



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JOÃO PEDRO VIANA SALES SANTOS**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO  
EM CIRURGIA ESTÉTICA EMBELEZADORA:  
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA OU SUBJETIVA?**

Salvador  
2020

**JOÃO PEDRO VIANA SALES SANTOS**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO  
EM CIRURGIA ESTÉTICA EMBELEZADORA:  
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA OU SUBJETIVA?**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientador: Pr. Me. Leonardo Vieira Santos

Salvador  
2020

**JOÃO PEDRO VIANA SALES SANTOS**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO  
EM CIRURGIA ESTÉTICA EMBELEZADORA:  
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA OU SUBJETIVA?**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador: \_\_\_/\_\_\_/2020

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, agradeço a meus pais, fonte de todo amor, carinho, dedicação e cuidado. São minha fonte de inspiração e durante toda essa trajetória sonharam os meus sonhos e não pouparam esforços em me oportunizar tudo aquilo que fosse necessário ao alcance dos meus objetivos. Nada que eu faça em vida demonstrará o tamanho da minha admiração e do meu amor por vocês.

Agradeço também aos meus irmãos, Camilla e Junior, nos quais eu encontro o conforto de saber que nunca estarei sozinho. Nossa ligação transcende esta vida.

Agradeço à Maria, minha namorada, por toda paciência, companheirismo e afeto despendidos nesse momento. Sem dúvidas, seu apoio foi fundamental para que eu passasse por esse processo da melhor maneira possível.

Aos meus chefes do escritório Pinheiro & Almeida, Kim e Thiago, minha sincera gratidão. A confiança em mim depositada, os ensinamentos passados e a amizade construída ao longo do tempo foram fundamentais para o meu amadurecimento como profissional.

Um reconhecimento especial dirige-se ao meu orientador, Prof. Leonardo Vieira Santos, um exemplo de docente que, com seu brilhantismo acadêmico, conduziu o presente trabalho de maneira plausível. Sua atenção foi a peça chave!

Por fim, agradeço ao meu grupo de amigos, Gabriel Ribeiro, Matheus Britto, Bruno Montenegro, Eduardo Dourado, Luiz Fernando, Gustavo Gonzaga, Vinícius Moor e Diego Dantas. Com vocês eu vivenciei grandes momentos e sigo com a certeza que estaremos sempre conectados.

## RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos em procedimentos embelezadores, bem como a utilidade e aplicabilidade da Teoria das Obrigações fundadas no binômio meio e resultados atualmente em grande aderência pela doutrina e jurisprudência, ao tratar os aspectos jurídicos de tal especialidade. Para tanto, a investigação foi realizada através de uma revisão bibliográfica de obras da temática de direito civil e do consumidor, artigos científicos de revistas jurídicas focadas na responsabilidade civil médica, teses de mestrado e doutorado e, principalmente, análise da jurisprudência nacional. Foram evidenciadas as especificidades que envolvem a atividade médica, bem como as controvérsias que a doutrina e a jurisprudência enfrentam ao tratar o tema, sobretudo no que tange a classificação das obrigações estabelecidas pelos cirurgiões plásticos embelezadores como de resultado, no qual se presume a culpa do médico e evidenciando um tratamento discriminatório com esta especialidade. Buscou-se demonstrar que tal classificação não encontra respaldo fático e jurídico, principalmente com o conceito de saúde adotado pela Organização Mundial de Saúde e, conseqüente, a mudança do olhar despendido pela sociedade às cirurgias estéticas embelezadoras. Por fim, foram analisados os três regimes de responsabilidade civil aplicáveis ao tema, tais sejam: a responsabilidade civil subjetiva, a responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida e a responsabilidade civil objetiva. Conclui-se que o CPC, com a distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista em seu art. 373, §1º, cria um sistema probatório justo, no qual é desnecessário promover deturpações legais incoerentes para solucionar a questão do ônus da prova nos litígios entre médicos e pacientes.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Cirurgias estéticas embelezadoras. Obrigações de meio e de resultados. Ônus da prova.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA</b> .....	<b>10</b>
2.1 ESPECIFICIDADES DA ATIVIDADE MÉDICA .....	10
2.2 NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A TEORIA DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E RESULTADO.....	13
2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DOS ESTABELECIMENTOS HOSPITALARES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO .....	18
2.4 ERRO MÉDICO.....	24
2.5 OS DEVERES ANEXOS E A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NA RELAÇÃO PACIENTE-MÉDICO.....	27
<b>3 AS CIRURGIAS ESTÉTICAS</b> .....	<b>30</b>
3.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CIRURGIA ESTÉTICA.....	30
3.2 O CONCEITO DE “SAÚDE” ADOTADO PELA OMS .....	32
3.3 AS ESPECIFICIDADES DOS PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS.....	35
3.3.1 A distinção entre cirurgias estéticas embelezadoras, reparadoras e híbridas..	36
3.3.2 O dever de informação do médico nas cirurgias estéticas .....	40
3.3.3 A (in)adequação da caracterização dos procedimentos estéticos como obrigações de resultado .....	46
3.4 AS CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS EMBELEZADORAS NOS TRIBUNAIS .....	51
<b>4 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA</b> .....	<b>54</b>
4.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO .....	55
4.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA .....	56
4.2.1 A conduta humana .....	57
4.2.2 O dano.....	59
4.2.3 O nexo de causalidade.....	62
4.2.4 A culpa .....	63
4.3 A EROSIÃO DOS FILTROS DE CULPA.....	66
4.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO CIRURGIÃO PLÁSTICO EM PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS EMBELEZADORES.....	68
4.5 A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA COM CULPA PRESUMIDA.....	71

<b>5 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA .....</b>	<b>75</b>
5.1 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	75
5.2 A TEORIA DO RISCO.....	77
5.3 A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA .....	81
5.4 AS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA PAUTADA NA TEORIA DO RISCO NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA .....	85
5.5 DA (IN) APLICABILIDADE DA TEORIA DO RISCO ÀS CIRURGIAS ESTÉTICAS EMBELEZADORAS .....	89
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>93</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>97</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é, inequivocamente, o ramo do direito civil que mais instiga controvérsias doutrinárias a respeito dos seus temas, seja pelo seu amplo âmbito de incidência ou pelo fato de não possuir, na maioria das vezes, conceitos fechados, criando um terreno fértil para os estudiosos se debruçarem sobre seus temas.

Sendo responsável pela composição jurídica de danos, a responsabilidade civil incumbiu-se de formular um modelo teórico-normativo para fundamentar a reparação dos danos enfrentados pelas vítimas, nas diversas relações sociais existentes na sociedade. Mas é fato que muitas dessas teorias têm sido aplicadas e preconizadas pela doutrina sem a devida atualização, ou sem uma reanálise crítica, a respeito dos fundamentos, bem como do contexto social que ensejou a sua criação.

Diante disso, atualmente é possível verificar que, quando o assunto é responsabilidade civil, salta aos olhos tamanha insegurança jurídica em torno dos seus temas, até mesmo quando esses são pauta de julgamento em tribunais superiores, onde se nota tamanha imprecisão e incoerência em algumas decisões. E um desses casos é responsabilidade civil médica, agravada pelo fato de reunir inúmeras especificidades que a torna bastante controvertida, seja pela circunstância de possuir diversos conceitos e teorias que foram formulados por operadores do direito, estranhos a área médica, seja pelo tema não possuir um tratamento normativo claro e preciso no ordenamento jurídico pátrio.

Um exemplo, que tem sido alvo de muita discussão atualmente, é a responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos em procedimentos estéticos embelezadores. Nota-se nesta especialidade da medicina, absoluta contradição doutrinária e jurisprudencial. Na doutrina é possível verificar a repetição indiscriminada de teorias já postas, sem o devido aprofundamento, ao passo que na jurisprudência podem ser vislumbrados acórdãos que contêm argumentos que se contradizem.

As divergências existentes na doutrina e na jurisprudência dizem respeito a qual modalidade de responsabilidade civil a ser aplicada à tal especialidade da medicina, se subjetiva ou objetiva, se será presumida a culpa do médico, em qual



medida se afere o adimplemento contratual e qual a natureza da obrigação que os profissionais que atuam nesta área assumem.

Utilizando o método dedutivo, será feito um levantamento bibliográfico sobre o tema, analisando as mais variadas obras de direito civil, artigos científicos publicados (tanto jurídicos quanto médicos), obras expoentes de direito do consumidor, dissertações de mestrado, teses de doutorado e o posicionamento da jurisprudência nacional, sobretudo, do Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro capítulo introduzirá as noções gerais acerca da responsabilidade civil médica, seus pressupostos e especificidades, a figura do médico na sociedade e a sua importância, a natureza da sua responsabilidade, o tratamento jurídico que esta categoria profissional recebe, bem como o que se entende por erro médico e os deveres anexos inafastáveis do contrato entabulado com o paciente.

O segundo capítulo dedicar-se-á a uma análise minuciosa das cirurgias estéticas, analisando a história da cirurgia meramente embelezadora, como houve a transmutação da maneira como esta era vista em tempos pretéritos e como é atualmente – sobretudo diante do conceito de saúde adotado pela OMS –, suas especificidades e o tratamento jurídico dispensados a esta especialidade pelos Tribunais Superiores.

O terceiro e o quarto capítulo tratarão, respectivamente, da responsabilidade civil subjetiva e da responsabilidade civil objetiva, nos quais serão fornecidas, sinteticamente, as noções gerais, históricas e os demais conceitos, de modo a verificar qual o regime de responsabilização ao qual estes profissionais estão submetidos e qual os fundamentos utilizados pela doutrina e jurisprudência na dispensa deste tratamento.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade civil constitui um tema de extrema relevância e controvérsia na doutrina e na jurisprudência pátria. A responsabilidade civil médica exige, além de que se conheça os pressupostos da teoria geral da responsabilidade civil, uma análise aprofundada das nuances que compõem o tema.

Ademais, no supracitado ramo jurídico reside também, além da responsabilidade dos esculápios, a responsabilidade dos hospitais e demais prestadoras dos serviços à saúde humana, revelando tamanha abrangência<sup>1</sup>.

O objeto da presente contribuição científica não é realizar um apanhado geral acerca da responsabilidade civil, o que tornaria este trabalho extremamente denso, mas fornecer o conhecimento necessário acerca da responsabilidade civil médica, de modo que compreenda o elemento principal do presente estudo: o regime jurídico aplicado à responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos em procedimentos estéticos embelezadores.

Podemos classificar a responsabilidade civil médica como obrigação que tem o esculápio de reparar um dano porventura causado a outrem no exercício de sua profissão. A partir deste conceito, surge a necessidade de esclarecer questões terminológicas pertinentes ao tema, que revelam a maneira como as particularidades da atividade médica a torna uma atividade *sui generis*<sup>2</sup>.

### 2.1 ESPECIFICIDADES DA ATIVIDADE MÉDICA

A figura do médico na sociedade foi, por muito tempo, de um ser inatingível, quase nunca questionado sobre os problemas decorrentes de suas intervenções. Como a sociedade transita em movimentos pendulares até que chegue a um ponto

---

<sup>1</sup> MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no Direito brasileiro. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>2</sup> COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SLAIBI FILHO, Nagib; ALVES, Geraldo Magela (Coord.). *A responsabilidade civil e o fato social no século XXI*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

coerente, atualmente tem-se o cenário oposto<sup>3</sup>, no qual está presente na sociedade a pretensão radical de punir os médicos em decorrência de resultados danosos.

Diante das especificidades que o campo de atuação do médico possui, bem como ao destinatário final dos seus serviços, não há como negar que o radicalismo punitivo, no final das contas, prejudica todos os envolvidos<sup>4</sup>.

Coadunando este entendimento, Maria Helena Diniz adverte que o supracitado movimento merece total atenção, tendo em vista que a atividade médica detém elevada função social e qualquer “crise” neste âmbito ocasionará “distúrbios sociais indesejáveis”<sup>5</sup>.

Inicialmente, é necessário compreender axiologicamente a medicina e como ela se posta atualmente na sociedade. Genivaldo França a conceituou como sendo a arte de “prevenir, aliviar, tratar e curar”<sup>6</sup>.

A supracitada arte de curar é o objeto da atuação do esculápio, tendo em vista que o ato médico é definido e delimitado nos termos do art. 14º da Lei nº 12.842/13<sup>7</sup>, que elenca em quatorze incisos as atuações incidentes à saúde humana que só podem ser praticadas pelos facultativos, como, por exemplo, “indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós operatórios”<sup>8</sup>.

Cumprе ressaltar que tais atos descritos como “atos médicos”, que em uma primeira análise faria surgir a ideia de especialidade quanto a tais intervenções, foi relativizada no art. 4º, §7º do supracitado diploma normativo<sup>9</sup>, abrindo um vasto campo de relativização de procedimentos que, aprioristicamente, eram médicos.

A respeito da tipificação dos atos exclusivos dos esculápios, França adota um posicionamento crítico no que tange o movimento realizado pela classe médica em concentrar o maior número de procedimentos possível. Neste ínterim, adverte que é um posicionamento nocivo à sociedade, que busca, tão somente, elitizar a profissão, reduzindo a atuação dos demais profissionais da área da saúde<sup>10</sup>.

---

<sup>3</sup> NILO, Alessandro Timbó. **Teoria da inaplicabilidade do CDC na relação paciente-médico**. 2019. Dissertação de mestrado (mestre em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2019.

<sup>4</sup> SANTOS, 2008.

<sup>5</sup> DINIZ, 2002a, p. 238.

<sup>6</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. São Paulo: Fundo editorial byk prociencix, 1982, p. 13.

<sup>7</sup> BRASIL, 2013.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> FRANÇA, 1982, p. 69.

Nesta linha de intelecção, segrega-se os atos médicos em duas categorias: i) atos médicos *lato sensu*; ii) atos médicos *stricto sensu*. Os atos médicos *lato sensu* podem ser classificados como todo e qualquer ato “em favor da qualidade de vida e da saúde do ser humano e da coletividade”<sup>11</sup>. Nota-se que estes atos podem ser praticados por profissionais da área de saúde que não são médicos.

Os atos médicos em sentido estrito, *stricto sensu*, são classificados como aqueles que, para serem praticados, não prescindem do saber adquirido durante a graduação em medicina, de modo que só podem ser praticados por médicos devidamente inscritos no Conselho Regional de Medicina (CRM) ou, no mínimo, supervisionados por estes<sup>12</sup>.

As especificidades da atividade médica dão-se, em síntese, pelo fato dessa atividade ser dotada de função social, o objeto do estudo da medicina ser a vida e a saúde humana e o fato de a vida não ter preço. Este é um argumento que, evidentemente, afasta a classificação da relação paciente médico como uma mera prestação de serviços, pois o médico não exerce a sua atividade visando o lucro, descaracterizando, portanto, a atividade empresarial<sup>13</sup>.

É possível classificar o ato médico de cirurgia estética – objeto de análise no presente trabalho – como sendo um ato médico em sentido estrito, tendo em vista que este só pode ser praticado por um médico devidamente inscrito no CRM e, de preferência, com especialização em cirurgias plásticas<sup>14</sup>.

Outra questão de relevante aspecto é o da medicina ser a única profissão em que um erro de atuação do profissional recebe todo um arcabouço jurídico, axiológico e fático, denominado “erro médico” – não se ouve falar em “erro do advogado” ou de qualquer outro profissional autônomo.

Notória é a complexidade que envolve o âmbito de atuação do médico. De tamanha complexidade, extrai-se que os procedimentos estéticos, a serem analisados com maior aprofundamento em capítulo específico, são classificados como atos médicos, indelegáveis a outros profissionais da área da saúde.

Ademais, embora o Conselho Federal de Medicina permita que qualquer médico, após formado, realize todos os atos médico, inclusive as cirurgias, para os profissionais que pretendem atuar nesta área, a Sociedade Brasileira de Cirurgia

---

<sup>11</sup> FRANÇA, 1982, p. 100.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 54.

<sup>14</sup> BORGES, Gustavo. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 115.

Plástica recomenda ter o título de especialista na área, situação em que o médico deverá cumprir o seguinte processo:

seis anos de estudo após a graduação em Medicina, que se subdividem em dois anos de residência em cirurgia geral, três anos de residência em cirurgia plástica e um ano de estágio complementar para, enfim, submeter-se a exame escrito e oral junto à Sociedade Brasileira de Cirurgia plástica<sup>15</sup>.

## 2.2 NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A TEORIA DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E RESULTADO

A questão da natureza jurídica da responsabilidade civil médica como contratual ou extracontratual é tema de inequívoca divergência doutrinária, embora tenha sido prevista no art. 951 do Código Civil de 2002<sup>16</sup>, capítulo em que se trata da responsabilidade extracontratual, que, diante de tamanhas especificidades, não apaziguou a doutrina a respeito do tema.

Fato é que, atualmente, o maior problema jurídico enfrentado pelos médicos é a não existência de uma normativa específica para reger a relação estabelecida com o paciente, de modo que, casuisticamente, a responsabilidade civil do facultativo varia, ocasionando insegurança jurídica e, por vezes, injustiças<sup>17</sup>.

O negócio jurídico celebrado entre o paciente e o médico consiste, em perfunctória síntese, conforme se posiciona a maior parcela doutrinária, em uma contraprestação de serviços. O consumidor, diante de uma gama variada de médicos, manifesta a sua autonomia da vontade na escolha do que mais lhe agrada, mediante a remuneração de um valor preestabelecido, para receber determinado serviço de saúde<sup>18</sup>. Sob esta ótica, a responsabilidade que surge é a contratual.

Importa atentar que esta é uma regra geral que comporta exceções. A responsabilidade do médico que presta seu serviço no SUS, por exemplo, ou em

<sup>15</sup> MARTINS, Rafael Dutra Silveira. **O erro médico e a responsabilidade civil dos cirurgiões estéticos**: Uma nova análise a respeito do binômio meios versus resultado. 2016. Trabalho de conclusão de curso (bacharel em direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2016, p. 53.

<sup>16</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 12 mai. 2020.

<sup>17</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais**: Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 510.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

qualquer outro estabelecimento hospitalar público, será aferida de modo extracontratual<sup>19</sup>.

A profissão médica é dotada de regulamentações normativas que balizam os atos médicos e, no exercício da sua profissão, o médico pode ser submetido à sanção administrativa imposta pelo Conselho Federal de Medicina e pelos Conselhos Regionais de Medicina. As sanções administrativas estão previstas no art. 22 da Lei de nº 3.268/57 do CFM, tais sejam: a) advertência confidencial em aviso reservado; b) censura confidencial em aviso reservado; c) censura pública em publicação oficial; d) suspensão do exercício profissional por até 30 (trinta) dias; e) cassação do exercício profissional, *ad referendum*, pelo Conselho Federal<sup>20</sup>.

Ademais, as sanções administrativas são autônomas e não excluem as sanções no âmbito cível e na esfera penal, de modo que, de um mesmo ato médico com resultado sinistro, por exemplo, morte culposa do paciente, pode derivar todas as sanções acima descritas<sup>21</sup>.

A segregação da responsabilidade civil contratual e extracontratual é de extrema importância para a questão do ônus probatório: tratando-se de responsabilidade civil contratual, em caso de litígio, incumbe ao autor provar que o contrato existe, que foi descumprido, os danos suportados e o liame de causalidade, para que faça surgir o dever indenizatório do réu; e tratando-se de responsabilidade extracontratual, para além dos supracitados requisitos, faz-se imprescindível a prova da culpa<sup>22</sup>.

Em outras palavras, ao tratar de responsabilidade contratual, presume-se a culpa do devedor quando este incorre em mora ou inadimplemento, de modo que só se desincumbirá do dever de indenizar se comprovar que o dano inexistente ou

---

<sup>19</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 510.

<sup>20</sup> BRASIL. **LEI N. 3.268, DE 30 DE SETEMBRO DE 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Brasil, 1957.

<sup>21</sup> NALINI, José Renato. Responsabilidade ético-disciplinar do médico. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 575-589.

<sup>22</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.511

decorreu de fatos alheios à sua conduta ou que agiu com todo cuidado visando obter o resultado esperado<sup>23</sup>.

Tecidas tais considerações, conclui-se que, adotada a teoria da responsabilidade contratual incidente sobre a relação paciente-médico, a presunção de culpa do médico facilitaria as indenizações e criaria um cenário de extrema desvantagem jurídica para o médico.

Surgiu então na França a teoria de René Demogue, que se incumbiu de classificar as obrigações assumidas em obrigações de meio e de resultado, utilizada pela doutrina para, no âmbito da responsabilidade civil médica, cingir os problemas decorrentes da classificação da responsabilidade civil como contratual ou delitual<sup>24</sup>. A análise do contexto e histórico da teoria, que teve como precursor o jurista francês, permite concluir que, do modo como foi pensada, não guarda menor relação com a responsabilidade civil médica.

A teoria de distinção das obrigações de meio e de resultado surgiu na transição do século XIX para o século XX, momento marcante para o direito que sofreu os impactos da revolução industrial. A Europa experimentou neste período um grande aumento da sua densidade demográfica, surgimento de grandes fábricas e de grandes empresas transportadoras<sup>25</sup>. A partir disso, Iniciou-se um movimento jurídico no sentido de promover a proteção dos trabalhadores, bem como dos cidadãos, enquanto usuários dos serviços de massa.

Diante deste contexto, Demogue, mesmo considerando que seria do autor o ônus de comprovar “o dano, a existência de uma obrigação a cargo do réu, o descumprimento deste dever e o nexo de causalidade entre o dano e a violação”, percebia a existência de situações nas quais a produção probatória referente ao inadimplemento era de extrema dificuldade para o autor, a depender da natureza da obrigação assumida, ou seja, se de meio ou de resultado<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 6 ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 595.

<sup>24</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. *In*: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil**. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 333-348. p. 335.

<sup>25</sup> PITTELLI, 2011.

<sup>26</sup> RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meios e de resultado**: Análise crítica. São Paulo: Grupo Gen- Editora Método Ltda., 2011, p. 13.

Neste momento, o referido doutrinador constatou que as empresas férreas e de navegação contraíam a obrigação de entregar o cidadão sã e salvo no seu destino – o que se entende por obrigação de resultado<sup>27</sup>.

É de extrema importância esclarecer que o critério adotado por Demogue para realizar a distinção entre as obrigações de meio e de resultado é a ocorrência da álea<sup>28</sup>. Existindo fatores aleatórios na execução do serviço, a obrigação seria de meio, caso contrário, seria de resultado.

Surge a premente necessidade de se realizar a distinção do que se entende por álea e o que se entende por caso fortuito e força maior. Pittelli caracterizou o caso fortuito e a força maior como eventos que “não fazem parte da vida natural das pessoas, não se trata de fenômeno intrínseco à natureza da pessoa ou da vida humana”<sup>29</sup>. Um exemplo disso é a situação em que um raio cai em cima de uma embarcação ceifando a vida de um dos passageiros, tratando-se, portanto, de uma situação que não faz parte do curso natural da vida dos cidadãos.

A álea, por outro lado, engloba específicos campos da atividade humana e da natureza<sup>30</sup>. Mais a mais, álea é caracterizada como o risco inerente a determinadas atividades humanas, nas quais os riscos são, em sua totalidade, incontáveis ou imprevisíveis<sup>31</sup>.

Demogue, ao analisar o serviço prestado pelas grandes transportadoras, constatou não existir álea e que, diante de um evento inesperado e imprevisível que causasse dano a um consumidor, a responsabilidade da transportadora só seria afastada se configurada a materialização de um caso fortuito ou de força maior<sup>32</sup>.

Tecidas tais considerações, é importante sintetizar a distinção em deslinde da seguinte forma: quando o devedor assume a obrigação de empregar todos os meios possíveis para alcançar determinado resultado, sem, no entanto, comprometer-se a este, estar-se-á diante de uma obrigação de meio, onde a prova da culpa recairá sobre o credor em caso de inadimplemento ou mora daquele<sup>33</sup>.

Por outro lado, quando o devedor compromete-se em alcançar determinado resultado, será seu dever comprovar que não agiu com negligência, imprudência ou

---

<sup>27</sup> PITELLI, 2011.

<sup>28</sup> PITELLI, 2011, p. 93-102.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – Responsabilidade civil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 313-314.



imperícia e que o resultado danoso foi fruto de uma situação que foge ao seu controle de conduta. É o caso da culpa presumida<sup>34</sup>, modalidade de inversão relativa do ônus da prova.

Esta contribuição formulada por Demogue, foi – inclusive, de modo diverso aos moldes que foi pensada – utilizada para estratificar os campos do atuar médico de modo a caracterizar os serviços prestados, geralmente, como serviços em que se constitui uma obrigação de meio, embora seja a responsabilidade em questão contratual. Sendo assim, para que fosse imputada a responsabilidade civil ao esculápio, seria necessária a comprovação, por parte do credor (paciente), da culpa.

Entretanto, em algumas especificidades médicas, difundiu-se a tese de que, ao assumir a prestação daquele serviço, o médico assumia uma obrigação de resultado, de modo em que, em caso de inadimplemento, surgia para si o dever de comprovar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia. É o caso, por exemplo, da responsabilidade civil do cirurgião plástico em procedimentos estéticos embelezadores.

Comparando o entendimento acima exposto com a regulamentação do tema pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), nota-se que esta distinção, se o seu objetivo for a proteção do paciente em casos de inadimplemento, é ineficaz. Isso porque o CDC previu no seu art. 6º<sup>35</sup>, VIII, a inversão do ônus da prova diante da verossimilhança de suas alegações ou hipossuficiência perante a parte adversa. Ora, não seria necessário, pois, valer-se de tal discriminação para redistribuir ônus da prova<sup>36</sup>.

Ocorre que, em atenção que nos termos do art. 6º, VIII, do CDC a inversão do ônus da prova configurar-se-ia sempre que a alegação posta em juízo pelo paciente fosse verossímil ou este fosse hipossuficiente. Neste contexto, muito embora tenha-se em questão uma hipótese de inversão do ônus da prova *ope judicis*, leia-se, proferida pelo magistrado ao avaliar o caso concreto, em se tratando de relação paciente-médico a hipossuficiência do paciente face ao médico é genericamente presumível e sempre que o resultado fosse diverso ao ostensivamente pretendido

---

<sup>34</sup> DINIZ, 2013, p. 314-315.

<sup>35</sup> BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Brasil, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 25 mai. 2020.

<sup>36</sup> MARTINS, Rafael Dutra Silveira. **O erro médico e a responsabilidade civil dos cirurgiões estéticos**: Uma nova análise a respeito do binômio meios versus resultado. 2016. Trabalho de conclusão de curso (bacharel em direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2016, p. 56.

pelo paciente haveria uma alegação verossímil, o que acarreta uma inversão quase que automática do ônus da prova, provocando uma desvantagem processual ao médico que se revela injusta<sup>37</sup>.

Por fim, fixada a caracterização da responsabilidade civil médica como contratual, resta desvendar qual é o contrato celebrado entre o paciente e o médico. O professor Leonardo Vieira<sup>38</sup>, embora reconheça evidente similaridade entre o contrato de prestação de serviços e o contrato entabulado entre o paciente e o médico, não lhes consideram iguais, em atenção às especificidades que circundam a atividade exercida pelo facultativo. A classificação proposta pelo ilustre doutrinador baiano é de enquadrar o referido contrato como um contrato atípico<sup>39</sup>, elencando diversos motivos que afastam a classificação do contrato médico como de consumo – motivos que serão demonstrados no subtópico seguinte.

Independentemente da classificação referente ao contrato celebrado entre o paciente e o médico – se classificado como um contrato de prestação de serviços ou como um contrato atípico – é importante se atentar que este estará vinculado à normativa consumerista, ao Código Civil, ao Código de Ética Médica e, não menos importante, às Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Todo esse aparato normativo visa sedimentar um sistema de proteção ao paciente, vulnerável nesta relação jurídica<sup>40</sup>.

### 2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DOS ESTABELECIMENTOS HOSPITALARES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Aprioristicamente, cumpre diferenciar a responsabilidade civil do médico na qualidade de profissional autônomo e a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares e similares, leia-se, que prestam serviços à saúde.

A responsabilidade civil do médico como profissional autônomo liberal é subjetiva, ao passo que a responsabilidade civil dos estabelecimentos hospitalares é, para uma expressiva parcela doutrinária e jurisprudência, no que tange ao d é

---

<sup>37</sup> NILO, 2019.

<sup>38</sup> Comentário feito pelo professor e advogado Leonardo Vieira Santos, em contestação constante em fls. 590-630 nos autos do processo de nº 0542198-84.2017.8.05.0001, no dia 06/02/2018, na cidade de Salvador/Ba, oportunidade na qual refutou a classificação da relação paciente médico como de consumo com base nos argumentos acima expostos.

<sup>39</sup> SANTOS, 2008.

<sup>40</sup> BORGES, 2014.

objetiva. A seguir, a matéria será esmiuçada, de modo que se compreenda melhor suas particularidades.

Os médicos são profissionais liberais que exercem com autonomia sua atividade laboral, desprovidos de subordinação técnica a outrem. A jurisprudência brasileira firmou o entendimento no sentido de que a responsabilidade civil médica é regida pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>41</sup>.

A responsabilidade civil do médico atuante como profissional liberal decorre da inteligência dos artigos 186<sup>42</sup>, 927<sup>43</sup>, *caput*, e 951<sup>44</sup> do Código Civil e, nos termos do entendimento vigente na doutrina e jurisprudência, tratando-se de relação de consumo – deve-se observar as disposições constantes nos artigos 6º, VIII, art. 14, §4º<sup>45</sup> do referido diploma normativo.

Pretérito ao Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor consagrou a responsabilidade civil por “acidente de consumo”. No artigo 14 deste diploma normativo, instituiu-se a responsabilidade civil objetiva nos casos de “vício do produto” ou “vício do serviço”<sup>46</sup>.

Nota-se que, em verdade, o CDC previu uma possibilidade de responsabilidade civil objetiva diversa à prevista, posteriormente, no art. 927 do Código Civil de 2002, tendo em vista que criou uma hipótese em que a responsabilidade objetiva não se fundava no risco da atividade<sup>47</sup>.

Em outras palavras, não era necessário que, tratando-se de relação de consumo, o fornecedor de produtos ou o prestador de serviços exercesse uma atividade de risco para que incidisse nessa relação a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva.

Há uma supressão, no caso em comento, da culpa na aferição da responsabilidade civil decorrente dos vícios em produtos ou serviços. Independentemente do fornecedor de produtos ou do prestador do serviço em questão ter agido com toda a diligência necessária a tanto, caso o consumidor fosse lesado, comprovado o nexo de causalidade, surgiria o dever de indenizar.

---

<sup>41</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

<sup>42</sup> BRASIL, 2002.

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Ibidem.

<sup>45</sup> BRASIL, 1990.

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2019.

Adotada a tese que enquadra a relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente como de consumo, é possível classificar o médico como fornecedor de serviços, conceituado no art. 3º do CDC<sup>48</sup>, e o paciente como consumidor, nos termos do art. 2º do supracitado diploma normativo.

Na presente contribuição científica, adota-se o termo “paciente” ao invés de “consumidor”, pois se trata de uma questão terminológica construída com base em uma visão crítica, que reluta em classificar a relação paciente-médico como de consumo. A perspectiva consumerista reduz a ideia da relação em deslinde como uma prestação de serviço enquadrada no mesmo patamar das demais.

Este entendimento encontra respaldo em uma, ainda, pequena parcela doutrinária que tem se expandido sobremaneira, de modo a rechaçar a classificação da relação paciente-médico como de consumo.

Grande entusiasta desta tese, o professor Leonardo Vieira<sup>49</sup>, aduz que, sendo o fornecedor aquele que disponibiliza serviço no mercado de consumo, não há modo de classificar o médico como tal, pois os médicos não se inserem no “mercado de consumo”, tendo em vista que esta classe possui um compêndio de normas específicas, sobretudo as de natureza ético-profissional, que impedem, por exemplo, a irrestrita realização de publicidade e a livre oferta pública de serviços – fatores que marcam as atividades inseridas no mercado de consumo.

Ademais, tal construção doutrinária vem ganhando espaço na jurisprudência brasileira, sendo possível destacar o precedente da 4ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº. 466.730/TO, de 04 de setembro de 2008<sup>50</sup>. Nos termos do voto vista do ministro Massami Uyeda, o CDC restou inaplicável a um caso em que se discutia a reparação de danos decorrentes de uma cirurgia oftálmica.

Demonstrada a divergência doutrinária que permeia o tema, cumpre ressaltar que o ato médico que cause danos a outrem, nos termos dos supracitados artigos,

---

<sup>48</sup> BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Brasil, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 25 mai. 2020.

<sup>49</sup> Comentário feito pelo professor e advogado Leonardo Vieira Santos, em contestação constante em fls. 590-630 nos autos do processo de nº 0542198-84.2017.8.05.0001, no dia 06/02/2018, na cidade de Salvador/Ba, oportunidade na qual refutou a classificação da relação paciente médico como de consumo com base nos argumentos acima expostos;

<sup>50</sup> BRASIL. STJ. **Recurso Especial nº 466.730/TO (2002/0109327-0)**. Recorrente: Carlos Jun Osaki. Recorrido: José de Oliveira Silva Filho. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Quarta Turma. Data de julgamento: 28 set. 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2018569/recurso-especial-resp-466730-to-2002-0109327-0/inteiro-teor-12224479>. Acesso em: 21 jul. 2020.

só ensejará o dever de indenizar caso o esculápio tenha agido de maneira dolosa, negligente, imprudente ou imperita. Portanto, trata-se de uma responsabilidade subjetiva que necessita da comprovação da conduta (ato médico), dano, nexo de causalidade e culpa.

É possível verificar na jurisprudência pátria a aplicação da relação paciente-médico à responsabilidade civil objetiva<sup>51</sup>, nos termos do artigo 927, parágrafo único do Código Civil. Tendo em vista que este tema será abordado no quarto capítulo do presente trabalho acadêmico, no momento, é necessário aduzir que este é um entendimento minoritário. A regra geral da responsabilidade civil médica é a da responsabilidade civil subjetiva.

Vieira, a respeito do posicionamento acima mencionado, assevera que o risco não está na atuação do médico. Longe disso, o ato médico pode salvar a vida do paciente ou afetar-lhe maleficamente, sendo os riscos antecedentes a qualquer intervenção<sup>52</sup>.

Adentrando o elemento cerne da questão acima posta, é importante destacar a distinção realizada pelo autor baiano no que diz respeito às atividades perigosas e arriscadas. Para realizar tal distinção, é necessário analisar se a ameaça existe está relacionada à atividade desenvolvida. Se sim, é o caso das atividades de risco, se não, leia-se, “se o risco é externo à atuação humana, será designado de perigo”<sup>53</sup>.

Com o que foi exposto, conclui-se que a atividade médica é uma atividade perigosa, tendo em vista que os resultados maléficos, as mortes e iatrogenias postas em análise médica sempre se sucederão, com ou sem a sua atuação. Tais efeitos, inclusive, independem da atuação do esculápio<sup>54</sup>.

Adentrando a questão da responsabilidade civil das clínicas prestadoras do serviço de saúde e estabelecimentos hospitalares, em um primeiro momento, é necessário averiguar se este instituto é regido pela administração pública ou privada.

---

<sup>51</sup> BRASIL. STJ. **Recurso Especial nº 81.101/PR (95/006370-9)**. Recorrente: Jane Carvalho Marques. Recorrido: Manoel Augusto Ribas Cavalcanti. Relator: Ministro WALDEMAR ZVEITER. Terceira Turma. Data de Julgamento: 04/12/1997. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423776/recurso-especial-resp-81101-pr-1995-0063170-9>. Acesso em: 17 mai. 2020.

<sup>52</sup> SANTOS, 2008.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 171.

<sup>54</sup> MARTINS, 2016, p. 39.

A normativa que regula a prestação pública dos serviços de saúde é regida pelo art. 37, §6º da Constituição Federal<sup>55</sup>, que impõe a responsabilidade objetiva extracontratual do Estado, somado às disposições normativas constantes na Lei nº. 8.080/90, que regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS). A aplicação do Código Civil à relação jurídica em comento, entre o paciente e um hospital ou clínica regida pela administração pública, será subsidiária<sup>56</sup>.

A respeito da responsabilidade civil dos hospitais e clínicas, é necessário identificar, em um primeiro momento, se o dano adveio da relação estabelecida entre o paciente e o médico com a finalidade de tratamento, se há um contrato de hospedagem entre o estabelecimento de saúde e o paciente e, por fim, se entre o médico e o referido estabelecimento há um contrato que promova o tratamento do paciente<sup>57</sup>.

Se o dano adveio da intervenção do facultativo, é cediço que necessitará da comprovação da culpa na aferição da sua responsabilidade civil (subjéctiva). O estabelecimento de saúde, entretanto, integrante da cadeia de fornecimento do serviço, será responsável solidário, o que influenciará na constituição do polo passivo da *lide*, e não na maneira em que se deve proceder para que haja a responsabilização. Em outras palavras, ainda que o estabelecimento seja responsável solidário, deverá ser apurada a culpa do médico para que se impute a responsabilização a ambos os réus<sup>58</sup>.

Este foi o posicionamento adotado pelo STJ no julgamento do AgInt no AREsp 1097590<sup>59</sup>, *in verbis*:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL. CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL. TROCA DE BEBÊS EM MATERNIDADE.

(...)

2. No tocante à responsabilidade civil de entidades hospitalares e clínicas, esta Corte de Justiça firmou orientação de que: "(i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-

<sup>55</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>56</sup> MIRAGEM, 2010.

<sup>57</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celin. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 99.

<sup>58</sup> TEPEDINO; BARBOSA; MORAES, p. 99.

<sup>59</sup> BRASIL. **STJ. AgInt no AREsp 1097590/MG**, Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 11/4/2019, DJe de 08/5/2019. Brasília, DF: STJ, 2019.

se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (artigo 14, caput, do CDC); (ii) os atos técnicos praticados pelos médicos, sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital, são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (artigo 14, § 4º, do CDC); e (iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (artigos 932 e 933 do Código Civil), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, do CDC)" (REsp 1.145.728/MG, Rel. p/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.06.2011, DJe de 08.09.2011). **(Grifos acrescentados)**

(STJ - AgInt no AREsp: 1097590 MG 2017/0104360-5, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 11/04/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2019)

Cumprе salientar que o entendimento acima exposto é tema polêmico na doutrina e na jurisprudência nacional. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgInt no AREsp 125514/MG<sup>60</sup>, por exemplo, firmou o entendimento no sentido de ser a responsabilidade civil do hospital objetiva quanto à atividade de seus profissionais médicos, sendo-lhe assegurado o direito de regresso, em ação própria.

Mais a mais, é possível inferir que se o dano objeto de eventual litígio decorrer de problemas relacionados à hospedagem – como, por exemplo, *“falha na realização de exames, nos serviços de enfermagem, no funcionamento de aparelhos, ou na estrutura ambulatorial”*<sup>61</sup> – a responsabilidade em questão será imputada sem a aferição da culpa, de modo objetivo, em consonância com o que dispõe o art. 14, *caput*, da legislação consumerista.

<sup>60</sup> BRASIL. STJ. AgInt no AREsp 125514/MG, Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 12/6/2018, DJe de 22/6/2018. Brasília, DF: STJ, 2018.

<sup>61</sup> MARTINS, 2016, p. 60.

Por último, se não existe um contrato entre o hospital/clínica para com o médico no sentido deste prover o tratamento dos pacientes e havendo a atuação do médico desvinculada ao hospital, não há que se falar em responsabilidade civil de tais entidades. Isso porque não é possível vislumbrar o nexo causal entre o dano causado pelo médico e a influência do estabelecimento de saúde para tanto, tendo em vista que este somente concedeu o espaço para a atuação do facultativo<sup>62</sup>.

## 2.4 ERRO MÉDICO

A doutrina depara-se com tamanha inquietude na classificação do que seria o erro médico. Para o professor Leonardo Vieira, “erro” é uma terminologia cabível quando o agente atuou culposamente de modo a causar o resultado danoso. Entretanto, nas iatrogenias, por exemplo, não há que se falar em atuação do médico para que se materialize o referido resultado e, ainda assim, é utilizada a denominação erro médico<sup>63</sup>.

Havendo distinção nas duas situações acima expostas, notadamente o regime jurídico a ser aplicado deve ser distinto: se em uma das hipóteses o médico atua de maneira culposa de modo que se materialize o dano e em outra não, evidentemente nesta última não há que se falar em dever indenizatório<sup>64</sup>.

É imprescindível ao presente trabalho a distinção das diferentes modalidades que o “erro” comporta na medicina. Deste modo, distinguir-se-á nas próximas linhas: erro médico, erro profissional, acidente imprevisível e resultado incontrolável<sup>65</sup>.

Se o erro em questão decorrer dos obstáculos existentes no campo científico, em outras palavras, no campo do conhecimento aplicável na resolução do caso, bem como na inexatidão de reações do organismo humano a determinada intervenção médica, que é o caso da cirurgia plástica, por exemplo, é possível vislumbrar o erro profissional. Neste caso, tendo o médico atuado em acordo com todos os seus deveres ético-jurídicos, munido do que melhor há na medicina, ou da técnica mais indicada ao caso, não existirá o dever indenizatório<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> TEPENDINO; BARBOSA; MORAES, 2006.

<sup>63</sup> SANTOS, 2008.

<sup>64</sup> MARTINS, 2016.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>66</sup> BORGES, 2014.



Genival Veloso de França<sup>67</sup> acrescenta à sobreposta classificação o “acidente imprevisível” e o “resultado inesperado”, que, ambas, são extraordinárias, imprevisíveis e decorrente de fato externo à atuação médica. Estas situações são identificáveis quando o resultado for o mesmo, independentemente do agente, leia-se, qualquer outro médico naquela situação encararia o mesmo problema.

Em contrapartida, “erro médico”, conforme alhures aduzido, está intrinsicamente relacionado a uma atuação culposa, passível de responsabilização. Vieira adverte que, muito embora o conceito de erro médico possua tamanha correlação com o conceito de culpa, estes não estão diretamente relacionados à responsabilidade civil. Isso porque, é possível que mesmo diante de um erro médico, não seja verificado nenhum dano<sup>68</sup>.

Dentro do gênero “erro médico”, a depender da doutrina utilizada, é possível mencionar diversas espécies. O presente trabalho optou por se adequar às classificações fornecidas por Gustavo Borges<sup>69</sup>, ordenando o tema da seguinte forma: i) erro de diagnóstico; ii) erro de tratamento; e iii) erro na relação com o paciente.

A questão do diagnóstico médico é tema de tamanha curiosidade, tendo em vista que tal ato, embora dependa do paciente e da linguagem utilizada, esta última extremamente variável de acordo com o lugar e o emissor da informação (variação diatópica e diastrática)<sup>70</sup>, está diretamente relacionada com uma competência do facultativo.

Diversas são as técnicas utilizadas na persecução do diagnóstico, sendo uma fase em que existe um compêndio de técnicas que devem ser aplicadas para que se alcance a descoberta da celeuma em questão, como, por exemplo, aferição da temperatura, da pressão arterial, solicitação de exames etc.

Sendo assim, o médico só poderia ser responsabilizado diante de um erro crasso, relacionado com determinado descumprimento de um dever de agir ou de saber<sup>71</sup>.

Nos casos de erro grosseiro quanto ao diagnóstico, é uma situação em que a culpa do médico é grave, tendo o ordenamento jurídico pátrio pautado a

---

<sup>67</sup> FRANÇA, 1982.

<sup>68</sup> SANTOS, 2008.

<sup>69</sup> BORGES, 2014.

<sup>70</sup> BAGNO, Marcos. **Preconceito lingüístico**: o que é, como se faz. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

<sup>71</sup> AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 513.

responsabilidade civil na extensão do dano causado, em preferencial detrimento à gradação da culpa<sup>72</sup>.

O diagnóstico, como ato, deve ser visto como um compêndio de técnicas e procedimentos a serem utilizados na persecução da identificação da doença que acomete o paciente. Deve ser estimado se o médico deixou de avaliar um dado importante ou deixou de utilizar uma técnica, exame ou equipamento científico fundamental ao caso concreto. Se não houve o emprego de todos esses meios, por culpa do médico, surge o dever indenizatório. Isso porque, muitas vezes, tais equipamentos necessários ao diagnóstico, e até mesmos exames, sobretudo no Brasil, não estão à disposição do facultativo<sup>73</sup>.

Exemplos de situações classificadas como erro de tratamento são: a prescrição de medicamentos que causem alergias e/ou problemas emocionais; esquecimento de materiais utilizados na cirurgia ou até mesmo falta de higiene do médico na utilização destes materiais de modo a causar *sepsis* (infecção hospitalar)<sup>74</sup>.

A classificação do que é erro na relação com o paciente pode ser fornecida por exclusão: tudo aquilo que não se subsume às classificações anteriores, está imerso na presente classificação. Trata-se de uma categoria geral que engloba desde as tratativas contratuais até a fase pós-contratual. Borges adverte que este erro pode ser verificado na “falha em providenciar tratamento profilático adequado, a monitoração inadequada, falha de comunicação com o paciente, falha no equipamento, etc”<sup>75</sup>.

Os procedimentos estéticos embelezadores – objeto principal da presente contribuição científica – encontram-se em um campo de extrema suscetibilidade aos erros médicos e, por isso, devem ser apurados com maior atenção. Isso se deve ao fato de haver dois padrões de belezas na relação entabulada entre cirurgião estético e o paciente: o padrão que o paciente vislumbra alcançar com o procedimento estético, muitas vezes irreal, diga-se de passagem, e um padrão de beleza alcançável pela medicina e balizador da atuação do cirurgião. É evidente que ambos os padrões podem entrar em choque<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> CHAVES; FARIAS; ROSENVALD, 2019.

<sup>73</sup> BORGES, 2014.

<sup>74</sup> Ibidem.

<sup>75</sup> BORGES, 2014, p. 288.

<sup>76</sup> Ibidem.

Neste contexto, surge o dever de informação do esculápio em desconstruir toda irrealidade contida nos desejos do paciente. Trata-se de um dever anexo derivado da boa-fé objetiva que, quando descumprido, poderá ensejar o inadimplemento contratual<sup>77</sup>. Os deveres anexos decorrentes do princípio da boa fé objetiva na relação paciente-médico serão esmiuçados no capítulo subsequente.

## 2.5 OS DEVERES ANEXOS E A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NA RELAÇÃO PACIENTE-MÉDICO

O princípio da boa-fé objetiva determina a inserção dos deveres anexos a seguir, descritos na relação paciente-médico. Esses deveres caracterizam-se como anexos porque são secundários ao quanto disposto contratualmente pelas partes, que, inclusive, a eles estão submetidos independentemente de cláusula contratual neste sentido<sup>78</sup>. Importa mencionar que o descumprimento dos deveres anexos pode ensejar o inadimplemento contratual, reitere-se: mesmo ausente disposição contratual neste sentido.

O princípio da boa-fé objetiva foi inaugurado pela doutrina alemã, que sedimentou uma série de comportamentos a serem exercidos, desde as tratativas contratuais até a fase pós-contratual, onde o elemento cerne do contrato, em tese, já havia se exaurido. O supracitado comportamento a ser materializado pela parte está intrinsicamente ligado à confiança e respeito entre ambos, na contramão da obscura fase do exacerbado liberalismo jurídico<sup>79</sup>.

O instituto jurídico em comento inaugurou padrões de comportamentos pautados na boa-fé, na lealdade e no respeito entre as partes, que devem ser o norte de qualquer tratativa contratual, regendo, portanto, todo este sistema jurídico. Os deveres anexos, por constituírem uma gama de direitos que gozam as partes nas fases pré e pós contratual – como, por exemplo, direito a informação, ao sigilo, ao

---

<sup>77</sup> FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2019, p. 432.

<sup>78</sup> BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação**: direito e dever nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 91.

<sup>79</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.45.

aconselhamento etc. – devem ser analisados casuisticamente para que a subsunção ocorra da maneira mais adequada<sup>80</sup>.

Isto posto, passar-se-á a tentar revelar a incidência dos deveres anexos, derivados do princípio da boa-fé objetiva, no contrato celebrado entre o paciente e o médico, bem como demonstrar tal impacto no campo dos procedimentos estéticos embelezadores.

Existem deveres anexos ao contrato celebrado entre o paciente e o médico que, quando inobservados, acarretam a responsabilidade médica. Tais deveres são o de técnica e perícia, também denominado pela doutrina como *dever de atualização*<sup>81</sup>. A conduta médica deve acompanhar os avanços técnicos e científicos, de modo que o ato médico deve sempre estar em consonância com o que de melhor e mais indicado se encontra à disposição da medicina.

Kfoury Neto<sup>82</sup>, no entanto, adverte que a observância ao cumprimento deste dever não deve ser abstrata, tendo em vista que fatores locais e sociais implicam diretamente na consecução de tal baliza imposta ao facultativo. Neste ínterim, “deve-se levar em conta os atributos individuais do profissional, os recursos materiais que dispunha, bem como a complexidade e as peculiaridades inerentes ao procedimento realizado”<sup>83</sup>.

Não menos importante, o dever de cuidado, ou melhor, dever de vigilância e cuidados<sup>84</sup>, advém da cláusula geral do *neminem laedere* e incide de maneira exacerbada na relação em deslinde, tendo em vista que o objeto do mencionado contrato é a vida.

Cuidado e prudência andam paralelamente no mesmo sentido, mas merecem distinção: cuidado é uma atuação cautelosa do médico para com o paciente, ao passo que a prudência deve ser entendida como a aplicação das técnicas preceituadas, em atenção às fases do tratamento e à situação do paciente. A prudência é materializada com a análise das especificidades que o paciente demanda<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>81</sup> FRANÇA, 2009, p. 186

<sup>82</sup> KFOURI NETO, Joaquim Caldas. A Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico no caso de Erro Médico à Luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. **Athenas**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 218-236, jan./out. 2015, p. 117.

<sup>83</sup> Ibidem.

<sup>84</sup> FRANÇA, 2009, p. 187

<sup>85</sup> MIRAGEM, 2010, p. 696.

Não menos importante, tem-se o dever de sigilo que deve observar o esculápio. O comportamento do médico diante das informações que possui referente ao diagnóstico, tratamento e afins deve ser pautado no sigilo imposto pela relação de confiança existente entre as partes. A utilização de qualquer informação que disponha diante do serviço prestado ao paciente, ainda que com finalidade científica, deve ser precedida de autorização<sup>86</sup>.

Por fim, tem-se o dever de informação, intrinsecamente relacionado ao consentimento informado. A respeito da responsabilidade civil do cirurgião plástico em procedimentos estéticos embelezadores, o dever de informação se encontra em um patamar de fundamental relevância. Por este motivo, será objeto de apreciação em subtópico constante no capítulo seguinte, que aborda, esmiuçadamente, as questões referentes às cirurgias estéticas.

---

<sup>86</sup> TEPENDINO; BARBOSA; MORAES, 2006.

### 3 AS CIRURGIAS ESTÉTICAS

#### 3.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CIRURGIA ESTÉTICA

A cirurgia plástica é objeto de notório preconceito, tanto pela sociedade, quanto pela comunidade médica, de uma maneira geral. Em um cotejo histórico em busca das raízes que ensejaram a construção desta imagem, nota-se que desde o séc. XVI tal atividade era demonizada pela Igreja Católica<sup>87</sup>.

Gaspare Tagliacozzi, também conhecido como o tataravô dos cirurgiões, responsável por operar inúmeros pacientes acometidos por sífilis, lepra e mutilações, promoveu um trabalho de suma importância para o posterior desenvolvimento da cirurgia plástica, aprimorando a técnica da atualmente denominada rinoplastia e demais intervenções cirúrgicas faciais, sendo preso e executado pela inquisição católica italiana, condenado por heresia<sup>88</sup>.

No mesmo sentido, Le Mounier, expoente cirurgião italiano que, em 1764, descobriu o tratamento da fenda palatina, doença de fator genético que interfere na formação dos lábios, causando uma abertura anômala da boca para dentro do nariz, foi perseguido pela Igreja Católica e obrigado a suspender todas as intervenções cirúrgicas que envolvessem a alteração anatômica do corpo humano<sup>89</sup>.

A história demonstra que cirurgias estéticas encontraram óbice no seu acolhimento pela comunidade médica. Neste sentido, Pereira<sup>90</sup> classifica a história das supracitadas intervenções em três fases: i) fase de rejeição; ii) fase de aceitação com reservas; e iii) fase de aceitação plena.

A fase de rejeição é identificada quando do surgimento de tal ramo como uma especialidade médica, período no qual as maiores críticas eram sobre o rigor

---

<sup>87</sup> PITTELLI, 2011.

<sup>88</sup> Ibidem.

<sup>89</sup> Ibidem.

<sup>90</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. P. 155.

científico que estes procedimentos não possuíam. Mais que isso, “a cirurgia exclusivamente estética era considerada ilícita e o ato reprovável”<sup>91</sup>.

Um emblemático caso a ser apresentado a respeito do tema é o de Suzana Geofre *versus* o médico Dujarrier, conflito julgado pelo Tribunal de Sena (Itália) no ano de 1926. A sentença condenou o supracitado cirurgião com base em dois argumentos: o primeiro argumento utilizado foi o dever de reparação pelo “dano decorrente de erro profissional”, hoje entendido como erro médico; o segundo argumento, de suma relevância para a análise em deslinde, foi a “sacralidade do corpo humano (termo presente na sentença)”, de modo que ao cirurgião não era concedida a faculdade de intervir no corpo humano são – entendimento notadamente fundamentado de acordo com o que pregava o catolicismo.<sup>92</sup>

A fase da aceitação com reservas, como demonstra a terminologia adotada, é evidente no sentido de demonstrar o preconceito incidente sobre os procedimentos estéticos embelezadores, especificamente. Nesta fase, somente as intervenções cirúrgicas estéticas poderiam ser utilizadas para corrigir defeitos congênitos ou adquiridos, mesmo que estes estivessem fundamentados na vaidade do paciente<sup>93</sup>.

Nesta fase, já se analisavam os efeitos psicológicos positivos que uma cirurgia plástica poderia acarretar a vida do paciente, de modo a melhorar a sua qualidade de vida ao corrigir as imperfeições constantes no corpo humano.

Por fim, a terceira fase, ou melhor, a fase de aceitação plena, é entendida como a fase em que os procedimentos estéticos passaram a ser considerados, em sua integralidade, como lícitos. Em outras palavras, houve o abandono, por parte da doutrina e da jurisprudência italiana, da “pecha moral de violar a sacralidade do corpo (primeira fase) ou fomentar a vaidade e futilidade humana (segunda fase)”<sup>94</sup>.

Tecidas tais considerações, importa, no entanto, ressaltar que o entendimento adotado na última fase histórica da cirurgia plástica não significou, em verdade, a plena aceitação, tendo em vista que as cirurgias plásticas não receberam o mesmo tratamento jurídico que as demais especialidades médicas, sendo classificadas como obrigações de resultado e recebendo uma chancela punitiva maior, sendo este o posicionamento que, até os dias de hoje, prepondera nos Tribunais Superiores Brasileiros.

---

<sup>91</sup> PITTELLI, 2011, p. 93-102.

<sup>92</sup> PITTELLI, 2011, p. 93-102.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> PEREIRA, 2012, p. 167.

No que tange à questão da severidade adotada pelos tribunais, Aguiar Dias assevera que este comportamento decorre do estereótipo fútil atribuído a tais procedimentos, considerando que estes estão ao dispor da vaidade humana e de processos de rejuvenescimento inexecutáveis<sup>95</sup>.

Em vista ao exposto, faz-se ímpar demonstrar, principalmente sob a ótica do atual conceito de saúde vigente, adotado pela Organização Mundial de Saúde, a necessidade de superação deste entendimento discriminatório, que será realizado nos tópicos subsequentes.

### 3.2 O CONCEITO DE “SAÚDE” ADOTADO PELA OMS

Em um primeiro momento, é necessário pontuar que o conceito de saúde possui notória volatilidade: saúde no século XXI reflete uma conjectura social, política e econômica inimaginável nos moldes oitocentistas, por exemplo. Assim como, a saúde não possui o mesmo significado para todas as pessoas, dependendo da época, da classe social e, de um modo geral, do contexto em que é analisada<sup>96</sup>.

Essa volatilidade também ocorre com o conceito de doença e diversos comportamentos que, atualmente, estão imersos no cotidiano do cidadão já foram tratados como se fossem patologias, como a história evidencia. Um exemplo disso é a masturbação, que já foi identificada como uma conduta que poderia desencadear na desnutrição e tratada, inclusive, com a imobilização do paciente. Por mais estranho que isso possa parecer em dias atuais, a sexualidade já foi sinônimo de doença<sup>97</sup>.

Interessante é notar que a saúde por muito tempo foi entendida por exclusão, como sendo o estado do ser que não possuía enfermidades<sup>98</sup>. Em outras palavras, estar saudável significaria não estar acometido por nenhuma doença. Diante deste conceito, é possível notar que, com tamanha incompletude, aspectos mentais que influenciavam no comportamento do cidadão enquanto membro de uma sociedade,

---

<sup>95</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense; 1998, p. 288.

<sup>96</sup> SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Physis: Revista de saúde coletiva**. São Paulo, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007.

<sup>97</sup> Ibidem.

<sup>98</sup> Ibidem.



em uma ótica consonante com o que seria dignidade humana, não encontravam espaço.

O surgimento de um conceito geral de saúde só seria possível se houvesse um consenso entre as nações neste sentido e tal objetivo somente foi alcançado com o fim da Segunda Guerra, devido à criação da Organização das Nações Unidas e da Organização Mundial de Saúde (OMS)<sup>99</sup>.

Em 7 de Abril de 1948, o mundo conheceu o primeiro consenso entre as nações a respeito do conceito de saúde, quando, em sua carta de princípios, a OMS entendeu a saúde como “o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade”<sup>100</sup>.

É importante entender que o período após a Segunda Guerra Mundial, meados de 1948, foi um período de muita fragilidade do discurso liberal, em detrimento às ascensões de movimentos sociais, em busca de melhores condições para o proletariado, galgando ao reconhecimento da saúde como direito e da obrigação estatal em promovê-lo<sup>101</sup>.

O conceito de saúde, notadamente, não pode ser analisado sob a ótica dicotômica, restringindo-se à ausência de enfermidades. Isso porque é inequívoca a presença de fatores individuais, genéticos, biológicos que, somados ao contexto social, político e econômico, merecem ser tutelados de modo que o indivíduo esteja com seu campo físico, psíquico e social em plena harmonia<sup>102</sup>.

Diante do mencionado conceito, surgiram diversas objeções que, em síntese, enxergavam nele uma vagueza capaz de autorizar o Estado a influir de maneira desmedida na intimidade e autonomia do cidadão, sob o fundamento de proteção da saúde. Tais objeções foram incapazes de mitigar o entendimento de saúde adotado pela OMS, de modo que a ter saúde significa ter um bom funcionamento físico, mental e social – diametralmente oposto à significância atribuída no sentido de que ter saúde seria, tão somente, não possuir nenhuma doença.

---

<sup>99</sup> SCLIAR, 2007.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 29-41.

<sup>101</sup> Ibidem.

<sup>102</sup> BRITO, Annie Mehes Maldonado et al. **Representações sociais, crenças e comportamentos de saúde: um estudo comparativo entre homens e mulheres**. 2012. Dissertação de mestrado (mestre em psicologia) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Florianópolis, 2010.

Tecidas tais considerações, é importante, neste momento, mudar o foco para a importância dada ao corpo, a sua maleabilidade e sua interferência na psiquê humana.

O corpo é fruto de uma conjectura de fatores de uma sociedade, são eles: culturais, sociais, econômicos e geográficos. Por exemplo, mulheres com sobrepeso, hoje esmagadas pelo mercado de consumo e pela mídia, já foram veneradas em momentos pretéritos da história<sup>103</sup>.

O sociólogo Mike Featherstone classifica a sociedade pós-moderna de consumo como indissociável à complexidade humana, sendo um reflexo de seus valores, desejos, hábitos, gostos e, de um modo geral, necessidades extremamente intensificadas<sup>104</sup>.

Ademais, a pós-modernidade cultua um padrão de perfeição do corpo humano que, inquestionavelmente, inserem àqueles que não são possuem estes reais problemas de psicológicos de rejeição do seu corpo, infelicidade consigo e dificuldades no seu relacionamento com a sociedade de um modo geral.

Diante das discussões acima expostas, a conclusão aduzida é no sentido de que o papel da cirurgia plástica atualmente, leia-se, na pós-modernidade, é completamente diferente do papel que esta assumia em tempos pretéritos. Isso se deve ao fato de que, se antigamente ela era somente um instrumento da futilidade humana, hoje em dia, passa a significar um modo do ser humano alcançar a sua saúde, tendo em vista o papel que a estética assume diante da sua autoestima e, conseqüentemente, do seu bem-estar psicológico.

É inegável a necessidade de desconstruir o preconceito que recai sobre este ramo da medicina, sobretudo por, atualmente, este entendimento refletir de maneira muito maléfica para os profissionais que nela atuam. Ademais, tais reflexos acabam por recair sobre a sociedade, leia-se, os pacientes, que tem que arcar com os vultosos valores que são constituídos com base neste contexto de insegurança em jurídica que atua o cirurgião estético em procedimento embelezador.

---

<sup>103</sup> RIBEIRO, Rubia Guimarães, SILVA, Karen Shein; KRUSE, Maria Henriqueta. O corpo ideal: a pedagogia da mídia. **Revista Gaúcha Enfermagem**, Porto Alegre, RS, v. 1, p. 71-76, mar. 2019.

<sup>104</sup> FEATHERSTONE, M. **Cultura de consumo e Pós-modernismo**. São Paulo: Studio Nobel, p. 89.

### 3.3 AS ESPECIFICIDADES DOS PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS

As cirurgias plásticas podem ser entendidas como um ramo da medicina que engloba uma gama de procedimentos, cirúrgicos e não cirúrgicos, com o objetivo de modificar a anatomia humana. Seu campo de atuação está pautado no tratamento de deformidades corporais adquiridas – congênitas, traumáticas, oncológicas etc. – com a finalidade de melhorar o “equilíbrio biopsicossocial do paciente e posterior melhora da qualidade de vida”<sup>105</sup>.

A Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética promove uma distinção entre os procedimentos estéticos cirúrgicos e não-cirúrgicos. Os procedimentos estéticos não cirúrgicos são toxina botulínica, enchimentos, tratamento de veias etc. Já os procedimentos cirúrgicos são categorizados da seguinte forma: procedimentos cirúrgicos do rosto e da cabeça, procedimentos cirúrgicos da mama e procedimentos cirúrgicos corporais<sup>106</sup>.

Os procedimentos cirúrgicos cresceram exponencialmente no século XXI. Se em tempos remotos o alvo de tal campo da medicina eram as mulheres, hoje é comum encontrar crianças, homens, adolescentes e idosos que têm se submetido a estes procedimentos.

Dentre os procedimentos cirúrgicos mais procurados ao redor do mundo, tem-se o aumento das mamas, a lipoaspiração, a rinoplastia, a otoplastia e a abdominoplastia. Os procedimentos estéticos não cirúrgicos mais realizados, por sua vez, são a toxina botulínica, conhecida como *botox*, as restaurações com ácido hialurônico e o *peeling químico*<sup>107</sup>.

Com exceção da lipoaspiração, a taxa de mortalidade desses procedimentos cirúrgicos encontra-se em baixo patamar: somente uma 1 (uma) pessoa a cada 57.000 (cinquenta e sete mil) morre e a causa da morte geralmente é o tromboembolismo pulmonar. Nas lipoaspirações, 1 (uma) pessoa a cada 5.000 (cinco mil) morre em decorrência da referida complicação<sup>108</sup>.

Nota-se que a cirurgia é um ramo médico que possui tamanha especificidade. A começar pelas distinções concedidas às suas intervenções de acordo com a

---

<sup>105</sup> BORGES, 201, p. 115.

<sup>106</sup> MARTINS, 2016, p. 77.

<sup>107</sup> Ibidem.

<sup>108</sup> BORGES, 2014.

finalidade do tratamento pretendido pelo paciente sendo, neste contexto, classificada em reparadora, embelezadora e híbrida – que serão analisadas com a devida atenção no subtópico que segue.

### **3.3.1 A distinção entre cirurgias estéticas embelezadoras, reparadoras e híbridas**

As distinções que serão realizadas nas linhas abaixo subscritas constituem-se em um elemento crucial na caracterização da modalidade de responsabilidade civil a ser adotada no procedimento cirúrgico estético.

As cirurgias plásticas, segundo classificação de Camilla de Jesus Mello Gonçalves<sup>109</sup>, podem ser reparadoras ou estéticas, diferenciadas pela finalidade terapêutica que se faz presente na primeira e pelo objetivo embelezador, típico da segunda. Depreende-se que há um entendimento de necessidade do procedimento reparador para a preservação da integridade física do paciente, necessidade essa que não se faz presente, geralmente, na cirurgia estética.

Via de regra, essa é a distinção realizada pela maior parcela da doutrina. Caldas Neto<sup>110</sup>, por sua vez, classifica a cirurgia corretiva como aquela em que se busca a reparação de enfermidades congênitas ou adquiridas, procedimento indubitavelmente terapêutico, como, por exemplo, a correção de uma mama após a retirada de um câncer. Por outro lado, conceitua como meramente estética aquela cirurgia que não possui a supracitada finalidade terapêutica, fundada na busca do paciente no aprimoramento da sua beleza e na ausência de qualquer doença a ser tratada por meio desta intervenção.

Muito embora essa distinção seja amplamente difundida pela doutrina, é inevitável neste trabalho científico, dada a profundidade que se almeja a respeito das cirurgias estéticas, não reconhecer a existência de uma terceira classificação.

Kfoury Neto, acrescenta às classificações acima indicadas a distinção entre as cirurgias de caráter estritamente estético e as cirurgias estéticas em sentido

---

<sup>109</sup> GONÇALVES, Camilla de Jesus Mello. Breves notas sobre responsabilidade civil na cirurgia plástica reparadora, estética e de transgenitalização e nos tratamentos dermatológicos: análise da jurisprudência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 109, 2014, p.11.

<sup>110</sup> NETO, Joaquim Caldas. A Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico no caso de Erro Médico à Luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. **Athenas**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 218-236, jan./out. 2015, p. 232.

amplo<sup>111</sup>. Segundo ele, quando a intenção do paciente em aperfeiçoar um membro do seu corpo, como a sua orelha, por exemplo, partindo de um intento perfeccionista advindo diante de um padrão estético determinado, é o caso de uma cirurgia de caráter estritamente estético. Nestas, não há uma “anomalia” estética a ser reparada, pondo o paciente em riscos graves e culminando em um liame obrigacional de resultado entre o médico e o paciente.

Em outro passo, a cirurgia estética em sentido amplo caracterizar-se-ia quando, de fato, há correções que, embora não fundadas em doenças e inerentes à condição humana, fazem-se necessárias diante do “mal-estar psíquico” suportado pelo paciente em face a tal imperfeição<sup>112</sup>. É o caso em que o membro objeto da intervenção encontra-se em notória “desarmonia estética” com o restante do corpo, hipótese em que a atuação do esculápio seria fundada sob a égide das obrigações de meio.

Ou seja, partindo da classificação das cirurgias estéticas de acordo com o seu nível de complexidade, Kfouri Neto<sup>113</sup> analisa se o paciente possui uma condição estética normal e procura uma intervenção cirúrgica para melhorá-la ou se a feição do paciente necessita realmente de reparo, dado tamanho desconforto psicológico que tal característica lhe acarreta. Na primeira situação, o autor entende que o facultativo assume uma obrigação de resultado, ao passo que na segunda situação estaria o médico vinculado a uma obrigação de meio.

Diante desta classificação, foi vislumbrada pelo Superior Tribunal de Justiça uma situação de maior complexidade: quando em um mesmo procedimento estético o paciente se submetia a uma cirurgia de caráter estritamente estético e a uma cirurgia estética em sentido amplo. Neste caso, entendeu a corte superior que o procedimento deveria ser segregado, analisando “cada parte do procedimento cirúrgico por meio do regramento atinente àquela intervenção”<sup>114</sup>.

O entendimento majoritário a respeito do tema é que, ao celebrar um contrato para a realização de uma cirurgia reparadora, o médico se compromete em atuar com toda diligência necessária para chegar ao melhor resultado possível, ou seja, a sua obrigação é tão somente atuar de maneira diligente e atenciosa. Por outro lado, as cirurgias estéticas, por seu caráter embelezador, são entendidas como um

---

<sup>111</sup> KFOURI NETO, 2013, p. 213.

<sup>112</sup> KFOURI NETO, 2013.

<sup>113</sup> Ibidem.

<sup>114</sup> MARTINS, 2016, p. 79.

contrato em que o paciente busca um resultado específico e o médico deve alcançar aquilo que foi avençado.

Essa distinção é extremamente importante no que diz respeito à responsabilidade civil do médico, pois nos casos de cirurgias reparadoras, onde foi avençada uma obrigação de meio, o médico só responderá por eventual resultado inesperado caso seja constatada sua culpa (negligência, imprudência ou imperícia) na realização do procedimento. Nos casos de cirurgias estéticas, se o resultado não foi o esperado, presume-se a culpa do médico, o que acarreta, sobretudo à luz das disposições que regem a relação consumerista, em vasto desfavor para o esculápio.

A comunicação estabelecida entre o paciente e o médico é fundamental para a definição da avença celebrada: se diante de uma cirurgia estética reparadora, na qual, geralmente, estabelece-se uma obrigação de meio, o médico garante eliminar deformidade (congenita, cirúrgica ou traumática), tem-se em verdade uma obrigação de resultado e as demais consequências jurídicas que esta acomete.

Sérgio Cavalieri Filho<sup>115</sup>, acompanhado pela maioria da doutrina, entende que a cirurgia plástica estética é avençada por meio de uma obrigação de resultado – haja vista o profissional avençou uma obrigação de entregar aquilo que prometeu – já que 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 modo que a se presume a culpa do esculápio, cabendo-lhe provar que o insucesso ocorreu por fatores imponderáveis.

Pode-se extrair do julgamento do Recurso Especial 985.888/SP que em procedimentos cirúrgicos para fins estéticos haveria um dever de indenizar baseado na culpa presumida do médico, cabendo ao profissional demonstrar que eventuais insucessos ou efeitos danosos (tanto na parte estética como em implicações adversas surgidas) relacionados à cirurgia decorram de fatores alheios a sua atuação<sup>116</sup>.

É notório que a intenção que o legislador teve de conceder ampla proteção ao paciente acabou inserindo os médicos que atuam na área de cirurgias estéticas em um campo de extrema insegurança jurídica, pois, por exemplo, qual é a chance de

---

<sup>115</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>116</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 985.988/SP (2007/0088776-1)**. Recorrente: Antônio Carlos Ferreira Castro. Recorrido: Andréa Josefa da Silva. Relator: Ministro Luis Felipe Salomao. Quarta Turma. Data de Julgamento: 16/02/2012. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399757/recurso-especial-resp-985888-sp-2007-0088776-1-stj/inteiro-teor-21399758>. Acesso em: 17 mai. 2020.

comprovar que o paciente não tomou os cuidados necessários devidos para a obtenção do resultado esperado?

Este cenário faz com que os procedimentos estéticos possuam valores extremamente elevados, dada a possibilidade de os médicos serem acionados posteriormente. Fato que dificulta o acesso da sociedade a estes e desencadeia um exponencial crescimento da relativização de procedimentos médicos, principalmente no âmbito estético/dermatológico, onde muitas intervenções são realizadas por profissionais que não possuem a devida habilitação no CRM, colocando a vida do paciente em risco<sup>117</sup>.

O cenário atual caracteriza-se por profissionais que realizam os procedimentos estéticos que, legalmente, são de competência dos médicos dermatologistas/cirurgiões, por um preço mais acessível, entretanto, sem a devida técnica e segurança que os esculápios possuem.

Há um movimento doutrinário, ainda lento e de menor aderência, que critica a dicotomia acima transcrita. Para o professor Cristiano Chaves<sup>118</sup>, por exemplo, não só a inclusão das cirurgias estéticas na categoria de obrigações de resultado, como a inclusão de qualquer outro procedimento na dicotomia acima transcrita revela certa discricionariedade. O motivo pelo qual os procedimentos são segregados desta forma é fruto de um preconceito de que as cirurgias plásticas possuem objetivos que não ultrapassam a fútil estética.

Neste sentido, é preciso que fique claro que o médico não possui controle absoluto sobre os resultados, ainda que tenha agido com toda diligência possível. Toda intervenção cirúrgica apresenta riscos e pode gerar resultados inesperados, seja por causa desconhecida ou alheia à atuação do médico. A afirmação contrária não encontra amparo na medicina.

Conclui-se que, independentemente da especificidade da cirurgia em questão, instituir uma obrigação de resultado seria o mesmo que admitir que o corpo humano é uma ciência exata, até mesmo cartesiana – “se A, deve ser B”.

De extrema relevância mostrou-se o dever de informação nas relações paciente-médico, sobretudo no que tange às cirurgias plásticas, tendo em vista que,

---

<sup>117</sup> FRAZÃO, Paulo; MINAKAWA, Marcia Michie. Medicalização, desmedicalização, políticas públicas e democracia sob o capitalismo. **Trabalho, Educação e Saúde**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 407-430, 2018.

<sup>118</sup> FARIAS, 2019.

conforme alhures exposto, a informação pode ser fator determinante para a caracterização da obrigação a que o cirurgião plástico estará submetido.

### 3.3.2 O dever de informação do médico nas cirurgias estéticas

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece ao paciente o direito de receber a informação assistencial adequada e, a depender do caso, a consentir, com base nessa informação, à realização de procedimentos e intervenções incidentes sobre o seu corpo<sup>119</sup>.

O direito à informação, de um modo geral, pode ser classificado como uma garantia fundamental do consumidor, com respaldo sistemático e implícito na Constituição Federal. Trata-se de um instrumento sem o qual não se poderia imaginar um sistema protetivo ao consumidor. Mais a mais, ainda que não positivado, poder-se-ia extrair o direito fundamental à informação dos direitos fundamentais à saúde e à vida, este, por sua vez, com previsão expressa na Constituição Federal<sup>120</sup>.

O direito à informação estabelece um inafastável dever de incumbência ao fornecedor. Em se tratando da relação paciente-médico, por exemplo, é dever do médico prestar todos os esclarecimentos possíveis a respeito do estado de saúde do paciente, das (im)possibilidades de tratamento a serem adotados, dos riscos inerentes a cada procedimento, entre outros<sup>121</sup>.

Principalmente a partir do século XXI, onde foram preconizados pelo Código civil de 2002 o direito à informação como um dever anexo contratual, o consentimento informado tornou-se a principal causa debatida nos processos que envolvem a responsabilidade civil médica<sup>122</sup>.

No exercício da atividade médica, é possível inferir que

o consentimento informado é o registro em prontuário de uma decisão voluntária, por parte do paciente ou de seus responsáveis legais, tomada após um processo informativo e esclarecedor, para autorizar um tratamento ou um procedimento médico específico, consciente de seus riscos,

<sup>119</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Aprova o código de ética médica. Diário Oficial da União, n. 183, 2009. Brasília, DF: Presidência da República, 2009.

<sup>120</sup> BARBOSA, 2008.

<sup>121</sup> Ibidem.

<sup>122</sup> CORTÉS, Julio César Galán; YAGUEZ, Ricardo De Angel. **Responsabilidad médica y consentimiento informado**. Espanha: Civitas, 2001. p. 21.



benefícios e possíveis consequências. Deve documentar que o paciente foi informado a respeito das opções de tratamento, se existirem.<sup>123</sup>

Aqui, é necessário visitar os tempos pretéritos para que se note tamanha evolução. Na medicina, por mais absurdo que pareça, já se acreditou que quanto menos conhecimento a respeito do seu estado de saúde tivesse o paciente, maior seria sua chance de cura. O poder centralizado na figura do médico, face ao seu conhecimento técnico, era de tal forma que este se sub-rogava na pessoa do paciente para tomar uma decisão sobre sua vida, ou morte<sup>124</sup>.

Atualmente, não se discute mais se o paciente tem ou não direito à informação, mas como esta deve ser concedida e os demais requisitos que deve, sob pena de nulidade, atender.

O dever de informação dos profissionais da área da saúde tem sido decomposto pela doutrina em três categorias distintas, que criam para eles um “standard de conduta” neste ponto. Há que se falar em “dever de informação-lealdade”, “dever de informação-colaboração” e, por fim, “dever de informar propriamente dito”<sup>125</sup>.

O dever de informação-lealdade seria o conglomerado de informações referentes ao risco do tratamento/intervenção a ser realizada no paciente, bem como todos os resultados adversos, indicando quais são os mais recorrentes e os mais remotos, além de cientificar o paciente sobre os riscos inerentes a tal atuação e o respectivo custo do tratamento<sup>126</sup>.

O dever de informação-colaboração é constituído pelas informações referentes à parcela de contribuição do paciente para que se aumente as chances de êxito do tratamento. Este dever de informação pode ser entendido como os deveres de conduta do paciente no momento pós-operatório, que possui importância igual ou maior que o ato médico na consecução do resultado almejado<sup>127</sup>.

O dever de informação propriamente dito pode ser entendido como o dever do médico em expor ao paciente o diagnóstico da sua doença e, ato contínuo,

---

<sup>123</sup> HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; CONSTANTINO, Clóvis Francisco; OSELKA, Gabriel Wolf. Consentimento informado no atendimento pediátrico. **Revista Paulista de Pediatria**, São Paulo, v. 28, n. 2, p. 128-133, 2010.

<sup>124</sup> FACCHINI, Eugênio Facchini; EICK, Luciana Gemelli. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva. **Ajuris**, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, v. 42, n. 138, 2016, p. 54-55.

<sup>125</sup> MIRAGEM, 2010, p. 690-691.

<sup>126</sup> Ibidem.

<sup>127</sup> Ibidem.

descrever com toda a objetividade possível os tratamentos que podem ser adotados, a chance de êxito neste caso, se estes inexitem ou são ineficazes<sup>128</sup>.

No que tange a questão do conteúdo e abrangência da informação que deve ser observada pelo profissional da área de saúde, tem-se que esta deve englobar todas aquelas informações capazes de infirmar o convencimento do paciente em realizar ou não o tratamento. Neste sentido, o doutrinador Bruno Miragem<sup>129</sup> aduz que a informação deve ser assimilável e, neste ponto, a condição de vulnerabilidade do paciente (física, psicológica e técnica) representa a necessidade deste se submeter ao tratamento indicado e anuir com tudo aquilo que lhe foi exposto.

O paciente, diante de todas as informações prestadas pelo médico, encontra-se livre para optar ou não por realizar o procedimento. A função do dever de informação é criar no paciente o esclarecimento necessário à sua decisão, esta, denominada pela doutrina como “consentimento informado”<sup>130</sup>.

O consentimento informado é conceituado como a manifestação da vontade autônoma e consciente do paciente ao tratamento ou intervenção proposta pelo médico, após todo o supracitado processo de fornecimento das informações necessárias a tal ato<sup>131</sup>.

Este caminho a ser percorrido pelo médico em fase anterior ao tratamento, ou intervenção, comporta exceção: na hipótese em que é necessário que tais atos sejam praticados com urgência, leia-se, quando há risco de morte do paciente, sem que haja tempo para se promover tal diálogo, bem como nas situações de “benefício terapêutico”.

A ausência do consentimento informado pode ser percebida quando o médico efetua a intervenção ou o tratamento sem informar ao paciente de uma maneira adequada, seja porque a informação foi fornecida de maneira insuficiente ou porque se comunicou de um modo inapropriado.

Neste cenário, importa considerar que o médico muitas vezes se depara com o grande problema: comprovar que forneceu todas as informações necessárias à perfectibilização do consentimento esclarecido, que o paciente compreendeu

---

<sup>128</sup> Ibidem.

<sup>129</sup> MIRAGEM, 2010, p. 690-691.

<sup>130</sup> FACCHINI; EICK, 2016, p. 57.

<sup>131</sup> Ibidem.

adequadamente o que lhe havia sido informado e que não existe vícios neste aspecto<sup>132</sup>.

Hironaka<sup>133</sup>, no mesmo sentido, ressalta que, sobretudo nas cirurgias plásticas estéticas, é mais seguro que o médico proceda à elaboração de um termo de consentimento individualizado, no qual subscreve todas as informações que devem ser transmitidas ao paciente para que este possa manifestar sua vontade de maneira plenamente esclarecida.

É necessário esclarecer que a prova documental acima descrita não é capaz, e nem perto disso, de atestar de maneira incontestada que o médico atuou da maneira que lhe cabia no que tange a obediência ao dever de informação, e vice-versa, ou seja, a ausência de um termo formalizando as informações que foram passadas ao paciente, também não significa que não houve o consentimento informado por parte do paciente<sup>134</sup>.

Conforme alhures aduzido, para além do conteúdo da informação transmitida ao paciente, se esta abarcou todas as especificidades constantes no caso concreto que podem influir na decisão do paciente em optar ou não pelo tratamento, é necessária atenção sobre o paciente na qualidade de receptor de tal informação.

Isto quer dizer que em eventual litígio, o perfil do paciente influenciará de maneira extremamente relevante na apuração do esclarecimento a respeito da informação que lhe foi passada. Neste espeque, “o jurista deverá analisar a idade, grau cultural, capacidade de assimilação do referido conteúdo, vocabulário utilizado (não ambíguo e acessível)”.<sup>135</sup>

Tecidas tais considerações, surge, inevitavelmente, o questionamento a respeito de o que seria uma informação adequada e, neste sentido, é possível afirmar que uma informação adequada deve incluir, à luz do caso concreto, quais os riscos que compõe o procedimento indicado, seja ele estético ou terapêutico, e quais alternativas dispõe o paciente, à luz do prognóstico, com o aceite ou a recusa do tratamento ou da intervenção.

---

<sup>132</sup> MARTINS, 2016.

<sup>133</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Cirurgia plástica e a responsabilidade civil do médico: para uma análise jurídica da culpa do cirurgião plástico**. Palestra proferida no VII Radesp – Reunião Anual dos Dermatologistas do Estado de São Paulo, na cidade de Santos (SP), 30 nov. 2002 Sociedade Brasileira de Dermatologia, São Paulo, 2002. Disponível em: [http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo\\_giselda\\_cirurgia.pdf](http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo_giselda_cirurgia.pdf). Acesso em: 6 out. 2020, p. 20-22.

<sup>134</sup> FACCHINI; EICK, 2016, p. 61.

<sup>135</sup> Ibidem.

De igual modo, surge o questionamento sobre a (im)prescindibilidade da informação referente às possíveis iatrogenias que podem ocorrer em determinados procedimentos, que compõem uma porcentagem ínfima da álea inerente aos procedimentos.

Tendo em vista que as iatrogenias “beiram o fortuito”, não há obrigação do médico em informá-las ao paciente, pois seria possível que o paciente recusasse tal intervenção ou tratamento, embora este fosse de baixa complexidade e tal informação não passasse de mera formalidade diante de uma irrisória possibilidade de dano. A regra que prevalece nesses casos é a da ponderação: o médico deve analisar o nível do risco que o paciente se sujeitará ao se submeter a determinada intervenção e os benefícios que este tratamento poderá lhe resultar se bem-sucedido, optando, ou não, por transmitir tal informação<sup>136</sup>.

Outro caso em que se revela extremamente plausível a omissão do médico a respeito de determinada informação referente ao tratamento, intervenção ou estado de saúde do paciente é quando esta for potencialmente lesiva ao psicológico do vulnerável, recorrente em casos de doenças terminais. Nestes casos, recomenda-se que tais informações sejam passadas à família ou ao responsável direto<sup>137</sup>.

Tal posicionamento doutrinário é controverso, havendo, principalmente na comunidade médica, aqueles profissionais que preferem agir com toda sinceridade possível na busca do pleno consentimento informado a ser emanado pelo paciente<sup>138</sup>.

Em recorte ao tema em deslinde, as cirurgias estética, não há que se cogitar qualquer omissão no que tange às informações a serem transmitidas aos pacientes. O dever de informar nesta especialidade médica deve contemplar todos os riscos conhecidos pelo esculápio de modo que o paciente esteja plenamente esclarecido a respeito dos resultados adversos que poderá lhe acometer<sup>139</sup>, dada a ausência de urgência e, nos casos dos procedimentos embelezadores, o alcance de um resultado que melhore a sua beleza<sup>140</sup>.

---

<sup>136</sup> FACCHINI; EICK, 2016.

<sup>137</sup> TEPENDINO; BARBOSA; MORAES, 2006, p. 90-91.

<sup>138</sup> GOGLIANO, Daisy. O consentimento informado em matéria de bioética. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coords.). **Responsabilidade Civil: Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 127.

<sup>139</sup> Ibidem.

<sup>140</sup> BORGES, 2014.

Tanta relevância incide sob o dever de informação na cirurgia estética que a doutrina francesa, por exemplo, atualmente, caminha no sentido de classificar as obrigações estabelecidas neste ramo da medicina como de “meios”, e não “resultado”, sob a tese de que compartilha da mesma álea inerente às demais especialidades. No entanto, admitem existir nas cirurgias plásticas um “recrudescimento dos deveres de informação, que deve ser exaustiva, e de consentimento, claramente manifestado, esclarecido e determinado”<sup>141</sup>.

Outra parcela da doutrina classifica o dever de informação como verdadeiro divisor de águas nas cirurgias estéticas. Se este dever for plenamente observado, tendo o médico fornecendo todas as informações que deveriam ser passadas ao paciente, estaria vinculado a uma obrigação de meio, caso contrário, diante do descumprimento deste dever, estaria vinculado a uma obrigação de resultado<sup>142</sup>.

Ademais, há quem defenda que as cirurgias estéticas contemplam, em qualquer hipótese, obrigações de meio. Para esta pequena, diga-se de passagem, parcela doutrinária, existem duas situações no que tange o dever de informação do médico cirurgião: i) se não forneceu as informações devidas para que o paciente emanasse um consentimento plenamente esclarecido, descumpriu, portanto, um dever anexo, o que acarreta no inadimplemento contratual, em atenção ao princípio da boa fé objetiva; ii) se forneceu informações que destoam da realidade, criando no paciente a ideia de que alcançaria a perfeição submetendo-se àquele procedimento, responderá por propaganda enganosa<sup>143</sup>.

Por fim, há quem defenda que se trata de uma obrigação de resultado, reconhecendo o recrudescimento do dever informacional nesta especialidade médica, principalmente quando operado o erro médico<sup>144</sup>. E como determinar qual é, de fato, a importância do dever de informação e como este influirá na responsabilidade civil do cirurgião em caso de descumprimento?

---

<sup>141</sup> AGUIAR JUNIOR, 2010, p. 518.

<sup>142</sup> BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade Civil do Médico. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coords.). **Responsabilidade Civil: Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 320- 349, p. 331.

<sup>143</sup> BORGES, 2014.

<sup>144</sup> ANDRIGHI, Fatima Nancy. Responsabilidade Civil na cirurgia estética. **Palestra proferida na XIX Jornada Centro-Oeste de Cirurgia Plástica realizada em Brasília**, XIX Jornada Centro-Oeste de Cirurgia Plástica, Brasília, 16 mar. 2006. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/213131354/Fatima-Andrighi-Responsabilidade-Civil-Na-Cirurgia-Estetica-2006>. Acesso em: 20 out. 2020.

Via de regra, a observância do dever de informação, por si só, não isenta o cirurgião plástico de eventual dano superveniente causado ao paciente. Somente aqueles danos previamente informados ao paciente como possíveis resultados excepcionais que compõem a álea do procedimento, ou seja, que independem da conduta adotada pelo médico, é que são capazes de afastar eventual responsabilização<sup>145</sup>.

É importante que fique claro que, para que o dano superveniente relacionado a uma álea intrínseca ao procedimento tenha o condão de afastar a responsabilidade civil do facultativo, deve este ter informado o paciente previamente sobre a sua existência.

Diante do exposto, ficou evidenciada tamanha complexidade que envolve o dever de informação e a sua respectiva influência na responsabilidade civil médica. A seguir, promover-se-á uma análise do procedimento cirúrgico de modo a explicar os fundamentos que justificam a sua caracterização como obrigações de resultado e se este entendimento merece ser superado.

### **3.3.3 A (in)adequação da caracterização dos procedimentos estéticos como obrigações de resultado**

No segundo capítulo, item 2.2, foram apresentadas noções gerais acerca da distinção entre obrigações de meio e de resultados realizada por René Demogue e como esta, de modo diverso à maneira como foi pensada, influenciou na construção teórica responsável por caracterizar a cirurgia plástica como especialidade médica na qual o facultativo obriga-se a determinado resultado.

Ato contínuo, foi exposto que as cirurgias plásticas sofrem tratamento diverso e desvantajoso quando comparadas às demais especialidades da medicina. Isso, segundo Pittelli<sup>146</sup>, encontra fundamento em três aspectos: um aspecto de natureza histórica (exposto no item 3.1 do presente capítulo), outro aspecto relacionado a atribuição da álea no referido procedimento e, por fim, o fundado em argumentos jurídicos – estes últimos que serão analisados a seguir.

---

<sup>145</sup> MIRAGEM, 2010.

<sup>146</sup> PITTELLI, 2011.

O preconceito que as cirurgias plásticas suportam, quando comparadas a outras especialidades médicas, é tema incontroverso e reconhecido pela maior parte da doutrina.

Neste sentido, Castro afirma que “toda esta carga pejorativa com que era vista a cirurgia estética, impregnou a jurisprudência, que passou a considerar o dano causado nessas operações, pela sua só produção, imputável ao médico”<sup>147</sup>.

Compartilha da mesma indignação no que tange a matéria, o grande doutrinador Gerson Luiz Branco<sup>148</sup>, muito à frente do seu tempo, que, em 1996, reconhecia evidente injustiça em tal tratamento. Além disso, também reconhecia a influência histórica no sentido de conceder um aspecto fútil a tais procedimentos, tendo em vista que, ainda que socialmente aceitos, não possuem a urgência que outras especialidades geralmente demandam e não se prestam a tratar dores físicas, o que, sobretudo atualmente, não faz sentido.

Adentrando a questão da álea no procedimento cirúrgico estético, Sérgio Pittelli explica que a confusão existente entre os juristas que consideram as cirurgias plásticas como obrigações de resultado advém de uma ligação entre a álea ao resultado do procedimento, ou à cura, quando, em verdade, a álea está presente em todas as etapas das cirurgias<sup>149</sup>, leia-se, em todos os “procedimentos intermediários” que compõem o resultado.

É possível notar que é muito comum na literatura jurídica tal conexão. Giostri<sup>150</sup>, neste sentido, aduz que existindo aleatoriedade incidente sobre o resultado buscado pelas partes, não há que se falar em obrigações de resultado, restando o devedor obrigado a tão somente empregar toda a “prudência e diligência” na consecução do fim ostensivamente pretendido.

Nesta mesma linha de intelecção, Kfouri Neto<sup>151</sup> entende, como a premissa geral da responsabilidade civil médica, que o médico não pode ser obrigado a obter determinado resultado acerca da cura do doente e assumir o compromisso de reabilitar sua saúde.

---

<sup>147</sup> CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil do médico**. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 149.

<sup>148</sup> BRANCO, 1996, p. 53-75.

<sup>149</sup> PITTELLI, 2011, p. 95.

<sup>150</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá Ed., 2004, p. 87.

<sup>151</sup> KFOURI NETO, 2013, p. 178.

No bojo dessa ordem de ideias é que Pittelli, acertadamente, conclui que a álea não deve ser vista como o fortuito extraordinário capaz de atingir o resultado, mas como todos os procedimentos intermediários que compõe a atividade médica, de um modo geral. *In verbis*:

As pessoas não se dão conta de que a álea associada ao resultado final ou cura é apenas e tão somente reflexo da álea carregada pelos processos intermediários, todos de natureza biológica: resposta imunológica, resposta aos fármacos, performance dos mecanismos fisiológicos e fisiopatológicos e, “last but not least”, os mecanismos de inflamação e reparo, ou seja, cicatrização, fenômeno biológico por excelência ligado à atividade do cirurgião plástico.<sup>152</sup>

Ademais, devido a tal confusão, que condiciona a álea somente ao resultado, leia-se, à cura, é que se fundamenta a caracterização das cirurgias estéticas, principalmente as embelezadoras, como categoria contemplada pelas obrigações de resultado, tendo em vista que não possuem o objetivo de curar o paciente, mas um aprimoramento da sua feição.

Para Foster<sup>153</sup>, por exemplo, não há respaldo fático e jurídico capaz de distinguir as cirurgias estéticas dos demais atos médicos, tendo em vista que ambas ocorrem no mesmo ambiente, tal seja o corpo humano, sendo a instabilidade e a imprevisibilidade fatores inafastáveis em ambos os casos.

Na doutrina brasileira, Aguiar Junior<sup>154</sup> acata o supracitado posicionamento, aduzindo que a álea está intrinsecamente ligada às reações do organismo humano. Neste mesmo sentido, refuta o argumento suscitado pela doutrina referente às propagandas e promessas muitas vezes feitas pelos médicos que atuam nesta área, aduzindo que esta situação é irrelevante no que tange à natureza da obrigação, que, inequivocamente, continua a ser um serviço dotado de risco em sua consecução.

Nesta seara, a cicatrização revela-se como um processo que pode influir diretamente no resultado da intervenção cirúrgica estática e que, evidentemente, não está sob o as rédeas do facultativo, pois depende da espessura e textura da pele, bem como fatores hereditários e hormonais<sup>155</sup>. Outro fator inerente a todos os seres humanos é a assimetria corpórea

---

<sup>152</sup> PITTELLI, 2011, p. 95.

<sup>153</sup> FOSTER, Nestor José. **Cirurgia plástica estética**: obrigação de resultado ou obrigação de meios?. São Paulo: Revista Tribunais 1997, p. 84.

<sup>154</sup> AGUIAR JUNIOR, 2010, p. 288.

<sup>155</sup> OMETTO, Rosália Toledo Veiga. **Responsabilidade civil do médico cirurgião**. São Paulo: fac simulada, 2007.



Difícil mesmo é encontrar um doutrinador que não reconheça a existência da álea nos procedimentos médicos. De fato, é preciso notar que a incidência deste fator de risco não pode ser vislumbrada apenas no resultado, mas em todas as etapas que compõe o ato médico.

Desta forma, salta aos olhos que a caracterização das cirurgias estéticas como obrigações de resultado é uma questão que necessita ser vista sob um novo enfoque, este, por sua vez, capaz de demonstrar sua semelhança aos demais procedimentos médicos.

As questões de ordem jurídica que formam o convencimento, no sentido da impossibilidade da caracterização das supracitadas obrigações como de resultado, surgem na análise da manifestação da vontade nos contratos celebrados entre os pacientes e os cirurgiões plásticos, fundamental nos deveres obrigacionais a que o médico está submetido.

Neste sentido, nota-se que a maior parte da doutrina condiciona a determinação da obrigação acordada entre as partes à expectativa criada pelo paciente, quando, na verdade, “aquilo que o credor pode razoavelmente esperar depende daquilo que o devedor prometer, e não o contrário”<sup>156</sup>.

Rodrigues<sup>157</sup>, por exemplo, ao se manifestar sobre a responsabilidade (obrigação) do cirurgião plástico, infere que o serviço buscado pelo paciente que deseja se submeter a um procedimento estético é “um fim em si mesmo”, de modo que resta ao cirurgião não somente se empenhar e agir de maneira prudente e diligente, mas, também, alcançar o resultado quisto.

Compartilhando do mesmo entendimento, mas sob o enfoque do sujeito passivo (médico), Matiello<sup>158</sup> entende que a obrigação de resultado deriva, portanto, da “expectativa criada” no paciente de que haja um aprimoramento da sua feição, operada a intervenção do facultativo.

Tal posicionamento ignora aspectos jurídicos da manifestação de vontade do médico (sujeito passivo), elemento norteador do direito obrigacional e do direito

---

<sup>156</sup> PITTELLI, 2011, p. 98.

<sup>157</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil - parte geral das obrigações**. 29. ed. São Paulo: Saraiva; 2001, p. 249.

<sup>158</sup> MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998, p. 56.

contratual, e desencadeia na disseminação da tese genérica de que todos os cirurgiões estéticos se comprometem a alcançar um resultado específico<sup>159</sup>.

De fato, como aduz Rui Stoco<sup>160</sup>, existem profissionais que atuam na especialidade médica em comento e que, de fato, fazem promessas de alcançar determinados resultados, valendo-se, inclusive, de programas de computador para antecipar o resultado da cirurgia.

No entanto, é indevido ampliar os efeitos do ato do médico que, ao atuar de tal forma, prejudica toda uma classe profissional, sendo dever do magistrado, quando da análise das especificidades do caso concreto, ponderar o que as partes acordaram entre si. Isso, inclusive, é uma regra geral do direito contratual. Em qualquer contrato, inclusive nas demais especialidades da medicina, caso faça parte do acordo a manifestação de vontade do devedor em alcançar um resultado específico, a este estará vinculado<sup>161</sup>.

Quanto à argumentação no sentido de que os pacientes que buscam os cirurgiões plásticos desejam “um resultado específico” ou “um fim e não que este haja com prudência e diligência”, Pittelli<sup>162</sup>, acertadamente, infere que somente os pacientes que possuem doenças incuráveis, ou que se encontram em fase terminal, são os que não buscam um resultado específico. Isso porque, ao procurar um médico, independente da doença que lhe acometa, o paciente sempre almeja a cura, que nada mais é que um resultado específico.

Ainda em análise aos argumentos jurídicos que buscam fundamentar o estabelecimento das obrigações dos cirurgiões plásticos como de resultado, nota-se que a jurista Rosário, entende que, diante da finalidade socioeconômica dos contratos celebrados entre os pacientes e os facultativos desta especialidade médica, ocorre a obrigação de resultado.

Nota-se que a finalidade socioeconômica é incapaz de diferenciar os referidos contratos dos demais, tendo em vista que é uma característica compartilhada por todo o instituto, incidindo em toda e qualquer relação contratual.

---

<sup>159</sup> PITTELLI, 2011, p. 99.

<sup>160</sup> STOCO, Rui. Iatrogenia e responsabilidade civil do médico. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 645-654.

<sup>161</sup> PITTELLI, 2011, p. 100.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 101.

Ato contínuo, em análise ao objeto do contrato em deslinde, Pittelli<sup>163</sup> traz a seguinte indagação: diante da aleatoriedade inerente à atividade médica, é possível que o esculápio esteja obrigado a alcançar determinado resultado? Trata-se da impossibilidade física do objeto. Não é lícito exigir do devedor um resultado que ele não pode alcançar, ou, ao menos, que ele não possa garantir que alcançará.

Sebastião, buscando uma classificação para as obrigações de resultado, infere que “será de resultado a obrigação cujo fim depender penas da conduta do contratado”<sup>164</sup>.

Diante desta classificação, em análise a tudo que foi exposto ao longo deste subtópico, vislumbra-se mais um argumento que reforça a caracterização das obrigações dos cirurgiões plásticos como de meios, tendo em vista que o resultado depende, quiçá em mesma medida, a fatores intrínsecos do paciente.

O último argumento jurídico que visa classificar como de resultado as obrigações dos cirurgiões, refere-se ao risco criado pelos facultativos que atuam em tal área, tema que está relacionado à responsabilidade objetiva e que, dotado de especificidades a serem analisadas, será averiguado em capítulo próprio.

### 3.4 AS CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS EMBELEZADORAS NOS TRIBUNAIS

A caracterização da modalidade de responsabilidade civil imputada aos cirurgiões plásticos em procedimentos embelezadores, conforme visto, tem sido tema de muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência. Neste contexto, é possível identificar duas correntes divergentes na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A corrente majoritária posiciona-se no sentido de reconhecer a obrigação dos médicos como de meio, apontando como exceção a hipótese das cirurgias plásticas embelezadoras em que o médico obriga-se a um resultado específico.

Sobre a responsabilidade civil imputável ao caso, esta corrente entende que ela permanece subjetiva, entretanto, em se tratando de obrigações de resultado, opera-se o fenômeno da “culpa presumida” – situação em que o ônus da prova é

---

<sup>163</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>164</sup> PITELLI, 2011, p. 100.

invertido automaticamente em desfavor do médico. Este entendimento é verificado nos seguintes julgados: REsp 1.468.756 – DF (2014/0173852-5), Relator: Min. Moura Ribeiro<sup>165</sup>; REsp 1.268.62 – MS (2018/00068541), Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze<sup>166</sup>; REsp 1.097.955 – MG (2008/0239869-4)<sup>167</sup>, REsp 1.180.815 – MG (2010/0025531-0)<sup>168</sup>, REsp 1.395.254 – SC (2013/0132242-9)<sup>169</sup>, todos de Relatoria da Min. Nancy Andrighi; REsp 1.269.832 – RS (2011/0184187-2)<sup>170</sup>, Relator: Min. Castro Meira; REsp 236708 – MG (1999/0099099-4)<sup>171</sup>, Relator: Min. Carlos Fernando Mathias.

Por outro lado, existe uma parcela minoritária que compartilha o entendimento de que a cirurgia estética embelezadora é um procedimento no qual o cirurgião “assume obrigação de resultado (Responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade”. Depreende-se este entendimento dos seguintes julgados: REsp 81.101<sup>172</sup> – PR (1995/0063170-9), Relator: Min. Waldemar Zveiter; Agravo Interno no REsp nº 1.544.093<sup>173</sup> – DF (2015/0172950), Relator: Min. Paulo de Tarso Sansverino.

Do quanto exposto, nota-se que, *a priori*, o debate doutrinário gira em torno de qual seria o melhor enquadramento a cancelar a responsabilidade civil médica, se com a aferição de culpa, ainda que esta seja em presumida, em desfavor do médico ou se seria objetiva, adotando-se a teoria do risco criado pelo cirurgião

<sup>165</sup> BRASIL. STJ. **AgRg no REsp 1.468.756/DF**, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 19/5/2016, DJe de 24/5/2016. Brasília, DF: STJ, 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178710339/recurso-especial-resp-1468756-df-2014-0173852-5>. Data de acesso: 22 out. 2020

<sup>166</sup> BRASIL. STJ. **AREsp: 1.268.262/MS**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Decisão monocrática, j. em 09/04/2018, DJe de 19/04/2018. Brasília, DF: STJ, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/568766215/agravo-em-recurso-especial-arep-1268262-ms-2018-0068541-7>. Data de acesso: 22 out. 2020.

<sup>167</sup> BRASIL. STJ. **REsp 1.097.955/MG**, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 27/9/2011, DJe de 3/10/2011. Brasília, DF: STJ, 2011.

<sup>168</sup> BRASIL. STJ. **REsp 1.180.815/MG**, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 19/08/2010, DJe de 26/8/2010. Brasília, DF: STJ, 2010.

<sup>169</sup> BRASIL. STJ. **REsp 1.395.254/SC**, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 15/10/2013, DJe de 29/11/2013. Brasília, DF: STJ, 2013.

<sup>170</sup> BRASIL. STJ. **REsp 1.269.832/RS**, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. em 6/9/2011, DJe de 13/9/2011. Brasília, DF: STJ, 2011.

<sup>171</sup> BRASIL. STJ. **REsp 236.708/MG**, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, j. em 10/2/2009, DJe de 18/5/2009.

<sup>172</sup> BRASIL. STJ. **REsp 81.101/PR**, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. em 13/4/1999, DJe de 31/5/1999. Brasília, DF: STJ, 1999.

<sup>173</sup> BRASIL. STJ. **AgInt no REsp 1.544.093/DF**, Rel. Min. Paulo de Tarso Sansverino, Terceira Turma, j. em 09 de agosto de 2016, DJe de 16/08/2016. Brasília, DF: STJ, 2016.

plástico e obrigando-o a reparar qualquer resultado adverso ao pretendido pelo paciente em tais intervenções.

Ocorre que, tem-se ainda uma terceira corrente doutrinária<sup>174</sup> que entende como inapropriada as classificações acima expostas. Para esta corrente, não haveria que se falar em distinção entre as cirurgias estéticas e as demais especialidades, de modo que a obrigação assumida pelo cirurgião plástico seria, como nos demais campos da medicina, de meio. Ato contínuo, a modalidade de aplicação da responsabilidade civil de tais profissionais seria subjetiva, sem culpa presumida.

Diante do exposto, será objeto dos capítulos seguintes analisar a melhor doutrina e jurisprudência das três modalidades de responsabilidade civil que podem incidir sobre os cirurgiões plásticos em procedimentos embelezadores, tais sejam a responsabilidade civil subjetiva, a responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida – ambas a serem abordadas no próximo capítulo (denominado Responsabilidade Civil Subjetiva) –, e a responsabilidade objetiva, a ser analisada no último capítulo.

---

<sup>174</sup> BRASIL. **STJ. REsp 81.101/PR**, Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. em 13/4/1999, DJe de 31/5/1999. Brasília, DF: STJ, 1999.

#### 4 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

Antes mesmo de adentrar no elemento cerne deste trabalho, tal seja construir uma análise crítica a respeito da regulamentação normativa e jurisprudencial imputada à responsabilidade civil do cirurgião plástico em procedimentos estéticos embelezadores, é fundamental abordar noções gerais sobre a responsabilidade civil subjetiva.

É importante ressaltar que é desnecessário tentar elaborar um conceito de responsabilidade civil que pacifique a inquietação doutrinária existente em torno do assunto, seja pela complexidade ou pela constante evolução do tema<sup>175</sup>.

O elemento cerne do presente estudo gira em torno da análise da culpa, leia-se, da ausência desta para fins de responsabilização médica, e, sendo assim, cumpre, inicialmente, reportar o conceito trazido pelo Código Civil de 2002 como sendo, em apertada síntese, a responsabilidade civil relacionada à noção de não causar dano a outrem. O legislador trouxe nos artigos 186 e 927 do supracitado diploma normativo, respectivamente, o conceito de ato ilícito e a consequência para tanto: a obrigação de reparar o dano. Formulou-se genericamente o conceito de responsabilidade civil a partir destes artigos<sup>176</sup>.

Debruçando-se sobre a doutrina, pode-se entender a responsabilidade como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão. Em uma concepção jusnaturalista, a responsabilidade civil é entendida por parte da doutrina como inerente à natureza humana, pois, quando pensada em coletividade, é indissociável ao indivíduo a obrigação de responder pelos seus atos e reparar os danos que causou.

---

<sup>175</sup> FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2019, p. 33.

<sup>176</sup> BRASIL, 2002.

#### 4.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

A responsabilidade civil e as questões indenizatórias, de um modo geral, passaram por radicais modificações ao longo dos anos (durante toda a existência da humanidade), permanecendo extremamente volátil até os dias de hoje, sendo sedimentada a ideia de que a teoria da responsabilidade civil evolui cotidianamente.<sup>177</sup>

Vigorava na pré-história a vingança como a primeira forma de reação a um comportamento lesivo. Era um período em que não havia um poder central e a “justiça” era feita pela própria vítima ou por um grupo a que pertencia. Sobreveio a Lei de Talião: “olho por olho, dente por dente”, revelando ainda os costumes primitivos. Somente em um momento muito posterior, surgiu a compensação pecuniária como forma de reparar um ato lesivo<sup>178</sup>.

Com o passar dos anos, sobreveio a “Lei das XII Tábuas” que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. Foi inserida, portanto, uma possibilidade de compensar o ofendido pelo dano causado – momento em que surgem as primeiras noções de indenização<sup>179</sup>

É pacífico o entendimento de que o direito ocidental e suas instituições se estruturaram a partir do direito romano, sendo, portanto, necessário forçar neste sistema jurídico. Para Herrera, por exemplo, a base jurídica do direito romano poderia ser resumida nos seguintes axiomas: i) *honeste vivere* (viver honestamente); ii) *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu); iii) *alterum non laedere* (não causar danos aos outros). A doutrina da responsabilidade civil ocidental adotou o axioma *neminem laeder*<sup>180</sup>.

Nota-se que os conceitos de responsabilidade civil utilizados até os dias de hoje, em sua generalidade, adotam o axioma do *neminem laedere*, evidenciando a supracitada influência.

---

<sup>177</sup> PEREIRA, 2012. p. 7.

<sup>178</sup> GALLO, Paolo. *Penne private e responsabilità civile*. Itália: Editora Giuffrè, 1996.

<sup>179</sup> LIMA, Alvíno. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

<sup>180</sup> HERRERA, Edgardo Lopez. *Teoria general de La responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006. p. 1.

## 4.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

Os pressupostos para a incidência da responsabilidade civil são essenciais para entender as contradições que permeiam o elemento cerne do presente trabalho científico, sobretudo, no que tange a questão dos contratos médicos.

Neste diapasão, cumpre mencionar que a responsabilidade civil resultante da ação humana tem como pressupostos: a existência de uma conduta voluntária; o dano sofrido pela vítima, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; o nexo causal, entendido como o liame entre o dano causado à vítima e a ação do agente; e o fator de atribuição da responsabilidade pelo dano do agente, de natureza subjetiva (culpa ou dolo), ou, excepcionalmente, leia-se, somente nos casos com previsão legal, sem aferição do elemento anímico culpa (responsabilidade civil objetiva baseada no risco da atividade exercida)<sup>181</sup>.

Um fato da natureza, embora capaz de ensejar um dano a alguém, é incapaz de gerar responsabilidade civil, por não ser atribuído ao homem. Surge como o primeiro elemento da responsabilidade civil, para o professor Pablo Stolze, a necessidade de, em um primeiro momento, haver uma conduta humana, positiva ou negativa (omissão), manifestada pela vontade do agente e, por fim, resultando em um dano ou prejuízo<sup>182</sup>.

Cumpridas tais considerações, fica evidente que, preenchidos os requisitos acima listados, há a caracterização da responsabilidade civil. Ademais, os figurantes do polo passivo das ações indenizatórias constroem a sua defesa com base nas hipóteses excludentes da responsabilidade civil, seja pela quebra do nexo de causalidade ou por disposição legal.

Faz-se necessário destacar que nem sempre a presença de uma hipótese de excludente de responsabilidade romperá com o nexo de causalidade – como é o caso do exercício regular de um direito –, havendo uma divergência doutrinária tendente a segregar o supracitado instituto em “excludentes de responsabilidade” e “excludentes de nexo causal”.

---

<sup>181</sup> AGUIAR DIAS, 2011. p.34.

<sup>182</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil – volume único**. 4.ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1039.



A doutrina atualmente denominada como responsabilidade civil foi desenvolvida a partir da ideia da culpa, dotada de vagueza fática e comprobatória, com sentido bastante amplo, consolidada, conforme alhures aduzido, no direito romano<sup>183</sup>.

Com o passar dos anos, a experiência jurisprudencial evidenciava a inaptidão jurídica da teoria subjetiva na promoção da justiça, sendo, em meados do séc. XIX, esboçadas teorias que, em um primeiro momento, presumia a culpa do ofensor e, gradativamente, passou a relativizar este requisito, tornando a presunção como absoluta em determinados casos<sup>184</sup>.

A “teoria do risco” pautou-se na exclusão do elemento anímico “culpa” para aferição da responsabilidade civil, de modo que, em se tratando de atividades que abarcassem risco em suas prestações, haveria a incidência da responsabilidade civil objetiva. Estas hipóteses de responsabilidade civil, para além da incidência sob as atividades de risco, serão tipificadas em lei<sup>185</sup>.

A classificação da responsabilidade civil, da maneira que foi acima exposta, pode ser, em síntese, entendida da seguinte forma: a teoria subjetiva é a regra geral e possui a culpa como requisito para a imputação do dever de indenizar, em contrapartida, a responsabilidade civil objetiva possui, tão somente, os requisitos de dano e nexo de causalidade e, além disso, será adotada nos casos previstos em lei e quando a atividade exercida pelo ofensor seja de risco. Os tópicos posteriores aprofundam as análises a respeito dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva.

#### **4.2.1 A conduta humana**

Em um primeiro momento, é necessário esclarecer a terminologia do pressuposto em comento: a conduta humana como sendo o primeiro pressuposto a

---

<sup>183</sup> LIMA, 1999, p. 39.

<sup>184</sup> RODRIGUES, 2003.

<sup>185</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. BRASIL, 2002.

ser identificado para que se proceda à imputação da responsabilidade civil merece ser observada de forma a perceber que fatos jurídicos em sentido amplo, oriundos de eventos naturais, sem qualquer liame com a atividade humana, ainda que causadores de dano, não ensejam a responsabilização perante o vitimado<sup>186</sup>.

Portanto, a conduta humana é o pressuposto primordial que importa na verificação de possível responsabilidade civil. Também cumpre descrever que ela pode ser comissiva ou omissiva, prevista no ordenamento jurídico pátrio (legítima defesa) ou decorrente de um ato ilícito.

É claro que a consciência, leia-se, a consciência do agente em praticar determinado ato, deve ser imputada ao agente, direta ou indiretamente, a fato de animal, com o qual o agente possui um vínculo que decorre uma obrigação de segurança para com a sociedade, ou terceiro, em todos os casos, necessariamente vinculados<sup>187</sup>.

Não menos importante, merece ser ressaltado que o surgimento do dever de indenizar não necessariamente está vinculado à prática de um ato ilícito, tendo em vista que condutas positivas ou negativas, lícitas (autorizadas pelo ordenamento jurídico) ou não, podem culminar no dever de reparação pelo agente causador do dano.

Para Martinho Garcez Neto, por exemplo, a indenização devida por expropriação e o ato praticado em estado de necessidade se configuram em situações que há responsabilidade pelos danos resultantes de atos lícitos. É por esse motivo que a conduta humana ilícita não foi adotada na doutrina como pressuposto da responsabilidade civil<sup>188</sup>.

Também é importante ressaltar que, quando a lei autoriza a prática de determinado ato danoso, não está o agente do dano isento da reparação devida. Trata-se de uma excludente de ilicitude.

Além disso, é possível verificar a situação em que o agente causador do dano não incorreu em desvio de conduta, ou agiu de maneira descuidada, com negligência, imprudência ou imperícia, e ainda assim é configurado o ato ilícito. É o caso do abuso de direito, previsto no art. 187 do Código civil<sup>189</sup>, situação em que o

---

<sup>186</sup> GAGLIANO; PAMPOLA FILHO, 2020, p. 39.

<sup>187</sup> Diniz, 2013.

<sup>188</sup> GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade Civil no Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 142.

<sup>189</sup> BRASIL, 2002.

agente “atua formalmente de acordo com a regra jurídica, mas ofende materialmente a finalidade do ordenamento jurídico”<sup>190</sup>.

#### 4.2.2 O dano

O dano, talvez seja o elemento de maior relevância na responsabilidade civil. A restituição do lesado ao *status quo ante*, ainda quando esta ocorra de forma compensatória, revela a sua finalidade. Adiante, mesmo quando a conduta do agente for culposa, dolosa, descuidada, negligente, imprudente, imperita, que gerou grande risco a terceiro, se não for aferido o dano não subsiste o dever de indenizar<sup>191</sup>.

Nota-se tamanha relevância deste pressuposto quando se pensa no cenário atual em que se encontra a responsabilidade civil, podendo se falar em responsabilidade sem culpa e, em algumas situações, com grande flexibilização e, quiçá, sem nexo de causalidade, mas não se fala em dever de indenizar sem que tenha ocorrido o dano<sup>192</sup>.

A conceituação de dano, entretanto, causa grande inquietação na doutrina, tendo em vista que, com enorme volatilidade, surgem novos conceitos e novos bens jurídicos tutelados que merecem, quando lesados, a devida reparação.

É pacífico o entendimento de que a classificação de dano, como o cálculo do prejuízo suportado pela lesado diante da sua ocorrência, encontra-se defasado. O dano patrimonial como sendo aquele constituído com base no que foi economicamente perdido é incompatível com o sistema de danos extrapatrimoniais, amplamente difundido atualmente<sup>193</sup>.

Os danos extrapatrimoniais, inclusive, podem ser classificados como aqueles em que interesses não abarcados economicamente foram lesados, sendo inviável, por uma média aritmética delimitar, quantificar tal lesão. A reparação, neste caso,

---

<sup>190</sup> FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2019.

<sup>191</sup> CAVALIERI FILHO, 2014, p.76-77.

<sup>192</sup> JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. São Paulo: Edições almeida, 1999. p. 315.

<sup>193</sup> SCHREIBER, 2009, p. 101.

busca apenas compensar a dor, a desonra e os demais sentimentos personalíssimos lesados<sup>194</sup>.

Atualmente, o foco da doutrina é, pelos problemas acima descritos, a investigação sobre o bem jurídico que foi lesado, violado pelo ofensor, a fim de se aferir se tal interesse jurídico merece ser tutelado, chegando-se à verificação do que é um dano ressarcível<sup>195</sup>.

Tecidas tais considerações, didaticamente, o pressuposto dano merece ser classificado como gênero, do qual são espécies: o dano material (ou patrimonial), o dano moral e, imprescindível à discussão aqui travada, o dano estético.

O dano material é aquele passível de mensuração econômica. Desta afirmação, é muito comum se deparar com a afirmativa de que a extensão do dano é o elemento cerne do cálculo da indenização, sendo a operação de apuração do prejuízo suportado pela vítima uma operação aritmética, atualmente facilitada pelas inúmeras provas previstas no nosso ordenamento (até atípicas), sobretudo a prova pericial<sup>196</sup>.

O dano moral, em contrapartida, não é tecnicamente mensurável, de modo que transfere ao juiz uma quantificação que, com base em sua atividade hermenêutica desenvolvida à luz do caso concreto, compense o prejuízo suportado<sup>197</sup>.

O dano patrimonial, como espécies, apresenta os danos emergentes e os lucros cessantes, conforme se pode extrair do quanto disposto no art. 402 do Código Civil<sup>198</sup>.

Os danos emergentes são mais fáceis de serem quantificados, tendo em vista que estão intrinsecamente relacionadas com o decréscimo patrimonial suportado. Em outra via, os lucros cessantes abrangem a quantia do que deixou de ser recebido<sup>199</sup>.

Por abarcar uma situação não muito límpida, será necessário que a vítima que intente pleitear em juízo a indenização por lucros cessantes, demonstre, com

---

<sup>194</sup> Ibidem, p. 103-104.

<sup>195</sup> SCHREIBER, 2009, p. 105.

<sup>196</sup> FRANQUEIRA, Guilherme de Souza Costa. **A redução do montante indenizatório em razão da desproporção entre o grau de culpa e a extensão do dano**. 2007. Trabalho de conclusão de curso (bacharel em direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007, p. 57.

<sup>197</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celin. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. São Paulo: Renovar, 2014, p. 37.

<sup>198</sup> BRASIL, 2002.

<sup>199</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009., p. 37.

provas suficientes e bases concretas, de qual deve ser, em média, o *quantum* indenizatório. Além disso, deve deixar clara a relação direta e imediata entre o dano causado e a frustração das receitas que seriam percebidas sem a ocorrência deste<sup>200</sup>.

O dano moral, por sua vez, foi um tema demasiadamente refutado por muito tempo, tendo em vista a sua impossibilidade de mensuração econômica, o que causa insegurança jurídica. Entretanto, o tema tem se desenvolvido de tal modo que, atualmente, tem se tornado muito mais objetiva a sua aferição, leia-se, há critérios cada vez mais concretos para se identificar sua existência, seu conteúdo, sua extensão e, até mesmo, a necessidade de indenizar pecuniariamente o sofrimento humano – se esta compensação pode soar estranha, pior seria se nada fosse feito para aquele que teve sua honra e seus direitos da personalidade, por exemplo, lesados<sup>201</sup>.

Sendo tema extremamente relevante, sobretudo, para a presente contribuição acadêmica, surge o questionamento: qual esfera se situaria o dano estético?

Inicialmente, é preciso conceituar o que seria o dano estético. Neste sentido, Miguel Kfoury Neto afirma se tratar de uma “lesão à beleza física, à harmonia das formas externas de alguém”<sup>202</sup> que perdure por um lapso temporal.

O conceito adotado por Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>203</sup> foi mais completo no sentido de acrescentar ao conceito acima exposto: firmando o entendimento de que para além da lesão permanente incidente sobre determinado atributo físico, estão presentes no dano estético o sofrimento causado pela repulsa da sociedade ao “enfeamento”, que, indubitavelmente, lesa a honra e os direitos da personalidade de uma maneira geral, o que evidencia sua congruência com o dano moral.

Neste mesmo sentido, Leonardo Vieira Santos<sup>204</sup> conclui que, mesmo sendo da vítima de eventual dano o direito à reparação integral, não há por que criar novas espécies de danos.

---

<sup>200</sup> CAVALIERI FILHO, 2012.

<sup>201</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**, São Paulo: Atlas, 2015, p.127.

<sup>202</sup> KFOURI NETO, 2013, p. 127.

<sup>203</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares (coord.). **Responsabilidade Civil na Área da Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23-41.

<sup>204</sup> SANTOS, 2008.

### 4.2.3 O nexo de causalidade

O terceiro pressuposto da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, que é o liame capaz de conectar a conduta e o dano. Em outras palavras, só seria possível se pensar em dever de indenizar quando vislumbrada a situação em que um dano decorre de uma conduta humana<sup>205</sup>.

É preciso deixar claro que, muito embora pareça um conceito simples, o nexo de causalidade se torna muito complexo diante da multiplicidade de eventos que podem causar um dano. Imagine que diversas situações concorrem simultaneamente materializando um dano e, para que haja uma justa responsabilização, é necessário que se identifique qual foi a causa efetivamente responsável<sup>206</sup>.

Neste contexto, cumpre analisar as três principais teorias: teoria da equivalência de condições, a teoria do dano direto e imediato e a teoria da causalidade adequada.

Segundo a teoria da equivalência de condições, o dever de reparação a ser imputado a um agente, pressupõe que o fato atribuído a ele seja um antecedente do dano<sup>207</sup>. E, neste diapasão, é preciso distinguir as causas das condições.

Para Noronha<sup>208</sup>, esta teoria admite que todas as condições são consideradas equivalentes para a ocorrência do dano, inexistindo, pois, uma específica que o ocasionou. Por outro lado, as causas seriam as nuances imprescindíveis para a materialização do dano que, ignoradas por essa teoria, criava um amplo e, quiçá, injusto leque de imputação da responsabilidade objetiva.

Essa teoria, por não realizar efetivamente a supracitada distinção, amplifica sobremaneira a cadeia causal, sendo alvo de muitas críticas neste aspecto e caindo em desuso, tendo em vista que sua utilização poderia dificultar o ressarcimento da vítima ou, em outra perspectiva, atingir um agente injustamente<sup>209</sup>.

Já a teoria do dano direto ou imediato, também conhecida como a teoria da interrupção do nexo causal, teve como precursor, no Brasil, Agostinho Alvim<sup>210</sup>, que

---

<sup>205</sup> GONÇALVES, 2012, p. 350.

<sup>206</sup> CAVALIERI FILHO, 2014, p. 50.

<sup>207</sup> Ibidem.

<sup>208</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 613.

<sup>209</sup> CAVALIERI FILHO, 2014, p. 51.

<sup>210</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020. p. 980.

defendeu como causa o acontecimento que, vinculado de maneira direta ou imediata ao resultado danoso, tornasse o dano como uma consequência necessária sua.

Por fim, segundo a teoria da causalidade adequada, para o professor Sérgio Cavalieri Filho<sup>211</sup>, causa somente seria o fato antecedente que, além de necessário, é adequado a causar o resultado danoso. Neste íterim, nem todas as condições seriam causas ensejadoras do dever de reparar, somente aquelas que se adequam para produzir o dano.

Importa ressaltar que há vasta imprecisão doutrinária e jurisprudencial na aplicação destas teorias. As mais adotadas pela jurisprudência são as teorias do dano direto e imediato e a teoria da causalidade adequada.

#### **4.2.4 A culpa**

A culpa, na base da ideologia oitocentista, era considerada como pressuposto fundamental da responsabilidade civil, principalmente por possui o condão de filtrar as ações reparatórias. O contexto histórico era a primeira fase do capitalismo monopolístico, no qual a ideia de estado mínimo era bastante acentuada<sup>212</sup>.

Foi justamente nesse período que a sociedade experimentou um conceito de culpa que inviabilizava a procedência das ações reparatórias diante da extrema dificuldade que a vítima do dano possuía em comprovar o elemento anímico da conduta do agente. Desta forma, cada vez mais a culpa e a responsabilidade civil foram se afastando, tendo sido os critérios de imputação do ilícito orientados a uma concepção objetiva e abstrata da culpa<sup>213</sup>.

O conceito de culpa possui expressiva divergência doutrinária e, para não fazer da presente contribuição científica um compêndio de conceitos gerais, tornando-o extenso, adotou-se o conceito do professor baiano Leonardo Vieira Santos, de modo a conceituar a culpa como sendo “o erro de conduta do indivíduo que não se comporta da maneira normalmente esperada para evitar danos a terceiros, independentemente da efetiva materialização destes danos”<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> CAVALIERI FILHO, 2014, p.51.

<sup>212</sup> FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2019.

<sup>213</sup> Ibidem.

<sup>214</sup> SANTOS, 2008, p. 67.

Tendo adotado este conceito, inequivocamente surge a necessidade de esmiuçar o que seria um “comportamento normalmente esperado”. Neste contexto, surge a figura do homem médio, *bonus pater familias*, como sendo aquele homem de diligência comum, atuante de maneira cuidadosa de modo a evitar a exposição de terceiros, em abstrato, a eventos danosos<sup>215</sup>.

A importância de se apurar a culpa em modo abstrato surge da necessidade de criar padrões de conduta em detrimento dos elementos anímicos que a integram. Desta forma, se determinado sujeito causou danos a outrem, independentemente da sua vontade quanto ao resultado, constatado que este não agiu em conformidade com o que se espera do homem médio, caracteriza-se a culpa, surgindo o dever de indenizar<sup>216</sup>.

O supracitado professor baiano, contudo, adverte que a melhor maneira de se aferir a culpa de um sujeito é, mesmo no plano abstrato do padrão de conduta, avaliar as especificidades que são inerentes ao caso concreto – considerando que é na situação concreta que o homem médio está inserido que se pode avaliar de maneira mais real de que forma este atua<sup>217</sup>.

Nesta posição doutrinária, em que se entende que deve a culpa ser apurada de maneira abstrata, entretanto, em atenção às especificidades de cada caso concreto, é possível criar um modelo muito mais objetivo de critérios de atuação do homem médio, de modo a influir positivamente nas provas que podem embasar eventual litígio, como, por exemplo, perícias, depoimentos de pessoas com notório conhecimento em determinada área e outras provas que tornam o julgamento do magistrado, embora subjetivo, robustamente fundamentado<sup>218</sup>.

É imprescindível à análise da culpa o estudo da classificação “culpa em sentido estrito e dolo”<sup>219</sup>, notando-se como elemento comum, para ambos os institutos, a atuação voluntária do indivíduo somada à antijuridicidade do comportamento. Entretanto, diferenciam-se no que diz respeito à nítida intencionalidade de se alcançar o resultado danoso no dolo, enquanto na culpa, em

---

<sup>215</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>216</sup> SCHREIBER, 2009, p. 36-37.

<sup>217</sup> SANTOS, 2008, p. 69-70.

<sup>218</sup> SCHREIBER, 2009, p. 43.

<sup>219</sup> CAVALIERI FILHO, 2014, p. 34-35.



sentido estrito, ele foi alcançando não por desejo, mas por inobservância a um dever de cuidado (negligência, imprudência e imperícia)<sup>220</sup>.

Ademais, merece apreciação a questão referente à gradação da culpa, que pode ser classificada em grau levíssimo, leve e grave. Em grau levíssimo, a culpa se revela como aquele descuidado a respeito de um fato que só poderia ser evitado por alguém com demasiado conhecimento em determinada área. Em grau leve, revela-se como uma violação a um dever de conduta que não seria cometido por alguém de diligência comum. A culpa grave é aquela inquestionável, onde o descumprimento do dever de cuidado é tão crasso que se aproxima do dolo<sup>221</sup>.

Por fim, e talvez a classificação de maior importância ao presente trabalho, cumpre diferenciar a culpa provada da culpa presumida. A culpa provada é o regime geral de responsabilidade civil, de modo que, em análise ao artigo 373 do Código de Processo Civil<sup>222</sup> c/c o artigo 186 do Código Civil<sup>223</sup>, depreende-se que incumbe à vítima provar a culpa do agente.

Entretanto, com a extrema dificuldade de se provar a culpa do agente em determinadas situações, surgiram construções teóricas que, posteriormente, foram adotadas pelos diplomas legais e pela jurisprudência no sentido de inverter o ônus da prova em detrimento do agente causador do dano. Ressalta-se que não se deixa de aferir a existência da culpa, operando-se, tão somente, a regra geral de ônus da prova<sup>224</sup>.

Esta foi a construção teórica intermediária entre a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, ambas estudadas em capítulos específicos. De já, adianta-se que a responsabilidade civil com culpa presumida difere da responsabilidade civil objetiva, pois nesta a culpa é indiferente para a imputação do dever de indenizar, fundado no risco da atividade ou em casos previstos em lei, e naquela existe a possibilidade de o agente causador do dano desconstruir tal presunção<sup>225</sup>.

Cumprido, de imediato, exemplificar como hipótese de responsabilidade com culpa presumida a do cirurgião plástico em procedimentos estéticos embelezadores. Neste caso, ocorrendo o evento danoso (insucesso da cirurgia), haveria a inversão

---

<sup>220</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020. p. 945.

<sup>221</sup> VENOSA, 2009, p. 27.

<sup>222</sup> BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 20 out. 2020.

<sup>223</sup> BRASIL, 2002.

<sup>224</sup> SCHREIBER, 2009, p. 33

<sup>225</sup> CAVALIERI FILHO, 2012, p. 42.

automática do ônus da prova, de modo que este seria o responsável por comprovar que não agiu com culpa em sentido estrito<sup>226</sup>.

#### 4.3 A EROSÃO DOS FILTROS DE CULPA

A sistemática da responsabilidade civil adotada, inicialmente, pelas grandes codificações, conforme restou evidenciado, era pautada nos seguintes elementos: culpa, dano e nexos causal<sup>227</sup>. Em outras palavras, a vítima lesada, ao propor uma ação judicial, deveria provar a culpa *lato sensu* do ofensor, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

A prova da culpa e a prova do nexo de causalidade eram vislumbradas por parte, como filtros que selecionavam as demandas de indenização que, de fato, necessitavam do devido acolhimento jurisdicional<sup>228</sup>.

Numa acepção apriorística adotada pela doutrina, a culpa era compreendida com base na análise dos elementos anímicos que revestiam a conduta danosa do agente, de modo que, para alcançar a prova da culpa, era necessária que, em um primeiro momento, houvesse a previsibilidade do dano e, ato contínuo, uma apuração psicológica, que extrapola os limites da atividade jurisdicional<sup>229</sup>.

Por esta razão é que a prova da culpa foi, por muito tempo, denominada como prova diabólica, devido a vasta dificuldade encontrada pelas vítimas, na maioria das vezes, em demonstrá-la em juízo. O movimento teórico surgido foi no sentido de se presumir a culpa em situações previstas pela doutrina e pela jurisprudência, conforme exposto em tópico retro.

É importante notar que a presunção da culpa passou a inverter automaticamente o ônus da prova em determinadas situações, sem, no entanto, apreciar se, à parte adversa, o ônus da prova da culpa era muito difícil, quiçá impossível, de ser desincumbido.

---

<sup>226</sup> MELLO, 2015, p. 368.

<sup>227</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das Obrigações e suas Consequências**. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 194.

<sup>228</sup> SCHREIBER, 2005, p. 49.

<sup>229</sup> SCHREIBER, 2005, p. 49.

Ademais, as presunções relativas cada vez mais assumiam uma roupagem de presunções absolutas, vez que o juiz, ao final, já presumia de tal forma a culpa do ofensor.

Com o advento da teoria do risco e, por conseguinte, a teoria da responsabilização objetiva – que será estudada em capítulo específico – a culpa tem sido cada vez mais relativizada. Diversas hipóteses que antes eram tidas como responsabilidade civil com culpa presumida têm sido convertidas em casos de em responsabilidade objetiva, como é o exemplo da responsabilidade por fato de animais e de terceiros<sup>230</sup>.

É importante ressaltar, novamente, que a culpa também recebeu significativas modificações, deixando de lado aquela noção de imoralidade, pecado e comprovação de elementos psíquicos do agente, para um modelo mais objetivo, aferido em abstrato, capaz de criar critérios de conduta com uma finalidade comparativa.

Esse novo modelo teórico da culpa revela-se inconsistente no que tange à questão do critério de comparação criado. Para o professor Anderson Schreiber:

o *bonus pater familias* vem perdendo legitimidade, diante da constatação de que, na sua elevada generalização, o modelo acaba por refletir na prática, tão somente, a formação sócio-cultural do julgador, quase sempre muito diversa daquela do sujeito cujo comportamento se avalia<sup>231</sup>.

O referido professor verifica então, diante do quadro em esboço, o surgimento de um modelo de “fragmentação do modelo de conduta”<sup>232</sup>, no qual, para cada caso específico, é construído um padrão de conduta específico, em atenção às nuances envolvidas.

Nota-se que a prova da culpa, com esta nova roupagem, é realizada com base na comprovação da conduta concreta do indivíduo, o que a torna muito mais factível.

Na responsabilidade civil médica, por exemplo, sem adentrar no mérito de todas as questões que envolvem o contrato de tratamento, é possível inferir que a utilização deste modelo teórico é plenamente possível e, inclusive, de maior segurança jurídica. Isso porque, tratando-se de medicina, é muito mais fácil aferir a

---

<sup>230</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>231</sup> Ibidem, p. 52

<sup>232</sup> SCHREIBER, 2005

conduta adotada pelo cirurgião, de modo a analisar se esta foi a mais indicada e em acordo com o que há de melhor na ciência médica, as condições do paciente e assim por diante.

#### 4.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO CIRURGIÃO PLÁSTICO EM PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS EMBELEZADORES

Conforme se depreende do quanto abordado ao longo do presente trabalho, a doutrina e a jurisprudência brasileira, no que tange à responsabilidade civil do cirurgião plástico, tem se dividido de modo a avaliar o serviço prestado, se estético ou reparador, e daí imputar-lhe a responsabilidade civil subjetiva – tratando-se de procedimentos com finalidade terapêutica –, subjetiva com culpa presumida ou objetiva, quando os procedimentos tiverem como escopo a finalidade estética.

Ao longo do presente tópico, serão expostas razões apresentadas pela doutrina para que os procedimentos estéticos embelezadores sejam submetidos ao regime de responsabilidade civil subjetiva, sem excepcionar a regra da obrigação assumida pelos galenos como de meio.

Cumprindo inicialmente mencionar que a maior parcela doutrinária compartilha do mesmo entendimento a respeito da responsabilidade civil médica, classificando-a como subjetiva, conforme exposto no item 2.5.

Neste contexto, as cirurgias plásticas recebem tratamento diferenciado no que tange à classificação da obrigação assumida nos procedimentos estéticos, classificados como hipótese, em que se estabelece uma obrigação de resultado. Tal distinção encontra suposta justificativa na necessidade de proteger o paciente dos encargos probatórios que a responsabilidade civil subjetiva impõe, tendo em vista que, tratando-se de responsabilidade médica subjetiva, na qual o facultativo assume uma obrigação de meio, só haverá que se falar em dever indenizatório quando preenchidos os requisitos da conduta (ato médico), dano, nexo de causalidade e culpa (negligência, imprudência e imperícia).

A responsabilidade civil do cirurgião plástico em procedimentos estéticos, para pequena parcela da doutrina, estaria fundada no estabelecimento de uma

obrigação de meio. Para o professor Gustavo Borges<sup>233</sup>, por exemplo, o insucesso da cirurgia poderia advir de fatores íntimos de cada paciente, inerente à álea da profissão exercida.

Aguiar Junior, a respeito da inexatidão e imprevisibilidade da atividade médica, classificou “Iatrogenia” como sendo uma lesão “causada pelo agir correto do médico, em observâncias das normas e dos princípios da ciência médica”<sup>234</sup> oriundo de toda e qualquer intervenção (ou não intervenção) médica.

O ponto principal suscitado pelos defensores deste posicionamento, fundamenta-se na álea inerente a toda e qualquer atuação médica e, de igual forma, nos procedimentos estéticos embelezadores em que, mesmo se agindo com toda a diligência necessária e em acordo com a melhor técnica e estado da ciência, ocorra a iatrogenia<sup>235</sup>.

Esta, pode ser originada de fatores que fogem completamente ao controle de atuação do médico, podendo ser causada por respostas adversas e inesperadas da fisiologia daquele paciente ao procedimento, ou até mesmo de questões psicológicas que afetam a sua recuperação, não havendo qualquer liame de causalidade entre a conduta do médico e o resultado danoso.

Um ótimo exemplo de resultado danoso decorrente de uma cirurgia estética são os queloides epidérmicos que frustram o procedimento realizado e possuem vínculo tão somente com a singularidade do paciente<sup>236</sup>.

Por tudo exposto, entende-se como elemento cerne que toda e qualquer intervenção no corpo humano, seja ela terapêutica, estética ou profilática, não possui uma exatidão científica capaz de obrigar o facultativo a um resultado específico. Isso porque, lidar com o corpo humano é sinônimo de inexatidão, existente diante de motivos e características singulares imprevisíveis<sup>237</sup>.

Conforme abordado na seção 2.3.3, há, indubitavelmente, resquícios históricos do preconceito despejado pela sociedade às cirurgias estéticas embelezadoras.

---

<sup>233</sup> BORGES, 2014, p. 290.

<sup>234</sup> Ibidem.

<sup>235</sup> STOCO, 2010, p. 650-651.

<sup>236</sup> GRAEFF-MARTINS, Joana. Cirurgia plástica estética: natureza da obrigação do cirurgião. In NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 755-777, p. 764.

<sup>237</sup> AGUIAR JUNIOR, 2010, p. 518-519.

Nesta linha argumentativa, é imprescindível mencionar o voto do ex-ministro do STJ, Carlos Alberto Menezes Direito, no julgamento do Recurso Especial 81.101/PR<sup>238</sup> – onde, inclusive, firmou-se como tese vencedora o entendimento contrário ao por ele exposto – no sentido de reconhecer a obrigação assumida na cirurgia estética como de resultado, sendo-lhe aplicado o regime da responsabilidade contratual ou objetiva.

Direito trouxe razões fáticas e jurídicas suficientes para demonstrar que os argumentos que consubstanciam a tese das obrigações assumidas nas cirurgias estéticas como de resultado, tais sejam o compromisso de obter um resultado específico preestabelecido contratualmente e o suposto caráter não terapêutico (não há, supostamente, patologia a ser combatida), serem inconsistentes<sup>239</sup>.

Quanto ao primeiro argumento, afirma que a existência de fatores variáveis e imprevisíveis impedem com que se preestabeleça um resultado específico a ser alcançado nas intervenções cirúrgicas estéticas. Isso porque, a cirurgia estética é uma espécie do gênero cirurgia, dotada de álea e fatores externos que impedem a sua exata precisão, conforme é sedimentado nos demais campos da medicina.

Acrescenta que a obrigação do cirurgião nos procedimentos estéticos, ainda que embelezadores, segundo ele, seria pautada no dever de prestar o ato cirúrgico com a melhor técnica e com respaldo no que há de melhor e de mais novo na medicina. Ademais, esse contrato merece robusta atenção às informações prestadas pelo facultativo, que deve relatar todos os resultados possíveis de modo que se opere, por parte do paciente, uma manifestação de vontade livre e esclarecida<sup>240</sup>.

A respeito do argumento derradeiro, em perfeita consonância com o atual conceito de saúde adotado pela OMS, devidamente exposto no capítulo 3 (item 3.2), ressaltou que existem procedimentos que, embora estéticos embelezadores, sejam dotados de finalidade terapêutica, tendo em vista que a saúde engloba o bem estar psíquico do ser humano, sendo plenamente possível inferir que um problema estético seja sim uma patologia que merece tratamento e não uma futilidade<sup>241</sup>.

É importante evidenciar que o que defende esta parcela doutrinária não é a impunidade da categoria profissional em comento, muito pelo contrário: o que se busca é, tão somente, o deslocamento da consecução de determinado resultado

---

<sup>238</sup> BRASIL, 1997.

<sup>239</sup> Ibidem.

<sup>240</sup> BRASIL, 1997.

<sup>241</sup> Ibidem.

para o dever de informar sobre todos os riscos assumidos e benefícios intentados, atuando da melhor maneira possível<sup>242</sup>.

#### 4.5 A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA COM CULPA PRESUMIDA

A responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida, é a corrente doutrinária majoritária, amplamente difundida pela doutrina e pelos tribunais. O entendimento aqui firmado foi no sentido de que a obrigação contraída pelo cirurgião plástico estético seja de resultado, sua responsabilidade civil em caso de erro seja subjetiva, entretanto, com culpa presumida.

A ideia de a obrigação assumida pelo cirurgião plástico ser de resultado parece irrefutável para parcela da doutrina. Neste sentido, Cavalieri Filho adverte que “ninguém se submete aos perigos de uma cirurgia incisiva, nem deliberam por empenhar vultuosos gastos financeiros para permanecer com a mesma aparência ou outra ainda pior”<sup>243</sup>.

Ocorre que, em cotejo ao CDC, diploma normativo que rege a relação paciente-médico, observa-se que o artigo 14, §4º, do diploma normativo em comento, não traz a aludida distinção entre os profissionais liberais, inclusive, os da área médica.

Kfoury Neto, adepto desta doutrina, subscreveu a solução no sentido de classificar os procedimentos estéticos como obrigações de resultado, sendo, assim, possível inverter o ônus probatório no que tange a prova da culpa em detrimento do esculápio<sup>244</sup>. A responsabilidade do médico continua a ser subjetiva, sendo, no entanto, nas situações em que se considera a obrigação avençada como de resultado, sua culpa presumida.

Este entendimento é bastante difundido atualmente nos tribunais superiores, conforme é possível se verificar no posicionamento adotado pelo ministro Fábio Eduardo Marques, do TJDF, seguido pela maioria:

---

<sup>242</sup> GRAEF-MARTINS, 2010, p. 765.

<sup>243</sup> CAVALIERI FILHO, 2012, p. 417.

<sup>244</sup> KFOURI NETO, 2013, p. 215.

APELAÇÃO CÍVEL. CIRURGIA PLÁSTICA. INTERVENÇÃO ESTÉTICA (CORREÇÃO DE RIPPLING, AUMENTO DAS PRÓTESES MAMÁRIAS E LEVANTAMENTO DAS ARÉOLAS). OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA PRESUMIDA PELO RESULTADO INDESEJÁVEL. DANO MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS. DANO ESTÉTICO NÃO VERIFICADO. REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO DO DANO MORAL. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1. **No caso de cirurgia estética, a responsabilidade civil do médico cirurgião é subjetiva (art. 14, § 4º, do CDC), com culpa presumida, uma vez que o médico assume obrigação de resultado, de forma que, havendo insucesso, há inexecução da própria obrigação assumida, conforme entendimento prevalecente na doutrina e na jurisprudência.** [...] 3. Cirurgia estética possui natureza de obrigação de resultado, cuja responsabilidade do médico é presumida. Por isso, cabe ao cirurgião plástico demonstrar a existência de alguma excludente de sua responsabilização apta a afastar o direito ao ressarcimento do paciente. Além disso, o uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação [...] <sup>245</sup>.

Para maior entendimento da questão em deslinde, cumpre conceituar as presunções. A respeito do tema, Fredie Didier Junior<sup>246</sup>, com contumaz completude, classificou-as como sendo a relação existente entre o fato conhecido (indício) e o fato desconhecido (fato probando), criada pelas máximas de experiência do magistrado.

Em outras palavras, em se tratando de obrigações de resultado, quando, por exemplo, o paciente contrata o cirurgião plástico para a realização de determinado procedimento estético e o resultado não é alcançado, surge o dano, independentemente de como se procedeu a atuação médica. Com base no que normalmente acontece (regra de experiência), critério este dotado de subjetividade, presume-se a culpa do médico.

Neste ponto reside a grande utilidade em se valer desta caracterização das obrigações de meio e resultado, de modo a conceder um tratamento diferenciado às cirurgias estéticas e penalizar esta área da medicina com tal sanção.

<sup>245</sup> BRASIL. TJ-DF 00153486420158070001 DF 0015348-64.2015.8.07.0001, Relator: FÁBIO EDUARDO MARQUES, Data de Julgamento: 30/01/2019, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 18/02/2019. BRASÍLIA, DF: TJ, 2019.

<sup>246</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela.** 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 71.



A presunção automática da culpa vai de encontro, inclusive, ao que é determinado legalmente pelo Código do Consumidor<sup>247</sup>, que rege a relação paciente-médico, tendo em vista que, em seu art. 6º, VIII, condiciona a inversão do ônus da prova à verossimilhança das alegações do paciente ou hipossuficiência em relação ao profissional de saúde, ou seja, a concessão da inversão do ônus da prova deveria, em qualquer caso, por meio de decisão fundamentada que avalie as nuances do caso concreto.

Outro ponto de extrema importância para a matéria em análise é o instituto jurídico da distribuição dinâmica do ônus da prova prevista pelo CPC de 2015 em seu art. 373, §1º<sup>248</sup>. *In verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe: § 1º Nos casos previstos em lei ou **diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário**, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído<sup>249</sup>.

Antes mesmo de adentrar a importância do referido instrumento normativo, inaugurado pelo CPC de 2015, é preciso refletir que o Código de Defesa do Consumidor surgiu como um movimento pendular diametralmente oposto à realidade vivida pela sociedade brasileira na década de 1990. Foram instituídos, por meio do supracitado diploma normativo, uma gama de instrumentos que protegiam o consumidor hipossuficiente e equalizava a relação processual com a paridade de armas<sup>250</sup>.

Entretanto, é possível vislumbrar que, como de praxe, a norma jurídica, sem a devida análise ao caso concreto, pode acabar por promover tanta injustiça quanto se propôs combater<sup>251</sup>.

Neste esteio, é necessário refletir que a classificação da obrigação assumida pelo cirurgião plástico como de resultado e, conseqüentemente, a inversão automática do ônus da prova da culpa pode se revelar injusta e até mesmo incoerente quando posta em confronto com o CPC de 2015, tendo em vista que

---

<sup>247</sup> BRASIL, 2019.

<sup>248</sup> Ibidem.

<sup>249</sup> Ibidem.

<sup>250</sup> NILO, 2019, p. 100.

<sup>251</sup> SOARES, RICARDO MAURICIO FREIRE. 2019. P.74

inaugurou a distribuição dinâmica do ônus da prova, que possui extrema aptidão em redimensionar os entraves surgidos em controvérsias, como a em deslinde.

Isso porque, nos termos proposto por esta parcela doutrinária – que classifica a responsabilidade civil do cirurgião plástico como subjetiva com culpa presumida – é possível que, diante da inversão automática do ônus da prova, o médico venha ser impelido a carrear prova “diabólica” para que se exima da responsabilização.

Cumprido, neste esteio, trazer à baila uma situação concreta a qual foi posta em apreciação no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº. 328110/RS, de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, adepto à aplicação da culpa presumida à responsabilidade subjetiva do médico.

Em tal caso, a única prova capaz de elidir a responsabilidade civil do cirurgião plástico, que havia sido acusado de erro médico, era a perícia médica. Tendo em vista que neste caso foi aplicada a presunção automática de culpa do médico e a prova pericial foi obstada, diante da realização de outro procedimento cirúrgico subsequente àquele objeto do litígio, o médico não conseguiu se desincumbir do seu ônus e foi responsabilizado sem que houvesse provas suficientes para tanto.

Aplicada a distribuição dinâmica do ônus da prova, ao invés de aprioristicamente se considerar o paciente como vulnerável e inverter automaticamente o ônus da prova, o juiz verificará na fase de saneamento quais provas cada parte possui o ônus de se desincumbir, tornando o processo mais “justo, comprometido com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transforma os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional”.

## 5 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

### 5.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O final do século XIX e o século XX são marcados pelo desenvolvimentismo, inaugurando a modernidade e, conforme assenta Pereira<sup>252</sup>, novos fatores materiais, econômicos, políticos e sociais.

As invenções mecânicas e industriais, o surgimento dos automóveis, do avião e estradas de ferro interligando regiões antes isoladas, trouxeram à lume uma gama de situações jurídicas antes inexistentes. Junto a estes, surgiram os perigos inerentes deste novo modelo de vida que possuía uma potencialidade enorme de causar acidentes<sup>253</sup>.

Esse novo contexto surgiu em um momento renascentista, onde o centro do mundo havia sido deslocado de deus para o homem. Neste contexto, os juristas

---

<sup>252</sup> PEREIRA, 2012. P. 262.

<sup>253</sup> Ibidem, p. 263.

buscaram formular um sistema de proteção das vítimas do desenvolvimentismo humano, que, assim como atualmente, representam o setor mais vulnerável da sociedade, tais sejam as pessoas menos favorecidas, os trabalhadores, os consumidores etc.<sup>254</sup>.

O sistema jurídico vigente mostrava-se, muitas vezes, injusto no que diz respeito à teoria da responsabilidade civil. A doutrina da culpa, baseada no elemento anímico do agente infrator, acrescida da violação de uma norma jurídica preestabelecida ou a ausência do cumprimento de um dever de cuidado, além da comprovação do nexo entre o dano e a conduta, incumbiam um ônus às vítimas que, na maioria das vezes, impedia o acesso a um justo provimento jurisdicional<sup>255</sup>.

O ônus da prova, principalmente em situações em que nos polos do litígio havia um hipossuficiente e no outro uma grande empresa ou alguém com tamanho poderio econômico, formava um problema dramático.

Neste contexto, o doutrinador Josserand<sup>256</sup> enxergou quatro procedimentos utilizados pelos tribunais europeus para minimizar os efeitos da sistemática jurídica vigente, leia-se, da responsabilidade com culpa provada.

No primeiro procedimento, a culpa era admitida com facilidade, oportunidade na qual se notava uma relativização do conceito de culpa. No segundo procedimento, foram estabelecidas as presunções de culpa. O terceiro procedimento dizia respeito à incidência da responsabilidade contratual, oportunidade na qual passou a se considerar a responsabilidade delitual em contratual, facilitando a atividade probatória da vítima. E, no quarto procedimento, substituiu-se a noção de culpa pelo conceito do risco<sup>257</sup>.

O momento em que o conceito de culpa foi substituído pelo conceito de risco foi o marco na evolução da história da teoria do risco – sendo o primeiro momento em que o legislador, visando favorecer a vítima, previu como pressupostos para a configuração da responsabilidade civil o dano, o agente, e o nexo de causalidade entre ambos<sup>258</sup>.

---

<sup>254</sup> Ibidem, p. 263.

<sup>255</sup> PITTELLI, 2006.

<sup>256</sup> JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista forense**, São Paulo, v. 86, n. 454, 1941. p. 98.

<sup>257</sup> JOSSERAND, 1941, p. 91.

<sup>258</sup> NORONHA, Fernando. Desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.761, n. 1, p.34-35, 1988.

## 5.2 A TEORIA DO RISCO

Carolos Roberto Gonçalves<sup>259</sup>, inclusive, considera como firmada a teoria do risco quando o ordenamento jurídico francês admitiu a “responsabilidade complexa por fato das coisas”, comumente conhecida como a “teoria da culpa na guarda”, situação que passou de uma presunção relativa de culpa para uma presunção absoluta.

No entanto, esse marco é vislumbrado com mais evidência com a promulgação de uma lei específica na França, no ano de 1898, que regulamentou a responsabilidade civil e que, baseada na teoria do risco-profissional, passou a considerar o empregador como responsável sobre as atividades desenvolvidas por seus empregados em seu proveito<sup>260</sup>.

Nesta época, tal pensamento era compreendido pela maior parcela doutrinária como uma inovação extremamente perigosa no campo da responsabilidade civil. Parte da doutrina, inclusive, considerava-a como um retrocesso que, visando a reparação integral da vítima, colocava um sistema jurídico em cheque, de modo a trazer à baila a situação vivida em momento pretérito a promulgação da *Lex Aquilia*<sup>261</sup>.

Ocorre que, nesta altura, a doutrina da responsabilidade objetiva crescia e crescia. Rene Demogue, conforme alhures aduzido em tópico que tratou das obrigações de meio e de resultado, foi destaque ao difundir a responsabilidade civil objetiva dos prestadores de serviço de transporte. Nestes casos, era necessário que a vítima comprovasse que sofreu um dano decorrente do serviço de transporte para ser indenizada.

Na França, a teoria do risco recebeu, por alguns doutrinadores, subespecificações, que foram bem organizadas e postas em análise pelo professor

---

<sup>259</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, v.2, 2004. p. 309

<sup>260</sup> FRANÇA, Rodrigo Dumans. **A teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva**. 2009. Dissertação de mestrado (mestre em direito) Programa de pós-graduação em Direito, USP. São Paulo, USP, 2009. p. 25.

<sup>261</sup> VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 15.

Cavaliere Filho, oportunidade na qual apresentou o risco profissional, o risco proveito, o risco criado, o risco excepcional e o risco integral.

O risco-profissional imputará o dever de indenizar ao empregador sempre que materializado um dano ao empregado, decorrente do desenvolvimento da sua atividade ou profissão<sup>262</sup>. Conforme anteriormente exposto, as noções gerais que formularam a supracitada teoria visavam tutelar o proletariado dos acidentes de trabalho, ocorridos diante de um risco que advém da atividade exercida.

Com a evolução do tema, que não se limitou somente aos acidentes de trabalho, surgiu à baila a teoria do risco proveito conceituada por Gonçalves<sup>263</sup> como aquela modalidade de responsabilidade objetiva fundamentada na existência de um dano causado a outrem derivado de uma atividade realizada em benefício do responsável.

Cavaliere Filho<sup>264</sup>, a respeito do risco proveito, aduz que a conceituação do que seria “proveito ou benefício do responsável” traria consigo a necessidade de se comprovar que o agente desenvolve a atividade de risco almejando o proveito econômico e, sendo assim, a prova da culpa seria substituída pela prova do proveito econômico.

Completa o referido autor que a teoria do risco criado sobreveio para completar a teoria do risco proveito, na medida em que abrangeu seu campo de incidência, pois passou a imputar a responsabilidade objetiva àqueles que criam riscos a terceiros no exercício de sua atividade ou profissão, não sendo necessária a comprovação do proveito econômico. Esta foi a modalidade que mais prevaleceu, eleita, inclusive, como norteadora da responsabilidade civil objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

O risco excepcional, por sua vez, foi classificado por Monteiro<sup>265</sup> como os riscos extraordinários que determinadas atividades acometem a coletividade. Para que uma atividade fosse enquadrada como de risco profissional, o supracitado autor afirma que esta deveria ser “anormal”, exemplificadas como a exploração de energia nuclear, materiais radioativos etc.

---

<sup>262</sup> CAVALIERI FILHO, 2014, p. 195.

<sup>263</sup> FRANÇA, 2009, p. 27.

<sup>264</sup> CAVALIERI FILHO, 2014, p. 146.

<sup>265</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 456.

Por fim, o risco integral pode ser vislumbrado nas hipóteses de danos decorrentes de casos fortuitos ou de força maior, tratando-se de uma modalidade de responsabilidade civil onde, além de não se aferir a culpa, sequer o rompimento do nexo causal possui o condão de afastar o dever de indenizar. Esta teoria é um polo radical da responsabilidade objetiva, aplicada no Brasil em casos específicos, como nos casos de seguro obrigatório de veículos, regulados pela Lei de nº. 6.194/74, e os acidentes de trabalho, regulado pela Lei de nº. 8.213/91<sup>266</sup>.

Nota-se como critério comum de todas as supracitadas hipóteses de risco acima listadas, a necessidade de reduzir a disparidade processual a que os hipossuficientes são reféns quando o assunto é a prova da culpa dos agentes causadores do dano.

No Brasil, a teoria do risco foi inicialmente tratada por legislações especiais sendo possível citar, como exemplo, o Decreto nº. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regulamentou a responsabilidade das empresas ferroviárias. Em 1934 foi promulgada a Lei de Acidentes de Trabalho, que adotou a teoria do risco profissional e garantiu ao trabalhador brasileiro a reparação integral por danos causados na sua atividade laboral. Outro exemplo expoente foi o Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 1990 e responsável por inaugurar a responsabilidade objetiva de fornecedores de produtos e serviços<sup>267</sup>.

Diversas leis trilharam o caminho percorrido até a promulgação do Código Civil de 2002, inspirado no Código Civil italiano. Acrescenta Pereira<sup>268</sup> que, nesta época, a sociedade necessitava que o direito acompanhasse as mudanças sociais. Neste contexto, a teoria do risco foi consagrada pelo parágrafo único do art. 927<sup>269</sup> do Código Civil.

Cumprido salientar que, atualmente, em atenção ao que dispõe o art. 927 do Código Civil, bem como o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, os regimes de responsabilidade civil (subjéctiva e objectiva) coexistem, não havendo que se falar na substituição da teoria subjéctiva pela teoria objectiva, como preconizava Josserand nos seus iniciais esboços teóricos da responsabilidade pautada no risco<sup>270</sup>. Fixado

---

<sup>266</sup> VIEIRA, 2008, p. 86.

<sup>267</sup> GONÇALVES, 2004, p. 314.

<sup>268</sup> PEREIRA, 1997, p. 58.

<sup>270</sup> VIERA, 2008, p. 82.

este entendimento, surge a inequívoca necessidade da doutrina e da jurisprudência analisar as situações em que tais regimes jurídicos devem prevalecer.

O artigo 927<sup>271</sup>, parágrafo único, do Código Civil prevê duas situações em que se aplicará a responsabilidade objetiva, tais sejam: i) “nos casos especificados em lei”; ii) “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A primeira situação prevista não causa dúvidas quanto à sua aplicação, tendo o supracitado *códex* mantido, desde que compatível com o mesmo, as leis especiais que preteritamente já regulavam a responsabilidade objetiva<sup>272</sup>.

No entanto, não é possível afirmar o mesmo sobre a segunda hipótese, que não evidencia quais seriam os agentes que exercem atividade de risco, portanto, qual seria o campo de incidência dessa norma, tendo em vista que tanto o motorista de um veículo quanto um transportador de produtos nucleares exercem atividades de risco, não sendo crível que ambos devam responder sem culpa por eventuais acidentes que se envolvam. Nota-se que o risco da atividade é um conceito que possui uma estrutura ampla<sup>273</sup>.

Fato é que o entendimento que prevalece em doutrina, conforme sustenta Cavalieri Filho<sup>274</sup>, é no sentido de considerar a teoria do risco criado como consagrada pelo Código Civil de 2002.

Rui Stoco<sup>275</sup>, em análise acerca de qual modalidade de risco adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, pretérito ao Código Civil de 2002, infere que este diploma normativo optou pela teoria do risco criado. Entretanto, em posicionamento que parece mais acertado, o professor Leonardo Vieira<sup>276</sup> afirma não haver compatibilização entre a teoria do risco criado e a necessidade de configuração do “defeito do produto ou serviço” (art. 14, *caput*, CDC).

Nos termos do aludido autor baiano: na teoria do risco criado, adotada pelo Código Civil, o risco imerso à atividade desenvolvida pelo agente é suficiente para, ocorrendo dano, trazer à lume o dever de indenizar; já no Código de Defesa do Consumidor, para que haja a configuração da responsabilidade civil objetiva, partindo da premissa que as atividades desenvolvidas no mercado de consumo são

---

<sup>271</sup> BRASIL, 2002.

<sup>272</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2002, p. 101.

<sup>273</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1016.

<sup>274</sup> CAVALIERI FILHO, 2014, p. 171.

<sup>275</sup> STOCO, 2010.

<sup>276</sup> VIEIRA, 2008, p. 89.



arriscadas, elege-se como requisito a necessidade de ocorrência de “defeito que gere danos”.

Em busca de delinear qual é a noção de risco adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, Maria Helena Diniz, em seu dicionário jurídico, considera o risco como:

1. Possibilidade da ocorrência de um perigo ou sinistro causador de dano ou de prejuízo, suscetível de acarretar responsabilidade civil na sua reparação [...] 3. Relação existente entre a probabilidade de que uma ameaça de evento adverso ou acidente determinados se concretize com o grau de vulnerabilidade do sistema receptor a seus efeitos<sup>277</sup>.

Passos<sup>278</sup>, em uma análise mais aprofundada do tema, opta por distinguir risco e perigo, afirmando ser o perigo a probabilidade de um evento futuro danoso, que foge ao controle do agente, portanto, decorrente de um fator externo, ao passo que o risco está relacionado ao dano que decorre como consequência de uma decisão, seja ele imputável ao agente ou não.

Diante de tudo aqui exposto, sedimentadas as noções gerais a cerca da responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, resta imergir em uma análise de como este instituto se aplicaria no âmbito da responsabilidade civil médica.

### 5.3 A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Revisitando o quanto exposto em capítulo antecedente, a responsabilidade civil subjetiva é a regra geral prevista no ordenamento jurídico pátrio e que terá o condão de imputar o dever indenizatório a determinado agente, quando comprovada sua culpa ou dolo na prática de determinada conduta, da qual resultaram danos.

A responsabilidade civil objetiva, por outro lado, refuta a teoria clássica da culpa como pressuposto de responsabilidade em casos específicos legalmente

<sup>277</sup> DINIZ, 2002b, p. 25.

<sup>278</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro. *In*: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.133.

regidos, voltando-se para a análise da conduta humana eivada de risco que, ocasionando dano a outrem, trará a lume o dever indenizatório, desde que verificado o nexo de causalidade entre ambos os pressupostos<sup>279</sup>.

Tal instituto jurídico, de uma maneira geral, fundamentou-se e se impôs diante da necessidade de socorrer as vítimas de eventos danosos que, recorrentemente, se encontravam incapacitadas de produzir provas diabólicas.

Fernando Noronha<sup>280</sup> contrapõe os institutos jurídicos acima mencionados, inferindo que a responsabilidade civil subjetiva está relacionada aos atos ilícitos, antijurídicos, que violem direitos de terceiros e que o agente tenha praticado devido à negligência, imprudência ou imperícia, ou intencionalmente. Ao passo que, a responsabilidade objetiva está relacionada a uma análise do risco que determinada conduta acomete terceiros, tratando-se de “fatos meramente antijurídicos, na maioria das vezes relacionados a atividades positivadas em lei, independentemente de qualquer juízo volitivo da conduta do agente, ainda que haja caráter pernicioso a ela conectado”<sup>281</sup>.

No que tange à imputação da responsabilidade civil objetiva no âmbito das atividades médicas, cumpre, de início, destacar que se trata de uma tese que destoa da maior parcela doutrinária e da inteligência dos diplomas normativos que regem a matéria – conforme será evidenciado.

A responsabilidade civil médica, no ordenamento jurídico pátrio é pautada, em regra, na responsabilidade civil subjetiva, situação em que, para que se impute o dever de indenizar ao galeno, deve a vítima comprovar a culpa em sentido estrito ou o dolo deste em seu ato médico<sup>282</sup>.

Este é o entendimento que, segundo Kfouri Neto<sup>283</sup>, é extraído da leitura dos artigos 186, 187, 927, *caput*, 948, 949, 950 e 951 do Código Civil de 2002. Neste sentido, o referido autor aduz que nem a promulgação de uma legislação predominantemente objetivista, como o Código de Defesa do Consumidor, foi capaz de rechaçar a responsabilidade civil subjetiva do médico, como revela o §4º do art. 14 do Diploma consumerista.

---

<sup>279</sup> DINIZ, 2013. p. 147.

<sup>280</sup> NORONHA, 1988.

<sup>281</sup> NORONHA, 1988.

<sup>282</sup> PITTELI, 2011.

<sup>283</sup> KFOURI NETO, 2013, p. 60.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 foi responsável por estabelecer, de um modo genérico, a responsabilidade civil objetiva pautada na teoria do risco criado, na medida em que este instituto jurídico só poderia ser aplicado “nos casos previstos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem”<sup>284</sup>.

A teoria do risco adotada pelo Código Civil de 2002, conforme se extrai da literalidade normativa da referida norma, possui como requisito para a sua incidência o nexo de causalidade entre o risco de uma atividade desenvolvida pelo agente e um dano injusto. Não é feita menção, retendo-se a uma análise literal, de qualquer proveito que o agente tenha que auferir para estar sujeito a este tratamento jurídico.

Tendo em vista que não há legislação especial que cuide da responsabilidade civil dos galenos, a aplicação da teoria objetivista a estes profissionais fundar-se-ia no risco criado por estes no exercício da sua profissão.

Benacchio, por exemplo, entendeu por aplicar a responsabilidade objetiva à atividade médica

Nos casos em que houver a utilização de alta tecnologia, como exames complexos, utilização de tecnologia em desenvolvimento, procedimentos e cirurgias que envolvam equipamentos de elevada carga tecnológica, por presente o risco criado pela responsabilidade do médico, a responsabilidade será objetiva, fundada no risco<sup>285</sup>.

Há ainda uma parcela doutrinária que corrobora o entendimento acima exposto sob a fundamentação do princípio da reparação integral do dano – fundamento utilizado para justificar a teoria objetivista de uma maneira geral –, justificando a dificuldade do lesado em preencher os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil subjetiva<sup>286</sup>.

Hermes Rodrigues de Alcântara, neste mesmo sentido, adota um posicionamento que vai de encontro com a maioria da literalidade jurídica e médica a respeito do tema, afirmando que:

Com elementos objetivos manuseamos muito mais desembaraçadamente. Ao julgador não se exigirá que vista o escafandro etéreo para mergulhar no âmago das almas litigantes, como gostariam os subjetivistas. Na era dos computadores, todos os cálculos são possíveis para determinar uma

<sup>284</sup> COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SLAIBI FILHO, Nagib; ALVES, Geraldo Magela (Coord.). **A responsabilidade civil e o fato social no século XXI**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>285</sup> BENACCHIO, 2009.

<sup>286</sup> KFOURI NETO, 2013, p. 35.

incógnita desde que se conheçam alguns fatores concretos. A medicina de hoje tem muito pouco de abstrata<sup>287</sup>.

Em face ao surgimento da teoria do risco e da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico pátrio, foi possível notar a insurgência de muitos doutrinadores a respeito da aplicação desta teoria à atividade médica.

Neste contexto, Nilo<sup>288</sup> posiciona-se em maneira completamente oposta a esta corrente, afirmando que a atividade desenvolvida pelos galenos não pode ser enquadrada em nenhuma teoria do risco, nem no risco criado nem no risco proveito.

Analisando a impossibilidade de enquadramento da atividade médica à teoria do risco criado, o supracitado autor afirma que seria preciso que este risco fosse criado pelo médico enquanto age, sendo incontestado que o risco, na relação paciente-médico, é inerente à condição do paciente. E conclui que nenhum procedimento ou intervenção médica, por mais arriscado que seja, será indicado ao paciente se o risco de permanecer sem este for mais prejudicial.

Neste mesmo sentido, Kfoury Neto<sup>289</sup> ressalta que a atividade exercida pelo médico, segue pela via inversa à teoria do risco criado, na medida em que não é o ato médico que gera risco ao paciente, muito pelo contrário, visa afastar que a saúde do enfermo se agrave.

Elucidando seu posicionamento, Nilo<sup>290</sup> completa com o exemplo de um paciente que chega com um quadro de abdome agudo em uma emergência, situação na qual, embora a intervenção do médico seja arriscada, é muito mais arriscado ao paciente que não se submeta a tal procedimento.

No que tange à impossibilidade de classificação da teoria do risco proveito à atividade médica, o aludido autor reitera que o médico não cria um risco ao paciente em nenhuma hipótese, muito menos visando um proveito econômico, até mesmo porque, sob a ótica da deontologia médica, a saúde do paciente é o que motiva as decisões do galeno, sendo este o proveito visado por este profissional.

Além do mais, o autor também ressalta a impossibilidade de a atividade médica ser exercida sob uma perspectiva empresarial, na medida em que o lucro é objetivo secundário e existem claras vedações à mercantilização da medicina impostas pelo Conselho Federal de Medicina.

---

<sup>287</sup> Ibidem.

<sup>288</sup> NILO, 2019, p. 85.

<sup>289</sup> KFOURI NETO, 2013, p. 61.

<sup>290</sup> NILO, 2019.

É o que se extrai, por exemplo, das alíneas “a” e “d” do §1º da Resolução de nº 1.974/2011 do CFM<sup>291</sup>, que veda aos escúlianos qualquer autopromoção que vise atrair clientes e auferir lucros diante de tal publicidade.

Sob esta perspectiva, é imprescindível expor os efeitos negativos que a aplicação da teoria do risco à atividade médica poderia causar à sociedade. Neste contexto, Matielo<sup>292</sup> infere que seria perigoso admitir a aplicação desta teoria à atividade médica, pois seria estabelecido um “império de insegurança jurídica” nas relações firmadas entre os médicos e pacientes, de modo que seria maior a preocupação do médico para consigo mesmo, leia-se, para os efeitos jurídicos que determinada intervenção lhe causaria, do que com a saúde do paciente.

Em acordo com este entendimento, lecionam Couto Filho e Souza que:

[...] não se pode responsabilizar o médico por situações para as quais a própria ciência médica não tem explicação. Se assim fosse, não haveria mais ninguém que se dispusesse a seguir tão nobre profissão. Tornar o médico responsável pelo desconhecido é estabelecer nova espécie de reponsabilidade objetiva, o que é de todo modo inadmissível<sup>293</sup>.

Por fim, restou evidenciar que a aplicação da teoria do risco à responsabilidade civil médica não possui respaldo fático nem jurídico, além do mais, seus efeitos ecoam mais maléficis do que aquilo que este instituto jurídico visa tutelar, sendo inequívoca a figura do paciente como o sujeito mais prejudicado.

#### 5.4 AS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE PAUTADA NA TEORIA DO RISCO NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Com as informações dadas ao longo do presente trabalho é possível concluir que, preenchidos os pressupostos de aplicação da responsabilidade civil, sejam estes a conduta, o dano, o nexo de causalidade e a culpa, quando da aplicação da responsabilidade civil subjetiva, ou se tratando de responsabilidade civil objetiva, na

---

<sup>291</sup> Ibidem.

<sup>292</sup> MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzato; 1998. P. 66.

<sup>293</sup> COUTO FILHO; SOUZA, 2004.

qual o pressuposto culpa substitui-se pelo risco da atividade ou pela expressa disposição legal, restará configurado o dever de indenizar.

Nestes casos, os sujeitos passivos das ações indenizatórias recorrem às causas “excludentes de responsabilidade” como uma maneira de elidir o dever de indenizar, seja pelo rompimento do nexo de causalidade ou pela disposição legal<sup>294</sup>.

Tendo em vista que boa parte da doutrina confunde as excludentes de responsabilidade civil com as excludentes de ilicitude, é pertinente se manifestar a respeito do tema. Portanto, cumpre destacar que as excludentes de ilicitude nem sempre romperão o nexo causal, podendo restar configuradas sem que se afaste o dever de indenizar, ao passo que, havendo uma causa excludente de responsabilidade civil, não haverá que se falar em dever indenizatório<sup>295</sup>.

Gonçalves<sup>296</sup>, neste mesmo sentido, infere que os atos praticados em estado de necessidade, por exemplo, muito embora configurem atos lícitos, nos termos do art. 188, II, do Código Civil, obrigam o autor a indenizar o dono da coisa, conforme dispõe o art. 129 do referido *códex*.

O professor Cristiano Chaves assevera que enquanto as excludentes de ilicitude retiram a contrariedade jurídica concebida à determinada conduta, não isentando, portanto, de um modo absoluto, a reparação dos danos, como no caso da legítima defesa com erro na execução, que, embora lícita, gera o dever de indenizar, as excludentes de responsabilidade civil rompem o nexo de causalidade e afastam o dever de reparar os danos.

As causas excludentes de responsabilidade civil não foram taxadas pelo Código Civil, restando a doutrina incumbida a tal tarefa. Atualmente, é possível destacar três hipóteses que rompem o nexo de causalidade, tais sejam: i) caso fortuito e força maior; ii) fato exclusivo da vítima; e iii) fato de terceiro.

Antes de iniciar os comentários acerca dos institutos acima descritos, cumpre ressaltar que sempre que ocorrer no plano fático alguma hipótese que exclua a responsabilidade civil, deve se apurar se esta, de fato, isoladamente, provocou o dano, sem qualquer interferência precedente do agente que contribuisse para tanto.

---

<sup>294</sup> VIEIRA, 2008, p. 58.

<sup>295</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>296</sup> Ibidem.

O caso fortuito e a força maior, são consagrados no art. 393 do Código Civil: “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

Embora haja parte da doutrina que busca debruçar-se sobre a análise das diferenças existentes entre o caso fortuito e a força maior, no plano da eficácia esta discussão não se mostrou relevante, tendo em vista que ambos os institutos surtem o mesmo efeito, tal seja a excludente da responsabilidade Civil.

Chaves classifica o caso fortuito e a força maior como “um fato externo a conduta do agente, de caráter inevitável, a que se atribui a causa necessária ao dano”<sup>297</sup>. Nota-se que esta hipótese pressupõe a externalidade e a inevitabilidade para que se configure.

No que tange a questão da externalidade, cumpre apresentar a distinção (extremamente pertinente ao presente trabalho) realizada por Agostinho Alvim<sup>298</sup>, que conceituou o fortuito interno como aquele relacionado à pessoa do devedor ou da empresa e com a organização que eles imprimam ao negócio; ao passo que o fortuito externo seria a força maior propriamente dita, que independe dos agentes, dada sua externalidade. Somente o fortuito externo teria o condão de excluir a responsabilidade civil.

Outra situação que rompe o nexo de causalidade e extingue o dever de indenizar é o fato exclusivo da vítima. Nesta situação, a vítima se coloca como protagonista do evento danoso, sendo este relacionado à postura adotada pelo próprio lesado. O agente aparenta causar o dano quando, na realidade, o evento decorreu de um fator determinado pela atuação daquele que sofreu o dano.

A doutrina notou que existem situações em que o dano decorre de um fato atribuível parcialmente à vítima, tendo o agente também influído na sua materialização – é o caso em que a participação da vítima não terá o condão de elidir a responsabilidade civil, somente reduzir proporcionalmente a obrigação de indenizar.

Por fim, o fato de terceiro é configurado quando o evento lesivo decorre da conduta de um sujeito estranho à relação jurídica entabulada entre as partes. O terceiro é classificado como uma pessoa estranha ao autor e à vítima e, sendo o

---

<sup>297</sup> VIEIRA, 2008, p. 58.

<sup>298</sup> ALVIM, 1995, p. 318.

dano decorrente de uma conduta deste, há o rompimento do nexa causal, devendo a vítima se voltar contra o terceiro.

Este é um tema bastante controvertido em doutrina, havendo, inclusive, a súmula de nº. 187 do STF que preconiza: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

Wilson Melo da Silva, a respeito do tema, ressalta que não há que se falar em nexa de causalidade quando o fato de terceiro estiver submerso em imprevisibilidade e inevitabilidade, sem que, para a ocorrência do evento danoso, incida a menor parcela de atribuição do autor ou da vítima.

Entretanto, importa ressaltar que *onus probandi* nesta situação é do causador material do dano, ou seja, do autor, que deverá demonstrar que sua atuação em nada influiu na consecução do evento danoso.

Neste momento, será feita uma análise de como se materializam as hipóteses excludentes de responsabilidade civil no âmbito da responsabilidade civil médica. O caso fortuito, configurar-se-ia quando a atuação do galeno fosse correta e adequada, em atendimento a todos os seus deveres como profissional da medicina, sendo o dano decorrente de fatos estranhos, leia-se, alheios à sua atuação e ao comportamento do paciente, não havendo possibilidade de o médico prevê-los e nem os impedir.

Como exemplo de caso fortuito é possível mencionar a situação em que o médico prescreve um medicamento de uso corrente e o paciente desenvolve uma reação extrapiramidal, extremamente rara e atípica, que o leva a morte. Neste contexto, impende distinguir o caso fortuito da conduta negligente, imprudente ou imperita. Tendo em vista que em ambos os casos se operará um mau resultado, cumpre analisar a atuação médica.

Giostrì infere que quando o mau resultado decorrer de caso fortuito, este estará evitado de imprevisibilidade, inevitabilidade e da irresistibilidade, enquanto que um mau resultado decorrente de uma conduta culposa poderia ser evitado se o médico adotasse uma postura correta e diligente.

A culpa exclusiva do paciente ocorre quando o dano possui total referência com um comportamento de paciente, liberando o médico do dever indenizatório pela inexistência de nexa de causalidade. Além disso, havendo culpa concorrente do paciente, não há que se falar em rompimento do nexa de causalidade, devendo, à



luz do caso concreto, estabelecer-se uma responsabilidade bipartida, na qual as partes respondem na proporcionalidade da sua atuação.

O fato de terceiro terá o condão de elidir a responsabilidade civil desde que ele não integre o “corpo médico”, compreendido naquelas intervenções em que o médico necessita da atuação de preposto, como, por exemplo, em intervenções cirúrgicas.

Em se tratando de dano decorrente da atuação de alguém que compõe o corpo médico, não há que se falar em excludente de responsabilidade civil. A responsabilidade do galeno, nestes casos, encontra respaldo na inteligência do art. 932 do Código Civil, que preceitua que a responsabilidade do empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele”.

Tecidas tais considerações, resta agora avaliar a aplicabilidade da teoria do risco às cirurgias estéticas embelezadoras, analisando, para tanto, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema.

## 5.5 DA (IN) APLICABILIDADE DA TEORIA DO RISCO ÀS CIRURGIAS ESTÉTICAS EMBELEZADORAS

A aplicação da teoria do risco às cirurgias estéticas embelezadoras, conforme anteriormente já afirmado, é de baixa aderência tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Na doutrina, é possível verificar Flavio Tartuce<sup>299</sup> como o principal jurista a defender tal posicionamento. Para ele, não há distinção entre o cirurgião plástico, o transportador e um dentista que realize procedimentos estéticos, sendo todos profissionais que assumem obrigações de resultado dos seus serviços com os consumidores.

Neste ponto específico, em que os cirurgiões estéticos assumem com os pacientes uma obrigação de resultado, não há distinção diante da maior parcela doutrinária, que segue nesta mesma linha de inteligência. No entanto, o seu fator que o diferencia dos demais é o fato de entender que os cirurgiões plásticos, em

---

<sup>299</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Método, 2014. p. 81.

procedimentos estéticos, devem ser responsabilizados independente da aferição de culpa, aplicando-se a responsabilidade civil objetiva<sup>300</sup>.

Em síntese, o aludido autor propõe que o cirurgião plástico, tratando-se de procedimentos desvirtuados de uma finalidade terapêutica, deve fornecer ao paciente o resultado por ele almejado, respondendo objetivamente em caso de insucesso, seja por erro médico ou, tão somente, pelo alcance a um resultado que não era o pretendido.

Nesta mesma linha de inteligência, é possível destacar também o doutrinador Alexandre Gir Gomes<sup>301</sup> que – compartilhando do entendimento da maior parte da doutrina a respeito da obrigação de resultado assumida pelo cirurgião estético – acrescenta que seria prescindível a prova da culpa nas ações em que os cirurgiões plásticos figurassem como sujeito passivo, tendo em vista que o inadimplemento contratual, neste caso, seria suficiente para que houvesse a responsabilidade objetiva.

Salta aos olhos a fundamentação utilizada pelo supracitado autor, que afastou a incidência do quanto disposto no art. 14, §4º, do CDC, em decorrência da configuração da relação contratual entre o cirurgião plástico e o paciente.

Ademais, o referido autor conclui que

À “verificação de culpa”, condiciona-se, por óbvio, à responsabilidade adveniente das relações extracontratuais, não se aplicando às relações contratuais, como ora em comento, uma vez que esta responsabilidade advém do próprio inadimplemento [...] independentemente da configuração da culpa aquiliana<sup>302</sup>.

Este entendimento é completamente incoerente quando analisado do ponto de vista pragmático. Se o motivo determinante da imputação da responsabilidade objetiva fosse a natureza contratual, qualquer outro profissional liberal, inclusive aqueles que assumem uma obrigação de meios, e não só o cirurgião estético, estariam submetidos a tal regime de responsabilização, extremamente desfavorável<sup>303</sup>.

---

<sup>300</sup> Ibidem, p. 81-83.

<sup>301</sup> GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. In NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 747-787.

<sup>302</sup> GOMES, 2010, p. 748-789.

<sup>303</sup> DUTRA, 2016, p. 82.

Nota-se que o grande equívoco acima exposto reside na correlação da responsabilidade objetiva com as obrigações de resultado. Dutra<sup>304</sup>, a respeito de tal confusão, explica que a culpa presumida como maneira de responsabilizar os cirurgiões plásticos tem sido uma forma “tímida” de aplicar a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade subjetiva com culpa presumida difere em muito da responsabilidade objetiva, estando tais distinções anotadas no subtópico 3.5 do presente trabalho científico.

Entretanto, é possível vislumbrar que o posicionamento adotado por esta pequena parcela doutrinária foi acatado em decisões de tribunais superiores, que repetiram a confusão entre as obrigações de resultado, a responsabilidade objetiva e inadimplemento contratual.

Neste contexto, é possível mencionar o recente acórdão do STJ no Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.468.756/DF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RENOVAÇÃO DO PEDIDO NA VIA ESPECIAL. DESNECESSIDADE. AÇÃO INDENIZATÓRIA. **CIRURGIA PLÁSTICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.** PROFISSIONAL QUE DEVE AFASTAR SUA CULPA MEDIANTE PROVA DE CAUSAS DE EXCLUDENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] 2. Possuindo a cirurgia estética a natureza de obrigação de resultado cuja responsabilidade do médico é presumida, cabe a este demonstrar existir alguma excludente de sua responsabilização apta a afastar o direito ao ressarcimento do paciente. 3. Agravo regimental não provido<sup>305</sup>.

A leitura do acórdão, por si só, já demonstra certa confusão, tendo em vista que o fato de, para esta corrente doutrinária, o cirurgião plástico assumir uma obrigação de resultado nas cirurgias estéticas, presumindo-se a sua culpa, não significa que ele só se eximirá de tal responsabilidade somente se demonstrar alguma “excludente de responsabilidade”. Em verdade, esse é o tratamento jurídico da responsabilidade objetiva.

Somente a partir da leitura do voto do ministro relator Moura Ribeiro é que se torna possível verificar que, de fato, a teoria adotada ao caso foi a da responsabilidade objetiva, quando o aludido jurista inferiu que, em se tratando de

---

<sup>304</sup> Ibidem.

<sup>305</sup> BRASIL, 2016.

cirurgia estética embelezadora, a obrigação assumida pelo cirurgião é de resultado, tratando-se, pois, de responsabilidade contratual ou objetiva.

É possível destacar que existem outros julgados que coadunam o entendimento acima exposto. Como, por exemplo, o desembargador Sebastião César Evangelista, no julgamento da Apelação Cível de nº 2011.0250322-2 (TJ-SC)<sup>306</sup>, manifestou o seu entendimento de que, em se tratando de cirurgia estética, na qual se estabelece uma obrigação de resultado, tanto a clínica prestadora do serviço hospitalar quanto o cirurgião plástico que realizou a intervenção respondem objetivamente.

Embora sejam entendimentos emanados de grandes juristas, detentores de notório saber jurídico, trata-se de um posicionamento que não encontra respaldo jurídico e fático.

Conforme visto em tópico acima, a teoria do risco, em síntese, fundamenta-se em duas premissas: a submissão ao risco como fato que independe do consentimento do lesado, leia-se o paciente, e o risco não pode ser afastado com simples condutas<sup>307</sup>.

Nas cirurgias plásticas não se verifica nenhum dos elementos, pelo fato do paciente só se submeter ao risco por livre, manifestada e consciente vontade, sendo a recusa uma decisão que, de igual forma, partirá deste, portanto, “simples”. Não é o médico que coloca o paciente em uma situação de risco, mas o paciente resolve “pagar o preço” de se submeter a uma intervenção dotada de álea, aceitando, portanto, os riscos<sup>308</sup>.

Por tudo exposto, ficou evidenciada a inadequação da responsabilidade objetiva, seja pela aleatoriedade que envolve o procedimento ou pela ausência dos fundamentos jurídicos que autorizem a aplicação da teoria do risco a esta especialidade médica.

---

<sup>306</sup> BRASIL, 2014.

<sup>307</sup> PITTELLI, 2011, p. 101.

<sup>308</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 2a ed. Curitiba: Juruá Ed.; 2004. P. 89.

## 6 CONCLUSÃO

Diante do estudo acima realizado, constatou-se a existência do movimento de radicalismo punitivo que tem recaído sobre a atividade médica, tendo em vista as mudanças que esta categoria profissional experimentou ao longo dos anos. A figura do médico tem sido bastante mercantilizada atualmente e, inequivocamente, pode-se atribuir este tratamento a um regime jurídico que cria muitos entraves à relação paciente-médico, prejudicando sobremaneira todos envolvidos.

O recorte realizado foi sobre a atividade desenvolvida pelos cirurgiões plásticos em procedimentos estéticos embelezadores por dois motivos: i) o crescimento exponencial de tais procedimentos no Brasil, tendo em vista as mudanças na maneira em que a sociedade passou a enxergar a cirurgia plástica, transmutando-a de uma mera futilidade a um meio de alcançar um bem estar psíquico; e ii) o tratamento jurídico preconceituoso incidente sobre tal especialidade que, preponderantemente, vigora nos dias atuais, criando um campo de insegurança jurídica no desenvolvimento deste ramo da medicina.

A responsabilidade civil médica é, em regra, classificada como subjetiva, regime jurídico no qual, para que se atribua o dever indenizatório ao médico, há a necessidade de configuração da ação ou omissão, do dano, do nexo de causalidade e a culpa (negligência, imprudência ou imperícia), como pressuposto indispensável para que se atribua o nexo de imputação.

Ocorre que, a jurisprudência brasileira, sobretudo os tribunais superiores, tem excepcionado esta regra no que diz respeito às cirurgias estéticas. Neste espeque, foi possível verificar três posicionamentos distintos a respeito do tema: i) as cirurgias estéticas embelezadoras devem seguir a regra geral da responsabilidade civil médica (responsabilidade subjetiva), não havendo distinção entre esta e outras especialidade médicas; ii) nas cirurgias estéticas a responsabilidade civil permanece subjetiva, entretanto, o médico assume uma obrigação de resultado, operando-se, portanto, a presunção da culpa em seu desfavor e cabendo-lhe demonstrar que o dano suportado pelo paciente não decorreu da sua atuação, mas de fatores externos; iii) a cirurgia plástica é uma atividade de risco, devendo, portanto, ser regida pela responsabilidade objetiva.

O primeiro posicionamento é a regra geral da responsabilidade civil médica, que parece ser a mais coerente forma de se regular o exercício desta atividade. Já o segundo posicionamento, buscou na teoria das obrigações de meio e resultado, que teve como maior precursor René Demogue, uma maneira de proteger o paciente diante de eventual dificuldade de comprovação da culpa do médico em determinados casos, classificando a obrigação assumida pelo cirurgião plástico, em procedimentos embelezadores, como de resultado, de modo que, nestes procedimentos, haveria uma presunção da culpa em desfavor do médico.

Essa segunda classificação mostrou-se incoerente tanto pela inadequação da caracterização dos procedimentos estéticos como obrigações de resultado, quanto pela distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no art. 373, §1º do Código de Processo Civil, que inaugurou um modelo de distribuição probatória suficiente para tutelar o paciente quando impossibilitado de produzir determinada prova, sem que haja a necessidade de se recorrer a uma classificação deturpada.

Aqueles que qualificam as cirurgias plásticas como exceções às obrigações de meio, encontram-se afetados por um preconceito histórico surgido em tempos pretéritos e fundado na sacralidade do corpo humano – responsáveis por atribuir às cirurgias estéticas uma feição fútil.

Esse preconceito precisa ser superado. O conceito de saúde adotado pela OMS deixa claro que o bem-estar psíquico e social do ser humano é tão importante quanto o seu bem-estar físico. Neste contexto, a cirurgia plástica assumiu um importante papel na sociedade como um meio de se alcançar a saúde, tendo em vista que a melhora na feição do paciente pode ser a peça-chave no seu bem-estar psíquico.

Ademais, tal distinção revela-se incoerente quando se nota que, assim como nas cirurgias plásticas terapêuticas, os procedimentos embelezadores atuam no corpo humano e estão sujeitos a mesma álea das demais especialidades.

Ainda a respeito da álea existente na atividade médica, notou-se que muitos juristas confundem-se ao classificar que a álea está relacionada à cura. Nesta linha de intelecção, o que se entende é que a aleatoriedade afasta a possibilidade do médico de assumir o compromisso de curar o paciente e, por isso, tão somente, que ele deve atuar com toda diligência e cuidado necessário. Deste raciocínio extrai-se que, como as cirurgias estéticas não possuem a finalidade curativa, não há que se falar em aleatoriedade. Entretanto, conforme exposto, a álea não deve ser vista como o fortuito extraordinário capaz de atingir o resultado final, mas sim todos os procedimentos intermediários que compõe a atividade médica, de um modo geral.

As questões de ordem jurídica também refletem outra confusão realizada pelos juristas ao afirmarem que quando o paciente busca um procedimento estético ele almeja um resultado específico que é a melhora na sua feição. Notou-se que a determinação da obrigação acordada entre as partes não pode ser condicionada à expectativa criada pelo paciente, quando na verdade aquilo que o credor pode razoavelmente esperar depende daquilo que o devedor se compromete a cumprir, e não o contrário.

Ainda quanto ao resultado específico almejado pelo paciente, é evidente que, salvo àqueles que possuem doença incurável, desejam um resultado específico que é a melhora na sua saúde.

Por fim, diante da revisão doutrinária realizada, constatou-se que a única situação em que o cirurgião plástico poderia assumir uma obrigação de resultado seria a mesma em qualquer outra especialidade médica: quando, por sua manifestação de vontade, comprometer-se a atingir determinado resultado específico.

Quanto à aplicação da teoria do risco aos procedimentos estéticos embelezadores, conclui-se que se trata de um posicionamento extremamente incoerente. Isso ocorre porque a teoria do risco possui duas premissas: submissão ao risco como fato que independe do consentimento do lesado, leia-se o paciente, e o risco não pode ser afastado com simples condutas.

Nas cirurgias plásticas não se verifica nenhum dos elementos, pois o paciente só se submete ao risco por livre, manifestada e consciente vontade, sendo a recusa uma decisão que, de igual forma, partirá deste, portanto, “simples”. Não é o médico que coloca o paciente em uma situação de risco, mas o paciente que resolve “pagar o preço” de se submeter a uma intervenção dotada de álea, aceitando, portanto, os riscos.

Seria extremamente perigoso admitir a aplicação desta teoria à atividade médica, diante da criação de um cenário de grande insegurança jurídica nas relações firmadas entres os médicos e pacientes, de modo que seria maior a preocupação do médico para consigo mesmo, leia-se, para os efeitos jurídicos que determinada intervenção lhe causaria, do que com a saúde do paciente.

Diante do exposto, foi possível concluir que, no que diz respeito à natureza da obrigação assumida, as cirurgias estéticas embelezadoras não se distinguem das cirurgias estéticas com finalidade terapêutica, nem de nenhuma outra especialidade médica. Sendo assim, a responsabilidade civil, neste caso, deve permanecer subjetiva, sendo imprescindível a aferição da culpa (fator de atribuição). O ordenamento jurídico pátrio, atualmente, já dispõe de mecanismos jurídicos que viabilizem a tutela do paciente quando este se deparar com um encargo probatório de difícil desincumbência, sem que seja necessário recorrer a um tratamento preconceituoso para com tal ramo da medicina.



## REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1955.

ANDRIGHI, Fatima Nancy. Responsabilidade Civil na cirurgia estética. **Palestra proferida na XIX Jornada Centro-Oeste de Cirurgia Plástica realizada em Brasília**. *In*: IX Jornada Centro-Oeste de Cirurgia Plástica, Brasília, 16 mar. 2006. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/213131354/Fatima-Andrighi-Responsabilidade-Civil-Na-Cirurgia-Estetica-2006>. Acesso em: 20 out. 2020.

BAGNO, Marcos. **Preconceito lingüístico: o que é, como se faz**. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. São Paulo: Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2008.

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade Civil do Médico. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coords.). **Responsabilidade Civil: Estudos em**

homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 320- 349.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito dos contratos e atos unilaterais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BORGES, Gustavo. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Atlas, 2014.

BOTSMAN, R.; ROGERS, R. *What's Mine Is Yours: how collaborative consumption is changing the way we live*. London: Collins, 2011.

BRANCO, Gerson Luiz Castro. **Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BRASIL, 2013. **LEI Nº 12.842, DE 10 DE JULHO DE 2013**. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Brasília, DF: Presidência da República, Brasil, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm). Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código Civil - Lei 10406/02 | Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, Brasil, 2002.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.627, de 23 de outubro de 2001**. Define o ato profissional de médico como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado. Diário Oficial da União, Brasília, DF, p. 219, 16 nov. 2001. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2001/1627\\_2001.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2001/1627_2001.htm). Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução **CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Aprova o código de ética médica. Diário Oficial da União, n. 183, 2009. Brasília, DF: Presidência da República, 2009.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução **CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Aprova o código de ética médica. Diário Oficial da União, n. 183, 2009. Brasília, DF: Presidência da República, 2009.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 25 mai. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 12.842, DE 10 DE JULHO DE 2013.** Dispõe sobre o exercício da Medicina. Brasília, DF: Presidência da República, Brasil, 2013.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.** Código de Processo Civil. DF: Presidência da República, Brasil, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 25 mai. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 3.268, DE 30 DE SETEMBRO DE 1957.** Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1957. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm). Acesso em: 25 mai. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Brasil, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 25 mai. 2020.

BRASIL. STJ. **AgRg no REsp 1.468.756/DF**, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 19/5/2016, DJe de 24/5/2016. Brasília, DF: STJ, 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178710339/recurso-especial-resp-1468756-df-2014-0173852-5>. Data de acesso: 22 out. 2020.

BRASIL. STJ. **AgInt no AREsp 1097590/MG**, Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 11/4/2019, DJe de 08/5/2019. Brasília, DF: STJ, 2019.

BRASIL. **STJ. AgInt no AREsp 1255514/MG**, Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 12/6/2018, DJe de 22/6/2018. Brasília, DF: STJ, 2018.

BRASIL. STJ. **AREsp: 1.268.262/MS**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Decisão monocrática, j. em 09/04/2018, DJe de 19/04/2018. Brasília, DF: STJ, 2018.

BRASIL. STJ. **REsp 1.097.955/MG**, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 27/9/2011, DJe de 3/10/2011. Brasília, DF: STJ, 2011.

BRASIL. STJ. **REsp 1.180.815/MG**, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 19/08/2010, DJe de 26/8/2010. Brasília, DF: STJ, 2010.

BRASIL. STJ. **REsp 1.180.815/MG**, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 19/08/2010, DJe de 26/8/2010. Brasília, DF: STJ, 2010.

BRASIL. STJ. **REsp 1.269.832/RS**, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. em 6/9/2011, DJe de 13/9/2011. Brasília, DF: STJ, 2011.

BRASIL. STJ. **REsp 1.395.254/SC**, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 15/10/2013, DJe de 29/11/2013. Brasília, DF: STJ, 2013.

BRASIL. STJ. **REsp 236.708/MG**, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, j. em 10/2/2009, DJe de 18/5/2009, Brasília, DF: STJ, 2009.

BRASIL. STJ **AgRg no REsp 1.468.756/DF**, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 19/5/2016, DJe de 24/5/2016. Brasília, DF: STJ, 2016.

BRASIL. STJ. **Recurso Especial nº 466.730/TO (2002/0109327-0)**. Recorrente: Carlos Jun Osaki. Recorrido: José de Oliveira Silva Filho. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Quarta Turma. Data de julgamento: 28 set. 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2018569/recurso-especial-esp-466730-to-2002-0109327-0/inteiro-teor-12224479>. Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. STJ. **Recurso Especial nº 81.101/PR (95/006370-9)**. Recorrente: Jane Carvalho Marques. Recorrido: Manoel Augusto Ribas Cavalcanti. Relator: Ministro WALDEMAR ZVEITER. Terceira Turma. Data de Julgamento: 04/12/1997. Brasil, DF: STJ, 1997. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423776/recurso-especial-esp-81101-pr-1995-0063170-9>. Acesso em: 17 mai. 2020.

BRASIL. STJ. **Recurso Especial nº 985.988/SP (2007/0088776-1)**. Recorrente: Antônio Carlos Ferreira Castro. Recorrido: Andréa Josefa da Silva. Relator: Ministro Luis Felipe Salomao. Quarta Turma. Data de Julgamento: 16/02/2012. Brasil, DF: STJ, 2012. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399757/recurso-especial-esp-985888-sp-2007-0088776-1-stj/inteiro-teor-21399758>. Acesso em: 17 mai. 2020.

BRASIL. STJ. **Recurso Especial nº 985.988/SP (2007/0088776-1)**. Recorrente: Antônio Carlos Ferreira Castro. Recorrido: Andréa Josefa da Silva. Relator: Ministro Luis Felipe Salomao. Quarta Turma. Data de Julgamento: 16/02/2012. Brasil, DF: STJ, 2012. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399757/recurso-especial-esp-985888-sp-2007-0088776-1-stj/inteiro-teor-21399758>. Acesso em: 17 mai. 2020.

BRASIL. STJ. **Recurso Especial nº 985.988/SP (2007/0088776-1)**. Recorrente: Antônio Carlos Ferreira Castro. Recorrido: Andréa Josefa da Silva. Relator: Ministro Luis Felipe Salomao. Quarta Turma. Data de Julgamento: 16/02/2012. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399757/recurso-especial-esp-985888-sp-2007-0088776-1-stj/inteiro-teor-21399758>. Acesso em: 17 mai. 2020.

BRASIL. STJ. **TJ-DF 00153486420158070001 DF 0015348-64.2015.8.07.0001**, Relator: FÁBIO EDUARDO MARQUES, Data de Julgamento: 30/01/2019, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 18/02/2019. BRASÍLIA, DF: TJ, 2019.

BRITO, Annie Mehes Maldonado. **Representações sociais, crenças e comportamentos de saúde**: um estudo comparativo entre homens e mulheres. 2012. Dissertação de mestrado (mestre em psicologia) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Florianópolis, 2012.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil do médico**. São Paulo: Editora Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. *In*: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil**. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 333-348.

CORTÉS, Julio César Galán; YAGUEZ, Ricardo De Angel. **Responsabilidad médica y consentimiento informado**. Espanha: Civitas, 2001.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SLAIBI FILHO, Nagib; ALVES, Geraldo Magela. (Org.). **A responsabilidade civil e o fato social no século XXI**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de direito médico: responsabilidade civil à luz do Código civil de 2002, iatrogenia, teoria da perda de uma chance, filtragem constitucional, legislação**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIDIER JUNIOR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. Curso de Direito Processual Civil. **Teoria da prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil** — Responsabilidade civil atual de acordo com o novo Código Civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002a.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. v. 4, São Paulo: Saraiva, 2002b.

FACCHINI, Eugênio Facchini; EICK, Luciana Gemelli. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva. **Ajuris**, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, v. 42, n. 138, p. 54-55, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6 ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

FEATHERSTONE, M. **Cultura de consumo e Pós-modernismo**. São Paulo: Studio Nobel. Bibliografia, 1995.

FOSTER, Nestor José. **Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios?**. São Paulo: Revista Tribunais 1997.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. São Paulo: Fundo editorial byk prociencix, 1982.

FRANÇA, Rodrigo Dumans. **A teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva**. 2009. Dissertação de mestrado (mestre em direito) - Programa de pós-graduação em Direito, USP. São Paulo, USP, 2009.

FRANQUEIRA, Guilherme de Souza Costa. **A redução do montante indenizatório em razão da desproporção entre o grau de culpa e a extensão do dano**. 2007. Trabalho de conclusão de curso (bacharel em direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007.

FRAZÃO, Paulo; MINAKAWA, Marcia Michie. Medicalização, desmedicalização, políticas públicas e democracia sob o capitalismo. **Trabalho, Educação e Saúde**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 407-430, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GALLO, Paolo. **Penne private e responsabilità civile**. Itália: Editora Giuffrè, 1996.

GARCEZ NETO, Martinho. Responsabilidade Civil no Direito Comparado, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá Ed., 2004.

GOGLIANO, Daisy. O consentimento informado em matéria de bioética. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coords.). **Responsabilidade Civil: Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 747-787.

GONÇALVES, Camilla de Jesus Mello. Breves notas sobre responsabilidade civil na cirurgia plástica reparadora, estética e de transgenitalização e nos tratamentos dermatológicos: análise da jurisprudência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 109, p. 187 – 213, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2004.

GRAEFF-MARTINS, Joana. Cirurgia plástica estética: natureza da obrigação do cirurgião. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 755-777.

HERRERA, Edgardo Lopez. **Teoría general de La responsabilidad civil**. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Cirurgia plástica e a responsabilidade civil do médico: para uma análise jurídica da culpa do cirurgião plástico**. Palestra proferida no VII Radesp, *In*: Reunião Anual dos Dermatologistas do Estado de São Paulo, na cidade de Santos (SP), 30 nov. 2002. Sociedade Brasileira de Dermatologia, São Paulo, 2002. Disponível em: [http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo\\_giselda\\_cirurgia.pdf](http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo_giselda_cirurgia.pdf). Acesso em: 6 out. 2020.

HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; CONSTANTINO, Clóvis Francisco; OSELKA, Gabriel Wolf. Consentimento informado no atendimento pediátrico. **Revista Paulista de Pediatria**, São Paulo, v. 28, n. 2, p. 128-133, 2010.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. São Paulo: Edições almeida, 1999.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista forense**, São Paulo, v. 86, n. 454, 1941.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

LEONE, S.; PRIVITERA, S.; CUNHA, J.T. (Coords.). **Dicionário de bioética**. Aparecida: Editorial Perpétuo Socorro/Santuário, 2001.

LIGIERA, Wilson Ricardo. **A responsabilidade civil do médico e o consentimento informado**. 2009. Dissertação de mestrado (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Rafael Dutra Silveira. **O erro médico e a responsabilidade civil dos cirurgiões estéticos**: Uma nova análise a respeito do binômio meios versus resultado. 2016. Trabalho de conclusão de curso (bacharel em direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2016.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**, São Paulo: Atlas, 2015.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no Direito brasileiro. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 678.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **As Presunções e a Prova**. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977.

NALINI, José Renato. Responsabilidade ético-disciplinar do médico. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 575-589.

NETO, Joaquim Caldas. A Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico no caso de Erro Médico à Luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. **Athenas**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 218-236, jan./out. 2015.

NILO, Alessandro Timbó. **Teoria da inaplicabilidade do CDC na relação paciente-médico**. 2019. Dissertação de mestrado (mestre em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2019.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Camila Vasconcelos de. **Judicialização da Medicina no Brasil: uma análise crítico-propositiva de um problema persistente sob a ótica da Bioética de Intervenção**. 2017. Tese de doutorado (doutorado em Bioética) - Programa de Pós-graduação em Bioética da Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

OMETTO, Rosália Toledo Veiga. **Responsabilidade civil do médico cirurgião**. São Paulo: fac simulada, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro. *In*: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.133.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

PITTELLI, Sergio Domingos. A prestação obrigacional do cirurgião plástico como obrigação de resultado: sistematização e análise crítica dos fundamentos. **Saúde, Ética & Justiça**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 93-102, 2011.

RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meios e de resultado: Análise crítica**. São Paulo: Grupo Gen-Editora Método Ltda., 2011.



RIBEIRO, Rubia Guimarães, SILVA, Karen Shein; KRUSE, Maria Henriqueta. O corpo ideal: a pedagogia da mídia. **Revista Gaúcha Enfermagem**, Porto Alegre, RS, v. 1, p. 71-76, mar. 2019.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2011.020322-2**, da Capital, Rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. em 13/11/2014. Santa Catarina: TJSC, 2014.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Physis: Revista de saúde coletiva**. São Paulo, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007.

SEGRE, Marco. Considerações críticas sobre princípios da bioética. **Bioética**, São Paulo, v. 3, p. 35-40, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares (coord.). **Responsabilidade Civil na Área da Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009.

STOCO, Rui. Iatrogenia e responsabilidade civil do médico. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil**. Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 645-654.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celin. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. São Paulo: Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Adotada por aclamação no dia 19 de outubro de 2005 pela 33ª sessão da Conferência Geral da UNESCO [Internet]. Disponível em:

[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_univ\\_bioetica\\_dir\\_hum.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf).  
Acesso em: 24 mar. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.