviço, tornando-os impróprios ou inadequados ao consumo, ou diminuindo o seu valor.

O artigo 18 supracitado prevê dois tipos de vícios. O primeiro deles é o vício na qualidade do produto ou serviço, entendido pela própria legislação como aquele que torna impróprio ou inadequado para o consumo a que se destinam ou lhe diminua o valor. Cumpre, então, ao fornecedor respeitar o dever de qualidade, destinando ao mercado somente produtos e serviços adequados ao seu destino.

Consoante o próprio Código (artigo 18, §6º), são considerados impróprios para o uso e consumo produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos, em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação ou, ainda, cujos prazos de validade estejam vencidos.

O outro tipo de vício encontra abrigo na quantidade do produto ou serviço e decorre da disparidade, com as indicações constantes no recipiente, da embalagem, rotulagem, ou indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza.

Os vícios podem, ainda, ser aparentes ou ocultos. Aparentes são aqueles observados pelo consumidor logo que se depara com o produto ou serviço, enquanto os ocultos somente são detectados com conhecimento técnico e específico, passando despercebido pela visão de um leigo.

Como mecanismos reparatórios dos vícios, o Código de Defesa do Consumidor determina no § 1º do artigo 18 que o fornecedor sane o vício, em regra, no prazo de 30 (trinta) dias, salvo convenção das partes, sob pena de permitir ao consumidor exigir a substituição das partes viciadas ou, alternativamente, escolher entre (I) a substituição do

produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; (II) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; (III) o abatimento proporcional do preço; ou (IV) complementação do peso ou medida. Ainda, no caso de vício de serviço, (V) a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; (VI) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou o (VII) abatimento proporcional do preço.

A responsabilidade pelo vício no produto ou serviço, diferentemente da responsabilidade no fato de produto ou serviço, em regra, recai de forma solidária sobre todos os fornecedores, incluindo-se aqui a figura do comerciante, no caso de vício de produto, cabendo ao consumidor a escolha de procurar reparação naquele que lhe for mais conveniente.

Nesse sentido, igualmente assevera Nunes (2011, p. 307):

[...] toda vez que o CDC refere-se a “fornecedor” está envolvendo todos os participantes que desenvolvem atividades, sem qualquer distinção.

E esses fornecedores, diz a norma, respondem “solidariamente”. [...]

Dessa maneira, a norma do *caput* do art. 18 coloca todos os partícipes do ciclo de produção como responsáveis direitos pelo vício, de forma que o consumidor poderá escolher e acionar diretamente qualquer dos envolvidos, exigindo seus direitos [...].

Contudo, o Código de Defesa do Consumidor traz duas situações nas quais a responsabilidade solidária dos fornecedores pode ser rompida. Primeiro, quando tratar de fornecimento de produto *in natura*, ou seja, aqueles que não foram processados e são consumidos em seu estado natural, somente será responsável o seu fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor<sup>10</sup>. De outra parte, o fornecedor imediato também será o único responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.<sup>11</sup>

Dessa forma, tem-se que a defesa do consumidor restou facilitada, principalmente, quando o Código de Defesa do Consumidor trouxe como regra geral a responsabilidade objetiva, com o intuito claro de proteger o consumidor, parte mais fraca na relação de consumo. Pode-se dizer, então, que com o advento do aludido diploma legal, criou-se uma nova área da responsabilidade civil: a responsabilidade civil nas relações de consumo,

---

<sup>10</sup> Artigo 18, §5º, do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>11</sup> Artigo 19, §2º, do Código de Defesa do Consumidor.

já que as normas da responsabilidade civil tradicional não foram suficientes na proteção dos consumidores.

### **2.3. A Responsabilidade dos Profissionais Liberais e o Código de Defesa do Consumidor**

O Código de Defesa do Consumidor ao tratar da responsabilidade dos profissionais liberais, quando de defeito no produto ou serviço, excepcionou a regra da responsabilidade objetiva, determinando, no §4º do artigo 14 que “*a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*”.

Ora, não obstante esses profissionais submeterem-se aos princípios norteadores da relação de consumo - como a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual, a transparência, a informação e a vulnerabilidade do consumidor - respondem subjetivamente pelos danos decorrentes da prestação do seu serviço.

Há quem sustente, como se verá, a necessidade de habilitação em curso superior para ser considerado profissional liberal, contudo tal exigência não se revela adequada à realidade. A tendência doutrinária atual define profissional liberal como aquele que atua de forma independente, sem vinculação hierárquica, com formação universitária, técnica, profissionalizante ou mesmo quem adquiriu habilitação para desenvolver atividade específica, regulamentada em lei ou não, podendo até, inclusive, exercer atividade liberal de forma assalariada.

Cavaliere Filho (2011, p. 312) conceitua profissional liberal assim:

Profissional liberal, como o próprio nome indica, é aquele que exerce uma profissão livremente, com autonomia, sem subordinação. Em outras palavras, presta serviço pessoalmente, em caráter permanente e autônomo, por conta própria e sem vínculo de subordinação, independente do grau de intelectualidade ou de escolaridade. Não só o é o médico, o advogado, o engenheiro, o psicólogo, o dentista, o economista, o professor, o enfermeiro, o sapateiro, o carpinteiro, o mecânico, a costureira, desde prestem serviço com autonomia, sem subordinação – enfim, por conta própria. Pela ótica do Código, o melhor caminho é definir o profissional liberal pelas características de sua prestação de serviços, e não pelo seu grau de escolaridade, ou pelo enquadramento na regulamentação legal.

Nesse mesmo sentido, também preceitua Nunes (2011, p. 298):

[...] pode-se considerar um cabeleireiro ou profissional liberal? E um sapateiro? Uma costureira? Para ser liberal é preciso pertencer a alguma profissão regulamentada?

A nós parece que essa discussão não precisa ir muito longe. Para fins de avaliação da responsabilidade pelos danos causados ao consumidor e enquadramento na hipótese do § 4º do art. 14, parece que o melhor caminho é definir o profissional

liberal pelas características de sua prestação de serviço e não pelo enquadramento na regulamentação legal. Com isso enquadrámos as profissões liberais tradicionais e permitimos o abarcamento de outras que não são tidas como tipicamente liberais.

Portanto, a melhor forma de definir o profissional liberal é abranger todos os prestadores de serviço autônomos e sem subordinação, isso porque o importante não é o grau da capacidade técnica e intelectual do agente, mas sim a garantia de proteção aos direitos do consumidor.

Pois bem, o profissional liberal foi excluído do sistema da responsabilidade objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor, considerando o fato desses profissionais, independente do tipo de obrigação assumida, se de meio ou de resultado, em razão da natureza *intuitu personae* da prestação do serviço, serem contratados, na maior parte das vezes, com base na confiança recíproca, e não na forma de contrato de adesão.

Para a responsabilização do profissional liberal, no caso de serviços defeituosos ou perigosos, além dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, salvo demonstrada de maneira cabal alguma causa de exclusão da responsabilidade, faz-se imprescindível a verificação da culpa para que haja o ressarcimento do dano ao consumidor.

Isso porque, enquanto os fornecedores trabalham e prestam serviços em série, a principal característica da atividade do profissional liberal é a pessoalidade, de maneira que a escolha deste tipo faz presumir uma relação de confiança com o cliente, o que não justificaria a submissão desses ao mesmo sistema jurídico da responsabilidade dos fornecedores em massa.

Contudo, em decorrência dos avanços científicos e tecnológicos, a prestação do serviço dos profissionais liberais tornou-se mais precisa, podendo-se visualizar o resultado antes mesmo do término do serviço.

O consumidor, muitas vezes, apresenta dificuldades em comprovar a culpa por parte desse profissional, ficando sem a reparação do dano, razão pela qual se criou um entendimento doutrinário no qual a verificação da culpa será relativizada dependendo do tipo de obrigação assumida com o cliente, se de meio ou de resultado.

Nas palavras de Cavalieri Filho (2011, p. 313):

Devemos a René Demongue esta distinção entre obrigação de meio e de resultado, e embora não tenha merecido o prestígio de muitos civilistas, continua de extrema utilidade prática na verificação da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. Com efeito, o CDC não criou para eles nenhum regime especial, como já destacado. Limitou-se a afirmar que a apuração de suas responsabilidades continuará a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa.



A diferença entre os tipos de obrigações, se de meio ou de resultado, faz-se importante para a verificação da responsabilidade do profissional liberal, razão pela qual será vista de forma mais completa no capítulo seguinte.

Doutrina<sup>12</sup> e jurisprudência<sup>13</sup> são pacíficas em admitir que nas obrigações de meio, ou seja, quando o profissional compromete-se a usar de prudência e diligência para, sem compromisso, atingir resultado certo, a prova da culpa caberá à vítima, ou seja, ao consumidor. Em casos como este, o consumidor ainda pode, desde que seja merecedor, usar-se do artifício do artigo 6º, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor, invertendo o ônus da prova.

De outra parte, quando a obrigação assumida for de resultado, o que significa que o agente comprometeu-se a atingir resultado específico, adota-se a culpa presumida do profissional, invertendo-se, automaticamente, o ônus da prova, gerando efeitos práticos semelhantes ao da responsabilidade objetiva.

Para Kfouri Neto (1998, p. 179-180) e Rizzardo (2011, p. 330-331), o médico, figura central do presente trabalho, quando atua como profissional liberal, e não como empregado de instituição hospitalar, como tratar-se-á mais adiante, enquadra-se no conceito de profissional liberal. Nestes casos, a prestação de serviço do médico para com seu paciente será regida pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que é evidente a relação de consumo existente entre ambos, pois o paciente é usuário do serviço do médico, mediante remuneração, e este o seu prestador.

Portanto, sempre que ocorrer acidente de consumo na prestação do seu serviço, a responsabilidade será subjetiva para este tipo de profissional e, dependendo do tipo

---

<sup>12</sup> Entre estes, pode-se citar: Arnaldo Rizzardo (Responsabilidade Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011); Carlos Roberto Gonçalves (Responsabilidade civil. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2010); Miguel Kfouri Neto (Responsabilidade civil do médico. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998); Sérgio Cavalieri Filho (Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010).

<sup>13</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n. 2012.065436-7, de Videira, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 02-10-2012;

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 00184335-65.2008.8.26.0576, de São José do Rio Preto, rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 06-11-2012;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70043882281, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 28/06/2012.

de obrigação assumida, caberá ao paciente a comprovação da culpa ou ao médico provar que agiu corretamente.

### 3. CIRURGIAS ESTÉTICAS

Este segundo capítulo tem como objetivo analisar a cirurgia estética, suas espécies, sua natureza jurídica, buscando qual o entendimento doutrinário atual na área, antes de adentrarmos na responsabilidade civil dos médicos neste tipo de intervenção.

A prática da cirurgia estética, segundo Stoco (2011, p. 634), nasceu na antiguidade, porém somente surgiu como especialidade médica na Primeira Guerra Mundial (1914), quando um número enorme de soldados necessitou de procedimentos de reconstrução e reparação estética das mutilações e deformações sofridas em combates.

Nos ensinamentos de Gonçalves (2010, p. 395), não faz muito tempo que a prática da cirurgia estética passou a ser considerada lícita e normal. Durante um longo período histórico, este tipo de procedimento cirúrgico era considerado prática condenável, independentemente da configuração da violação dos deveres inerentes à atividade e ao contrato, pois o fato do médico submeter paciente em perfeito estado de saúde à cirurgia complexa e sem finalidade curativa por si só ensejava a sua responsabilização.

#### 3.1. Espécies

Hoje, as pessoas cuidam das suas aparências da mesma forma como cuidam da sua saúde. A preocupação com a forma física leva muitas pessoas às mesas de cirurgia, na certeza de que o resultado a ser obtido lhes proporcionará maior aceitação social, além de elevar a autoestima, considerada elemento essencial à saúde mental do paciente.

A cirurgia plástica ou estética diferencia-se das demais intervenções cirúrgicas, já que não tem como objetivo a cura de determinada enfermidade, mas sim busca eliminar, corrigir ou até mesmo amenizar imperfeições estéticas tidas como feias do ponto de vista do paciente, obtendo-se uma melhora na aparência física. Kfoury Neto (1998, p. 163) afirma:

A cirurgia estética nunca é urgente – e sua necessidade nem sempre é manifesta – mas mesmo assim apresenta características comuns às demais cirurgias: as reações do organismo humano são imprevisíveis e consequências indesejadas podem sobrevir.

Com relação à finalidade curativa das cirurgias plásticas, alguns doutrinadores entendem que tais cirurgias, além do escopo de embelezamento, influenciam na saúde mental e o bem-estar do paciente, como Kfoury Neto (1998. p. 162):

Há que se entender saúde, todavia, como bem-estar não somente físico, mas também psíquico social.

Nesse contexto, inquestionável é a feição curativa de que se pode revestir a cirurgia estética. Enfermidade não é apenas o processo patológico de degeneração orgânica ou física. Existe uma variada gama de moléstias mentais e de perturbações psíquicas. A cirurgia estética pode atenuar ou eliminar totalmente um mal-estar, não físico, mas psíquico ou moral.

No que tange à questão, as cirurgias estéticas podem ser classificadas em estética propriamente dita ou estética reparadora/corretiva, ou seja, não possuem naturezas idênticas, mas sim diferenciam-se, principalmente, em função do motivo que enseja sua realização.

Para boa parte da doutrina<sup>14</sup>, a cirurgia estética propriamente dita refere-se àquelas em que se busca a melhora do aspecto físico, embelezamento pessoal e não possui caráter de urgência. O paciente, neste caso, não se encontra acometido de nenhum mal, ou seja, não necessita de intervenção cirúrgica alguma, apenas busca corrigir algo no seu corpo que não o agrada.

É o caso de cirurgias para eliminar rugas, afinar nariz, colocar prótese de silicone nos seios, lipoaspiração na barriga, nas quais o paciente submete-se a uma situação de risco em busca de um embelezamento. Para Rizzardo (2011, p. 335) nesta espécie de intervenção cirúrgica “*destaca-se o elemento vaidade, capricho, melhora, erradicação das marcas da idade, retirada de gorduras localizadas, elasticização da pele, afeiçoamento estético do corpo*”.

Por outro lado, a cirurgia estética reparadora ou corretiva possui inegável finalidade curativa, pois o paciente com deformidades congênitas ou originadas de acidentes busca, com o procedimento cirúrgico, sua correção. É considerada tão necessária quanto qualquer outra intervenção cirúrgica, podem-se citar como exemplos as cirurgias corretivas de problemas na visão e de correção de defeitos físicos.

---

<sup>14</sup> Pode-se citar: Carlos Roberto Gonçalves (Responsabilidade civil. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2010); Miguel Kfoury Neto (Responsabilidade civil do médico. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998); Rui Stoco (Tratado de responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011); Sérgio Cavalieri Filho (Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010).

Nesse tipo, também se enquadram as cirurgias estéticas, cujo objetivo é corrigir aspecto físico que poderá causar ou agravar problemas já existentes, como o caso da mamoplastia redutora na paciente, a fim de evitar ou amenizar consequências danosas à coluna.

Acerca das espécies de cirurgias estéticas, leciona Cavalieri Filho (2010, p. 395-396):

Importa, nessa especialidade, distinguir a cirurgia corretiva da estética. A primeira tem por finalidade corrigir deformidade física, congênita ou traumática. O paciente, como sói acontecer, tem o rosto cortado, às vezes deformado, em acidente automobilístico; casos existem de pessoas que nascem com deformidades da face e outras com defeitos físicos, sendo, então, recomendável a cirurgia plástica corretiva. O médico, nesses casos, por mais competente que seja, nem sempre pode garantir, nem pretender, eliminar completamente o defeito. Sua obrigação, por conseguinte, continua sendo de meio. Tudo fará para melhorar a aparência física do paciente, minorar-lhe o defeito, sendo, às vezes, necessárias várias cirurgias sucessivas.

O mesmo já não ocorre com a cirurgia estética. O objetivo do paciente é melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física – afinar o nariz, eliminar as rugas do rosto etc. Nesses casos, não há dúvida, o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido.

Sobre o assunto, Rizzardo (2011, p. 335) também comenta:

Costuma-se classificar os dois tipos de cirurgia plástica: a corretiva, realizada, como o nome indicada, para corrigir deformidade física congênita ou traumática, que nasceu com a pessoa ou surgiu no curso da vida, sendo exemplos a praticada para retirar protuberância nas costas, ou eliminar cicatriz causado por um corte, de modo a retornar às condições físicas originais; e a estética, que é praticada para melhorar a aparência, ou atenuar imperfeições do corpo, sendo exemplos as que se destinam a reduzir o excesso de gordura do ventre, ou a eliminar rugas do rosto, ou a diminuir o tamanho dos seios.

Assim, a cirurgia estética, hoje dominada pela técnica médica, é prática comum na área dos serviços médicos. A diferença das circunstâncias que ensejam sua realização envolverá uma obrigação específica assumida pelo médico e influenciará e distinguirá a configuração da responsabilidade civil deste tipo de profissional.

### **3.2. Obrigação de meio e obrigação de resultado**

O *animus* do paciente na realização de cirurgia estética é de suma importância na definição do tipo de obrigação assumida pelo médico. A doutrina costuma classificá-las em obrigação de meio e obrigação de resultado, possuindo como base o critério do fim a que se destina a prestação do serviço.

Também para Oliveira (2008, p. 69), dá-se a René Demongue, jurista francês o mérito da divisão das obrigações, quanto ao conteúdo, em obrigação de meio e de resultado, embora outros autores já dividissem em algo semelhante e, antes deles, também os romanos elaboraram alguma coisa a respeito do assunto.

Ressalta-se que a relação jurídica existente entre o paciente – consumidor – e o médico – fornecedor - é contratual, sendo assim, deve ter como base o dever da boa-fé e da ética. A análise voltada a estas duas espécies repercutirá na distribuição do ônus da prova.

A obrigação de meio caracteriza-se pela dedicação do médico ao empenhar todos os esforços e ao utilizar recursos possíveis e adequados para realizar a prestação do serviço, não se comprometendo com a obtenção de um determinado resultado final, tendo em vista as peculiaridades de cada caso, bem como a impossibilidade de garantir a cura de determinadas moléstias.

Nesse tipo de obrigação, a própria natureza da prestação do serviço de medicina curativa impossibilita a garantia natural de cura, pois se trata de um serviço que traz consigo o risco.

Assim leciona Aguiar Junior (2000, p. 7):

A obrigação é de meios quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado.

Caso haja algum defeito na prestação do serviço, o paciente, como credor, deverá demonstrar que o médico não agiu com a diligência necessária para o caso. Isso porque não bastará provar que o resultado quisto não foi alcançado, pois o contrato firmado não determinava resultado específico, mas sim, tão somente, a utilização dos meios necessários para alcançar um fim, sem promessa de efetivação.

Assim, nas hipóteses de responsabilidade médica em que o profissional assume obrigação de meio, caberá ao paciente lesado a prova da sua negligência, imprudência ou imperícia, caracterizadoras do erro médico, relativamente aos meios por este utilizados na prestação do serviço.

Já na obrigação de resultado, o médico obriga-se a chegar a determinado fim; compromete-se com o paciente a alcançar o resultado pretendido e contratado. Tal obrigação somente será considerada adimplida quando for efetivado o resultado colimado.

Nestes termos, para Kfoury Neto (1998, p. 161):

Nos casos em que o credor tem a legítima expectativa de contar com a satisfação esperado do contrato, não precisaria provar a culpa para determinar a responsabilidade do devedor, que é presumida, como visto. Cumpriria ao devedor destruir a presunção, comprovar que teve conduta diligente ou que sobreveio evento irresistível. Para Demongue, entretanto, mesmo tendo havido conduta diligente e correta do devedor, se o resultado não se cumpriu ele deverá indenizar.

De qualquer modo, predomina, na doutrina e jurisprudência, em relação à atividade do cirurgião plástico, em cirurgias estéticas, que a execução defeituosa da obrigação (frustração do resultado) equivale, juridicamente, à inexecução total.

Assim, o paciente, como credor, pode exigir do médico o resultado almejado e, não sendo cumprido o acordado, o profissional responderá por essa falta, bastando ao paciente provar que o resultado contratado não foi atingido. Nesses casos, o inadimplemento, ou seja, a não obtenção do resultado avençado, faz presumir a presença da culpa do profissional, cabendo, portanto, a este a prova de sua ausência.

É certo que, como já dito, a manifestação da vontade das partes e a natureza de determinado serviço influenciam na delimitação do tipo de obrigação assumida pelo profissional da medicina.

Em regra, o médico cirurgião assume obrigação de meio. Contudo, quando se trata de cirurgias puramente estéticas, ou seja, desprovidas de finalidades terapêuticas ou curativas, esta obrigação passa a ser de resultado.

Segundo ensinamento de VENOSA, *“na grande maioria das atuações, portanto, a obrigação do médico é de meio; por vezes será de resultado, como se afirma na cirurgia plástica meramente estética e em exames laborais, hoje cada vez mais sofisticados”*. (2006, p. 130)

Para Lopez (2004. p. 119-120):

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 e gastar dinheiro por nada. Em outras palavras, 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.

Em que pese a tendência atual, baseada na doutrina francesa, seja a reversão dessa orientação, este ainda é o entendimento majoritário na doutrina brasileira, sob fundamento de que a mudança específica no aspecto físico, da maneira pretendida pelo paciente, é o objeto contratado e satisfazer os anseios desse paciente é fundamental. Por esta razão, não sendo alcançado o resultado almejado, caracterizado estará o inadimplemento.

Nesse sentido, leciona Gonçalves (2010, p. 262-263):

Quanto aos cirurgiões plásticos, a situação é outra. A obrigação que assumem é de “resultado”. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia 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, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe, o direito de pretensão indenizatória”.

Ainda, no entendimento de Stoco (2004, p. 644):

Resuma extremamente difícil sustentar a tese contrária e afirmar que a obrigação do cirurgião plástico, quando atua no campo da cosmetologia e do embelezamento, é apenas de meios. A uma, em razão da promessa de resultado que é ínsita nesse tipo de intervenção (tratamento de pele, raspagem, bronzamento, depilação, colocação de silicone em partes do corpo, combate a celulites, lipoaspiração, cirurgias plásticas embelezadoras de toda natureza etc). A duas, porque a excessiva propaganda atualmente veiculada e que afirma o sucesso e excelentes resultados das intervenções dessa natureza, inclusive com imagens do “antes e depois” dão a dimensão da expectativa que se causa e sugere o resultado.

Contrário a esse entendimento, Aguiar Junior (2000, p. 22-23), baseado na doutrina e jurisprudência francesa, inclina-se por admitir que:

O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão de ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente, de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios.

Segundo Aguiar Junior, em toda operação existe o risco concernente à reação do próprio organismo humano, além de outras situações altamente imprevisíveis como pele sensível, infecção hospitalar, que não podem ser imputadas ao médico. Relata, ainda, que inúmeros são os casos nos quais cirurgiões, embora aplicando corretamente técnicas sempre utilizadas com sucesso em outros pacientes, não obtêm o resultado esperado, em decorrência de características inerentes à pessoa do próprio paciente, não detectáveis antes do procedimento cirúrgico.

Porém, consoante Cavalieri Filho (2010, p. 396):

Não se pode negar o óbvio, que decorre das regras de experiência comum: ninguém se submete aos riscos de uma cirurgia, nem se dispõe a fazer elevados gastos, para ficar com a mesma aparência, ou ainda pior. 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.

Observa, também, Stoco (2011, p. 645):



A eventual intercorrência de fatores e reações estranhas à cirurgia não infirma a tese de obrigação de resultado do médico, eis que se postam como causas eficientes autônomas e se configuram como excludentes por romperem o nexa etiológico.

Assim, vê-se que reações imprevisíveis do organismo do paciente antes do procedimento cirúrgico não possuem o condão de afastar a obrigação de resultado, tendo em vista que, se comprovadas, isentam o profissional da responsabilidade. Em ambos os tipos existe uma obrigação preexistente, a qual deve ser executada pelo médico conforme o acordado.

De outro modo, nas cirurgias estéticas corretivas ou reparadoras, a obrigação assumida pelo médico é de meio, em razão da essencialidade do procedimento e da finalidade curativa que possui. O contrato firmado entre médico e paciente tem como objeto a utilização de meios necessários para alcançar determinada finalidade, contudo não há promessa de efetivação do resultado.

Nessa toada, como já dito, caberá ao paciente lesado provar a culpa por negligência, imprudência ou imperícia do médico, relativamente aos meios por este empregados na prestação do serviço.

Com efeito, o entendimento majoritário sustentado pelos Tribunais brasileiro é no sentido de que a obrigação assumida pelo médico, quando desprovida de qualquer finalidade curativa, apenas visando o embelezamento, é de resultado, consoante se observa no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Carlos Fernando Mathias:

A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.

Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.<sup>15</sup>

Acompanhando o entendimento do Tribunal superior, outros também já se pronunciou no mesmo sentido:

---

<sup>15</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 236.708/MG, Relator Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2009.

Com efeito, a cirurgia estética, regra geral, figura como obrigação de resultado. Todavia, será obrigação de meio se a intervenção se revestir de natureza reparatória, assim entendida aquela que, muito embora promova melhoria estética, seu objetivo principal seja aliviar/solucionar problemas de natureza médica, como a correção de defeitos congênitos e outros traumas decorrentes de acidentes de qualquer natureza (queimaduras, cicatrizes).<sup>16</sup>

O contrato de prestação de serviços médicos encerra uma obrigação de meio e apenas em casos excepcionais, constituiria obrigação de resultado, como por exemplo em cirurgia plástica. Neste caso, o contrato envolve mais acentuadamente uma obrigação de resultado, vez que, tal cirurgia possui finalidade embelezadora, eminentemente estética, com objetivo pré-determinado, previsto e anunciado.<sup>17</sup>

É preciso ser lembrado que a cirurgia estética busca a melhoria da aparência e a correção de uma imperfeição física, portanto, o médico, ao realizá-la, assume uma obrigação de resultado.<sup>18</sup>

Ainda, quando a cirurgia tiver natureza mista, ou seja, possuir mais de um escopo, tendo finalidade corretiva e estética ao mesmo tempo, como é exemplo da cirurgia de mamoplastia redutora com repercussões físicas – evitar ou amenizar problemas na coluna - e psicológicas – insatisfação com a aparência -, a responsabilidade do médico deverá ser analisada de forma fracionada conforme a finalidade de cada intervenção. Assim, a responsabilidade do médico será de resultado no que tange a parcela estética da cirurgia, e, por conseguinte, de meio em relação à parcela reparadora.

Portanto, percebe-se que as cirurgias estéticas são prestações de serviços médicos repletas de peculiaridades, razão pela qual não podem ser tratadas com igualdade de condições com os procedimentos cirúrgicos no geral, bem como se deve ter maior cuidado na celebração do contrato e na fixação das obrigações de ambas as partes.

Deve o médico analisar o risco inerente à realização desse tipo de cirurgia, em especial quando se trata de ato cirúrgico puramente estético, pois estará submetendo pessoa sadia a riscos cirúrgicos com único objetivo de corrigir aspecto externo, o que, por conseguinte, é suficiente para caracterizar uma culpa com características próprias, fora dos habituais requisitos da responsabilidade civil de profissional liberal.

---

<sup>16</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível Nº. 2009.023463-9, de Criciúma, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer.

<sup>17</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível Nº 0030831-52.2005.8.26.0100, Quinta Câmara de Direito Privado, Relator: Edson Luiz de Queiroz, Julgado em 04/04/2012.

<sup>18</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70049200397, Quinta Câmara Cível, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Julgado em 08/08/2012.

Mesmo aqueles que defendem ser de meio a obrigação assumida do médico nas cirurgias puramente estéticas, destacam que as particularidades deste tipo de intervenção cirúrgica exige uma maior atenção do dever de informação, sendo imprescindível a obtenção do consentimento esclarecido do paciente.

Conforme Aguiar Junior (2000, p. 9-10):

Na cirurgia, porém, muito especialmente na estética, a informação deve ser exaustiva, bem assim quanto ao uso de novos medicamentos. Tais esclarecimentos devem ser feitos em termos compreensíveis ao leigo, mas suficientemente esclarecedores para atingir seu fim, pois se destinam a deixar o paciente em condições de se conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta.

Isso toca outro ponto de crucial importância na atividade profissional: a necessidade de obter o consentimento do paciente para a indicação terapêutica e cirúrgica.

Igualmente, os deveres anexos à relação contratual também devem ser atendidos por ambos os contratantes, entre eles podemos destacar o dever de informação dirigido a ambas as partes, tido pelo sistema de proteção e defesa do consumidor como direito básico.

Assim, independente da cirurgia estética propriamente dita ser considerada obrigação de meio ou de resultado, o grau de informação e de transparência assumido pelo médico no momento do acordo de vontades, principalmente com relação à viabilidade e riscos da cirurgia, será de suma importância para fixar a obrigação e, por consequência, seus efeitos.

### **3.3. O papel central do direito de informação**

A obrigação do médico não se dará somente nos limites daquilo que foi pactuado com o paciente, pois considerando que o serviço médico submete-se aos ditames do sistema de proteção e defesa do consumidor, a formação e a execução do contrato devem estar pautadas nos princípios basilares da relação de consumo, a fim de eliminar o desequilíbrio decorrente da vulnerabilidade do consumidor e paciente.

Preocupando-se com a segurança e saúde dos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor trouxe para o fornecedor um dever de suma importância, que é o dever de informação, o qual não deve ser afastado em hipótese alguma, sob pena de responsabilidade.

O dever de informação acerca da questão dos riscos e da viabilidade da cirurgia estética, que se dirigem a ambas as partes e que é tratado pelo sistema de proteção e defesa do consumidor como direito básico deste último, tem singular importância em relação aos deveres anexos à relação contratual, os quais devem ser atendidos pelos contratantes.

Aludido dever que necessita ser cumprido tanto na fase pré-contratual, delimitando obrigações, conteúdo e objeto do contrato, quanto na fase de execução do contrato. Sua função é possibilitar que o consumidor tenha acesso a todas as informações necessárias e que o ajude a escolher, entre os caminhos possíveis, àquele que quer seguir.

O dever de informação encontra-se estampado no inciso III do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, nestes termos:

Art. 6º São **direitos básicos do consumidor**:

[...]

III - a **informação** adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (grifou-se)

Nesse sentido, ensina Golçalves (2010, p. 259):

O dever de informar, previsto no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, está ligado ao *princípio da transparência* e obriga o fornecedor a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço. Esse princípio é detalhado no art. 31, que enfatiza a necessidade de serem fornecidas informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre os serviços, “bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”. O aludido dever abrange o de se informar o médico acerca do progresso da ciência e sobre a composição e as propriedades das drogas que administra, bem como sobre as condições particulares do paciente, realizando, o mais perfeitamente possível, a completa anamnese.

Ressalta-se que a obrigação de informar, atribuída ao médico, encontra-se também no Código de Ética Médica, em seu art. 59, nos moldes que segue:

Art. 59 Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.

Assim, cabe ao fornecedor – médico - esclarecer ao consumidor – paciente - todas as peculiaridades do serviço, principalmente expor os riscos e delimitar as obrigações assumidas.

Consoante Cavalieri Filho (2010, p. 392):

A informação tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento. É o chamado *consentimento informado*, considerado, hoje, pedra angular no relacionamento do médico com seu paciente.

Como já dito, a atividade médica possui o chamado risco inerente, ou seja, a própria natureza da prestação mostra-se essencialmente perigosa. Até as cirurgias mais simples possuem um risco inevitável, mesmo que o serviço seja prestado com máxima segurança. Tal problemática não pode ser confundida com defeito do serviço.

A escolha de um profissional na área da medicina, hoje, se dá principalmente com base na confiança. As informações prestadas pelo profissional são determinantes para a formação do consentimento do paciente, na grande maioria das vezes, um leigo na área.

Portanto, cumpre ao médico esclarecer ao paciente todas as peculiaridades do objeto do contrato, bem como as obrigações que deveram ser cumpridas. Assim, podemos citar o real quadro clínico do paciente, o grau de necessidade de se submeter à determinada cirurgia, os riscos a esta inerentes, as possibilidades de êxito, bem como as possíveis desvantagens e sequelas.

O profissional deverá prestar tais informações de forma mais clara possível, inteligível e leal, lembrando que estará formando o consentimento do paciente, buscando elucidar todas as dúvidas que venham a surgir.

Aguiar Junior (2000, p. 10) preceitua:

Toda vez que houver um risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido, só dispensável em casos de urgência que não possa ser de outro modo superada, ou de atuação compulsória. É que cabe ao paciente decidir sobre a sua saúde, avaliar sobre o risco a que estará submetido com o tratamento ou a cirurgia e aceitar ou não a solução preconizada pelo galeno.

Segundo Cavalieri Filho (2010, p. 393-394), quando trata do aludido princípio, aduz:

O ponto nodal será o que foi informado ao paciente quanto ao resultado esperável. Se o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos (riscos inerentes), eis aí a violação do dever de indenizar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica. [...]

O conteúdo do dever de informar do médico compreende, segunda a unanimidade da doutrina, todas as informações necessárias e suficientes para o pleno esclarecimento do paciente quanto aos aspectos relevantes para a formação de sua decisão de submeter-se ao procedimento, tais como os riscos, consequências do tratamento, chances de êxito, efeitos colaterais e outros aspectos relevantes.

Pode-se, então, citar decisões dos Tribunais pátrios nas quais resta esclarecido que a obtenção do consentimento do paciente é determinante para a consolidação do dever de informação:

Está consolidado o entendimento jurisprudencial de que a responsabilidade do cirurgião plástico estético é de resultado e o médico deve, além das obrigações

normais à profissão, informar o paciente dos riscos que corre com a operação embelezadora. Relevante ressaltar, ainda, que o médico deve se recusar a realizar a intervenção cirúrgica, caso se convença de que os riscos não compensam para chegar ao resultado pretendido.<sup>19</sup>

O que predomina, na doutrina e jurisprudência pátria, é que a obrigação do médico na execução de cirurgia plástica, de natureza puramente estética, é obrigação de resultado e deve ser devidamente informado o consumidor para evitar expectativas superiores as possíveis para o caso. A partir da adequada informação o paciente decide se submeter à cirurgia ou não. Sem informação precisa o resultado real  $\neg$  mesmo que adequado do ponto de vista médico pode considerar-se lesivo ao consumidor que com uma informação adequada poderia optar por não fazer a cirurgia.<sup>20</sup>

O direito à informação, materializado pelo consentimento informado, é uma garantia consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, além de um importante instrumento no equilíbrio da relação médico-paciente, conforme se extrai do disposto no artigo 6º, inciso III, da referida legislação. Serve, inclusive, para a minoração da vulnerabilidade do paciente que deve possuir todas as informações possíveis à formação do seu convencimento, sobretudo no que concerne a um procedimento eletivo, de cunho estritamente estético.<sup>21</sup>

Dessa forma, o paciente deve estar informado não apenas sobre quais os riscos envolvidos na cirurgia a que pretende se submeter, como também qual o melhor resultado que pode esperar. O dever de informação atribuirá a relação à ideia de transparência, imprescindível para a satisfação dos anseios das partes.

Cabe somente ao paciente a decisão acerca de sua saúde, de avaliar os riscos aos quais será submetido diante da cirurgia escolhida e aceitar, ou não, a solução eleita pelo médico.

Tanto as informações prestadas quanto a confirmação do consentimento do paciente devem ser escritos, individualizados e testemunhados, de modo a não suscitarem menor dúvida acerca da vontade do contratante. Nas palavras de Aguiar Junior (2000, p. 10-11), *“mais precavido será o médico que obtiver declaração escrita do paciente ou de seu representante”*.

Oliveira (2008, p. 135) assim apregoa:

Tomando conhecimento prévio de toda a informação pertinente à intervenção, seja ele clínica ou cirúrgica, bem como conscientizando-se de que o resultado pretendido será limitado por todos os fatores já discutidos, expectativas infundadas serão

---

<sup>19</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70048694749, Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 30/05/2012.

<sup>20</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível Nº 716855-6, Oitava Câmara Cível, Relator: Roberto Portugal Bacellar, Julgado em 04/08/2011.

<sup>21</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível Nº. 2008.023951-9, de Lages, Relator: Des. Ronei Danielli, Julgado em 11/08/2011.

afastadas pelo paciente, fato que propiciará a ele posicionar-se de uma maneira mais coerente e legítima diante do resultado atingido, evitando-se demandas judiciais descabidas ou injustificadas.

A ausência de consentimento informado do paciente é causa suficiente para ensejar a responsabilidade civil do médico, o qual responderá por conduta negligente ou imperícia.

Segundo ressalta Andrigui (2006, p. 7-8):

Em conclusão, o fato é que o dever de informação desempenha um papel central. Tal dever tem de ser cumprido de maneira estrita pelo cirurgião. Trata-se do aspecto mais importante para a preparação de uma cirurgia plástica estética (aliado, naturalmente, a todas as cautelas que a técnica médica demanda, antes - solicitação e análise de exames laboratoriais – durante, e após o ato cirúrgico). O paciente deve estar informado, não apenas sobre quais os riscos envolvidos na cirurgia a que pretende se submeter, como também qual o melhor resultado que pode esperar, dentro das variações a que naturalmente se submete a cirurgia estética. A preocupação de informar não pode ser, jamais, posta de lado pelo cirurgião plástico. E, naturalmente, dada a importância desse dever, é imprescindível que a plena informação do paciente esteja documentalmente comprovada, da forma mais completa possível. Esse é o caminho que deve seguir o cirurgião cauto para que tenha argumentos fortes para defender a correção de seu procedimento em eventuais controvérsias judiciais.

De outra parte, não é apenas do médico a responsabilidade de informar o paciente acerca de todos os riscos possíveis na cirurgia. Também se atribui ao paciente o dever de informar ao médico doenças que possui, características e hábitos pessoais, além de reações de seu organismo, das quais tenha conhecimento e sejam de relevância para a prestação do serviço a que está submetendo-se ou tenham sido matéria de questionamento pelo médico.

Contudo, será presumida a boa-fé do consumidor no que concerne a observância dessa cautela, pois não poderá o paciente ser prejudicado por ter faltado com determinada informação. Na maior parte das vezes, informações importantes são desconhecidas ou simplesmente desconsideradas pelo consumidor, cabendo, nesses casos, ao médico, investigar quando achar necessário.

Conforme já dito, caso o profissional da medicina comprometa-se a alcançar determinado resultado, sua obrigação será de resultado; quando não ficar pactuado um determinado fim, apenas que o médico disporá dos meios necessários para curar o paciente, estar-se-á diante de uma obrigação de meio. Assim, caso as informações não sejam devidamente repassadas de forma clara ao paciente, poderá determinar-se de forma diversa da contratada a obrigação do médico.

No que concerne às cirurgias estéticas, o papel da informação é ainda mais relevante. Isso porque a maneira como é prestada conduzirá ao tipo de obrigação assumida pelo médico. Nesse sentido leciona Kfoury Neto (1998, p. 165):

Repita-se, uma vez mais, que as obrigações do cirurgião, nessa especialidade, são agravadas. Deve ele, em primeiro lugar, apreciar a veracidade das informações prestadas pelo paciente; depois, sopesar os riscos a enfrentar e resultados esperados; a seguir, verificar a oportunidade da cirurgia. Convencido da necessidade da intervenção, incumbe-lhe expor ao paciente as vantagens e desvantagens, a fim de obter seu consentimento. Na cirurgia plástica estética a obrigação de informar é extremamente rigorosa. Mesmo os acidentes mais raros, as sequelas mais frequentes, devem ser relatados, pois não há urgência, nem necessidade de intervir.

Deve o cirurgião tomar cuidado no momento da contratação, analisando com exatidão todas as informações trazidas pelo paciente, bem como confirmá-las, examinar os benefícios e malefícios da intervenção cirúrgica, convencendo-se ou não da viabilidade da mesma e, principalmente, informar o paciente sobre tudo.

Nas cirurgias estéticas embelezadoras, a situação é ainda mais peculiar. A delimitação da responsabilidade do cirurgião será ainda mais rígida, pois o paciente procura um determinado resultado, previamente contratado entre as partes, e não se satisfará com um meio termo. Resultado não alcançado significará total inexecução contratual. Daí a necessidade do dever de informação.

O ponto de vista apreciado pelo cirurgião plástico deverá ser, por conseguinte, subjetivo. Não obstante a cirurgia seja pretendida pelo paciente, o médico deverá preponderar os riscos impostos ao paciente e, inclusive, deverá recusar-se a realizar a aludida cirurgia, caso haja circunstâncias que lhe impossibilite de alcançar resultado certo, expondo-as ao consumidor.

Segundo Stoco (2011, p. 647):

Cabe alertar que o médico, contudo, não fica submetido à vontade do paciente, pois o profissional da saúde, pode, por razões éticas, valendo-se da denominada *cláusula de consciência*, opor-se aos desejos e caprichos do paciente de realizar certos procedimentos temerários ou arriscados, tais como cirurgias estéticas e embelezadoras concentradas em um só procedimento, demoradas ou de grande extensão e colocando o paciente em risco, ou pretender reprodução assistida, aborto, ainda que exista amparo legal ou deontológico para tais ações.

Não sendo observado o dever de informação e demais deveres anexos à relação, haverá um defeito na prestação do serviço, na forma do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, o que torna possível a responsabilidade médica, principalmente na especialidade puramente estética, por se tratar de uma obrigação de resultado, cujo procedimento é dispensável, já que o paciente goza de plena saúde.



Inegável que todas as áreas da medicina possuem riscos inerentes à atividade, contudo, justamente em razão desta aliança entre risco e ausência de finalidade curativa que o dever de informação deve ser exigido com mais rigor nos casos das cirurgias puramente estéticas. Ressalta-se que independentemente do tipo de obrigação assumida pelo médico, sua responsabilidade continuará sendo subjetiva, não podendo ser dispensada a prova da culpa e a presença dos demais pressupostos que ensejam a responsabilidade civil.

Somente com a análise de cada caso concreto é que se poderá determinar se a obrigação assumida pelo médico foi de meio ou de resultado, pois mesmo no caso em que a obrigação é considerada de meio, o profissional comprometendo-se com o resultado esperado pelo paciente, quando da formação do contrato, é suficiente para caracterizar sua responsabilidade pelo tipo de obrigação formalmente assumida.

Também, segundo Kfoury Neto (1998, p. 163), o médico deve preponderar entre os riscos assumidos e os benefícios esperados, principalmente porque, nas cirurgias estéticas, sua margem de atuação resta seriamente diminuída, tendo em vista o paciente não correr risco algum. Assim, incorrerá o médico em responsabilidade quando, mesmo conhecendo o desequilíbrio entre o muito que se arrisca e o pouco que se espera obter, executar uma intervenção cirúrgica, ainda que conte com o consentimento do paciente e mesmo que tal assentimento tenha sido manifestado após uma correta e completa informação.

Assim, no caso das cirurgias do tipo estéticas, a não observância do dever de informação pelo médico caracteriza, por si só, o dano ao paciente, tendo em vista a dispensabilidade da intervenção, podendo o paciente ter optado por não correr os riscos.

Até este ponto, realizou-se um estudo geral sobre a responsabilidade civil e as cirurgias estéticas. Importa, a partir de então, focalizar a responsabilidade civil do médico neste tipo de intervenção, a fim de identificar suas particularidades.

#### **4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NAS CIRURGIAS ESTÉTICAS**

A responsabilidade civil do médico, desde a antiguidade, é motivo de preocupação quanto às suas dimensões. Tal preocupação é justa, tendo em vista a dificuldade de se delimitar a imperícia, negligência ou imprudência do profissional, o qual é formado para lidar com o bem mais precioso que existe; a vida.

De acordo com Favarato (2009, p. 3), a relação entre médico e paciente, de forma geral, há algum tempo, adquiriu um caráter comercial, tendo muitas vezes foco no lucro, principalmente em se tratando de cirurgias estéticas, cujas técnicas estão mais agressivas, complexas e perigosas e, aos olhos do consumidor leigo, as expectativas se confundem com certeza de obtenção de beleza.

Consoante Venosa (2006, p. 118-119):

Nessas últimas décadas, a Medicina socializou-se e despersonalizou-se. A necessidade premente de especialização faz com que a relação médico-paciente seja quase exclusivamente profissional. Continua a Medicina a ser uma arte, mas sob diverso contexto. O paciente, nessas premissas, raramente terá condições de ponderar e escolher o profissional e o tratamento adequado para o seu mal.

Assim, ainda para Favarato (2009, p. 3), enquanto o número de pacientes nos consultórios é cada vez maior, as consultas estão cada vez mais rápidas, os médicos analisam seus pacientes de forma cada vez mais perfunctória, sem um aprofundamento das suas reais necessidades e pretensões.

As cirurgias estéticas, principalmente, são vistas como instrumento para obtenção da saúde perfeita. Este terceiro capítulo abordará como doutrina e Tribunais vêm aplicando a teoria da responsabilidade civil do médico nos casos de cirurgias plástica, tema este que gera discussões de relevância prática no âmbito jurídico, devendo ser tratado com cautela e atenção. Nas palavras de Kfoury Neto (1998, p. 150), “*a responsabilidade civil decorrente de cirurgia plástica estética – e sem imediata necessidade terapêutica – é, quase sempre, analisada de modo pouco favorável ao médico*”.

##### **4.1. A responsabilidade e a questão da culpa**

Como já destacado, a prestação de serviço do médico para com seu paciente será regida pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que é evidente a relação de consumo existente entre ambos, pois o paciente é usuário do serviço do médico, mediante remuneração, e este o seu prestador.

Segundo ensinamento de Venosa (2006, p. 121):

O tratamento médico é, atualmente, alcançado pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor. O paciente coloca-se na posição de consumidor nos termos do art. 2º da Lei n. 8.078/90. O médico ou a pessoa jurídica que presta o serviços coloca-se como fornecedor de serviços, de acordo com o art. 3º. O § 2º deste último artigo não deixa dúvida a respeito, pois apenas os serviços decorrentes de relação trabalhista estarão fora dos Código de Defesa do Consumidor: serviço é qualquer atividade de consumo, mediante remuneração.

Nesse mesmo sentido, Rizzardo (2011, p. 330-331) afirma:

Incide na prática da medicina a Lei nº 8.078, de 11.09.1990, que introduziu o Código de Defesa do Consumidor, pela razão de serem os profissionais liberais prestadores de serviço, não importando a área que atuam. Consta do art. 3º da citada Lei: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Naturalmente, os pacientes ou clientes dos médicos são os destinatários finais dos serviços.

O médico empregado de um hospital, ou seja, que possui vínculo empregatício com casa de saúde, caso venha a causar algum dano ao paciente, a responsabilidade recairá sobre a instituição hospitalar, prestadora do serviço, que responderá objetivamente pelos danos causados.

De outra parte, a responsabilidade será pessoal do médico quando este atuar como profissional liberal, atendendo seus pacientes em consultório próprio, por exemplo, mesmo que venha a utilizar dependências de um hospital para interná-los. Nesses casos, a responsabilidade do estabelecimento é afastada, recaindo, tão somente, sobre o médico, que responderá subjetivamente.

Nas palavras de Gonçalves (2010, p. 267):

Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a cada de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, provada a culpa daquele. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento.

Cabe lembrar que este trabalho trata da responsabilidade pessoal do médico, isto é, quando este age de forma autônoma de instituição hospitalar como profissional liberal.

Em que pese muitos doutrinadores alegarem, como Rizzardo (2011, p. 321), que “[...] *está inerente ao trabalho médico a natureza contratual, porquanto as partes acertam sua prestação, combinando o pagamento, e decorrendo direitos e obrigações*”, e esta abarcar, realmente, a maioria das situações, a responsabilidade civil indenizatória dos médicos no caso de cirurgias ocorrerá tanto naquela que seja convencionada entre as partes (contratual) como na que ocorreu independente de contrato (extracontratual).

Nas intervenções estéticas, segundo Oliveira (2008, p. 50), a responsabilidade do médico será do tipo contratual, pois deriva de contrato firmado livremente entre o paciente e o profissional, de forma tácita na maioria das vezes, e compreende as relações restritas ao âmbito da medicina privada, compreendidas pelo médico livremente escolhido, contratado e remunerado pelo paciente.

Como já comentado anteriormente, o médico incorre na modalidade subjetiva de responsabilidade, assim como o é a do profissional liberal fornecedor de prestação de serviço, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Ora, sendo a responsabilidade subjetiva, torna-se imprescindível a comprovação da culpa do agente, no caso do médico, seja do tipo negligência, imprudência ou imperícia. Conforme ressalta Gomes (2004, p. 53), a culpa é uma ação ou omissão imprudente, imperita ou negligente do profissional que venha a causar um dano material e/ou moral ao seu paciente.

Ao caracterizar a culpa do médico, Aguiar Junior (2000, p. 15) leciona:

A apuração da culpa do profissional médico obedece aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve 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.

Nos moldes do já comentado, as cirurgias estéticas dividem-se em duas espécies a depender do seu objetivo: reparadoras, quando se busca corrigir problema congênito ou traumático; e embelezadoras, cujo escopo é apenas melhorar a aparência física. Naquela, a obrigação assumida pelo médico será de meio, enquanto nesta será de resultado. Tal distinção trará consequências quanto à distribuição do ônus da prova, como de demonstrará.

Nas palavras de Andrigui (2006, p. 3):

Nos contratos que regulam obrigações de meio, a responsabilidade pela falta de obtenção do resultado almejado somente pode ser atribuída ao profissional caso ele tenha colaborado para o insucesso com culpa. O ônus para a comprovação dessa culpa, salvo inversão determinada por lei, compete à vítima. Já os contratos que

regulam uma obrigação de resultados, compete ao prestador de serviços comprovar que o insucesso decorreu de fatores alheios à sua vontade, e que não poderiam ser contornados (como, por exemplo, caso fortuito ou de força maior). À vítima não é necessário promover qualquer comprovação.

Destarte, dependendo do objetivo almejado na cirurgia estética, incumbe ao paciente a prova da culpa do médico ou, quando incidir a modalidade presumida, a este a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele.

Quando se tratar de cirurgia do tipo puramente estética, a obrigação assumida pelo médico será, conforme entendimento de muitos dos doutrinadores pátrios<sup>22</sup>, de resultado. Ainda, segundo Cavalieri filho (2010, p. 396-397), nestes casos, quando a obrigação do médico for de resultado, sua culpa será presumida.

Isso porque, neste tipo de intervenção, o inadimplemento, ou seja, a não obtenção do resultado avençado, constitui o obrigado em mora e, por si só, presume a presença da culpa, cabendo, portanto, ao agente que se imputa a responsabilidade a prova da sua ausência.

É também o entendimento de Theodoro Júnior (1999, p. 15):

Não se exige prova da culpa do inadimplente, porquanto esta se revela implícita na inobservância do dever de realizar a prestação contratual. [...] No caso da violação do dever contratual, não tem a vítima que provar a culpa do inadimplente porque decorre do próprio desrespeito ao dever de cumprir a obrigação negocial.

Os Tribunais brasileiros também expressaram o mesmo entendimento nos trechos dos seguintes julgados que seguem:

A obrigação decorrente de procedimento cirúrgico plástico embelezador é de resultado, sendo atribuída ao médico, portanto, nestes casos, responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida, em atenção ao disposto no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.<sup>23</sup>

Há que se ressaltar, outrossim, que a obrigação pelo resultado não se confunde com a responsabilidade objetiva, ao passo que apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa. Ou seja, a responsabilidade continua sendo subjetiva, sendo aplicável, em

---

<sup>22</sup> Pode-se citar: Carlos Roberto Gonçalves (Responsabilidade civil. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2010); Miguel Kfoury Neto (Responsabilidade civil do médico. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998); Rui Stoco (Tratado de responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011); Sérgio Cavalieri Filho (Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010).

<sup>23</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70050337849, Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 12/09/2012.

casos de obrigação de resultado, aos médicos enquanto profissionais liberais, porém com presunção de culpa.<sup>24</sup>

De outra parte, nas cirurgias do tipo estéticas com finalidade curativa, por caracterizar obrigação de meio, assim como a maioria dos serviços médicos, a prova da culpa do médico por negligência, imprudência ou imperícia caberá ao próprio paciente.

Sobre a prova da culpa nas espécies de cirurgias plásticas, Kfoury Neto (1998, p. 65) preceitua:

Asseveramos, alhures, que o encargo assumido pelo médico configura obrigação de meios – e só por exceção constituirá obrigação de resultado. O desdobramento, quanto ao ônus da prova, é que, nesta última, ao paciente/vítima incumbirá apenas demonstrar que o resultado não foi alcançado – e ao médico competirá a prova de um fato que o exima da responsabilidade. Quanto à primeira, a vítima deverá fazer prova de que o médico não agiu com o grau de diligência razoável e houve descumprimento culposos.

Nesse mesmo sentido, em caso de dano oriundo de cirurgias estéticas, colhe-se o seguintes trechos de julgados do Superior Tribunal de Justiça:

No campo probatório, na obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não-obtenção do resultado prometido. Isso é suficiente para caracterizar o inadimplemento contratual. Para exonerar-se, o devedor há de provar a ocorrência de caso fortuito ou força maior. Na obrigação de meios, cumpre ao lesado provar a conduta ilícita do obrigado, ou seja que o médico descumpriu com a sua obrigação de atenção e diligência, estabelecida no contrato.<sup>25</sup>

No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.<sup>26</sup>

Independentemente da culpa ser presumida ou não, sua comprovação é, na maioria das vezes, difícil de constatar. Em muitos casos, o juiz sozinho não possui conhecimento técnico específico para apreciar as questões, nem caberia ao Judiciário pronunciar-se sobre o tratamento mais indicado ao paciente. Dessa forma, a fim de examinar a conduta do profissional, verificar a falha humana, a prova pericial acaba tornando-se essencial para o deslinde do feito.

---

<sup>24</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível Nº 2008.037988-2, de Criciúma, rel. Des. Edson Ubaldo, Julgado em 11/05/2010.

<sup>25</sup> BRASIL,, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 594962/RJ, Relator Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 17/12/2004.

<sup>26</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 236708, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias, DJe de 18/5/2009.

Contudo, mesmo sendo a única saída em diversos casos, acaba não sendo bom para a vítima, posto que nesse meio há uma solidariedade entre os profissionais, um corporativismo, e o perito, também médico, dificilmente incriminará um colega de profissão. Consoante Cavalieri Filho (2010, p. 386), “*é certo que o Juiz não está adstrito à perícia, mas é certo, também, que dificilmente encontrará nos autos outras provas suficientes para responsabilizar o médico*”.

Nestes moldes, Aguiar Junior (2000, p. 17-18) alega:

São consideráveis as dificuldades para a produção da prova da culpa. Em primeiro lugar, porque os fatos se desenrolam normalmente em ambientes reservados, seja no consultório ou na sala cirúrgica; o paciente, além das dificuldades em que se encontra pelas condições próprias da doença, é um leigo, que pouco ou nada entende dos procedimentos a que é submetido, sem conhecimentos para avaliar causa e efeito, nem sequer compreendendo o significado dos termos técnicos; a perícia é imprescindível, na maioria das vezes, e sempre efetuada por quem é colega do imputado causador do dano, o que dificulta e, na maioria das vezes, impede a isenção e a imparcialidade. É preciso superá-las, porém, com determinação, especialmente quando atuar o corporativismo.

Ainda, sobre a prova da culpa do médico nos autos de um processo, o mesmo autor (2000, p.18) preceitua:

O juiz deve socorrer-se de todos os meios válidos de prova: testemunhas, registros sobre o paciente existentes no consultório ou no hospital, laudos fornecidos e, principalmente, perícias. Uma das formas de fazer a prova dos fatos é a exibição do prontuário, que todo médico deve elaborar (art. 69, Código de Ética), e a cujo acesso o paciente tem direito (art. 70). Em juízo, cabe o pedido de exibição; a recusa permitirá ao juiz admitir como verdadeiros os fatos que se pretendia provar, se não houver a exibição ou se a recusa for considerada ilegítima (art. 355 e 359, CPC).

Não importa se a finalidade é reparadora ou embelezadora, nas cirurgias estéticas o médico trata da aparência externa do paciente, qualquer deslize pode não somente deixar marcas eternas, como também afetar a saúde mental deste, influenciando no seu bem-estar e na sua autoestima. Dessa forma, para Kfoury Neto (1998, p. 67), “*não é preciso que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa*”.

De se verificar, contudo, que a prova da culpa nas cirurgias plásticas meramente estéticas, por muitas vezes, torna-se mais fácil, já que o dano sofrido pelo paciente foi externo, ou seja, na sua aparência, sendo perceptível e identificável a olho nu, bem como por meio de fotos.

Porém, segundo Stoco (2011, p. 646), no que tange esta espécie de cirurgia, para configurar a culpa do médico e estabelecer o limite de sua responsabilidade, é preciso distinguir a cirurgia que apenas não logrou êxito no resultado acordado, daquela na qual a

intervenção, além de não atingir o resultado, provocou um agravamento na aparência do paciente. Nas palavras do autor:

No primeiro caso, se o resultado não foi obtido, sem, contudo, agravar a situação do paciente, isto é, mantido o *statu quo ante*, caberá ao médico apenas restituir-lhe aquilo que pagou pelo serviço.

Se, contudo, a cirurgia, além de não alcançar o resultado querido, agravou a situação do paciente, criou defeito estético ou agravou aquele existente, além de restituir o que recebeu ou deixar de receber o valor contratado, deverá submeter o paciente a nova cirurgia, visando corrigir o defeito que causou. Evidentemente, se o cliente não quiser, por falta de confiança, que o mesmo profissional proceda a correção, deve-se-lhe facultar o direito de escolher médico de sua confiança para realizar a intervenção reparadora, custeada pelo cirurgião causador dessa anomalia.

Sabe-se que o conceito de beleza é subjetivo, portanto o dano em cirurgias plásticas não decorre da simples insatisfação do paciente com o resultado obtido. Para caracteriza-lo, a intervenção estética deverá acarretar ao paciente uma deformidade física ou uma piora em sua aparência geral, visivelmente identificável.

Segundo Matielo (2006, p. 26):

O dano não deflui simplesmente do fato de o paciente ter ficado insatisfeito com o resultado obtido; ao contrário, depende de constatação de que este dissociou-se indevidamente do que se poderia esperar no contexto em que se inseria o cliente antes da operação.

Também sobre o assunto leciona Venosa (2006, p. 136):

“O dano estético decorrente do mau resultado em uma cirurgia deve ser avaliado no caso concreto, sempre levando em conta que essa modalidade de dano atinge diretamente a personalidade e admite indenização por dano moral.

[...]

A facilidade de acesso a essa intervenção exige cuidado especial do julgador quando da aferição da responsabilidade, no sentido de evitar abuso. O ponto de vista no exame deve ser subjetivo.

Portanto, o paciente não pode confundir a frustração de suas expectativas com o erro do médico; precisa-se verificar um agravamento das suas condições físicas, com a piora do seu aspecto externo. Alega Oliveira (2008, p. 138) que “*tendo o paciente sido informado previamente de todos os riscos e possíveis complicações, não poderá o profissional ser responsabilizado, se obrou com diligência e dentro dos padrões exigidos pela Lex artis*”.

Assim, deve ao cirurgião demonstrar que cumpriu com o contratado e alcançou um resultado satisfatório sob o prisma técnico, cabendo ao paciente conformar-se que a intervenção cirúrgica foi realizada da melhor forma e com o melhor resultado possível, de acordo com as disponibilidades atuais da Medicina e dos fatores aleatórios inafastáveis. Já ao paciente cabe comprovar justamente o contrário.



De acordo com Aguiar Junior (2000, p. 15), “*desde que o juiz entenda que um médico prudente, nas mesmas circunstâncias, teria tido comportamento diverso do acusado, deve condenar este à reparação*”.

Para se determinar a culpa do médico, é preciso considerar determinadas circunstâncias especiais, no caso dos cirurgiões estéticos, a principal delas é o rigor no dever de informação para com o paciente. Não basta informar apenas os riscos de uma cirurgia, mas também os possíveis resultados estéticos. Porém, ficando comprovada a culpa do médico, o dano ressarcido abrange, geralmente, todas as despesas efetuadas, bem como e, principalmente, danos morais - decorrentes do prejuízo estético sofrido - e verba para realização de novo tratamento ou cirurgia, a fim de reparar o mal causado. Ressalta-se que o montante a ser indenizado ao paciente deve guardar proporcionalidade com a gradação da culpa do médico, de forma a não onerar demasiadamente nenhuma das partes.

Assim, o médico, como prestador de serviço, enquadra-se na exceção disposta no Código de Defesa do Consumidor, incorrendo na responsabilidade civil do tipo subjetiva. Em que pese a obrigação assumida por este profissional nas cirurgias do tipo puramente estéticas seja de resultado e a sua culpa presumida, a responsabilidade continua a ser subjetiva, embora possua os mesmos efeitos práticos atinentes à responsabilidade objetiva.

#### **4.2. O ônus da prova**

É cediço que o escopo das provas no processo é formar o convencimento do magistrado sobre a verdade ou não dos fatos que lhe são expostos, para que este julgue conforme alegado e provado pelas partes nos autos, e não com base em sua convicção íntima. Ensina Greco Filho (1999, p. 185) que este é o chamado Princípio da Persuasão Racional, inerente ao instituto do ônus da prova.

Para Didier Junior (2010, p. 78), as regras do ônus da prova não são de procedimento, nem buscam estruturar o processo; são, sim, regras de juízo, ou seja, de julgamento. Não determinam quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso estas não sejam produzidas.

Logo, a prova é elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz sobre os fatos que afirmam, e o meio de que se utiliza o magistrado para averiguar a respeito dos fatos em que os titulares dos interesses em conflito fundam suas alegações. (Oliveira, 2008, p. 146)

Portanto, não basta que as partes afirmem determinados fatos e versões, é preciso demonstrar a sua real existência. Suportará a consequência do ônus a parte responsável pela prova do fato. Assim, o Código do Processo Civil traz, no seu artigo 333<sup>27</sup>, a regra geral de repartição do ônus da prova, incumbindo-o ao autor, quanto a fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele.

A regra do instituto do ônus da prova, ao aplicar-se aos casos de ação de indenização, seguindo os ensinamentos de Theodoro Junior (1999, p. 15), a responsabilidade em provar o descumprimento contratual, o prejuízo sofrido e o nexo causal entre este e o descumprimento da obrigação, incumbe ao autor da ação.

Alguns doutrinadores brasileiros<sup>28</sup> dividem as normas de inversão do ônus da prova em dois tipos: *ope judicis* (inversão judicial) e *ope legis* (inversão legal). Esta ocorre nas situações determinadas em lei, são exceções à regra geral, independem do caso concreto e da atuação do juiz; enquanto aquela depende do caso concreto, que quando preencher os requisitos exigíveis para tanto, inverte-a.

O Código de Defesa do Consumidor autoriza a inversão do ônus da prova em ambas as modalidades. Porém, por ser justamente naquele primeiro tipo que tem lugar o ônus probatório da relação médico-paciente nos casos de cirurgias estéticas, será abordado.

Dessa forma, a inversão do ônus da prova *ope judicis* está autorizada pelo Código de Defesa do Consumidor no inciso VIII do artigo 6º, que assim estabelece:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

---

<sup>27</sup> BRASIL, Código de Processo Civil, art. 333. “O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

<sup>28</sup> Como Fredie Didier Junior (Curso de Direito Processual Civil. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2) e Sérgio Cavalieri Filho (Programa de Direito do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011).

[...]

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; (grifou-se)

A razão da instituição da inversão do ônus da prova pelo legislador à figura do consumidor encontra respaldo na hipossuficiência deste, isto é, em razão das desigualdades encontradas tanto no plano fático, já que na maior parte das vezes são leigos na técnica, bem como no plano processual, para a produção de provas, é que se faz necessária a correção desse desequilíbrio entre consumidor e fornecedor.

Cavaliere Filho (2011, p. 349-350), ao tecer comentário sobre o ônus da prova nas relações de consumo, admite:

É no campo da prova que o consumidor encontra maiores dificuldades para fazer valer os seus direitos em juízo. A inversão do ônus da prova em favor do consumidor, expressamente prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC, é a mais importante técnica que possibilita vencer essas dificuldades no caso concreto, de modo a permitir a igualdade substancial também no plano processual.

Ainda, o supracitado autor continua:

A regra geral de repartição do ônus da prova, tal como estabelecida no art. 333 do CDC, se bem funciona entre partes iguais, deixa muito a desejar no caso de partes desiguais. Daí a disposição do art. 6º, VIII, do CDC, que flexibiliza as regras sobre distribuição do ônus da prova nas lides de consumo em face da vulnerabilidade do consumidor.

Também, para Didier Junior (2010, p. 85):

A previsão de inversão do ônus da prova amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais (consumidor e fornecedor) – desigualdade essa reconhecida pela própria lei. Assim, a inversão pode dar-se em qualquer ação ajuizada com fundamento no CDC.

Nessa toada, a verossimilhança das alegações do consumidor e a sua hipossuficiência são os pressupostos autorizadores da inversão do ônus da prova *ope judicis* nas relações de consumo.

Muito já se discutiu se estes requisitos seriam cumulativos ou alternativos, contudo tal questão hoje se encontra pacificada tanto doutrina quanto jurisprudencialmente, no sentido da alternatividade (Cavaliere Filho, 2011). Inclusive, a própria conjunção alternativa utilizada na letra da lei, isto é “ou”, encaminha-se para referida interpretação.

Insta ressaltar que o pressuposto da verossimilhança não comporta dúvida quanto à dispensabilidade de qualquer outro pressuposto. O mesmo não se pode dizer acerca da hipossuficiência. Segundo Cavaliere Filho (2011, p. 352), “*não bastará que alguém alegue*

*a ocorrência de um fato verossímil, sem nenhuma probabilidade de ser verdadeiro, e mesmo assim tenha o ônus da prova invertido em seu favor por ser hipossuficiente”.*

Fato verossímil é aquele que provavelmente é verdadeiro, com muitas chances de ser verdadeiro, isto é, que parece ser verdadeiro. A plausibilidade das alegações do consumidor será detectada pelo magistrado conforme as regras ordinárias de experiência.

Consoante Cavalieri Filho (2011, p. 352):

Em suma, verossímil é aquilo que é crível ou aceitável em face da realidade fática. Não se trata de prova robusta ou definitiva, mas da chamada prova de primeira aparência, prova de verossimilhança, decorrente de regras de experiência comum, que permite um juízo de probabilidade.

Sendo verossímil, deve o magistrado presumi-las verdadeiras (presunção *juris tantum*) e, por conseguinte, redistribuir o ônus probatório ao encargo do prestador do serviço.

De outra parte, a hipossuficiência é caracterizada pela fragilidade probatória do consumidor de dispor de condições materiais, técnicas, sociais, bem como financeiras, para produzir prova do que alegou.

Nos dizeres de Cavalieri Filho (2011, p. 353), o Código de Defesa do Consumidor utilizou o conceito de hipossuficiência em seu sentido mais amplo para indicar qualquer situação de superioridade do fornecedor que reduz a capacidade do consumidor – de informação, de educação, de participação, de conhecimentos técnicos e de recursos econômicos.

Contudo, não obstante integre características da vulnerabilidade, a hipossuficiência com esta não se confunde. Todo consumidor é vulnerável, mas nem todo é hipossuficiente.

Sendo caso passível de inversão do ônus probatório, doutrina divide-se acerca do momento na qual esta se dará. Didier Junior (2010, p. 85) entende que a inversão não se trata de regra de julgamento, razão pela qual deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório.

Por outro lado, para Cavalieri Filho (2011, p. 354-355) e Watanabe (2004, p. 796), o momento adequado para a inversão do ônus da prova é justamente o momento do julgamento da causa, pois se trata de regra de julgamento aplicável a qualquer tipo de procedimento – sumário, ordinário, especial e juizados especiais.

Mesmas divergências também ocorrem nas decisões dos Tribunais pátrios, inclusive, muitas vezes, dentro do mesmo órgão julgador, como ocorre no Tribunal de Justiça de Santa Catarina nas ações cujas ementas seguem:

De acordo com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a **inversão deve ocorrer, de preferência, na fase de saneamento do processo ou em momento apto a assegurar à parte, cujo ônus recaiu, a possibilidade de produção de prova, vedada a inversão quando do julgamento da causa pela autoridade judiciária ou em juízo *ad quem***. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.001905-1, de Balneário Camboriú, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 22-03-2012) (grifou-se)

Em sendo aplicável à espécie o Estatuto do Consumidor, **pode-se operar a inversão do ônus da prova em qualquer fase processual, inclusive na sentença. Isso porque a medida é regra de julgamento, e não procedimental**. "Tratando-se de relação de consumo, a inversão do ônus da prova, que é regra de julgamento, pode se dar no momento da sentença, tendo em vista que o fornecedor não pode alegar desconhecimento de prática tão comum nesta seara." (Apelação Cível n. 2004.023963-7, da Capital, rel. Des. Victor Ferreira, j. em 12/02/2009). (TJSC, Apelação Cível n. 2010.082902-3, de Ponte Serrada, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 03-04-2012) (grifou-se)

Portanto, fica a cargo do magistrado avaliar o caso concreto e, de forma prudente e fundamentada, deferir ou não a inversão, seja antes ou no momento da sentença, até porque o Código de Defesa do Consumidor não isenta o consumidor de produzir prova em juízo. Segundo Didier Junior (2010, p. 84), "*em ambos os casos, a inversão é sempre um critério do juiz, que deverá considerar as peculiaridades de cada caso concreto*".

Como ressaltado, no tocante à responsabilidade civil do médico, em casos de dano ao paciente, o dever indenizatório funda-se na culpa e ocorre independente do tipo do contrato celebrado entre as partes, por tal razão, a distinção de responsabilidade de meio contratual ou extracontratual perde importância no que tange referida prestação de serviço, nos moldes da argumentação anterior. Contudo, aludida distinção será de suma importância no tocante à carga probatória.

Conforme apregoa Oliveira (2008, p. 53):

Na responsabilidade extracontratual incumbe à vítima a demonstração de culpa (negligência, imprudência, ou imperícia) do agente causador do dano, ao contrário da responsabilidade negocial, em que o descumprimento da obrigação, só por si, cria a presunção de responsabilidade do devedor, a quem (diante da mera existência da relação contratual descumprida, fato que opera a favor do credor) cabe o ônus de provar a ausência de culpa para o inadimplemento [...].

Nas cirurgias estéticas, a relação médico paciente sempre será regida por um contrato firmado previamente entre as partes, por isso a distinção importante nesses casos não é a responsabilidade contratual ou extracontratual, mas sim a obrigação assumida pelo médico, se de meio ou de resultado.

Nesses casos, quando o paciente queixa-se de dano causado pelo médico, está afirmando um inadimplemento contratual. Portanto, antes de provar-se a culpa do profissional, deve o paciente comprovar a inadimplência deste, isso porque o que se isenta o paciente é a prova da culpa, mas nunca a prova do inadimplemento médico.

Como já comentado, nos casos de cirurgias plásticas, o laço médico-paciente caracteriza relação de consumo e, assim, consoante Gonçalves (2010, p. 257), “*está sujeita à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, VIII)*”.

Dessa forma, tratando-se de cirurgias estéticas, independentemente da modalidade, está facultado ao magistrado, caso presentes os requisitos ensejadores da inversão, aplicar a referida regra. Porém, não obstante a responsabilidade continue sendo subjetiva, dependendo do escopo da cirurgia estética, a culpa do médico poderá ser presumida ou não.

A cirurgia estética reparadora caracteriza obrigação de meio assumida pelo médico, assim, este não se compromete com um resultado específico, apenas garante laborar com prudência e diligência a fim de obtê-lo. Aqui, a regra da responsabilidade subjetiva nada muda, no máximo aplica-se a inversão do ônus da prova, cabendo, então, ao médico, elidir sua culpa, demonstrando que se utilizou das melhores técnicas para alcançar o resultado esperado.

Conforme apregoa Gonçalves (2010, p. 257), “*o profissional médico encontra-se, sem dúvida, em melhores condições de trazer aos autos os elementos probantes necessários à análise de sua responsabilidade*”.

Esse é o mesmo entendimento retirado de acórdãos dos Tribunais brasileiros em casos de responsabilidade civil por erro médico:

Possível a determinação judicial em inverter o ônus da prova, a partir da constatação de hipossuficiência técnica da paciente, mesmo diante da responsabilidade subjetiva da profissional liberal. Inteligência dos artigos 6º, VIII, e 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável na espécie.<sup>29</sup>

Primeiramente, torna-se indispensável situar a relação médico-paciente no âmbito de proteção da legislação consumerista, de modo a facilitar sua compreensão, especialmente no que tange ao ônus da prova.

---

<sup>29</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70036428308, Nona Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 15/09/2010.

Sob esse enfoque, tem-se como admissível, mais ainda, necessário até, proceder-se à inversão do ônus da prova, visto que ao paciente é difícil fazer prova da culpa do profissional, quer por seu natural desconhecimento técnico, quer porque geralmente o ato médico encontra-se acobertado pela intimidade do consultório ou da sala cirúrgica.<sup>30</sup>

De outro lado, nos casos das cirurgias estéticas meramente embelezadoras, a obrigação assumida pelo médico é de resultado, estando caracterizado o inadimplemento contratual quando aquele não é alcançado. Em razão disso, é nesse tipo de intervenção cirúrgica que a regra do ônus da prova muda.

Nesse sentido, Cavalieri Filho (2010, p. 396-397), ao esclarecer sobre a obrigação de resultado do médico em face à responsabilidade subjetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, sustenta:

[...] a obrigação de resultado em alguns casos apenas *inverte o ônus da prova* quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo objetiva, mas com culpa presumida. O Código de Defesa 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 que assumem obrigação de resultado.** (grifou-se)

Neste mesmo sentido, extrai-se outro trecho do já citado REsp 236.708/MG:

No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.<sup>31</sup>

Assim, no caso de cirurgia meramente estética, não somente será cabível a faculdade judicial da inversão do ônus da prova, como também, quando esta ocorrer, a culpa do médico será presumida. Isso porque, além da obrigação assumida ser de resultado, é difícil, como já comentado, ao paciente comprovar o desvio de conduta do médico que o levou a não atingir o contratado, pois este é, em regra, o detentor do domínio do conhecimento da técnica cirúrgica.

Porém, nesses casos, a inversão não transfere ao médico a responsabilidade em provar a não veracidade dos fatos alegados pelo paciente, mas sim, tão somente, a

---

<sup>30</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n. 2008.023951-9, de Lages, rel. Des. Ronei Danielli, Julgado em 11/08/2011.

<sup>31</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 236.708/MG, Relator Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2009.

incumbência de produzir prova da ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do consumidor.

É claro que não pode o consumidor aduzir fatos absurdos, impossíveis de provar. O ônus probatório somente será invertido quando a prova da verossimilhança das alegações do paciente for, no mínimo, plausível. Nas cirurgias estéticas embelezadoras, tal prova fica mais fácil, já que o dano estético, como cicatrizes, hipertrofias, assimetrias, necroses de tecidos são visíveis, podendo ser detectadas com base em fotografias, restando claro que o resultado da cirurgia piorou a estética do paciente.

Portanto, o escopo da cirurgia estética será de suma importância para a caracterização da obrigação assumida pelo médico e, por conseguinte, influenciará na inversão do ônus da prova, pois, enquanto na obrigação de meio, ao médico incumbe provar a aplicação correta das técnicas cirúrgicas e procedimentais, na de resultado, tal alegação não será suficiente para elidir sua culpa, necessitando demonstrar a ocorrência de fato imprevisível, previamente alertado ao paciente, ou seja, alguma causa cujo condão seja excluir sua responsabilidade.

#### **4.3. Causas excludentes de responsabilidade<sup>32</sup>**

A comprovação da culpa médica nas cirurgias estéticas é de extrema dificuldade, razão pela qual, como já ressaltado, se inverte o ônus da prova, atribuindo-se ao médico a responsabilidade de afastar sua culpa, nos moldes do tratado nos tópicos anteriores. Isto é, ao médico caberá a prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do consumidor.

Porém, poderá ainda o médico provar que a não obtenção do resultado avençado com o paciente deu-se em decorrência de circunstâncias alheias à sua vontade, rompendo ou excluindo, assim, o nexo causal. Nesses casos, está-se diante do que a legislação chama de excludentes de responsabilidade.

---

<sup>32</sup> Insta ressaltar que não se pretende com esse tópico diferenciar causalidade e imputação, mas sim, tão somente, apresentar as causas que excluem a responsabilidade do médico quando da realização de cirurgia estética.



Nas palavras de Cavalieri Filho (2010, p. 66), excludentes de responsabilidade “*são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente*”. Portanto, circunstância que interfere no fato provocador do dano, rompe o nexu causal e, por conseguinte, exclui a responsabilidade do agente causador.

O Código Civil prevê como causas excludentes de responsabilidade o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Ainda, para o Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de serviços terá excluída sua responsabilidade quando provar a inexistência de defeito ou, também, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nessa toada, o Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento o qual “*o fato de o artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas*”.<sup>33</sup>

Destarte, considerando que ambos os diplomas legais aplicam-se à responsabilidade médica, incluindo a do cirurgião plástico, basta uma das hipóteses elencadas acima restar comprovada para o médico ter sua responsabilidade excluída.

Buscando exemplificar as situações excludentes da responsabilidade do médico cirurgião estético, a **inexistência de defeito no serviço** ocorre quando o serviço prestado satisfaz o que restou acordado, não trazendo prejuízo algum ao consumidor. O defeito é, em regra, o grande gerador do dano; precisa ser anterior à conclusão do serviço e, como no Código de Defesa do Consumidor, a presunção de sua existência milita contra o prestador do serviço, cabendo a este o ônus da prova de sua ausência. Não sendo o serviço defeituoso, não há nexu causal entre a atividade do médico e o dano.

Na prática, pode-se exemplificar tal excludente com caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual a autora realizou bioplastia facial, colocação de fio russo na área dos olhos, lipoescultura no abdômen e lipotransferência (retirada de gordura das costas e colocação no quadril); restando insatisfeita com o resultado obtido após as intervenções, buscou judicialmente ver-se indenizada pelos danos morais e materiais suportados em razão de intervenção cirúrgica realizada. Entretanto, o referido Tribunal entendeu que os procedimentos realizados alcançaram os resultados prometidos, de

---

<sup>33</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 120.647/-SP, 3ª Turma, DJU de 15.05.2000.

um modo geral, e considerando a forma diferente que cada organismo reage a tratamentos, é certo que foi possível uma melhora estética da paciente, mantendo a sentença de improcedência do pedido, nos termos da ementa abaixo:

**APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. TRATAMENTO ESTÉTICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CLÍNICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. DEVER DE INDENIZAR. INOCORRÊNCIA.** A responsabilidade das clínicas, a partir da vigência da Lei 8.078/90, passou a ser objetiva, pois na qualidade de prestadoras de serviços devem responder independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC. **Já obrigação assumida pelo cirurgião plástico na cirurgia estética embelezadora é de resultado, sua responsabilidade é subjetiva, com culpa presumida, sendo do profissional o ônus de comprovar que não agiu com culpa em qualquer das modalidades: negligência, imprudência ou imperícia. Aplicação do art. 14, § 4º, do CDC. Hipótese em que restou assente, no conjunto probatório coligido aos autos, a correção dos serviços prestados pelos réus, conforme prontuário médico e prova pericial, não sendo a insatisfação da autora, com o resultado do tratamento, motivo apto a ensejar o dever de indenizar.** Sentença de improcedência mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA. (grifou-se)  
(TJRS - Apelação Cível Nº 70042769976, Décima Câmara Cível, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 30/06/2011)

Cavaliere Filho (2011, p. 303), ao tratar da referida excludente de responsabilidade, apregoa:

A rigor, esta excludente prejudica as demais. Se o fato gerador da responsabilidade do fornecedor é o *defeito* do produto ou do serviço, logicamente sempre que não existir defeito não haverá que se falar em responsabilidade. [...] O Código, todavia, na busca de uma disciplina clara, espancadora de qualquer dúvida, explicitou outras causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor que, na sua essência, decorrem da inexistência de defeito do produto ou serviço.

Assim, entre outras excludentes de responsabilidade tem-se a **culpa exclusiva da vítima ou de terceiro**, caracterizada por afastar a responsabilidade do médico quando a conduta do paciente ou terceiro, ao desobedecer a recomendações médicas, é a única determinante para o evento danoso, não podendo concorrer para o dano qualquer defeito na prestação do serviço. Nesse caso, relação de causalidade com a conduta médica será rompida.

Tem-se, para exemplificar, caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Na situação, a paciente, após a realização de cirurgia plástica, não efetuou o pagamento do procedimento por entender que o resultado perseguido não foi alcançado, bem como ajuizou ação de indenização contra a médica. Porém, referida ação de indenização foi julgada improcedente no primeiro grau, posto que as provas colhidas nos autos atestaram ausência de nexo causal entre a conduta do médico e o resultado suportado pela paciente, pois a falta de vascularização que causou a necrose no local da cirurgia deu-se em razão de ato

exclusivo da autora, que embora orientada acerca dos riscos de continuar fumando, não parou de utilizar tabaco, inclusive durante sua internação hospitalar, já com as complicações surgindo. Assim, a médica ajuizou ação monitoria a fim de cobrar pelo serviço devidamente prestado, a qual foi julgada improcedente e cuja ementa segue:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. CULPA EXCLUSIVA DA PACIENTE. USO INDISCRIMINADO DE TABACO.** Não havendo o reconhecimento na ação indenizatória (nº 1.06.0000582-0) proposta pela parte demandada (paciente) de defeito na prestação do serviço prestado por parte do autor (médico) e diante da prova inequívoca da realização de cirurgia e do acerto do valor da mesma entre as partes, justo se faz o pagamento da dívida existente por parte da ora apelante. **APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.** (grifou-se)  
(TJRS - Apelação Cível Nº 70036200970, Quinta Câmara Cível, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 28/05/2010)

Ainda, quando a culpa do paciente ou de terceiro concorrer para o dano junto com defeito no serviço prestado por médico cirurgião estético, não terá o condão de excluir o nexo causal, isso porque se trata de responsabilidade subjetiva, em que a comprovação do elemento culpa é imprescindível. Assim, nesses casos, imputa-se o instituto da culpa concorrente, no qual cada parte responde de acordo com o grau da gravidade da sua culpa no evento danoso.

Foi o que ocorreu no julgamento da Apelação Cível nº 2008.028459-0 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. No caso, o referido Tribunal atenuou a responsabilidade da médica tida como imprudente e imperita no procedimento cirúrgico de redução de camada de gordura localizada no abdômen da paciente, pois esta contribuiu para que ocorressem as alegadas complicações pós-operatórias ao desobedecer ordens médicas e ingerir suco de laranja e de maracujá, terminantemente proibidos em razão da fermentação que produzem no aparelho digestivo, além de ter sido surpreendida por um membro da enfermagem sentada sobre a cama, conversando com familiares, quando, de fato, deveria estar em repouso absoluto, utilizando cinta e um peso de gesso sobre o abdômen, condutas tidas como determinantes para o insucesso do tratamento reparador. Segue trecho da ementa do aludido julgado:

**APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO JULGADA PROCEDENTE - ALEGAÇÃO DE QUE AS COMPLICAÇÕES NO PÓS-OPERATÓRIO OCORRERAM POR CULPA EXCLUSIVA DA PACIENTE, QUE TERIA INGERIDO SUCO DE FRUTAS LOGO APÓS A DERMOLIPECTOMIA DE ABDÔMEN - NÃO-UTILIZAÇÃO DA CINTA INDICADA QUE, ALIADA AOS EFEITOS DO QUADRO DE VÔMITO, TERIAM DADO CAUSA AO SURGIMENTO DE HÉRNIA INTRA-ABDOMINAL NA PACIENTE, CONSTATADA POR MEIO DE LAPAROTOMIA EXPLORADORA - CICATRIZAÇÃO UMBILICAL INADEQUADA APÓS A SEGUNDA INTERVENÇÃO -**

**IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA DA MÉDICA AFERIDAS PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE INDICA O EMPREGO DE TÉCNICA EQUIVOCADA JÁ QUANDO DA PRIMEIRA CIRURGIA.** Evidencia-se imperícia e negligência quando o cirurgião não solicita exames e avaliações pré-operatórias, inobservando, ainda, regras técnicas recomendadas pelo Conselho Federal de Medicina para realização de cirurgia plástica reparadora. **DEMORA NO DIAGNÓSTICO DAS COMPLICAÇÕES E NO POSTERIOR ENCAMINHAMENTO DA PACIENTE A NOSOCÔMIO EQUIPADO PARA ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA.** Não há que se falar em iatrogenia quando a alteração do quadro clínico do paciente ocorre em razão de malsucedido ato cirúrgico, sobretudo quando há o retardamento do diagnóstico da complicação e prescrição do tratamento respectivo, ensejando a realização de novo procedimento em caráter de emergência. [...] O paciente que desobedece ordens do especialista que lhe assiste concorre culposamente para o agravamento da moléstia, circunstância que, nos termos do art. 945 do Código Civil, deve ser considerada para fixação do quantum indenizatório.[...] (grifou-se) (Apelação Cível n. 2008.028459-0, de Itajaí, rel. Des. Luiz Fernando Boller)

Ainda, o **caso fortuito** e a **força maior** como excludentes da responsabilidade médica ocorrem quando a situação é imprevisível e inevitável, ou seja, escapa ao controle humano. Nas palavras de Stoco (2011, p. 646):

Há, porém, casos em que o cirurgião, embora aplicando corretamente as técnicas que sempre utilizou com absoluto sucesso, não obtém o resultado esperado.

Se o insucesso parcial ou total da intervenção ocorrer em razão de peculiar característica inerente ao próprio paciente e se essa circunstância não for possível de ser detectada antes da cirurgia, estar-se-á diante de verdade escusa absoluta ou causa excludente de responsabilidade.

Também sobre o assunto, Rizzardo (2011, p. 419) leciona:

Costuma a doutrina distinguir entre caso fortuito ou força maior interno e externo – entendendo-se o primeiro como ocorrendo quando é fabricado produto ou prestado serviço, e o segundo como estranho durante o engenho produtivo ou a prestação do serviço, e verificando-se em momento posterior. Unicamente se acontecido o evento durante a confecção ou a prestação, não se afasta a responsabilidade, eis que inerente o fato à atividade produtora ou prestadora do serviço.

Para exemplificar, pode-se citar o caso julgado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, em uma situação de cirurgia estética reparadora, no qual se entendeu por inocentar um médico pelo insucesso na cicatrização e o surgimento de deformidade permanente em paciente submetida à cirurgia de redução mamária. Segundo o relator do caso, Ministro Castro Meira, houve observância de técnica médica adequada, agindo de modo correto e cuidadoso, inexistindo imprudência, imperícia ou negligência por parte do mesmo, ficando evidente a exclusão de sua responsabilidade com base no caso fortuito externo. Segue a ementa do referido julgado:

**ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. NATUREZA ESTÉTICA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. CASO FORTUITO. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE.**

1. A instância ordinária valeu-se da detida avaliação dos elementos fático-probatórios acostados aos autos para atingir a conclusão de que a cirurgia a que se

submeteu a ora recorrente não encerrava natureza estética - cirurgia plástica destinada a melhorar a aparência física do paciente -, não sendo viável a alteração do entendimento estampado no acórdão combatido em obséquio à vedação insculpida na Súmula 07/STJ.

2. Mesmo que se admitisse, a título de argumentação, que o procedimento cirúrgico promovido pelo recorrido ostentou caráter estético, é curial que na obrigação de resultado a responsabilidade do médico remanesce subjetiva, cabendo-lhe, todavia, comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios a sua atuação profissional.

3. **Demonstrado o caso fortuito, afasta-se o dever de indenizar na medida em que se elimina o nexo causal entre o pretense prejuízo e o serviço desempenhado pelo médico.** Precedente: REsp 1.180.815/MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 26.08.10.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1269832/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 13/09/2011)

Insta ressaltar, entretanto, não se podem confundir aqui as causas imprevisíveis com aquelas que deveriam ter sido detalhadamente investigadas e levadas em consideração pelo médico antes de atestar a viabilidade da intervenção.

Cabe ao médico demonstrar ter sido o dano decorrente de fatos da natureza ou de condições próprias do paciente, fazendo prova de ter cumprido com todos os deveres e obrigações atribuídas no respectivo contrato de prestação do serviço. Isso porque, complicações inerentes à cirurgia, dos tipos imprevisíveis, como no fortuito interno, não possuem relação direta com a atividade desempenhada pelo médico.

Assim, segundo Stoco (2011), os médicos não respondem pelos riscos inerentes à sua atividade quando absolutamente imprevisível, não obstante o procedimento cirúrgico tenha sido escorreito, surgindo-se como verdadeiro caso fortuito, não se podendo imputar a responsabilidade ao médico, desde que este tenha alertado previamente o paciente acerca das possibilidades dessas intercorrências.

Sobre o assunto e no mesmo sentido, Cavalieri Filho (2010, p. 405-406) apregoa:

Desde que devidamente informado ao paciente, não poderá ele, nem 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 no serviço.

Frisa-se que a delimitação da responsabilidade do médico, do limite da sua culpa e das causas de exclusão de sua responsabilidade, principalmente quando há um contrato firmado com o paciente, como é o caso das cirurgias estéticas, encontram respaldo nas obrigações e deveres assumidos pelo profissional no instrumento particular, de modo que a responsabilidade desse tipo de profissional não está somente no contrato, mas também na conduta assumida no curso de todo o processo cirúrgico, antes, durante e depois da cirurgia, a

qual deve ser sempre pautada na boa-fé, nos deveres de cuidado e informação e, principalmente, na ética. O médico que seguir estas regras, dificilmente responderá por danos ocorridos no exercício de sua profissão.

## 5. CONCLUSÃO

A responsabilidade sempre foi e continua sendo um fenômeno social, uma regra de equilíbrio social. Antes era centrada na punição do sujeito responsável pelo dano, porém, hoje, está focada na reparação do dano à vítima.

A principal consequência da prática de uma conduta violadora de um interesse ou direito de outrem é a obrigação que surge para o seu autor de reparar o dano, obrigação esta de ordem pessoal, que se resolve em perdas e danos.

Para a configuração da responsabilidade civil, precisam-se fazer presentes seus pressupostos gerais, quais sejam, ação ou omissão, dano, nexo causal e culpa. O atual Código Civil brasileiro traz como regra geral a responsabilidade subjetiva, limitando-se à regular poucas situações sob o prisma da responsabilidade objetiva. Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor, diploma legal anterior ao Código Civil de 2002, trouxe a responsabilidade objetiva como regra nas relações de consumo.

Porém, destaca-se que a exceção trazida pelo Código de Defesa do Consumidor restringiu-se à responsabilidade dos profissionais liberais. Para a responsabilização deste tipo de agente, necessário se faz a comprovação da culpa, porquanto a marca essencial desta espécie de prestação de serviços é a pessoalidade.

O médico, por excelência, é caracterizado como profissional liberal e acerca da questão não pairam dúvidas. Quando causar dano à paciente, incorre na responsabilidade civil do tipo subjetiva, pois a prestação de serviço médico submete-se à aplicação da responsabilidade dos profissionais liberais no sistema de proteção e defesa do consumidor.

Em que pese à atividade médica ser caracterizada como obrigação de meio em regra geral, no caso das cirurgias estéticas, ela será obrigação de resultado. Isso porque as cirurgias estéticas não são idênticas em sua natureza, diferenciam-se, notadamente, em função do motivo que enseja sua realização. Cada espécie envolve uma obrigação específica assumida pelo médico, o que influencia e distingue a configuração da culpa na responsabilidade civil do profissional, bem como influenciará na inversão do ônus da prova.

Nas cirurgias estéticas corretivas, por ser obrigação de meio, caberá ao paciente lesado provar a culpa por negligência, imprudência ou imperícia do médico, relativamente aos meios por este empregado na prestação do serviço. Já nas cirurgias estéticas

meramente embelezadoras, a obrigação assumida pelo médico será de resultado e a não obtenção do resultado avençado, faz presumir a presença da culpa do profissional, cabendo, portanto, a este a prova de sua ausência.

A situação da responsabilidade civil do médico é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, o que permite a aplicação pelo magistrado da inversão do ônus da prova, quando presentes os requisitos ensejadores, quais sejam, a verossimilhança das alegações e a vulnerabilidade do paciente.

Porém, deve-se notar que o Código de Defesa do Consumidor não isenta este da produção de prova. Não obstante, possibilite-se a inversão do ônus probatório, deve o paciente comprovar, primeiramente, a inadimplência do médico, isso porque o que se isenta o paciente é a prova da culpa, mas nunca a prova do inadimplemento médico.

Comprovado o inadimplemento e invertido o ônus probatório, nas cirurgias estéticas corretivas, ao médico incumbe provar a aplicação correta das técnicas cirúrgicas e procedimentais, enquanto que nas cirurgias estéticas embelezadoras, tal alegação não será suficiente para elidir sua culpa, necessitando demonstrar a ocorrência de fato imprevisível, previamente alertado ao paciente, ou seja, alguma causa cujo condão seja demonstrar a existência de alguma causa excludente da responsabilidade.

Deve-se tomar cuidado, porém, que muitos Tribunais aplicam ao médico a responsabilidade objetiva para o caso de dano em cirurgia estética meramente embelezadora, pois a presunção da culpa deste tipo de profissional traz as mesmas consequências práticas deste tipo de responsabilidade. Porém, tal aplicação mostra-se equivocada, já que o Código de Defesa do Consumidor trouxe como a exceção a regra geral da responsabilidade objetiva, a responsabilidade subjetiva do profissional liberal, devendo ser observado o referido diploma legal.

A divisão entre obrigação de meio e de resultado é construção doutrinária, assim como a culpa presumida do médico, não podendo superar a regra trazida pela legislação pátria.

Pode-se dizer que, independentemente se de meio ou de resultado, o médico jamais deve deixar de informar o paciente sobre quais os riscos envolvidos na cirurgia, como também qual o melhor resultado que pode esperar.

Claro que a cirurgia estética, assim como qualquer outro procedimento médico, envolve riscos atinentes à própria atividade, bem como as reações do organismo dos



pacientes, muitas vezes altamente imprevisíveis, não podendo a culpa ser imputada ao médico. Também, muitas vezes, os danos são causados por atitudes incorretas dos próprios pacientes. Nestes casos, cabe ao Judiciário buscar analisar cada caso, apurando-se a possibilidade de existir culpa concorrente ou tão somente exclusiva do próprio paciente.

Porém, justo por tal motivo, as informações devem ser devidamente repassadas de forma clara e objetiva ao paciente, de preferência recolhendo-se prova do consentimento escrito deste, sob pena de determinar de forma diversa da contratada a obrigação do médico.

## 6. REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/555>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Responsabilidade civil na cirurgia estética**. 2006. Disponível em:< <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2278>. Acesso em: 13 jul. 2012.

ASSIS, Márcio Rogério Martins de. **PROCON orienta a respeito de cirurgia estética**. 2006. Disponível em:< <http://www.procon.go.gov.br/procon/imprime.php?textoId=000189>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

\_\_\_\_\_ **Código Civil**: Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

\_\_\_\_\_ **Código de Defesa do Consumidor**: Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

\_\_\_\_\_ **Superior Tribunal de Justiça**, REsp 236.708/MG, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 10/02/2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 594962/RJ, Relator Ministro Antônio De Pádua Ribeiro, julgado em 09/11/2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 120.647/-SP, 3ª Turma, DJU de 15.05.2000.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 1269832/RS, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 06/09/2011.

\_\_\_\_\_ **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível Nº. 2012.065436-7, de Videira, Relator Marcus Tulio Sartorato, Julgado em 02/10/2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível Nº. 2009.023463-9, de Criciúma, Relatora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, julgado em 27/03/2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível N°. 2008.023951-9, de Lages, Relator Ronei Danielli, Julgado em 11/08/2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível N° 2008.037988-2, de Criciúma, Relator Edson Ubaldo, Julgado em 11/05/2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível n. 2008.028459-0, de Itajaí, Relator Luiz Fernando Boller, Julgado em 15/12/2011.

\_\_\_\_\_ **Tribunal de Justiça de São Paulo**, Apelação Cível N° 0018433565.2008.8.26.0576, de São José do Rio Preto, Relator Paulo Eduardo Razuk, Julgado em 06/11/2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível N° 0030831-52.2005.8.26.0100, Relator Edson Luiz de Queiroz, Julgado em 04/04/2012.

\_\_\_\_\_ **Tribunal de Justiça do Paraná**, Apelação Cível N° 716855-6, Relator Roberto Portugal Bacellar, Julgado em 04/08/2011.

\_\_\_\_\_ **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, Apelação Cível N° 70043882281, Relator Marcelo Cezar Muller, Julgado em 28/06/2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível N° 70049200397, Relator Romeu Marques Ribeiro Filho, Julgado em 08/08/2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível N° 70048694749, Relator Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 30/05/2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível N° 70050337849, Relatora Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 12/09/2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível N° 70036428308, Relator Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 15/09/2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível N° 70036200970, Relator Gelson Rolim Stocker, Julgado em 28/05/2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível N° 70042769976, Relator Paulo Roberto Lessa Franz,

Julgado em 30/06/2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_ **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2010. v. 2.

FAVARATO, Juliana Carrareto. **Responsabilidade civil do médico nas cirurgias estéticas à luz do Código de Defesa do Consumidor**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2080, 12 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12449>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

GOMES, Rui Kleber Costa. **Responsabilidade civil do médico no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Pillares, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini, NERY JUNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: Aspectos materiais**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médicos**. Curitiba: Juruá, 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PASQUINI, Luís Fernando Barbosa. **O profissional liberal e sua responsabilidade civil na prestação de serviços**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1095, 1 jul.2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8574>>. Acesso em: 23 set. 2012.

PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade civil do profissional liberal no código de defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação Jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. **Revista de Processo n. 95**, São Paulo, 1999.

UDELSMAN, Artur. Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. **Revista da Associação Médica Brasileira**. v. 48. n° 2. São Paulo, 2002. Disponível em:<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-42302002000200039](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302002000200039)>. Acesso em: 13 jul. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 6. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2006.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores dos anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: forense Universitária, 2004.

