

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

JULIANA SOBRINHO BORGES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO EM  
VIRTUDE DO ERRO MÉDICO**

SÃO CRISTÓVÃO/SE

2021

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

JULIANA SOBRINHO BORGES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO EM  
VIRTUDE DO ERRO MÉDICO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Universidade Federal de  
Sergipe como parte das exigências para a  
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Jadson Correia De Oliveira

SÃO CRISTÓVÃO/SE

2021

JULIANA SOBRINHO BORGES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO EM VIRTUDE DO ERRO  
MÉDICO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Universidade Federal de  
Sergipe como parte das exigências para a  
obtenção do título de bacharel em Direito.

São Cristóvão, 22 de dezembro de 2021

BANCA EXAMINADORA

---

Dr. Jadson Correia De Oliveira

---

Dr. Clóvis Marinho de Barros Falcão

---

Me. Marcelo Fernandez Cardillo De Morais Urani

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar a forma como é definida a responsabilidade civil do cirurgião plástico em decorrência do erro médico. O objetivo é demonstrar como a finalidade da cirurgia estética influencia na modalidade da obrigação assumida e, conseqüentemente, na forma da aferição da culpa. A metodologia de pesquisa é exploratória, qualitativa, através da revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Assim, será demonstrado que quando a intervenção cirúrgica tem finalidade estética, diz-se que o médico assumiu obrigação de resultado, e, em caso de dano ao paciente, o ônus da prova será invertido e a culpa do médico será presumida, cabendo a este produzir provas que sejam capazes de elidir sua responsabilidade. De outro modo, se a finalidade da cirurgia plástica é reparadora, o médico assume obrigação de meio, sendo necessário que o paciente prove que o médico agiu com culpa se eventualmente lhe causar dano. Ademais, será demonstrado que o consentimento informado ganha papel relevante na aferição da culpa, pois, é através dele que o médico delimita suas obrigações. Por fim, será analisada a responsabilidade civil do hospital onde é realizado o procedimento cirúrgico que causa dano ao paciente.

**Palavras-chaves:** responsabilidade; obrigação; culpa médica.

## **ABSTRACT**

The present work aims to analyze how the plastic surgeon's civil liability is defined as a result of medical error. The objective is to demonstrate how the purpose of cosmetic surgery influences the modality of the assumed obligation and, consequently, the form of guilt assessment. The research methodology is exploratory, qualitative, through bibliographic, legislative and jurisprudential review. Thus, it will be demonstrated that when the surgical intervention has an aesthetic purpose, it is said that the doctor assumed an obligation of result, and, in case of damage to the patient, the burden of proof will be reversed and the physician's guilt will be assumed, and attach to the records evidence that is capable of evading its responsibility. Otherwise, if the purpose of plastic surgery is restorative, the doctor assumes the obligation of means, being necessary for the patient to prove that the doctor acted with guilt if he eventually caused harm. In addition, it will be demonstrated that informed consent gains a relevant role in the assessment of guilt, because it is through him that the doctor delimits his obligations. Finally, the civil liability of the hospital where the surgical procedure that causes damage to the patient will be analyzed.

**Keywords:** responsibility; obligation; medical fault.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>9</b>
2.1 Histórico da responsabilidade civil.....	9
2.2 Responsabilidade Civil, Ato Ilícito e Abuso de Direito.....	11
2.3 Pressupostos da responsabilidade civil.....	13
2.3.1 Conduta humana.....	13
2.3.2 Culpa genérica ou latu sensu.....	14
2.3.3 Nexo de causalidade.....	15
2.3.4 Excludentes de ilicitude.....	18
2.3.4.1 Legítima defesa.....	18
2.3.4.2 Estado de necessidade.....	20
2.3.4.3 Exercício regular do direito.....	21
2.4 Princípios da responsabilidade civil.....	21
2.5 Espécies de responsabilidade civil.....	23
2.5.1 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.....	23
2.5.2 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.....	25
2.5.3 Responsabilidade nas relações de consumo.....	27
2.6 Excludentes de responsabilidade civil.....	28
2.6.1 Caso fortuito e força maior.....	29
2.6.2 Fato exclusivo da vítima.....	30
2.6.3 Fato de terceiro.....	32
<b>3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO EM VIRTUDE DO ERRO MÉDICO.....</b>	<b>33</b>
3.1 Breves apontamentos históricos da responsabilidade civil do médico.....	33
3.2 Natureza da responsabilidade médica.....	34
3.3 Natureza da obrigação: de meio ou de resultado? .....	37
3.4 A culpa médica e inversão do ônus da prova.....	39

3.5 Dever de informar e o consentimento informado.....	41
3.6 Cirurgia plástica e erro médico.....	44
3.7 Excludentes de responsabilidade exclusivas do médico.....	52
3.8 Responsabilidade dos hospitais.....	54
<b>4 CONCLUSÃO.....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	
<b>BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>60</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O art.14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que a responsabilidade civil dos profissionais liberais é subjetiva, ou seja, é imprescindível que seja provada a culpa daquele que realizou o ato danoso.

O presente trabalho tem como escopo analisar a responsabilidade civil do cirurgião plástico frente ao erro médico e como a modalidade da obrigação assumida, se de resultado ou de meio, poderá influenciar na aferição da culpa. Dados publicados pela Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica informam que no ano de 2017 o Brasil ocupou o segundo lugar no ranking dos países que mais realizaram procedimentos estéticos no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos (ARAÚJO, 2019). Por sua vez, segundo o Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2017, a cada uma hora eram protocoladas 3 (três) ações em virtude de erro médico no Brasil. Deste modo, considerando o número expressivo de intervenções estéticas que são realizadas, bem como o número de ações em decorrência do erro médico, é substancial analisar como doutrina e jurisprudência tratam do assunto.

Os objetivos deste trabalho são: cotejar como a modalidade da obrigação assumida pelo cirurgião plástico influenciará no modo de análise da culpa e, por consequência, como será definido o ônus probatório; demonstrar como a obtenção do consentimento informado do paciente poderá isentar o médico de responsabilização, mesmo quando aquele experimenta um dano e, por fim, qual a responsabilidade da instituição hospitalar na qual o procedimento estético foi realizado.

Ressalta-se que foi utilizada a metodologia de pesquisa exploratória, com abordagem qualitativa, através da revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

Para melhor compreensão, este trabalho será dividido em duas seções: a primeira tratará sobre o instituto da responsabilidade civil de maneira ampla, através de uma análise doutrinária, definindo o seu conceito, os seus pressupostos, suas excludentes e princípios norteadores. A segunda seção, por sua vez, trará à baila o estudo acerca da responsabilidade civil do cirurgião plástico, a sua natureza, a influência da modalidade da obrigação na aferição da culpa e na inversão do ônus da prova, as consequências da obtenção do consentimento informado, as modalidades de erro médico, as excludentes de responsabilidade específicas do médico e a responsabilidade dos hospitais.

## 2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1 Histórico da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil possui três pressupostos clássicos, quais sejam: a culpa, o dano e o nexo causal entre os dois primeiros. Muito embora atualmente os doutrinadores apontem o ato ilícito como quarto elemento, nos primórdios, por exemplo, o elemento culpa sequer era aferida quando da análise da responsabilidade do indivíduo. Nesse sentido, para uma melhor compreensão do instituto em tela, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da sua evolução histórica.

Segundo GONÇALVES (2017, p. 17), na antiguidade o elemento culpa não era analisado quando um indivíduo praticava um ato ilícito<sup>1</sup>, assim, se um dano fosse causado a alguém, essa vítima lançava mão da vingança física com a finalidade de reparar o dano sofrido. Na mesma linha de intelecção, FARIAS, ROSENVALD e NETTO afirmam que:

Na pré-história da responsabilidade civil, pode-se situar a vingança como a primeira forma de reação contra comportamentos lesivos. Na ausência de um poder central, a *vendeta* era levada a efeito pela própria vítima ou pelo grupo ao qual pertencia. O passo sucessivo foi a Lei de Talião: *olho por olho, dente por dente*- típico da tradição bíblica, a qual, não obstante o seu rigor, tratava-se indubitavelmente de um temperamento de costumes primitivos, em função da proporcionalidade do castigo. (Farias, Rosenvald e Netto 2017, p. 54)

Dessa forma, infere-se que na fase inicial o escopo da responsabilidade civil era punir/castigar o responsável pelo dano, e não ressarcir o ofendido, finalidade precípua da responsabilidade civil atual.

Posteriormente, no período clássico romano, surgiram dois modelos de penas privadas, a saber: a *ex maleficio* e a *ex stipulatu*. Aquela era imposta a quem tivesse lesado um direito alheio injustamente, concedendo ao lesado uma quantia em dinheiro, quase sempre superior ao dano por ele suportado. Esta, por seu turno, era uma sanção em decorrência de um inadimplemento negocial, e poderia ser imposta independentemente do interesse do real credor (FARIAS, ROSENVALD E NETTO; 2017, p. 56). Portanto, depreende-se que muito embora a pena passasse a ter uma finalidade patrimonial, ela ainda almejava atingir o causador do dano de forma

---

<sup>1</sup> Ressalta-se, neste ponto, que o ato ilícito poderia ser, segundo Farias, Rosenvald e Netto (2017, p. 54), derivado de um *delitti publici*, que era um atentado contra a ordem social, ou de um *delitti privati*, que era aquele delito que atingia a esfera pessoal do indivíduo, justificando até mesmo uma reação pessoal.

vingativa, haja vista que o ressarcimento pecuniário poderia ser superior ao dano causado.

Esses moldes de reparação foram adotados na fase da composição romana, na qual, a culpa ainda não era aferida e a composição econômica era estabelecida única e exclusivamente a critério da vítima. Assim, este instituto era considerado uma pena privada por excelência, pois, ocorrido um delito<sup>2</sup>, ele era aplicado irrestritamente pela vítima, possuindo um papel punitivo, com finalidade de causar aflição a quem a suportava; e um papel ressarcitório para aquele que foi prejudicado, vez que este estabelecia o valor da indenização a seu critério (GONÇALVES, 2017, p. 18).

Posteriormente, com o desenvolvimento da ideia de soberania, a matéria penal tornou-se privativa do Estado; assim, o direito positivado passou a distinguir a pena, que seria uma espécie da sanção pública, da indenização, que passa a ser a forma de reparação a lesão patrimonial. Nesse período a reparação passa a ter como critério de definição o dano causado, vedando-se qualquer forma de enriquecimento injustificado (FARIAS, ROSENVALD e NETTO, 2017, p. 58).

Assim, observando que seria melhor firmar um acordo entre o causador do dano e a vítima, surge o período da composição, fase na qual o dano era ressarcido mediante o pagamento da *poena* (pagamento de certa quantia em dinheiro) que era definido a critério da autoridade pública, se o delito fosse público (perpetrado contra direitos relativos a *res publica*), ou do lesado, se se tratasse de delito privado (efetivado contra interesse de particulares) (DINIZ, 2015, p. 10).

Por sua vez, aponta TARTUCE *apud* AZEVEDO (2016, p. 310), que o elemento culpa, como critério para a comprovação da responsabilidade civil, foi introduzido na interpretação da *Lex Aquilia* através da máxima de Ulpiano, segundo a qual in *lege Aquilia et levíssima culpa venit* (haveria o dever de indenizar, mesmo pela culpa mais leve). A partir de então a culpa passou a ser um critério importante, influenciando em diversas codificações privadas modernas, a exemplo do Código Francês de 1804, que em seu art. 1.382 elencava os elementos tradicionais da responsabilidade civil: a conduta do agente (que poderia ser comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo, o nexo de causalidade e o dano. Nos moldes do ordenamento jurídico pátrio esta seria a responsabilidade civil subjetiva.

---

<sup>2</sup> Nesta época delito era sinônimo de ofensa a quaisquer bens públicos e particulares, não existia a ideia de que só o Estado pode definir o que é delito e por consequências quais bens seriam tutelados. (GONÇALVES, 2017, p.18)

Ainda, cabe destacar que com o advento da Revolução Industrial na Europa desenvolveu-se a produção em massa que, por sua vez, gerou o “dano em série, dano em massa, dano coletivo, cujo o autor muitas vezes é anônimo, sem rosto, sem nome e sem identidade” (CAVALIERI, 2015, p.4):

O estrondo industrial sentido na Europa com a segunda Revolução Industrial, precursora do modelo capitalista, trouxe consequências jurídicas importantes. De acordo com a aclamada Teoria do Risco iniciaram-se os debates para a responsabilização daqueles que realizaram determinadas atividades em relação à coletividade. Verificou-se, a par dessa industrialização, uma maior atuação estatal, bem como a exploração em massa da atividade econômica, o que justificou a aplicação da nova tese da responsabilidade civil sem culpa. (TARTUCE, 2016, p.311)

Assim, deduz-se que o instituto da responsabilidade civil evoluiu chegando à modalidade objetiva em virtude de uma necessidade de adequar a demanda social a evolução tecnológica daquela época. Desta forma o Estado passou a intervir nas relações fornecedor-consumidor, tornando passíveis de tutela os direitos que possivelmente viessem a ser lesados, haja vista que em determinados casos, por exemplo, seria impossível para uma pessoa comum conseguir provar a culpa de um fabricante de determinado produto.

## **2.2 Responsabilidade Civil, Ato Ilícito e Abuso de Direito**

A partir da leitura do *caput* do art. 927<sup>3</sup>, do Código Civil, infere-se que a responsabilidade civil surge quando alguém causa dano a outrem, nascendo a obrigação de reparação, que consiste numa prestação aferível pecuniariamente que sujeita o causador do dano ao lesado, e que decorrente de um ato ilícito, que segundo o art. 186, do CC, ocorre quando “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”.

A nossa ordem jurídica estabelece diversos deveres, dentre eles o de não prejudicar outrem, previsto desde o Direito Romano, através da máxima *neminem laedere*, que influenciou as mais diversas codificações ao longo da evolução da história da humanidade (CAVALIERI, 2015, p. 15). Assim, pode-se afirmar que a responsabilidade civil é o efeito jurídico decorrente da prática de um ato ilícito que

---

<sup>3</sup> art. 927, caput: Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

causou um dano, indo contra o dever geral de não lesar outrem, e que gera o dever de reparação.

Ato ilícito, por seu turno, nas palavras de TARTUCE é:

O ato praticado em desacordo com a ordem jurídica violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional.

O ato ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei, sendo, por isso, chamados de involuntários. Quando alguém comete um ilícito há a infração de um dever e a imputação de um resultado. (2016, pp. 324/325)

Depreende-se, deste modo, que ato ilícito é toda conduta humana que fere direitos subjetivos privados e causa dano, estando em desacordo com a ordem jurídica, sendo, portanto, o fato gerador da responsabilidade civil.

No que concerne a culpa, por ser ínsita ao conceito de ato ilícito, deve ser interpretada em sentido amplo (dolo, culpa grave, leve e levíssima) englobando todos os comportamentos contrários ao direito, devendo sempre serem imputáveis ao causador do dano, independentemente de a prática do ato ter sido intencional ou não (CAVALIERI, 2015, p. 22).

Além deste conceito de antijuridicidade, o Código Civil de 2002 traz à baila uma nova dimensão de ato ilícito ao consagrar a teoria do abuso de direito no art. 187. Esta teoria considera como precursor da responsabilidade civil um ato praticado no exercício irregular do direito, que é um ato que originalmente é lícito, porém foi exercido fora dos seus limites sociais ou econômicos (TARTUCE, 2016, p. 34).

Ressalta-se que, ainda que excepcionalmente, o dever de indenizar pode surgir em decorrência de atos que não são considerados ilícitos. É o caso, por exemplo, da previsão constante no art. 929, do CC, que prevê que mesmo quando alguém, agindo em estado de necessidade, lesa pessoa que não provocou o perigo, impõe-se àquele, ainda que acobertado por uma excludente de ilicitude (art. 188, II, do CC), o dever de reparar o dano, ressalvada a possibilidade de ingressar com ação de regresso em face do causador da situação de perigo, nos moldes do art. 930, do CC.

Portanto, conclui-se que os conceitos de responsabilidade civil e ato ilícito são simbióticos na medida em que a regra é que aquela surja em decorrência deste. Destarte, a responsabilidade civil é um instituto jurídico que tem como escopo a reparação do dano causado em decorrência, comumente, de um ato ilícito.

## 2.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil

O art. 186, do CC, analisado anteriormente para tratar sobre o conceito de responsabilidade civil, também traz os pressupostos deste instituto, quais sejam: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, nexo causal e o dano.

Inicialmente, cabe ressaltar que há divergência doutrinária quanto ao número de pressupostos da responsabilidade civil, há doutrinadores que alegam a existência de somente três pressupostos, a exemplo de DINIZ, que seriam:

A existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; nexos de causalidade entre dano e ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade (2005, p. 42).

Enquanto outros<sup>4</sup> alegam que os pressupostos são os quatro acima mencionados. Este é o posicionamento adotado neste trabalho e a partir de agora tais elementos serão analisados separadamente.

### 2.3.1 Conduta Humana

A conduta humana pode decorrer de um comportamento que se exterioriza através em uma ação (conduta positiva), ou de uma omissão voluntária (conduta negativa) ou, ainda, de uma negligência, imprudência ou imperícia. As duas primeiras caracterizam a conduta dolosa, enquanto as três últimas caracterizam a conduta culposa. Cabe destacar, ainda, que para a conduta omissiva ser juridicamente relevante é necessário que exista um dever de praticar determinado, bem como é necessário comprovar que se a conduta esperada tivesse sido praticada o dano jamais existiria.

Em todo caso, a conduta deverá ser voluntária “no sentido de ser controlável pela vontade à qual o fato é imputável” (TARTUCE, 2016, p. 362), em outras palavras, a conduta humana deverá decorrer de uma vontade livre do agente.

Observa-se que a responsabilidade, em regra, decorre de ato próprio, mas também pode decorrer de fato de terceiro que esteja sob guarda do agente ou, ainda,

---

<sup>4</sup> A exemplo de Tartuce, em Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil de 2015; bem como Farias, Rosenvald e Netto, em Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, de 2017.

causada por animais ou coisas que lhe pertençam. Contudo, no Código Civil de 2002, a regra é que o dever de reparação por ato ilícito decorra da conduta humana. Neste sentido, a doutrina traz exemplos de responsabilidade civil por fato de terceiro:

A responsabilidade por ato de terceiro ocorre nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados e curatelados, ficando responsáveis os pais, tutores e curadores. Também o empregador responde pelos atos de seus empregados. Os educadores, hoteleiros e estalajadeiros por seus educandos e hóspedes. Os farmacêuticos, por seus prepostos. As pessoas jurídicas de direito privado, por seus empregados, e as de direito público, por seus agentes (GONÇALVES, 2017, p. 41).

Destarte, tem-se que a conduta humana é entendida como pressuposto objetivo da responsabilidade civil, tendo como elemento intrínseco a culpa, que será analisada a seguir.

### **2.3.2 Culpa Genérica ou *Latu Sensu***

Como visto, o art. 186, do CC, faz menção à conduta dolosa, bem como à conduta culposa, por isso afirma-se que a culpa, que é intrínseca à responsabilidade subjetiva, tem sentido amplo (*latu sensu*), pois engloba a conduta intencional (dolosa) e a tencional (culposa). Nas palavras de CAVALIERI a:

Culpa *latu sensu* indica o elemento subjetivo da conduta humana, o aspecto intrínseco do comportamento, a questão mais relevante da responsabilidade subjetiva. E assim é porque a realização externa de um fato contrário ao dever jurídico deve corresponder a um ato interno de vontade que faça do agente a causa moral do resultado (CAVALIERI, 2015, p. 47).

Ou seja, a conduta, para ser juridicamente relevante e apta a gerar responsabilidade civil deve decorrer da vontade do agente, do seu querer íntimo e livre. Assim, por exemplo, se uma conduta resulta de uma coação física ela não ensejará em responsabilidade. Deste modo:

Só não constituem conduta, portanto, os atos que não intervêm a menor parcela de vontade, os chamados atos reflexos, como são nos casos de sonambulismo, hipnose e outros estados de inconsciência. O mesmo ocorrerá no caso da coação física absoluta (irresistível), quando o ato não será do coato, mas de quem dele se serviu como instrumento (CAVALIERI, 2015, p. 48).

Sendo assim, quando a conduta decorre da vontade livre do agente e gera o dano, o causador responde integralmente por suas consequências, tenha sido ela dolosa ou culposa.

Deste modo, compreende-se que a conduta dolosa é aquela praticada com a vontade deliberada de causar dano. A conduta culposa, de outro modo, pode decorrer de diversas situações, por isso ela possui duas modalidades, quais sejam: culpa leve, que aquela evitável através de atenção básica, e culpa levíssima, que é evitável através de uma atenção extraordinária decorrente de uma habilidade ou conhecimento específico. Ela ainda pode ser *in elegendo*, decorrendo da má escolha do representante ou preposto; *in comittendo*, que surge através de um ato positivo; *in omitendo*, que decorre de uma omissão, quando o sujeito tinha o dever de não se abster e por fim *in custodiendo*, que verifica-se a partir do dano causado pelo animal quando o seu dono não teve o devido cuidado em sua guarda (GONÇALVES, 2015).

Destaca-se, de antemão, que o pressuposto em comento é de suma importância para a análise da responsabilidade civil do cirurgião plástico em decorrência do erro médico, dado que, consoante o art. 14, § 4º, do CDC, a responsabilidade civil dos profissionais liberais é subjetiva.

A par de tais informações, passamos à análise do terceiro pressuposto.

### **2.3.3 Nexo de Causalidade**

Podemos conceituar o nexos de causalidade como o liame entre o ato ilícito praticado pelo agente e o dano experimentado pela vítima. Sem ele não há que se falar em obrigação de indenizar, ou seja, se o dano não decorreu do ato ilícito, ele não será indenizável, haja vista a ausência de causa e efeito entre ambos:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do nexos causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do direito, possa ser considerado causa daquele (CAVALIERI, 2015, p. 66).

Convém delinear que quando a responsabilidade é subjetiva, o nexos de causalidade é formado pela culpa genérica, que inclui o dolo e a culpa estrita (art. 186, CC); contudo, no âmbito da responsabilidade objetiva, este pressuposto é formado pela conduta cumulada com a previsão legal de responsabilidade sem culpa ou pela teoria do risco (TARTUCE, 2017). Em outras palavras, no caso da responsabilidade subjetiva, o agente sabe que a consequência de sua conduta é o dano; porém, quando

a responsabilidade é objetiva, exige-se uma previsibilidade legal de liame entre conduta e o dano.

É de se concluir que a responsabilidade possui uma vertente naturalista, ou seja, há sempre um elo naturalístico entre a conduta e o evento danoso, verificado diante da mera relação de causa e efeito determinada pelas leis naturais; bem como possui uma vertente jurídica, que sempre é pré-definida e deve ser utilizada pelo magistrado para aferir se aquela causa realmente deu ensejo ao dano.

Existem algumas teorias que explicam esta última vertente, mas duas são destaques, quais sejam: a *Teoria da Causalidade Adequada*, desenvolvida por Von Kries, segundo a qual, quando há mais de uma possível causa para o evento danoso, o magistrado deve identificar aquela que de forma mais potencial causou o dano; e a *Teoria do Dano Direto e Imediato ou Teoria da Interrupção do Nexo Causal*, que sustenta que somente haverá o dever de indenizar quando o dano experimentado seja efeito necessário da causa em análise (TARTUCE, 2017).

É controversa a questão sobre qual das duas teorias o Código Civil de 2002 adota, entretanto, neste trabalho, filia-se ao posicionamento de TARTUCE (2017, p. 376) segundo o qual adota-se a *Teoria da Causalidade Adequada*, uma vez é necessário analisar qual das condutas é a causa direta do dano.

Salienta-se que, à luz desta teoria, o magistrado deverá lançar mão de um processo técnico de probabilidade, eliminando os fatos irrelevantes para a ocorrência do dano e constatando que mesmo na ausência daqueles a lesão ocorreria, restando apenas a causa adequada para produzir o resultado. E mais, além de indagar se a referida causa concorreu para o evento, é preciso apurar, em abstrato, se era adequada a produzir o efeito danoso (CAVALIERI, 2015).

Relacionada à *Teoria das Causalidade Adequada* existe a *Teoria das Concausas*, que serve para auxiliar na aferição da extensão do nexos de causalidade quando o dano decorre de duas ou mais condutas. Neste sentido, TARTUCE:

a) Concausalidade ordinária, conjunta ou comum: de acordo com Senise é “aquela que existe entre as condutas coordenadas ou dependentes de duas ou mais pessoas, que de forma relevante participam para a produção do evento danoso. Exemplo: duas pessoas coagem alguém para a celebração de um determinado negócio. Em situações tais, todos os agentes respondem solidariamente, aplicando-se o art. 942, *caput*, do CC, eis que todos são considerados coautores.

b) Concausalidade acumulativa: é aquela existente entre as condutas de duas ou mais pessoas que são independentes entre si, mas que causam o prejuízo. Exemplo: duas pessoas, em alta velocidade, atropelam um mesmo indivíduo, no mesmo cruzamento. Cada agente, neste caso, deverá

responder na proporção de suas culpas, nos termos do art. 944 e 945 da codificação privada.

c) Concausalidade alternativa ou disjuntiva: é aquela existente entre as condutas de duas ou mais pessoas, sendo que apenas uma conduta é importante para a ocorrência do evento danoso. Exemplo: em uma briga generalizada em um estádio de futebol, duas pessoas tentam espancar alguém. Uma erra o golpe e o outro acerta um chute na cabeça da vítima, quebrando-lhe vários ossos. Logicamente, apenas o último ofensor responderá. (TARTUCE, 2017, p. 380)

Em compêndio, no caso concreto o Juiz deverá analisar qual de todas as causas possíveis gerou o dano. A par desta breve análise, passa-se ao exame do último pressuposto da responsabilidade civil.

#### **2.3.4 Dano**

O art. 186, CC é claro ao apontar que “aquele que violar direito e causar dano a outrem” comete ato ilícito, passível de indenização; assim, constata-se que o dano é o centro da obrigação de indenizar, sem ele não há que se falar em responsabilização. Desta forma, se o fato decorrer de um ato ilícito violador do direito de outra pessoa e esta não experimentou qualquer tipo de dano, ela não poderá pleitear indenização. O dano é elemento central da responsabilidade civil, determinante para o dever de indenizar.

Nesta toada, ele pode ser conceituado como uma lesão a um bem juridicamente tutelado, quer ele tenha natureza patrimonial ou natureza personalíssima, como, por exemplo, honra e imagem, sendo classificado, respectivamente, em dano material ou dano moral (GONÇALVES, 2017).

Dano material é aquele que atinge bens integrantes do patrimônio da vítima, sendo suscetível de avaliação pecuniária e que pode ser reparado de forma direta (mediante restauração da situação anterior) ou de forma indireta (por meio de equivalente). Convém assinalar que além de atingir o patrimônio atual, o dano pode atingir o patrimônio futuro, impedindo o seu crescimento, assim, fala-se em dano emergente e lucro cessante. Aquele diz respeito ao que a vítima efetivamente perdeu, enquanto este diz respeito ao que a vítima deixou de ganhar (CAVALIERI, 2012). Ademais, “conforme entendimento jurisprudencial, não cabe reparação por dano hipotético ou eventual, necessitando tais danos de prova efetiva” (TARTUCE, 2017, p. 395). Isto é, dano material deve ser sempre concreto e causar um decréscimo ao patrimônio do prejudicado.

Dano moral, por sua vez, à luz do Direito Constitucional (art. 5º, V e X, CF), diz respeito à violação do direito à dignidade, que pode ser entendido como uma violação à vida privada, a intimidade, a honra e imagem do indivíduo, ou seja, bens que integram a personalidade do agente (CAVALIERI, 2015).

O ônus da prova do dano cabe, em regra, ao autor, conforme previsto no art. 373, I, do CPC. Contudo, excepcionalmente, haverá a inversão do ônus da prova, especialmente em relações consumeristas, nas quais o consumidor é sempre a parte vulnerável da relação, uma vez que sempre é hipossuficiente nos termos do art. 6º, VIII, CDC (TARTUCE, 2017).

Ressalta-se, ainda, que segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup>, dano moral e dano patrimonial decorrentes de um mesmo fato são perfeitamente cumuláveis no estabelecimento do *quantum* indenizatório.

### **2.3.5 Excludentes de ilicitude**

O art. 188, do CC, elenca como as excludentes de ilicitude a legítima defesa, o exercício regular do direito e estado de necessidade, que muito embora excluam a ilicitude, em alguns casos, o dano causado ainda será indenizável, logo, não é possível afirmar que elas são excludentes de responsabilidade civil, senão vejamos:

A ilicitude ou não do ato, por si só, não diz nada acerca da exclusão da obrigação de reparar. Tanto os lícitos como os ilícitos, na ordem jurídica brasileira, podem dar ensejo à indenização quando causam danos injustos. O mais comum é que a responsabilidade civil surja como consequência de atos ilícitos, porém, nada impede, em certos casos, que o legislador impute o dever de reparar como efeito de um ato ilícito, mesmo em tese amparado por uma excludente de ilicitude. Fundamental é perceber que a obrigação de indenizar será resultado da aplicação da técnica da ponderação envolvendo as esferas de interesses do lesante e do lesado, a fim de aferir se, mesmo proveniente de um ato ilícito, os danos são justificados ou injustificados. Esta ponderação nos orientará a resultados diversos conforme os danos tenham sido causados pelo próprio agressor, ou se a vítima é um terceiro, que não contribuiu para a geração do fato que determinou a resposta do agente. Sendo a vítima um terceiro, observamos que eclodirá a obrigação de reparar os danos em razão da injustiça dos danos, ou seja, da ausência do direito do agente de provocar a conduta lesiva em face daquela pessoa (FARIAS, ROSENVALD, NETTO; 2017, p. 174).

Ou seja, acaso o julgador esteja diante de atos sobre os quais incidem uma das excludentes de ilicitude, é necessário que, ao analisar o caso concreto, ele lance mão

---

<sup>5</sup> Súmula 37 do STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato.

de uma técnica de ponderação para verificar se há justificativa plausível para não considerar o dano experimentado indenizável.

### **2.3.5.1 Legítima defesa**

A legítima defesa, prevista como excludente de ilicitude no art. 188, I, do CC, é um instituto que se justifica à luz do direito à segurança, visto que não seria razoável que a vítima constatasse que um dano está prestes a ser causado contra si ou contra um bem seu e nada pudesse fazer (FARIAS, ROSENVALD, NETTO; 2017).

O Código Civil não conceituou o que é a legítima defesa, logo deverá ser utilizado aquele previsto no art. 25, do Código Penal, cuja redação merece destaque: “entende-se por legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Por conseguinte, para que este instituto reste caracterizado são necessários 3 requisitos simultâneos, quais sejam: (a) agressão atual ou iminente; (b) que seja injusta; (c) que os meios empregados para a defesa sejam necessários única e exclusivamente para repelir uma agressão. Ou seja, na legítima defesa há uma prévia agressão ilícita, contra qual o ofendido, usando dos meios moderados, reage. Se em face dessa reação moderada e justificada ele causar danos ao agressor, não será condenado a indenizá-lo.

No mais, como em relação à legítima defesa não há previsão similar à do art. 929, do CC (que estabelece que o causador do dano deve indenizar a vítima ainda que agindo em estado de necessidade), quem se defende da injusta agressão e causa danos ao agressor, desde que não haja excesso ou dano a terceiro, não responde civilmente, havendo em tais casos exclusão total da responsabilidade (FARIAS, ROSENVALD, NETTO; 2017).

Nesta toada, afirma Cavalieri:

A legítima defesa de que aqui se trata é aquela mesma definida no art. 25 do Código Penal. O agente, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos, essa é a regra básica. Em certos casos, entretanto, não é possível pela justiça estatal. O agente se vê em face de agressão injusta, atual e iminente, de sorte que, se não reagir, sofrerá dano injusto, quando, então, a legítima defesa faz lícito o ato, excluindo a obrigação de indenizar o ofendido pelo que vier a sofrer em virtude da repulsa à sua agressão (CAVALIERI, 2015, p. 37).

Acrescenta-se que a constatação de que o agente utilizou dos meios moderados será feita individualmente em cada caso.

De outro modo, quando o agente ao se defender de uma agressão injusta causa dano a terceiro, deverá indenizá-lo, uma vez que ele não integra a relação jurídica que legitima o ato defensivo, e este, por exceder os limites da defesa, torna-se um ato contrário ao direito (FARIAS, ROSENVALD, NETTO; 2017).

### **2.3.5.2 Estado de necessidade**

O estado de necessidade, previsto no art. 188, II, do CC, é um instituto que concretiza o ideal de que a responsabilidade civil ultrapassa a barreira do ato ilícito para a surgimento do dano, visto que quando ele ocorre a ilicitude está afastada, mas, em alguns casos diante da ocorrência do dano, surgirá a obrigação de indenizar (FARIAS, ROSENVALD, NETTO; 2017).

Caracteriza-se o estado de necessidade quando, diante de uma ameaça injusta a determinado bem jurídico, alguém sacrifica outro bem jurídico de igual ou menor valor. Neste ponto destaca-se a diferença entre do estado de necessidade e a legítima defesa, pois aquele consubstancia-se em uma reação contra uma ameaça não proveniente de uma conduta humana (CAVALIERI, 2015).

O art. 929, do CC determina que, mesmo agindo em estado de necessidade, se alguém causou dano a outrem que nada tem a ver com o surgimento da ameaça que justificou sua conduta, surgirá a obrigação de indenizar. O legislador, neste caso, lançando mão do princípio da reparação integral, optou por tutelar os direitos da vítima. Entretanto, o art. 930, do CC, estabelece que se o estado de perigo foi causado por terceiro, o autor do dano poderá ingressar com uma ação regressiva contra este para reaver o valor pago a título de indenização ao lesado (FARIAS, ROSENVALD, NETTO; 2017).

Apesar disso, há situações em que o estado de necessidade também afastará o dever de indenizar, é o que ocorre diante do estado de necessidade defensivo, que caracteriza-se quando “o agente, para preservar bem jurídico próprio ou alheio, sacrifica bem pertencente ao causador da situação de perigo, em situações tais, não haverá o dever de indenizar” (TARTUCE, 2016, p.596); por outro lado, haverá estado de necessidade defensivo quando o agente, para preservar o bem jurídico alheio, sacrifica o bem jurídico alheio, surgindo a obrigação de indenizar (art. 929, CC),

podendo ser intentada uma ação de regresso contra o causador do perigo (art. 930, CC).

### **2.3.5.3 Exercício regular do direito**

O exercício regular do direito, previsto no art. 188, I, segunda parte, do CC, é um instituto que deve ser analisado no caso concreto, assim como os demais, porém, este possui uma complexidade maior de aferição:

A dificuldade estará em caracterizar a regularidade ou irregularidade do exercício. Se regular, será um ato lícito, sem ensejar reparação. Se irregular, será um ato ilícito, que poderá, dentre outras consequências, dar causa à reparação dos danos. Será circunstancial e dependerá dos respectivos contextos a definição de regularidade ou não do exercício. (FARIAS, ROSENVALD, NETTO; 2017, p. 186)

Este instituto pode ser conceituado da seguinte forma:

É o direito exercido regularmente, normalmente, razoavelmente, de acordo com seu fim econômico, social, a boa-fé e aos bons costumes. Quem exerce seu direito subjetivo nesses limites age lícitamente, e o lícito exclui o ilícito. O direito e o ilícito são antíteses absolutas, um exclui o outro; onde há ilícito não há direito; onde há direito não há ilícito. Vem daí que o agir em conformidade com a lei não gera responsabilidade civil ainda que seja nocivo a outrem- como por exemplo, cobrança de dívida, a propositura de uma ação, a penhora numa execução forçada. (CAVALIERI, 2012, p. 37)

Portanto, o magistrado deve analisar no caso concreto se o agente agiu em conformidade com o ordenamento jurídico, pois o exercício regular do direito afasta a incidência da responsabilidade civil.

## **2.4 Princípios da responsabilidade civil**

Os princípios são elementos fundamentais para interpretação de qualquer instituto jurídico e a responsabilidade civil possui dois princípios norteadores, quais sejam: princípio da prevenção e princípio da reparação integral.

Evitar o dano pode ser considerado uma das questões centrais da responsabilidade civil no Século XXI, assim, ao invés de somente agir para compensar o dano causado, o ordenamento jurídico pretende conservar e proteger os bens tutelados. É nesta perspectiva que surge o princípio da prevenção, que tem como desígnio a tutela inibitória para prevenir o ilícito antes mesmo que ele se produza. Esta tutela se consubstancia através da determinação de comportamentos prévios, que,

em regra, são estabelecidos em normas legais ou regulamentares, a exemplo do que ocorre no direito ambiental (FARIAS, ROSENVALD, NETTO; 2017).

Por sua vez, o princípio da reparação integral, positivado no *caput*, do art. 944, do CC, tem por finalidade reestabelecer a situação do indivíduo ao que era antes da ocorrência do dano injusto, uma vez que o dispositivo supramencionado estabelece que a “indenização se mede pela extensão do dano”. Ele possui três funções, quais sejam: a compensatória, que guarda relação com os danos materiais experimentados pela vítima; e a indenitória, que estabelece que a medida da reparação é a extensão do dano experimentado pela vítima e, por fim, a função concretizadora, que concebe que o magistrado deve analisar concretamente os danos sofridos pela vítima. Nas palavras de FARIAS, ROSENVALD e NETTO:

No Código Civil de 2002 a justiça interrompeu como modo de concretização da igualdade pela diretriz da eticidade de Reale, exercendo três funções: a) reparação da totalidade do dano (função compensatória); b) vedação do enriquecimento injustificado do lesado (função indenitória); c) avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos (função concretizadora), funções estas magnificamente sintetizadas pela doutrina francesa como abrangendo tout Le dommage, mais nen que le dommage (todo dano, mas não mais que o dano). (FARIAS, ROSENVALD E NETTO; 2017, p. 50).

Desde a Grécia Antiga, um dos sentidos da palavra justiça é a equivalência entre o dano e a indenização. A doutrina aponta que o fundamento do princípio da reparação integral é a noção de **justiça corretiva**, desenvolvida por Aristóteles e que mais tarde viria a ser denominada de **justiça comutativa** por Tomás Aquino e ela tem como pressuposto a ideia de que a indenização tem o dever de compensar todos os danos suportados pela vítima (FARIAS, ROSENVALD E NETTO; 2017).

Afirma CAVALIERI:

A melhor doutrina aponta a noção de justiça corretiva, desenvolvida por Aristóteles em sua Ética a Nicômaco, como fundamento do princípio da reparação integral. Muito mais tarde, na Idade Média, Tomás de Aquino designa de justiça comutativa aquela que Aristóteles denominou de justiça corretiva, sustentado que “restituir não é senão estabelecer outra vez alguém na posse ou domínio de sua coisa; por onde, na restituição, considera-se a igualdade da justiça fundada na compensação de uma coisa por outra, o que pertence à justiça comutativa. (CAVALIERI, 2012, p.29)

Dessarte, o escopo do princípio em comento é conduzir a vítima ao *status quo ante* por meio de uma compensação.

Portanto, não basta o magistrado analisar a extensão do dano para fixar o *quantum* indenizatório, ele deve ter cautela para evitar que não haja enriquecimento ilícito por parte da vítima, assim, ele deve avaliar qual a real extensão do dano.

Em sentido complementar a este, o parágrafo único do art. 944, do CC prevê que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente, a indenização”, desta forma, estabelece-se uma exceção ao princípio da reparação integral, uma vez que tem como finalidade evitar o excesso de condenação, almejando impedir, por exemplo, que o ofensor seja privado do mínimo necessário à sua sobrevivência.

Porém, enquanto exceção ao princípio da reparação integral, este dispositivo deve ser aplicado com cautela:

- a) Só tem aplicação nos casos de culpa levíssima em que o ofensor tenha causado danos de grandes proporções à vítima, pelo que estão fora do seu campo de incidência a culpa grave e o dolo; b) a *ratio legis* é a culpa – levíssima- razão pela qual não se aplica à responsabilidade objetiva, hoje de maior campo de incidência do que a responsabilidade subjetiva. Seria ilegal utilizar o critério de grau de culpa para aferir o valor da indenização objetiva, na qual a culpa não tem nenhuma relevância. (CAVALIERI, 2012, p. 31)

Assim, sempre que houver desproporção entre a extensão do dano e a conduta do agente, que deverá ser pautada na culpa levíssima, o juiz pode, ao seu prudente arbítrio, fixar a indenização aquém do dano experimentado pela vítima.

## **2.4 Espécies de responsabilidade civil**

Assim como os demais institutos jurídicos, a responsabilidade civil possui diversas espécies, que são definidas com base na origem do dever de indenizar ou qual o elemento subjetivo da conduta, deste modo ela pode ser classificada em:

### **2.4.1 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva**

A responsabilidade subjetiva, fundada na *teoria clássica*, pressupõe a culpa como fundamento elementar para que haja obrigatoriedade de indenizar, conforme dispõe o art. 186 c/c art. 927, *caput*, do CC e, consoante delineado anteriormente, a culpa deve ser entendida em sentido *latu sensu*, englobando a culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência e imperícia) e o dolo. Ademais, pelo que prevê o art. 373, I, do CPC, o ônus da sua prova cabe à vítima que ingressa com a ação, desta forma, ela só será indenizada se provar que o agente causador do dano agiu com culpa, sem ela por mais que haja dano, não há responsabilidade (GONCALVES, 2017). Ainda, especificamente nos casos de incidência do Código de Defesa do Consumidor, o juiz

poderá determinar, à luz do art. 6, VIII, a inversão do ônus da prova, hipótese na qual o fornecedor/prestador de serviço deverá comprovar que não agiu com culpa.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, independe da prova de culpa, e é fundada na *Teoria do Risco* (art. 927, parágrafo único, do CC). Nesta espécie de responsabilidade, ao ingressar com a demanda judicial, a vítima deverá provar que existe nexo de causalidade entre a conduta praticada pelo agente e o dano por ela suportado (GONÇALVES, 2017).

Ressalta-se, neste ponto, que a Teoria do Risco possui diversas modalidades, conforme demonstra TARTUCE:

A responsabilidade objetiva é fundada na teoria do risco, em uma de suas modalidades, sendo as principais:

- Teoria do risco administrativo: adotada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da CF);

- Teoria do risco criado: está presente nos casos em que o agente cria o risco decorrente de outra pessoa ou de uma coisa. Cite-se a previsão do art. 938 do CC, que trata da responsabilidade do ocupante do prédio pelas coisas que dele caírem ou forem lançadas;

- Teoria do risco da atividade: quando a atividade desempenhada cria riscos a terceiros, aos direitos de outrem, nos moldes do que consta da segunda parte do art. 927, parágrafo único, do CC;

- Teoria do risco-proveito: é adotada nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, o agente retira um proveito do risco criado, como nos casos envolvendo os riscos de um produto, relacionados com a responsabilidade objetiva decorrente do Código de Defesa do Consumidor. Dentro da ideia de risco-proveito estão os riscos de desenvolvimento. Exemplificando, deve uma empresa farmacêutica responder por um novo produto que coloca no mercado ou que ainda esteja em fase de testes;

- Teoria do risco integral: nessa hipótese não há excludente de nexo de causalidade ou de responsabilidade civil a ser alegada, como nos casos de danos ambientais, segundo os autores ambientalistas (art. 14, § 1º da Lei 6.938/81). (TARTUCE, 2016, p. 487)

Destarte, tem-se que a responsabilidade objetiva decorre dos casos previstos em lei ou quando a atividade desempenhada gera potencial risco ao direito de outrem.

Além disso, muito embora haja divergência doutrinária, é possível afirmar que o Código Civil adota a responsabilidade subjetiva como regra, uma vez que o art. 927, *caput*, do CC, que introduz o título da responsabilidade civil, faz referência ao art. 186, do CC, para apontar que aquele que age com culpa e causa dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Ainda, “sobre o argumento de que o Código Civil de 2002 traz mais hipóteses de responsabilidade objetiva do que subjetiva, é interessante lembrar

que é a técnica legislativa positivar exceções, e não a regra” (TARTUCE, 2016, p. 485).

Assim, muito embora a legislação pátria elenque os casos específicos de responsabilidade objetiva, não se pode afirmar que ela adota esta espécie de responsabilidade como regra, pois, conforme dito anteriormente, ela é fundada na *Teoria do Tisco-Proveito*, que tem como fundamento para o dever de indenizar o risco criado pela atividade lucrativa desenvolvida pelo agente, daí a necessidade de previsão legislativa específica.

Em síntese, GONÇALVES *apud* CAIO MÁRIO, aponta que:

A regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando autorizar a ordem jurídica positiva. (2017, p. 38)

### **2.4.3 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual**

Consoante delineado alhures, quando alguém infringe um dever jurídico e causa dano a outrem, fica obrigado a indenizar e, considerando de onde provém esta obrigação, a responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual. Aquela diz respeito ao inadimplemento de um negócio jurídico preexistente entre as partes, ou seja, há um vínculo jurídico prévio entre elas; esta, também conhecida como responsabilidade aquiliana, surge em virtude da violação de um direito subjetivo, sem que exista relação prévia entre as partes.

Neste sentido, CAVALIERI afirma que:

Tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever, Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica e não dever jurídico preexistente, porque este se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual, se o dever jurídico violado não estiver

previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica. (CAVALIERI, 2015, p. 33)

Desse modo, na responsabilidade contratual o agente descumpre o avençado, tornando-se inadimplente; enquanto na responsabilidade extracontratual, o agente descumpre um dever legal imposto a todos.

Outrossim, é de se ressaltar que muito embora a consequência jurídica em ambas as espécies de responsabilidade seja a mesma, qual seja, o dever de reparar o dano, elas possuem algumas diferenças, conforme preleciona GONÇALVES:

A primeira, e talvez a mais significativa, diz respeito ao ônus da prova. Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas em lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incube-lhe, pois, *onus probandi*.

No entanto, se a responsabilidade for extracontratual, a do art. 186 do CC, o autor da ação é quem fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente. A vítima tem maiores probabilidades de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a sua responsabilidade deriva do descumprimento do contrato, porque não precisa provar a culpa. Basta provar que o contrato não foi cumprido e, em consequência, houve dano.

Outro elemento de diferenciação entre as duas espécies de responsabilidade civil refere-se à capacidade do agente causador do dano. Josserand entende que a capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade simplesmente contratual, sendo mais ampla no campo da responsabilidade extracontratual. A convenção exige partes plenamente capazes ao tempo de sua celebração, sob pena de nulidade e de não produzir efeitos indenizatórios.

Na hipótese de obrigação derivada de um ato ilícito, o ato do incapaz pode dar origem à reparação por aqueles que legalmente são encarregados de sua guarda. E a tendência de nosso direito é para a ampliação da responsabilidade dos incapazes, como se pode verificar pelo art. 928 do Código Civil que responsabiliza os incapazes pelos prejuízos que causarem. (GONÇALVES, 2017, pp. 33/34)

Assim, observa-se, que na responsabilidade contratual a produção de prova é muito mais fácil, uma vez que o lesado apenas deverá provar que o contrato não foi cumprido, não importando o que deu causa ao descumprimento. Em outras palavras, não será necessário provar se houve culpa do inadimplente; entretanto, se este provar que uma das excludentes de responsabilidade, não deverá indenizar o credor. Por outro lado, na responsabilidade extracontratual, sempre que ela também for subjetiva, a vítima deverá provar a culpa do causador do dano.

Ademais, no que diz respeito à capacidade, salienta-se que na responsabilidade contratual exige-se que o agente causador do dano seja plenamente

capaz, uma vez que, para o contrato celebrado ser considerado válido, é necessário que os contraentes sejam plenamente capazes. Entretanto, na responsabilidade extracontratual, é possível que o agente causador do dano seja um incapaz, visto que o Código Civil de 2002 traz à baila hipóteses de responsabilidade por ato de terceiro, sendo um exemplo clássico aquele em que os pais são responsabilizados pelos danos causados pelo filho menor de 16 (dezesesseis) anos.

#### **2.4.4 Responsabilidade nas relações de consumo**

Para que haja aplicação do Código de Defesa do Consumidor é imprescindível que uma relação de consumo seja estabelecida e, para tanto, é necessário que em lados opostos estejam o consumidor e o fornecedor, e que ela tenha como objeto a prestação de produtos ou serviços. Consumidor, conforme preconiza o art. 2º, do CDC, é todo aquele que “adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”; fornecedor, por seu turno, consoante infere-se do art. 3º, do CDC, é todo aquele que desenvolve atividade ou presta serviço ou produto de forma contínua, incluindo os profissionais liberais. Profissional liberal é todo aquele que exerce sua tarefa com autonomia, sem subordinação técnica a outrem, prestando serviço de natureza *intuito personae*, visto que o consumidor o escolhe por causa de suas qualidades peculiares (NETTO, 2016).

O CDC adotou como regra a responsabilidade objetiva, conforme depreende-se da leitura do art. 12 e seguintes, assim, afirma CAVALIERI:

A responsabilidade civil estabelecida no Código de Defesa do Consumidor é objetiva, fundada no dever e segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva. (CAVALIERI, 2007, p.35)

Contudo, no que diz respeito à responsabilidade civil dos profissionais liberais, categoria na qual os médicos se enquadram, o CDC traz uma exceção no § 4º, do art. 14, ao determinar que em tais casos a responsabilidade civil “será apurada mediante a verificação de culpa”, ou seja, ela é subjetiva.

Contudo, essa exceção não deve ser vista com maus olhos, uma vez que a aplicação do CDC traz vários benefícios ao consumidor, os quais, nas palavras de NETTO, são:

As vantagens, ainda assim, são imensas para o consumidor. É possível que ocorra, a critério do juiz, inversão do ônus da prova, se a alegação for verossímil ou quando o consumidor for hipossuficiente, no teor do art. 6º, VIII, do CDC.

O consumidor poderá propor a ação em seu domicílio (CC, art. 101, I) e não no do profissional liberal que causou os danos, circunstância que estaria concorde com a facilitação dos seus direitos (CDC, art. 6º, III). De igual forma, aplicável o CDC, os deveres de informar, de modo claro e adequado, são mais severos em face do fornecedor, do que aqueles aplicáveis ao comum das relações civis. Os profissionais liberais, como qualquer fornecedor de serviços, respondem por informações insuficientes ou inadequadas (CDC, art. 14). (NETTO, 2016, pp. 130/131).

Dessarte, apesar de os profissionais liberais responderem subjetivamente, a possibilidade de inversão do ônus da prova estabelecida no art. 6, VIII, do CDC, beneficia o consumidor, visto que, na hipótese de o juiz aplicar esta regra, caberá ao demandado eximir-se da culpa. Esta, inclusive, conforme será demonstrado a diante, é a regra em caso de erro médico em cirurgia plástica, posto que seria impossível que um paciente comprovasse a culpa deste profissional.

## **2.5 Excludentes de responsabilidade civil**

Para que surja a responsabilidade civil são necessários vários elementos, assim, em se tratando de responsabilidade objetiva, os requisitos são o ato ilícito, nexos causal e dano; por sua vez, a responsabilidade subjetiva exige, além dos elementos anteriormente citados, a culpa. Outrossim, para que surja o dever de indenizar é imprescindível que haja nexos de causalidade entre a conduta (ilícita) do agente e o dano, portanto, se não houver liame entre tais elementos, não haverá responsabilidade civil.

As excludentes de responsabilidade civil atuam sobre o nexos causal, evitando que a obrigação de reparar se configure, pois, muito embora haja um dano, ele não guarda relação com o ato praticado pelo agente. Assim, a doutrina elenca três excludentes: (a) caso fortuito ou força maior; (b) fato exclusivo da vítima e (c) fato de terceiro. Desta forma, se o suposto lesante provar qualquer uma delas, será eximido do dever de indenizar.

### 2.5.1 Caso fortuito e força maior

O art. 393, *caput*, do CC enuncia que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou da força maior, se expressamente por eles não houver se responsabilizado”, e, muito embora ele esteja inserido no título que trata sobre o inadimplemento das obrigações, ele é aplicável à responsabilidade civil, uma vez que consagra um princípio geral do direito.

A doutrina diverge quanto a conceituação desses dois institutos, para alguns eles são institutos distintos, para outros são um único instituto. CAVALIERI os considera institutos distintos, senão vejamos:

Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de um evento imprevisível, e por isso inevitável; se o evento for irresistível, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, estaremos diante da força maior, como o próprio nome diz. Imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a irresistibilidade o é da força maior. Entende-se por imprevisibilidade, a imprevisibilidade específica, relativa a um fato concreto, e não a genérica ou abstrata. Irrestibilidade, por sua vez, decorre de forças superior às forças do agente, ainda que previsível. Na força maior há impossibilidade absoluta de se cumprir aquilo a que se obrigou. (CAVALIERI, 2015, p. 98)

Ou seja, para este doutrinador a força maior é um evento decorrente das forças da natureza, que apesar de ser previsível em alguns casos, é irresistível; enquanto o caso fortuito pode ser entendido como um fato humano não individualizado dotado de imprevisibilidade em relação a um fato concreto.

FARIAS, ROSENVALD e NETTO, por sua vez, entendem que ambos não divergem:

Conceituamos o caso fortuito ou a força maior como um fato externo a conduta do agente, de caráter inevitável, a que se atribui a causa necessária do dano. Dai inferimos dois atributos dos institutos: a externalidade e inevitabilidade. Aquele significa que o dano ocorreu por fato não imputável ao agente, completamente extraordinário e estranho ao seu comportamento ou atividade. Já a inevitabilidade qualifica o fato imponderável e atual, que surge de forma avassaladora e seus efeitos são irresistíveis. Como se infere da própria nomenclatura, não é possível evitar ou impedir suas consequências danosas. (FARIAS, ROSENVALD e NETTO, 2017, p. 421)

Portanto, para estes doutrinadores, os dois institutos não se diferenciam, pois ambos decorrem de fatos externos à conduta do agente causador do dano, ou seja, não dependem de sua ação prévia, e inevitáveis, uma vez que o seu resultado, o dano, é uma consequência lógica da sua ocorrência.

Não obstante essa divergência, o que mais importa é que, tenha o fato decorrido de caso fortuito ou de força maior, a consequência jurídica é só uma: tais eventos excluem o dever de indenizar por consubstanciarem causas estranhas à conduta do agente e que de forma independente produziram o evento danoso.

Ainda, é de suma importância trazer à baila o Enunciado nº 443, do Conselho Nacional de Justiça, que tem os seguintes termos: “o caso fortuito e o de força maior somente serão considerados como excludentes de responsabilidade quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida.”

Este enunciado faz referência ao que a doutrina costuma chamar de fortuito interno e fortuito externo. Aquele diz respeito à pessoa do devedor ou à empresa, ele guarda conexão com a atividade/condução desenvolvida; enquanto este refere-se a acontecimentos externos, que não têm conexão com a atividade desenvolvida. Assim, segundo o entendimento firmado pelo CNJ, somente o fortuito externo pode ser considerado excludente de responsabilidade. Desta forma, se um paciente internado em um hospital psiquiátrico comete suicídio a instituição deverá ser responsabilizada civilmente, pois, muito embora a instituição não tenha contribuído para a ocorrência do fato, a integridade física dos pacientes é uma obrigação inerente ao serviço disponibilizado, assim, qualquer fato contrário a essa obrigação será indenizável (FARIAS, ROSENVALD, NETTO; 2017).

### **2.5.2 Fato exclusivo da vítima**

Quando o próprio comportamento da vítima é o fato necessário para a ocorrência do dano suportado por ela, estamos diante da excludente denominada fato exclusivo da vítima. Nesta hipótese o agente é o aparente responsável, servindo como instrumento para o resultado lesivo.

Explica CAVALIERI que:

A culpa exclusiva da vítima é causa de exclusão do próprio nexo causal, porque o agente aparente causador do dano é mero instrumento do acidente. Assim, se “A”, num gesto transloucado, atira-se sob as rodas do veículo dirigido por “B”, não se poderá falar em liame de causalidade entre o ato deste e o prejuízo por aquele experimentado. O veículo atropelador, a toda evidência, foi simples instrumento do acidente, erigindo-se a conduta da própria vítima em causa única e adequada ao evento, afastando o próprio

nexo causal em relação ao motorista, e não apenas a culpa, como querem alguns.” (CAVALIERI, 2015, p. 95)

Em suma, aventa-se que a conduta praticada pela suposta vítima foi o único fator necessário para causar o prejuízo por ela experimentado, assim, por não existir liame causal entre o dano e a conduta do suposto agente, exclui-se a obrigação deste de indenizar.

Importante ressaltar que a expressão terminológica correta é fato exclusivo da vítima e não culpa exclusiva da vítima conforme se expressam alguns. Destarte, explanam FARIAS, ROSENVALD e NETTO:

Evidente equívoco consiste em traduzir o fato exclusivo da vítima como sinônimo de culpa exclusiva da vítima. Aqui não se está discutindo quem é culpado, mas sim a quem atribuir a responsabilidade pelo comportamento que determinou o dano. Ou seja, uma coisa é a aferição da inobservância de um dever de cuidado, outra coisa é a relação de causalidade entre o fato e o evento lesivo.

Para ilustrar, se um menino de 11 anos sobe nos vagões de um trem para se exibir para os amigos e culmina por falecer por uma descarga elétrica, haverá excludente de nexo causal, mesmo que saibamos que não é possível um inimputável ser acusado deliberadamente ou culposamente. Porém, como não se trata de uma questão de imputabilidade, mas de nexo causal, o comportamento do “surfista ferroviário” será causa direta e imediata da produção de danos. (FARIAS, ROSENVALD e NETTO, 2017, p. 426)

Depreende-se, desta forma, que o nexo causal é o elemento que afere quais os atos foram necessários para a produção do dano e ele nada tem a ver com a análise de o fato ser culposo ou não, assim, não há que se falar em culpa exclusiva da vítima.

Ainda falando em comportamento da vítima, o art. 945, do CC<sup>6</sup>, traz à baila o fato concorrente, instituto que mitiga o *quantum* indenizatório, uma vez que o dano tem mais de um fato gerador, sendo o comportamento da vítima um deles. Nestas ocasiões o magistrado deverá analisar qual a extensão da participação da vítima para a produção do evento danoso e assim reduzir a indenização.

O fato concorrente é consagrado não como causa de exclusão, mas de proporcionalização da obrigação de indenizar, uma vez que não seria leal, conforme imperativo ético da boa-fé objetiva, que a vítima se beneficiasse de uma indenização completa quando contribuiu para a eclosão do evento danoso. (FARIAS, ROSENVALD, NETTO; 2017, p. 427)

---

<sup>6</sup> Art. 945, CC: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com o autor do dano”

Assim sendo, o fato concorrente não é uma causa de exclusão da responsabilidade civil, em verdade, ele atenuará a indenização que será arbitrada pelo magistrado no caso concreto, pois, se a vítima concorreu para o dano, não poderá se beneficiar da sua torpeza sendo indenizada na exata extensão do prejuízo que experimentou.

### **2.5.3 Fato de terceiro**

Quando o ato de terceiro é responsável por produzir o evento danoso por si só ou por romper o nexo de causalidade entre a conduta do agente aparente e o dano experimentado pela vítima, estamos diante do fato de terceiro. Este deve ser entendido como pessoa que não tem ligação alguma com o agente virtual e a vítima para que ele seja condenado a indenizar (CAVALIERI, 2012).

Ademais, para ser considerada causa excludente de responsabilidade, a conduta do agente virtual não pode, em hipótese alguma, ter concorrido para o evento danoso, do contrário o juiz deverá analisar como cada um concorreu para a extensão do dano e assim estabelecer o valor indenizatório para cada um dos agentes.

Nesta linha de intelecção explanam FARIAS, ROSENVALD e NETTO:

A outro giro, para ser considerado excludente da causalidade o fato de terceiro deve se manifestar como causa única de explicação dos danos, além de refletir no comportamento completamente estranho ao aparente responsável. Se da concretude do caso ressaí que o fato de terceiro é apenas parcial, concorrendo com o fato do agente, caberá apenas repartição de danos com mitigação do valor da reparação dentro da participação de cada qual para o resultado. Isso ocorre quando, apesar da autonomia, o comportamento do terceiro não se mostra idôneo por si só para produzir o resultado, prendendo-se de alguma forma ao comportamento anterior do agente.

Nessa linha, se o agente tinha condições de prever a ocorrência do fato de terceiro e se omitiu em adotar qualquer comportamento, já não lhe é facultada a excludente. (FARIAS, ROSENVALD e NETTO, 2017, p. 432)

Em suma, o agente aparente somente será isentado da obrigação de indenizar se ficar provado que o terceiro é o verdadeiro causador do dano, assim, aquele deverá demonstrar que há nexo causal entre a conduta do terceiro e o dano experimentado pela vítima.

Enfrentada a análise dos aspectos gerais do instituto da responsabilidade civil proposta para esse tópico, passa-se à perquirição do tema em relação à responsabilidade civil do cirurgião plástico em virtude do erro médico.

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO EM VIRTUDE DO ERRO MÉDICO**

O culto ao corpo enraizado em nossa cultura, principalmente entre o público feminino, vem, ao longo dos anos, causando o aumento da busca por cirurgia plástica, tanto é assim que, segundo um estudo publicado pela Ini (ISAPS), o Brasil, no ano de 2019, tornou-se uma superpotência na área, haja vista que passou a ocupar o primeiro lugar no ranking mundial por terem sido realizados mais de 1 milhão de procedimentos estéticos somente naquele ano, desbancando os Estados Unidos que sempre esteve no topo do ranking (KANASHIRO, 2021).

Ainda, considerando que segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), somente no ano de 2017 foram protocolados 26 mil processos por erro médico no Brasil (SALVIATO, 2021), urge analisar como poderá ser definida a responsabilidade civil do cirurgião plástico em decorrência do seu erro.

#### **3.1 Breves apontamentos históricos da responsabilidade civil do médico**

A doutrina é uníssona ao afirmar que o primeiro documento histórico a tratar da responsabilização do médico em virtude do erro foi o Código de Hamurabi, uma vez que nos seus artigos estavam estabelecidos vários deveres, dentre eles o de que os médicos deveriam atuar com máxima atenção no exercício da profissão, sob pena de sofrerem severas penas, a exemplo de amputação da mão (NETTO, 2010).

Neste sentido, afirma MELO:

O primeiro documento histórico que tratou especificamente do erro médico e, portanto, da responsabilização do profissional, foi o Código de Hamurabi. Esse código impunha ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão, caso contrário, poderia o profissional sofrer severas penas que poderiam significar, inclusive, a amputação da mão. Tais penas eram aplicadas nos casos de morte ou lesões graves aos pacientes homens livres, pois se se referisse a escravo ou animal, a previsão de pena era apenas de ressarcimento do dano. (MELO, 2008, p. 04)

Percebe-se que a ideia central do referido Código era a de punição e, consoante visto no tópico anterior, somente com o advento da Lex Aquilia, foi que começou-se a diferenciar a punição e reparação do dano sofrido.

Já na Grécia, no Século V a.C, a responsabilidade médica foi estudada no molde similar ao atual:

Vamos encontrar o primeiro verdadeiro estudo no campo da medicina somente na Grécia antiga, no Século V a.C, trata-se do Corpus Hippocraticum, de construção filosófica aristotélica, que contém noções de uma medicina não apenas empírica, mas permeada de elementos racionais e científicos, sem no entanto descurar de elementos deontológicos da arte de curar, tão bem sintetizado no famoso juramento, até hoje de inegável atualidade.

Vai-se lentamente firmando o princípio de que a culpa do médico não se presume somente pelo fato de não ter ele obtido êxito no tratamento, mas deve ser analisada e individualizada com base na conduta seguida pelo profissional. Assim, para os platônicos e aristotélicos, a responsabilidade do médico deveria ser avaliada por um perito na matéria e por um colegiado de médicos- o que, em essência, corresponde ao perito judicial dos tempos modernos. (NETO, 2010, p. 49)

Conclui-se, portanto, que é a partir desta época que a aferição da responsabilidade civil do médico é feita mediante a verificação da culpa, e mais, ela somente poderia ser provada por quem também tivesse capacidade técnica para constatá-la.

### **3.2 Natureza da responsabilidade médica**

Por muito tempo a doutrina divergia quanto a natureza da responsabilidade civil dos médicos, se era contratual ou extracontratual. Hoje essa discussão está superada uma vez que com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, o médico passou a ser considerado fornecedor, pois presta serviços de forma habitual, e o paciente é considerado consumidor assim, a relação médico-paciente é contratual em decorrência dessa relação consumerista. Em suma:

A responsabilidade civil médica é tida, em geral, como uma responsabilidade contratual. Há, inegavelmente, um contrato em boa parte dos casos envolvendo as relações entre médicos e pacientes: seja com o plano de saúde, seja com o médico, pessoalmente. (NETTO, 2016, p. 261)

Na mesma toada explana GONÇALVES:

Não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico, quando este o atende. Embora muito já se tenha discutido a esse respeito, hoje não pairam dúvidas a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica. (GONÇALVES, 2016, 232)

Ademais, considerando que o nosso ordenamento jurídico não prevê uma espécie própria de contrato para reger este tipo de relação, pode-se afirmar que

estamos diante de um contrato *sui-generis*, pois, em regra, o médico não presta apenas serviços, ele atua como uma espécie de conselheiro do enfermo e de seus familiares (CAVALIERI, 2015).

No que diz respeito à espécie de responsabilidade do médico, por ser considerado um profissional liberal, o CDC estabelece no art. 14, § 4º, que ela será subjetiva, ou seja, exige a prova de culpa e, muito embora num primeiro momento isso possa causar espanto ao paciente que deseja ingressar com uma ação, ante a dificuldade probatória em alguns casos, é justamente a regência do caso pelo CDC que trará diversas vantagens:

A responsabilidade civil dos médicos é subjetiva, depende de culpa. Quer apliquemos o Código Civil, quer apliquemos o CDC, a solução, na matéria, é a mesma. O que pode variar, na sistemática dos referidos diplomas, é previsão trazida pelo CDC de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). No processo civil, como medida que busca facilitar a defesa dos direitos do consumidor, poderá haver a inversão do ônus da prova quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor, ou quando se mostrar hipossuficiente. Em se tratando de erro médico- cabe sempre repetir- o mecanismo de inversão da prova é decisivo, fundamental. Há quase sempre hipossuficiência (técnica) do consumidor frente ao médico ou diante da instituição médica. É difícil ter acesso aos dados que atestam as etapas e passos dos procedimentos realizados. Não se domina a linguagem utilizada. Não se sabe, sequer, o que poderia (ou deveria) ter sido feito e não foi. Os médicos, porém, podem realizar a prova, podem demonstrar- livrando-se da indenização- que o dano ocorreu, não obstante toda correção e cuidado na intervenção médica realizada. É a prova que se espera que ele, médico, realize. (FARIAS, ROSENVALD, NETTO; 2017, p. 793)

Em outras palavras, apesar de estarmos diante da responsabilidade subjetiva, por ser uma relação regida pelo CDC, o magistrado poderá aplicar de ofício a inversão do ônus da prova, visto que a hipossuficiência técnica do paciente é a regra e não seria razoável que ele fosse obrigado a produzir prova constitutiva do seu direito, esperando-se que o médico produza provas que sejam aptas a demonstrar não agiu de forma negligente ou imperita, muito embora o dano tenha ocorrido. É importante ressaltar que essa inversão não constitui uma necessária desvantagem para o médico, pois ele apenas deverá provar que seguiu todas as determinações técnicas para a cirurgia.

Ademais, da aplicação do CDC surgem diversos outros benefícios para o paciente, dentre eles: possibilidade de propositura da ação em seu domicílio (art. 6º, VIII, do CDC); prazo prescricional de 5 anos para pretensão da reparação civil (art. 27, CDC) e o direito de informação (art. 6, III, CDC) que implica, necessariamente, no

dever de informação acerca dos procedimento que será realizado no paciente, bem como dos riscos que ele estará sujeito. (FARIAS, ROSENVALD, NETTO; 2017)

Ressalta-se, especificamente em relação ao direito à informação, que este assume um papel importantíssimo quando da aferição de culpa do médico, principalmente do cirurgião plástico, uma vez que ele se relaciona com o consentimento informado, que será tratado da melhor forma em breve, mas que, resumidamente, diz respeito a necessidade de o médico colher a autorização do paciente para realizar determinado procedimento cirúrgico, alertando-o sobre todos os riscos envolvidos previamente.

### **3.3 Natureza da obrigação: de meio ou de resultado?**

Antes de definirmos qual tipo de obrigação o cirurgião plástico assume, é necessário diferenciá-las.

A obrigação é de meio quando o médico não garante que determinado resultado será alcançado, por exemplo, ele não assume que o irá curar o paciente, a sua única obrigação é de portar-se com diligência, observando as técnicas rotineiras (FARIAS, ROSENVALD, NETTO; 2017).

Esta, inclusive, é a regra no que diz respeito à natureza da obrigação do médico:

A jurisprudência brasileira parece firme no sentido de considerar a obrigação do médico como obrigação de meio. Essa, portanto, é a regra geral, e as exceções precisam ser substancialmente fundamentadas- seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. (NETTO, 2016, p. 268)

Na obrigação de resultado, por outro lado, o médico realiza determinado procedimento garantindo ao paciente o resultado pretendido. É nessa categoria que o cirurgião plástico se enquadra quando realiza uma intervenção com finalidade estéticos:

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

indenizatória. Da cirurgia malsucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. (GONÇALVES, 2016, p. 244)

Ao realizar uma cirurgia plástica com fins exclusivamente estéticos, o médico assume obrigação de resultado porque o paciente espera melhorar a sua aparência, sendo crível responsabiliza-lo quando o resultado obtido não guarda relação com o previamente estipulado entre ele e o cliente.

À título de exemplo, podemos citar o caso da influenciadora digital Sthe Matos que revelou, em seu canal do Youtube, que se submeteu a uma rinoplastia em fevereiro de 2020, porém o seu nariz ficou torto, sem ponta e muito curto, além de abrir por três vezes, obrigando-a a realizar uma cirurgia de emergência para enxertar pele e cartilagem da orelha e dos lábios para reparar a área (CERQUETANI, 2020).

Por outro lado, em alguns casos, o cirurgião plástico pode assumir uma obrigação de meio, assim, quando o paciente chega até ele para realizar uma cirurgia corretiva não será possível garantir nenhum resultado específico.

Entretanto, é possível encontrar na doutrina posicionamento diverso, neste sentido GONÇALVES faz referência a Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Ruy Rosado de Aguiar Junior, depois de reconhecer que, no Brasil, a maioria da doutrina e da jurisprudência defende a tese de que se trata de uma obrigação de resultado, quando o paciente é saudável e apenas pretende melhorar a sua aparência, manifesta a opinião no sentido de que “acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético obrigação de meio. Embora se diga que cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico.

Pode acontecer, aduz, “que algum cirurgião plástico ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo. (GONÇALVES, 2016, p. 245)

No mesmo sentido DONCATTO:

Os cirurgiões plásticos têm estado aflitos com a forma como tem ocorrido algumas condenações, manifestas por meio de votos “displicentes”, proferidos por alguns juristas, pois mesmo sem uma justificativa que aponte culpa do médico, este acaba sendo condenado tão somente por se considerar a cirurgia plástica estética como obrigação de resultado. Há, portanto, uma condenação sem que tenha havido imperícia, imprudência ou negligência, desconsiderando-se os aspectos biológicos, técnicos e aleatórios envolvidos,

que são alheios à vontade dos médicos e dos pacientes, além de, em muitos casos, desconsiderar-se a prova pericial.

A obrigação de resultado exigida da cirurgia plástica estética tem gerado intranquilidade na classe médica, pois muitos julgadores não compreendem que é impossível garantir resultados em todos os tipos de cirurgia, pois os tecidos orgânicos reagem de forma diversa à vontade, tanto do médico como do paciente. (DONCATTO, 2012, p. 354)

Muito embora estes posicionamentos mereçam respeito, este artigo adota o posicionamento majoritário e considera a obrigação do cirurgião plástico como sendo de resultado nas hipóteses de realização de cirurgia estética, haja vista que quem está bem de saúde e procura um médico para melhorar algum aspecto seu quer um bom resultado e não apenas que o cirurgião empregue a técnica de forma diligente. Neste caso, além do zelo pelo paciente, o médico deve utilizar todos os seus conhecimentos para alcançar um resultado específico.

Ademais, no que diz respeito à crítica feita por DONCATTO, as situações por ele relatadas devem ser vistas sob a ótica de que o médico pode se eximir da responsabilidade desde que demonstre ao paciente, de forma inequívoca, que resultados diversos a sua vontade podem acontecer. O cirurgião deve prestar todas as informações necessárias, obtendo o consentimento informado do paciente.

KFOURI NETO arremata o tema falando que:

A cirurgia de caráter estritamente estético é aquela na qual o paciente visa a tornar seu nariz, por exemplo – que de modo algum destoa da harmonia de suas feições-, ainda mais formoso, considerando por vezes um modelo ideal de beleza estética. Neste caso, onde se expõe o paciente a riscos de certa gravidade, o médico se obriga a um resultado determinado e se submete à presunção de culpa correspondente e ao ônus da prova para eximir-se da responsabilidade pelo dano eventualmente decorrente da intervenção. (KFOURI NETO, 2010, p. 175)

Destarte, exceto nos casos de cirurgia estética reparadora, o cirurgião plástico assume uma obrigação de resultado, visto que gera no paciente uma expectativa de melhora de sua aparência.

Ainda, se o paciente ingressar com uma ação, em sendo esta procedente, a indenização deverá abranger tanto os danos materiais, que consistem nas despesas realizadas e até mesmo as decorrentes da nova cirurgia pela qual o paciente poderá ter que passar, bem como os danos morais decorrentes da frustração. (GONÇALVES, 2016)

### **3.4 A culpa médica e inversão do ônus da prova**

A responsabilidade do médico é subjetiva, nos moldes do art. 14, § 4º, do CDC, assim, exige de prova de culpa, sendo sua gravidade da culpa é irrelevante, basta apenas que ela seja certa.

Consoante já assinalado, a incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação médico paciente traz diversos benefícios para este último, dentre eles a possibilidade da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inciso VIII, do referido Código. CAVALIERI destaca que:

O Código do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial privilegiado; apenas os excluiu do sistema da responsabilidade objetiva nele estabelecido. Logo, como fornecedores de serviços que são, estão subordinados a todos os demais princípios e regras do CDC, entre os quais a inversão do ônus da prova nos casos em que assume a obrigação de resultado. (CAVALIERI, 2015, p. 479)

Esta regra tem aplicação quando as alegações do autor são verossímeis ou ele é hipossuficiente técnica, jurídica e economicamente em relação ao prestador de serviço. Na relação em estudo, é flagrante que hipossuficiência técnica do paciente em relação ao médico merece destaque no artigo em tela, posto que é inegável que o paciente não possui conhecimento científico que lhe dê aptidão a produzir provas da culpa do médico.

Ainda, necessário trazer à baila que existe divergência doutrinária acerca da possibilidade de presunção da culpa nos processos que versem sobre erro médico.

Neste diapasão, CAVALIERI (2015) aduz que quando o cirurgião plástico realiza uma cirurgia com fins estéticos e assume uma obrigação de resultado, é necessário presumir a sua culpa, devendo o juiz determinar a inversão do ônus da prova, cabendo ao médico eximir-se desta responsabilidade mediante a prova da ocorrência de fator imponderável capaz de elidir o seu dever de indenizar. (CAVALIERI, 2015)

Deste modo, o médico deverá provar que agiu de forma correta, de acordo com as determinações técnicas e que, muito embora o paciente a cirurgia não tenha obtido a finalidade almejada (em outras palavras, tenha ocorrido um dano), isto não pode ser atribuído à sua conduta.

NETO (2012), por sua vez, aduz que a culpa do médico somente poderá ser presumida se, e somente se, ele não for capaz de provar a ausência desta após a inversão do ônus da prova:

Devemos lembrar que a inversão do ônus da prova, na visão tradicional, é regra de juízo. Ao sentenciar, afirmaria o magistrado: como o réu (médico) não provou- e o encargo passou a pertencer a ele, por reunir melhores condições de fazê-lo- o pedido do autor é procedente. Ou seja, aí sim, aplicar-se-ia ao médico o estatuto gravoso da culpa presumida, pois a inversão surge sempre no contexto da dúvida probatória. No caso da responsabilidade médica, todavia, surgirá depois da inversão: se o médico não provar suficientemente a ausência de culpa na sua atuação, a demanda será julgada procedente. (NETO, 2012, pp. 66/67)

Em todo caso, diante do tipo de responsabilidade do médico é de extrema importância a inversão do ônus da prova, pois, como o paciente é hipossuficiente tecnicamente, exigir que ele produza prova constitutiva do seu direito não seria razoável, haja vista que seria praticamente impossível que ele conseguisse provar que o médico agiu culposamente. Ademais, é presumidamente fácil para o médico comprovar que agiu de forma correta. Neste sentido:

Em se tratando de erro médico o mecanismo de inversão do ônus da prova é decisivo, fundamental. Há quase sempre hipossuficiência técnica do consumidor frente ao médico ou diante da instituição médica. É difícil aos dados que atestam as etapas e passos dos procedimentos realizados. Não se domina a linguagem utilizada. Não se sabe, sequer, o que poderia ter sido feito e não foi. Os médicos, porém, podem demonstrar- livrando-se da indenização- que o dano ocorreu, não obstante toda a correção e cuidado na intervenção médica realizada. É a prova que se espera que ele, médico, realize. (NETTO, 2016, p. 275)

Convém lembrar que a inversão do ônus da prova é uma regra de procedimento e não de julgamento, portanto, a fim de que as partes se comportem na lide de acordo com a distribuição do ônus probatório, o juiz deve determinar a inversão na fase do saneamento, “deve haver clara advertência às partes, sobre a determinação da inversão do ônus da prova, pena de se ferir mortalmente o princípio constitucional da ampla defesa” (NETO, 2012, p. 60). Ou seja, é importante que o magistrado determine a inversão do ônus da prova no despacho saneador, sob pena de o fazendo quando da prolação da sentença, cercear o direito à ampla defesa.

Por outro lado, nos casos de cirurgia reparadora, o médico assume obrigação de meio, assim, se o paciente ajuíza uma ação alegando que o erro do médico lhe causou um dano, deverá constituir prova de seu direito, ou seja, deverá provar a culpa do cirurgião.

Em suma, tem-se que a finalidade da cirurgia plástica, se reparadora ou corretiva, além de estabelecer modalidade da obrigação assumida, influenciará em como a culpa será aferida no caso concreto. Assim, considerando que a responsabilidade civil do cirurgião plástico é subjetiva (art. 14, § 4º, do CDC), se é realizada uma cirurgia estética, ele assume obrigação de resultado, tornando-se necessário que o juiz determine a inversão no ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC) no despacho saneador, suprindo a hipossuficiência técnica do paciente frete ao profissional e oportunizando que o médico produza provas de que agiu com diligência e cautela, muito embora o paciente tenha experimentado um dano. Por outro lado, se a cirurgia é reparadora, assume-se uma obrigação de meio e paciente deverá fazer prova da culpa do médico.

### **3.5 Dever de informar e o consentimento informado**

O art. 6º, inciso III, do CDC prevê como um dos direitos básicos do consumidor o acesso à informação adequada, especialmente quanto ao risco que o produto ou serviço apresenta. Desse direito surge o dever correlato para o fornecedor, qual seja, o de informar, assim a informação falha ou defeituosa gera responsabilidade. (NETTO, 2016)

A atividade médica, que é substancialmente perigosa, possui o chamado risco inerente, ou seja, todo procedimento cirúrgico produz um risco inevitável, que não decorre da prestação defeituosa do serviço, mas é intrínseco à cirurgia, e transferir esse risco para o médico geraria um ônus insuportável, pois não seria razoável condená-lo por um dano decorrente de uma eventualidade. É neste momento que o dever de informar adquire relevância:

A falta de informação pode levar o médico ou hospital a ter que responder pelo risco inerente, não por ter havido defeito do serviço, mas pela ausência de informação devida, pela omissão de informar ao paciente os riscos reais do tratamento (CAVALIERI, 2015, p. 481)

Dessa maneira, no que diz respeito à relação médico e paciente, aquele tem o dever de informar este acerca de todos os riscos inerentes ao procedimento cirúrgico; esta informação tem como escopo dotar o paciente de conhecimentos objetivos acerca da realidade da cirurgia, para que lhe seja possível dar ou não o consentimento para sua realização. Ainda, especificamente nas cirurgias estéticas, deve o médico alertar ao paciente que cada corpo reage de forma única a intervenções

cirúrgicas, assim, por questões anatômicas, nem sempre se poderá alcançar o resultado almejado.

Assim, nos casos de cirurgia estética ganha relevância o que foi informado ao paciente enquanto resultado esperável, se este somente foi informado acerca dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido sobre os riscos inerentes e possíveis resultados negativos, viola-se o dever de informar, que poderá ensejar a responsabilidade do cirurgião plástico. (CAVALIERI, 2015)

CAVALIERI afirma que:

O conteúdo do dever de informar do médico compreende, segundo a unanimidade da doutrina, todas as informações necessárias e suficientes para o pleno esclarecimento do paciente quanto aos aspectos relevantes para a formação de sua decisão de submeter-se ao procedimento, tais como os riscos, consequências do tratamento, chances de êxito, efeitos colaterais e outros aspectos relevantes. (CAVALIERI, 2015, p. 482)

Não bastasse, o Código de Ética Médica prevê, em seu art. 22, ser vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou do seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.”

Portanto, a obrigação de obter o consentimento informado do paciente decorre da legislação consumerista, bem como das exigências éticas que regulam a atividade médica.

Neste sentido:

O termo de consentimento informado representa uma segurança para o cirurgião plástico e o paciente, pois iguala e consolida a relação de contratação de um serviço entre ambos, cumprindo ao médico a obrigação de informar ao paciente e este declarar que compreendeu e que aceita se submeter ao tratamento proposto, não podendo desdizer o que assinou a menos que o termo tenha sido obtido de forma irregular. (DONCATTO, 2012, p. 355)

Assim, o direito à informação, insculpido no art. 6º, inciso III, do CDC, que se desdobra em dever de prestação de informação pelo médico, ganha relevância no que diz respeito à cirurgia plástica, sendo necessário que este profissional obtenha a assinatura do paciente no termo de consentimento informado após prestar todos os

esclarecimentos que dizem respeito ao resultado esperado na cirurgia plástica, sejam eles positivos ou negativos, ganhando relevância as informações que dizem respeito a estes últimos, haja vista que somente quando os detêm o paciente poderá fazer um sopesamento e dar o seu consentimento para que a cirurgia plástica seja realizada.

O termo de consentimento informado deve conter informações adequadas e suficientes, especificando o propósito do tratamento, os benefícios esperados e os riscos envolvidos, além de especificar quais os cuidados o paciente deverá ter após a realização da cirurgia:

O TCI deve ser obtido por um médico, não pela secretária ou enfermeira, devendo as informações serem prestadas de forma clara e objetiva, por meio de uma linguagem acessível. O termo deve ser colhido antes do tratamento, sendo redigido de forma expressa, e quanto mais complicado o tratamento, mais completo deve ser o documento. O paciente pode recusar o tratamento, revogar o consentimento já assinado e até ser substituído por um representante legal em casos especiais. O dever de informar é mais exigido do cirurgião plástico, que deverá se estender nas informações, evitando falsa expectativa quanto à periculosidade inerente a qualquer cirurgia. Deve-se considerar que há elevada expectativa de resultado com a realização das cirurgias estéticas; assim, o paciente deverá obter informações adequadas que auxiliem em sua decisão de se submeter ou não ao procedimento. Se o médico promete o resultado, ele se obriga a obtê-lo, do contrário caracteriza-se propaganda enganosa. A ausência de informação constitui dano moral por negligência médica, pois, se informado, o paciente poderá optar por não correr os riscos da intervenção. (DONCATTO, 2012, pp. 356/357)

Desarte, é possível afirmar que o consentimento informado também possui grande relevância para o cirurgião plástico, pois, a partir do momento que ele especifica quais os resultados poderão ser obtidos, bem como quais as eventuais intercorrências, ele delimita a obrigação assumida e, se futuramente o paciente ingressar com uma ação contra ele por estar insatisfeito com o resultado final do procedimento estético, ele poderá lançar mão deste documento para se eximir da responsabilidade civil.

Seguindo esta linha de raciocínio, necessário trazer à baila exemplo de jurisprudência que consolida o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.

[...]

Há nestes autos, ainda, outra peculiaridade que merece atenção. Nos termos da decisão recorrida “atua com cautela e segurança o cirurgião plástico que

informa à paciente os riscos da intervenção estética e dela colhe o 'ciente' por escrito, dando a conhecer à pessoa as consequências ou decorrências do procedimento que será efetuado". Tem-se, assim, que a recorrida foi advertida sobre a possibilidade de insucesso parcial ou total da cirurgia à qual se submeteu, tendo o recorrido "explicado todo o procedimento à primeira apelada, informando-lhe sobre os possíveis riscos e complicações pós-cirúrgicas".

[...]

Não se trata, aqui, de atribuir ao "termo de consentimento informado" a capacidade de excluir o dever do médico de indenizar o paciente por danos provocados por negligência, imprudência ou imperícia. O documento assinado pela recorrida somente comprova a boa-fé que orientou o recorrido durante a relação com o paciente, enumerando os benefícios e complicações normalmente diagnosticadas na intervenção a que se submeteu a recorrente.

É possível concluir que a recorrente, ao anuir com os termos do documento elaborado pelo recorrido, estava ciente da possibilidade de maior evidência das cicatrizes, em virtude de sua maior predisposição genética e racial. Assim, não só a atuação regular do profissional retirou o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, como também foi cumprido o dever de colher o consentimento informado da recorrente nos termos do art. 22 do Código de Ética Médica. (REsp 1.180.815/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, publicado em 26/10/2010)

Constata-se, portanto, que assim como a doutrina, o Superior Tribunal de Justiça entende que, além de delimitar a obrigação assumida pelo cirurgião plástico, o termo de consentimento informado tem o condão de eximi-lo de ser responsabilizado por áleas que podem eventualmente ocorrer, a exemplo do surgimento de cicatriz patológica (quelóide). Cientificar o paciente acerca das possíveis complicações que podem surgir em virtude de determinada intervenção estética, além de ser uma demonstração de boa-fé, atua como fator excludente do nexo de causalidade entre a conduta do médico e o suposto dano experimentado pelo paciente. Por outro lado, se eventualmente, o médico não colher a assinatura do paciente no termo de consentimento, poderá ser responsabilizado, pois o dever de informação estaria sendo descumprido e ele estaria assumindo todos os riscos, inclusive os mais comuns, que podem decorrer de uma cirurgia plástica.

### **3.6 Cirurgia plástica e erro médico**

A cirurgia plástica pode ser conceituada como sendo:

A subespecialidade do ramo da medicina de cirurgia geral que tem por finalidade modificar, reconstruir ou embelezar parte externa do corpo deformada por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita, reunindo o nobilíssimo ramo da medicina que trata de doenças por meio de cirurgia, com a beleza da arte de improvisar e criar. Esta finalidade pode ser necessária e reparadora ou puramente estética. (MANGRINI, 2001, p.52)

Conclui-se, desse modo, que a cirurgia plástica tem como escopo a alteração de um aspecto físico e externo do paciente e que ela é subdividida em duas categorias, quais sejam: a estética e a reparadora.

Conforme destacado anteriormente, segundo dados da Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica e Estética (ISAPS), no ano de 2019 o Brasil passou a ocupar o primeiro lugar no ranking mundial de realização de procedimentos estéticos (KANASHIRO, 2021). Ainda, considerando que segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), somente no ano de 2017, foram protocolados 26 mil processos por erro médico no Brasil (SALVIATO, 2021), urge analisar a relação entre a cirurgia plástica e as implicações decorrentes do erro do cirurgião.

O erro médico, em sua grande maioria, decorre de uma conduta culposa, pois seria inconcebível que este profissional tivesse a intenção de prejudicar seu paciente, agindo dolosamente. Ele caracteriza-se pela inobservância técnica que é capaz de gerar um dano ao paciente. Em outras palavras, o dano decorre de uma conduta imperita, imprudente ou negligente do médico:

Segundo o Conselho Federal de Medicina (CFM), erro médico é o dano provocado no paciente pela ação ou inação do médico, no exercício da profissão, e sem a intenção de cometê-lo. A complicação é um evento concernente aos procedimentos médicos e deve ser responsabilmente separada dos procedimentos em que advieram negligência, imperícia ou imprudência, que caracterizam o erro médico. Há três possibilidades de suscitar o dano e alcançar o erro: imprudência, imperícia e negligência. (MOREIRA, 2018)

Nesta senda adverte HAZAN:

O erro médico é um ato ilícito cometido pelo médico. A definição de ato médico encontra-se no Código de Ética da Medicina. É um ato ilícito cometido pelo médico, no exercício de sua função, em uma das modalidades da culpa prevista no Código Civil, lei que define a responsabilidade civil. As modalidades de culpa são a imprudência, negligência e imperícia. A imprudência - conduta comissiva positiva - tem como exemplo o caso do médico anestesista que realiza duas cirurgias simultaneamente. A negligência - conduta negativa - pode ser exemplificada com o caso do médico que deixa de tomar todas as cautelas em um tratamento pós-operatório no paciente. Já a imperícia - que também se trata de uma conduta positiva - é aquela em que o médico clínico geral realiza uma cirurgia estética sem ser especialista na respectiva área. (HAZAN, 2009)

Ou seja, a culpa é o elemento central para a aferição do erro médico e, como visto, ela também assume um papel relevante na análise da responsabilidade civil desta categoria de profissionais, haja vista que ela é subjetiva, conforme disposto no

§ 4º, do art. 14, do CDC. Deste modo, o médico será responsabilizado civilmente sempre que ficar provado que o dano sofrido pelo paciente decorreu de uma conduta negligente, imperita ou imprudente. Convém salientar, ainda, que a análise da culpa será realizada de modo diverso em cada modalidade de cirurgia plástica. Assim, é oportuno diferenciar os tipos de cirurgia plástica para que seja possível entender como a culpa é analisada em cada uma delas, senão vejamos.

Quando a cirurgia plástica tem finalidade estritamente embelezadora e o paciente não possui nenhuma enfermidade relacionada à área que será reparada, ela é considerada estética:

A cirurgia plástica estética, também denominada, pela literatura médica, de embelezadora ou cosmética é aquela levada a cabo com uma finalidade de embelezamento ou aperfeiçoamento físico do indivíduo. É realizada, geralmente, quando o paciente não padece de nenhum mal físico. (CASTRO, 2005, p.148)

Por ter essa finalidade estritamente embelezadora, o médico que a realiza, assume obrigação de resultado e por consequência os magistrados presumem a sua culpa, determinando a inversão do ônus da prova. Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ÁCORDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES.

[...]

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

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

4. No caso da obrigação de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como o fez, o dano para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.

5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de um motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da “vítima” (paciente). (REsp 236.708, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, publicado em 18/05/2019)

A partir da análise desse julgado, depreende-se que, por ser uma relação regida pelo CDC, ao ingressar com uma ação, o paciente precisará provar o nexo causal entre o erro médico e o dano experimentado; a culpa, por sua vez, sempre será presumida<sup>7</sup>.

Assim sendo, espera-se que o cirurgião plástico produza provas que sejam capazes de elidir a sua responsabilidade, a exemplo de acostar aos autos Termo de Consentimento Informado assinado pelo paciente no qual conste todas as possíveis intercorrências relacionadas à cirurgia. Especificamente nos casos das cirurgias plásticas com fins estéticos, o termo de consentimento informado assume extrema relevância, uma vez que ele delimita de forma expressa quais as possíveis consequências do procedimento, sejam elas positivas ou negativas.

Para que o nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano experimentado pelo paciente seja rompido, é necessário que aquele demonstre por qual razão o resultado não foi obtido, ou seja, é necessário que ele comprove, por exemplo, que uma das causas diz respeito as condições próprias do organismo do paciente.

É importante salientar também que muito embora a culpa seja presumida, isso não tem o condão de alterar a modalidade da responsabilidade do médico para objetiva, como querem alguns; em todo caso ela continuará sendo subjetiva, sem a necessidade da prova da culpa por parte do autor da ação. (CAVALIERI, 2015)

À título de exemplo de presunção de culpa em caso de erro médico, colaciona-se a seguinte jurisprudência:

APELAÇÕES CÍVEIS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. CIRURGIA PLÁSTICA PARA A COLOCAÇÃO DE IMPLANTES DE SILICONE NOS SEIOS. ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DAS PARTES. RESPONSABILIDADE CIVIL DO

---

<sup>7</sup> Salienta-se que este é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça o qual não vincula os Magistrados de piso, logo, é plenamente possível que o este não considere a culpa do médico presumida e determine a inversão do ônus da prova para que ele comprove que adotou todas que lhe cabiam.

## CIRURGIÃO PLÁSTICO QUE DE OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESULTADO INSATISFATÓRIO.

Trata-se de indenização por danos morais e estéticos proposta por P.O.D em face do cirurgião plástico, Dr. S.A. Alega que, quatro anos após a terceira cirurgia de prótese mamária percebeu o desenvolvimento de uma simastia<sup>8</sup> e, como residia nos Estados Unidos, ligou diversas vezes para o médico réu para informar o ocorrido, mas nunca conseguiu estabelecer contato.

Diante do quadro clínico, procurou um especialista em prótese mamária que avaliou que as próteses estavam em perfeitas condições, porém o implante da prótese esquerda estava sobre o músculo da paciente. Diagnosticou o médico americano que o método utilizado pelo réu não foi adequado para o procedimento em questão em razão do peso da prótese. Por esta razão recomendou a remoção imediata de ambos os implantes.

No caso em tela, nota-se que o resultado estético não foi alcançado, mormente pelo que se vê nas fotos de f. 47 e nas conclusões de Dr. Peter à fl. 80, onde foi relatada a utilização de técnica distinta para implantes das próteses de silicones nos lados direito e esquerdo, configurando, assim, no erro médico, do qual deriva a obrigação de indenizar pelos danos causados.

[...]

A presunção de culpa do médico cirurgião plástico é ilidida se comprovado de fato fortuito, um fato imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar. É hipótese de inversão do ônus da prova, portanto. (Apelação cível 0005856-18.2011.8.19.0207, Desembargador Relator Carlos Azevedo de Araújo, publicado em 24/07/2019)

No caso em tela, a culpa do médico pelo surgimento da simastia foi presumida, uma vez que a prova pericial apenas comprova que o médico utilizou a técnica errada para implantar os silicones, mas em momento algum afirma que o surgimento da anomalia se deu em decorrência da imperícia do cirurgião plástico. Como em sua defesa ele não foi capaz de comprovar que a simastia surgiu por fato que não lhe era imputável, a sua condenação foi mantida.

A cirurgia plástica corretiva, por sua vez, tem como escopo reparar um defeito externo oriundo de algum evento danoso ou imperfeição genética:

A cirurgia plástica reparadora ou corretiva, laborada com o objetivo de tentar a correção de defeitos congênitos ou adquiridos (por exemplo: cicatrizes, queimaduras, etc). Têm um fim terapêutico conectado, não raro, com uma preocupação estética, mas esta é absolvida por aquele fim. (CASTRO, 2005, p. 148)

---

<sup>8</sup> Simastia é uma confluência medial das mamas, que forma uma ponte de tecido na linha média que une os seios, dando a impressão de que eles estão colados. (PEPINO, Luciana. Saiba tudo sobre a simastia de prótese mamária: 2018. Disponível em: <<https://www.lucianapepino.com.br/blog/simastia-de-protese-mamaria/>>

Portanto, não há como negar que precipuamente ela possui um fim terapêutico, basta imaginar o caso de um bebê que nasce com lábio leporino, uma cirurgia plástica neste caso terá o escopo dar à criança a possibilidade de desenvolver, dentre outras coisas, a comunicação verbal, pois é possível imaginar que a fenda prejudica a fala.

Em tais casos o médico assume uma obrigação de meio, uma vez que ele se compromete a empregar todos os conhecimentos técnicos para obter o melhor resultado possível para a situação do paciente:

O médico, nesses casos, por mais competente que seja, nem sempre pode garantir, nem pretender, eliminar completamente o defeito. Sua obrigação, por conseguinte, continua sendo de meio. Tudo fará para melhorar a aparência física do paciente, minorar-lhe o defeito, sendo, às vezes, necessárias várias cirurgias sucessivas. (CAVALIERI, 2015, p. 486)

É justamente por o médico assumir essa obrigação de meio que, ao ingressar com a ação, o paciente deverá comprovar a culpa do cirurgião plástico para que o dano seja ressarcido, sendo necessário, por óbvio, estabelecer o nexo entre a técnica empregada e o agravamento da sequela.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS. TRATAMENTO DE DISFUNÇÃO ERÉTIL MEDIANTE A COLOCAÇÃO DE PRÓTESE PENIANA. COMPLICAÇÕES PÓS-OPERATÓRIO QUE CONDUZIRAM AO QUADRO DE GRAVE INFECÇÃO (SÍNDROME DE FOURNIER) E A NOVA CIRURGIA (QUINZE DIAS APÓS A PRIMEIRA) PARA A REMOÇÃO DO TECIDO NECROSADO. TRIBUNAL A QUO QUE COM BASE NOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO DOS AUTOS DECLAROU NÃO CONFIGURADA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. INSURGÊNCIA DO AUTOR.

Hipótese: Demanda indenizatória proposta sob a alegação de ter o autor sido vítima de erro médico decorrente de cirurgia de implantação de prótese peniana.

Ação julgada improcedente pelas instâncias ordinárias, sob o fundamento que a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, pois a cirurgia objeto da contratação (tratamento de disfunção erétil mediante a colocação de prótese peniana) foi de natureza corretiva, inexistindo prova do erro profissional nas complicações do pós-operatório que conduziram ao quadro de grave infecção.

1. A relação entre médico e paciente é contratual e encerrada, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética. Nas obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico Precedentes

2. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, de forma uníssona, com amparo no acervo fático e probatório reunido nos autos, reconheceram não se encontrar demonstrado o fato constitutivo do direito do autor, qual seja a ocorrência de erro médico. Reconheceu-se, na verdade, que o procedimento cirúrgico transcorreu dentro da normalidade, sendo certo que o paciente, por razões que não podem ser atribuídas ao médico, deixou de comparecer à consulta pós-operatória, procedendo, inadvertidamente, à retirada da sonda urinária. É certo, ainda, que, quando de seu tardio retorno, o recorrente apresentou quadro generalizado de infecção interna, com necrose do tecido da glândula, fato que ensejou a amputação do seu órgão genital. (REsp 1.046. 632 Min. Rel. Marco Buzzi, publicado em 13/07/2018)

Este caso prático corrobora com tudo que foi dito até aqui: por ter uma finalidade corretiva/terapêutica o médico não garante o resultado satisfatório, à ele incube apenas empregar a técnica de forma diligente e, conforme restou demonstrado, a cirurgia ocorreu dentro da mais perfeita normalidade.

Todavia, é de se presumir que em outros casos o paciente encontrará dificuldade para provar a culpa do médico pelo agravamento da seqüela, pois no âmbito médico “ainda funciona o *esprit de corps*, a conspiração do silêncio, a solidariedade profissional, de sorte que o perito, por mais elevado que seja o seu conceito, não raro, tende a isentar o colega pelo ato incriminado.” (CAVALIERI, 2015, p. 473)

Adverte-se, ainda, que se a cirurgia plástica tem finalidade mista, ou seja, ela é ao mesmo tempo reparadora e estética, a responsabilidade do médico será analisada sob dois aspectos independentes: se o dano decorreu da parte estética, a obrigação será de resultado com a culpa presumida; por outro lado, se o dano ocorreu na parcela reparadora, a obrigação será de meio, exigindo-se de prova de culpa:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA E REPARADORA. NATUREZA OBRIGACIONAL MISTA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS (CDC, ART. 14, § 4º). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REPARATÓRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Pela valoração do contexto fático extraído do v. arresto recorrido, constata-se que na cirurgia plástica a que se submeteu a autora havia finalidade não apenas estética, mas também reparadora, de natureza terapêutica, sobressaindo, assim, a natureza mista da intervenção.
2. A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo nos casos de natureza exclusivamente estética.
3. Nas cirurgias de natureza mista- estética e reparadora- a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora. (REsp 819.008, Rel. Min. Raul Araujo, Publicado: 29/10/2012)

Superada essa discussão acerca a culpa, faz-se necessária a análise dos danos causados pelos erros do cirurgião plástico, quais sejam: dano material, dano moral e dano estético.

Quando a cirurgia plástica não alcança o objetivo esperado e resulta, por exemplo, em uma cicatriz extensa em virtude de uma suturação mal feita, surge o dano material, pois o paciente experimenta um prejuízo de ordem material, haja vista que seu patrimônio diminuiu e ele não obteve o resultado pretendido, ou seja, todo o seu investimento foi em vão. Neste caso todos os seus gastos com internação e equipe médica deverão ser ressarcidos pelo cirurgião plástico condenado. Ressalta-se que às vezes o responsável pode ser condenado a pagar a cirurgia reparadora.

O dano moral, por seu turno, decorre do abalo emocional sofrido pelo paciente. Não é difícil imaginar, tomando o exemplo anterior, que uma cicatriz extensa e visível cause vergonha ao paciente, podendo resultar inclusive em desenvolvimento de um quadro depressivo.

O dano estético, por sua vez, é conceituado como sendo:

Aquilo que agride a pessoa nos seus sentimentos de auto estima, prejudicando a sua avaliação própria como indivíduo. Denigre a imagem que tem de si. Por isto não precisa estar exposto, ser extenso, nem ser de grande monta para caracterizar-se a seqüela física como dano estético. Mesmo deformidades em áreas íntimas da pessoa que, dificilmente, nas situações sociais estejam expostas à vista de terceiros, caracterizam o dano estético já que a presença de alterações físicas, mesmo que diminutas, têm conscientizada sua presença pelo portador e sane este que em situações de maior intimidade com outras pessoas aflorarão, tornar-se-ão visíveis. Isto lhe traz um indivisível sofrimento interno, psicológico. O dano estético é uma espécie de dano moral, que é o gênero. Constitui-se o dano estético em modalidade de dano moral que lesa um dos direitos da personalidade: a aparência física. (SOUZA, 2001)

Em suma, o ele é uma espécie de dano moral, haja vista que ele lesa a aparência física que, por sua vez, é classificada com um direito da personalidade e tem como consequência o abalo de ordem psíquica. Contudo é possível estabelecer uma pequena diferenciação entre ambos:

Cuida-se (o dano estético) de uma ofensa à integridade física da pessoa qualificada pelo elemento da permanência, ou seja, uma lesão corporal de efeitos prolongados e não meramente transitória ou sanável. O dano estético deve se manifestar de forma duradoura, mesmo que sem carga de definitividade ou irreversibilidade. Não obstante o avançado recurso a cirurgias plásticas reparadoras, muitas lesões estéticas nos acompanham de forma perene. Amputação total ou parcial de membros, cicatrizes profundas

e externas, marcas de queimaduras, lesões em órgãos internos são, normalmente, irreversíveis, carregando-as a vítima ao longo de toda sua vida. Mesmo que o tratamento seja capaz de a longo prazo mitigar a extensão do dano, ou mesmo eliminá-lo, a redução duradoura da integridade física se consumou indelevelmente. Dessa forma, se o dano for efêmero ou suscetível de cura ou eliminação por singelo tratamento médico, a ofensa acaba por se subsumir em um dano patrimonial ou moral (ou ambos), mas não será capaz de constituir o dano estético em autônomo. No primeiro caso, a reparação englobará os danos emergentes e lucros cessantes concernentes às despesas com o tratamento de saúde e os valores que o ofendido certamente auferiria caso o fato não se verificasse. A par das consequências econômicas, mesmo uma lesão que provoque passageira modificação na integridade física poderá se converter em dano moral, se restar evidenciada a lesão a um interesse existencial merecedor de tutela. (FARIAS, ROSENVALD, NETO; 2017, p. 398)

Desta forma é possível afirmar que em virtude da lesão passageira surge o dano moral, porém, se a lesão à aparência física for permanente, ela será considerada dano estético.

Ressalta-se, porém, que muito embora seja possível estabelecer essa diferenciação, a ocorrência do dano estético não afasta a incidência do dano moral, haja vista que aquele causa o abalo psíquico. Ou seja, sempre que houver dano estético, haverá dano moral; mas nem todo dano moral decorre de um dano estético.

Ainda, é importante frisar que muito embora o dano estético seja considerando uma espécie do gênero dano moral eles são perfeitamente cumuláveis, é o que diz a Súmula 387 do STJ: “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e moral.”

Assim é possível afirmar que:

Mesmo que derivados de um único fato, quando for possível de apuração em separado, com causas inconfundíveis, dano estético e dano moral merecerão distintas e complementares reparações, sem se cogitar de *bis in idem* ou de enriquecimento sem causa pela indevida duplicação de verba compensatória. Pelo contrário, a cumulação material das compensações- com a exata demonstração da motivação e intensidade de cada qual- homenageia a reparação integral, deferindo um montante que possa de maneira mais efetiva se aproximar da reparação integral em face de danos que atingem bens da personalidade. (FARIAS, ROSENVALD, NETO; 2017, p. 400)

Infere-se desta forma que, em nome do princípio da reparação integral, muito embora o dano moral e o dano estético decorram do mesmo fato.

### **3.7 Excludentes de responsabilidade exclusivas do médico**

Além das excludentes gerais de responsabilidade civil tratadas na primeira parte deste trabalho, é necessário trazer à baila outras duas excludentes aplicáveis exclusivamente aos médicos, quais sejam: a iatrogenia e a intercorrência médica.

Esclarece-se, inicialmente, que a iatrogenia diz respeito a um dano não pretendido que decorre do tratamento escolhido pelo médico. Ela nada tem a ver com erro, uma vez que se insere na possibilidade das consequências negativas advindas de uma aplicação terapêutica:

O conceito do dano iatrogênico, etimologicamente advindo do termo iatrogenia, que se refere a um estado de doença ou complicação causada por/ou resultante de tratamento médico, ao contrário do que se pensa, não se refere necessariamente à lesão decorrente de um erro médico, mas àquela que emana da escolha, pelo profissional, acerca de determinado tratamento, cuja consequência é um resultado não pretendido, mas possível e naturalmente decorrente deste tratamento. [...] A lesão iatrogênica deve ser entendida como o resultado lesivo decorrente do uso de técnicas e medicamentos necessários para vencer crises ou surtos. (MARTINO, 2016)

Dessarte, a iatrogenia insere-se no risco inerente a qualquer procedimento cirúrgico e assim exclui a responsabilidade do cirurgião, posto que decorre de fatores imprevisíveis, pois o organismo de cada paciente pode reagir de maneira diversa a determinada intervenção:

A maior gama de iatrogenias não implica a responsabilidade profissional, tendo em vista que são previsíveis ou decorrentes de fatores individuais e próprios de cada paciente. Sabemos que as pessoas são diferentes entre si, em maior ou menor proporção. Ademais, o estado físico e psicológico de cada doente varia em razão das especificidades orgânicas, de tal sorte que a sensibilidade e reação podem ocorrer, sem qualquer relação de causa e efeito com a atuação do médico, à técnica empregada ou ao medicamento ministrado. Desde que o paciente tenha consentido, desde que tenha sido previamente informado e esclarecido sobre as possíveis consequências iatrogênicas, ainda que venha a ocorrer o dano, não se poderá falar em responsabilizar o profissional. (MELO, 2008, p. 127)

Aqui, mais uma vez, o dever de informar, assume um papel relevante para isentar o profissional da obrigação de indenizar. Somente se o paciente estiver ciente de todos os possíveis danos iatrogênicos advindos do procedimento cirúrgico o médico não será compelido a indenizar caso um dano sobrevenha. O médico deverá recolher a assinatura do seu paciente no termo de consentimento informado para que tenha consigo uma prova que prestou todas as informações possíveis o paciente.

Por outro lado, se o médico deixar de colher o consentimento informado do paciente e ele sofrer um dano iatrogênico, mesmo que este decorra de um fato

imprevisível, o profissional será compelido a pagar uma indenização (MELO, 2008, p. 128).

Exemplo clássico de iatrogenia é a quelóide que eventualmente surge após a cirurgia estética; se o cirurgião plástico adverte o paciente da sua possível ocorrência, obtendo seu consentimento informado, não há que se falar em responsabilidade civil por dano estético. À vista disso, somente a informação tem o condão de romper o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Por sua vez, intercorrência médica ou complicação, diz respeito a um dano inesperado que não poderia ser previsto e, por consequência, o paciente não poderia ser previamente informado de sua ocorrência. Ele não decorre de um erro médico, mas sim de uma reação adversa do organismo do paciente ao procedimento empregado. Como cada organismo é único a intervenção médica, de certa forma, está sujeita ao acaso.

Nesta toada aduz Santos:

Outra questão igualmente importante, que não acarreta em responsabilidade civil do médico, é a da chamada *complicação* ou *intercorrência médica*. Distingue-se da lesão iatrogênica, posto que esta é a causada ao paciente por um ato médico correto, realizado dentro do recomendável, sendo previsível e esperada, porém inevitável. Já a complicação ou intercorrência médica se consubstancia, como o próprio nome indica, num evento danoso, mas que decorre não de um ato médico específico, mas de uma série de fatos, tais como reação adversa do organismo da pessoa, pouca resistência imunológica etc. (SANTOS, 2009)

Desta forma, conclui-se que sempre que o dano decorrer de uma intercorrência médica, não haverá responsabilização do médico e, neste caso, diante da imprevisibilidade, não será possível exigir que o médico alerte previamente sobre a ocorrência deste dano.

### **3.8 Responsabilidade dos hospitais**

O art. 34, do CDC, estabelece que “o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”, assim, é possível afirmar que em alguns casos o hospital responderá solidariamente com o médico pelo dano causado ao paciente. Como, em regra, os

hospitais possuem melhores condições financeiras de arcar com a indenização decorrente do dano causado pelo seu preposto, pode o paciente poderá demandar somente o hospital (quando a responsabilidade deste estiver comprovada), somente do médico ou de ambos. Em todo caso, se a indenização for paga somente por um dos integrantes do polo passivo, para este surge o direito de regresso.

Entretanto, não serão em todos os casos que o hospital responderá solidariamente com o médico. Desta forma, para estabelecer quando esta obrigação surgirá, é necessário analisar a relação estabelecida entre o médico e o hospital. A princípio, destaca-se que em todo caso a responsabilidade da instituição será objetiva, pois, como visto, esta modalidade de responsabilidade é a regra no CDC, assim, para não será necessário provar a “culpa” do hospital.

Por conseguinte, deverá ser analisado se o médico possui vínculo empregatício com o hospital, surgindo a responsabilidade solidária entre ambos em caso positivo:

Se o médico for empregado do hospital- ou sócio-cotista, ou integrante do corpo clínico- o estabelecimento será solidariamente responsável pelos atos culposos do seu preposto. [...] O hospital não poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, seja suficientemente clara. (NETO, 2010, p. 103)

Por óbvio, somente haverá responsabilidade solidária entre o médico e o hospital se ficar comprovado que aquele agiu culposamente para causar o dano. Esse é o raciocínio lógico da questão pois, muito embora a responsabilidade da instituição seja objetiva e não exija prova de culpa, não seria razoável responsabilizá-la sem antes analisar a culpa do seu empregado.

Por outro lado, se não existe vínculo empregatício entre o médico e a instituição, em alguns casos, não haverá responsabilidade desta:

Não responde quando o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para a internação e tratamento de seus pacientes. Em relação aos médicos que integram o quadro clínico da instituição, não sendo assalariados, é preciso distinguir: se o paciente procurou o hospital e ali foi atendido por um integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, responde o hospital pelo ato culposos do médico, em solidariedade com este; se o doente procura o médico, e este o encaminha à baixa do hospital, o contato é com o médico e o hospital não responde pela culpa deste, embora do seu quadro, mas apenas pela má prestação de serviços hospitalares que lhes são afetos. (NETO, 2012, pp. 108/109)

Em suma, se o médico utiliza a estrutura do hospital de forma autônoma, por tê-la alugado, por exemplo, e se o paciente foi até a instituição única e exclusivamente por indicação do médico, o hospital não responde solidariamente. Não seria razoável que a instituição fosse compelida a indenizar o paciente simplesmente porque o médico utilizou a sua estrutura. Por outro lado, se o dano causado ao paciente decorreu de algum equipamento fornecido pelo hospital, este responderá objetivamente pelo dano.

Em relação a este tema é necessário ressaltar que:

A responsabilidade civil dos hospitais por ações ou omissões dos médicos será solidária e objetiva. É preciso, no entanto, para que essa responsabilidade se imponha, que a culpa do médico esteja configurada. Quando falamos em culpa configurada abrangemos, também, por certo, a configuração que resulta da inversão do ônus da prova. Diga-se por fim que é irrelevante a natureza jurídica da situação do médico perante o hospital. À luz da teoria da aparência, se o médico atendeu o paciente e causou danos, o hospital responde, não podendo obviamente, argumentar que o médico não recebia salário, ou não era empregado seu. (FARIAS, ROSENVALD, NETTO; 2017, p.809)

Por todo o exposto, conclui-se que é de extrema importância que o magistrado analise como foi estabelecida a relação do médico-paciente-hospital no caso concreto pois, se para o paciente ficou implícito que o médico era empregado de determinado hospital, em nome da teoria da aparência, este deverá ser responsabilizado solidariamente. A tutela dos direitos do consumidor é mais importante que a real relação médico-hospital.

No caso dos cirurgiões plásticos é muito comum que o paciente realize as consultas preliminares no consultório do médico e este, quando marcar data para realização da cirurgia plástica, indica quais hospitais ele acha melhor para que o procedimento estético seja feito:

Pode acontecer que o paciente procure direta e unicamente o especialista- quase sempre um cirurgião- para realizar a intervenção ou o ato médico determinado. Normalmente, após haver ajustado com o cirurgião, o paciente não se envolve com nenhuma outra providência- e cabe ao médico eleger a clínica ou o hospital em cujas dependências ocorrerá a intervenção. Admite-se, geralmente, que o médico detém autorização tácita do paciente para ingressar nesse ou naquele nosocômio.

Caso sobrevenham danos ao paciente, há de se identificar a origem: se causados pela atuação do próprio médico, ou se decorrentes da hospitalização (estado dos instrumentos, equipamentos, medicamentos deteriorados, sangue contaminado, etc)-ou danos causados pelo pessoal de enfermagem, fora do ato médico propriamente dito.

Basicamente, o médico responderá pelos danos ocasionados em decorrência de sua própria atuação; pela atuação dos funcionários, ou pela falha de algum

equipamento, responderá o estabelecimento. Se não for possível delimitar, ambos- médico e hospital- respondem solidariamente.

Se desses serviços de hotelaria, fornecimento de materiais ou medicamentos- e de cuidados hospitalares- advier lesão ao paciente, por óbvio responderá somente o hospital. (NETO, 2010, pp. 109/110)

Resumidamente, quando o paciente procura um cirurgião plástico que possui um consultório independente e este indica um hospital seguro para ser realizado o procedimento cirúrgico, se o dano causado ao paciente advier exclusivamente da técnica empregada pelo médico, este responderá sozinho civilmente. Por seu turno, se lesão decorreu de algo fornecido pelo hospital (equipamento ou equipe de enfermagem) este responde isoladamente e objetivamente.

#### **4 CONCLUSÃO**

Os cirurgiões plásticos, enquanto profissionais liberais, estão sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, isso significa que eles responderão subjetivamente pelos eventuais danos que causam aos seus pacientes, conforme preleciona a exceção trazida pelo § 4º, do art. 14, do CDC. Contudo, muito embora esta espécie de responsabilidade exija prova de culpa, ressalva-se que o CDC também estabelece, no art. 6, VIII, que o magistrado poderá inverter o ônus da prova sempre que as alegações do paciente foram verossímeis ou ficar comprovada sua hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica.

Nesta toada, a espécie de cirurgia plástica realiza impacta diretamente no modo de aferição e constituição da prova da culpa. Explica-se.

Quando o paciente realiza uma cirurgia plástica com escopo exclusivamente estético diz-se que o médico assume obrigação de resultado, pois quem se submete a uma intervenção cirúrgica com esta finalidade espera um resultado específico, desta forma a responsabilidade civil pode surgir em duas situações.

A primeira delas decorre de uma conduta imperita, negligente ou imprudente do cirurgião, ou seja, decorre de um erro médico. Assim, se por causa de uma conduta culposa o paciente experimenta um dano a culpa do cirurgião plástico será presumida e o ônus da prova será invertido com fulcro no art. 6º, VIII, do CDC. Em tais casos a culpa do médico somente será elidida se ele provar que o procedimento ocorreu na

mais perfeita normalidade e que o dano experimentado pelo paciente decorreu de causa alheia a técnica empregada.

Na segunda situação a obrigação de indenizar decorre da ausência de informações acerca dos possíveis resultados, especialmente quanto aos negativos. Conforme preleciona o art. 6º, III, do CDC, o consumidor tem direito a informação adequada acerca do serviço e no caso da cirurgia plástica estética este direito ganha relevância, pois, se o médico não adverte o paciente acerca de todos os resultados (especialmente os) negativos, viola o dever de informação, o que gera a sua responsabilidade; por outro lado, se ele adverte o paciente acerca dos possíveis resultados negativos, delimita sua obrigação. É de suma importância que o paciente tenha conhecimento prévio de todas as possíveis consequências do procedimento estético ao qual irá se submeter para que assine o termo de consentimento informado autorizando o médico a realizá-lo. Somente amparado com este documento o médico poderá fazer prova de todas as informações prestadas e elidir sua responsabilidade.

Modo outro, se o paciente realiza cirurgia plástica com finalidade corretiva o cirurgião plástico assume obrigação de meio, ou seja, ele compromete-se apenas a empregar a técnica correta para obter o melhor resultado possível. Neste caso, ao ingressar com a ação paciente deverá comprovar a culpa do médico, nos moldes do art. 373, I, do CPC.

Em suma, independentemente da obrigação assumida pelo cirurgião plástico a sua responsabilidade permanece subjetiva, nem mesmo quando ele assume uma obrigação de resultado, que implica em presunção da culpa, pode-se dizer que a natureza da responsabilidade foi alterada.

Ademais, ressalta-se que nem todo dano experimentado pelo paciente enseja a responsabilização do médico. É o que ocorre nos casos de iatrogenia, que diz respeito a possíveis danos que podem decorrer do procedimento cirúrgico em virtude de uma reação inesperada do organismo ao tratamento empregado, mas que nada têm a ver com erro médico. Por serem previsíveis, exige-se que o cirurgião plástico alerte o paciente da sua possível ocorrência, deste modo, mais uma vez, o dever de informação assume um papel relevante para resguardar o médico.

Também não haverá responsabilidade do médico no caso de intercorrência médica, também conhecida como complicação, que nada mais é que uma reação inesperada que em hipótese alguma poderia ser prevista pelo médico. Neste caso, não é crível exigir que o profissional informe ao paciente que uma intercorrência poderá ocorrer.

Por fim, é necessário ressaltar que se o paciente dirigiu-se a determinado hospital e realizou o procedimento cirúrgico com um dos médicos que integram o seu quadro clínico, o hospital será responsabilizado solidariamente e de forma objetiva, desde que reste comprovada a responsabilidade subjetiva do cirurgião.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Mariana. **Com 3 ações de erro médico por hora, Brasil vê crescer polêmico de seguro.** BBC NEWS, 19 de set. de 2018, São Paulo. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45492337> > Acesso em: 20/08/2021.

CERQUETANI, Samantha. Complicações em uma rinoplastia são comuns, como ocorreu com Sthe Matos?. VivaBem Uol, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: < <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/12/14/as-complicacoes-em-uma-rinoplastia-sao-comuns-como-ocorreu-com-s-the-matos.htm> Acesso em: 12/11/2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 7.** 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

DONCATO, Leo Francisco. **Uso do termo de consentimento informado em cirurgia plástica estética.** Revista Brasileira de Cirurgia Plástica, v. 27, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 4ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 12ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FRANÇA, Genival Veloso. **A ética e a técnica médica.** Revista Brasileira de Direito Médico, V. 32, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; POMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de Direito Civil: Volume 3.** 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraivajur, 2017.

KANASHIRO, Eduardo. **O Brasil no topo do ranking mundial de cirurgia plástica.** Portal dos hospitais, 17 de fevereiro de 2021. Disponível em: < <https://portalhospitaisbrasil.com.br/artigo-o-brasil-no-topo-do-ranking-mundial-de-cirurgia-plastica/> > Acesso em: 19/11/2021.

MAO, Nehemias Domingos. **Responsabilidade Civil por erro médico: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 2008.

MAGRINE, Jane Rosana. **Responsabilidade civil do médico: cirurgia plástica e estética.** *Juris Sintese*, vol. 31, set/out de 2001.

MARTINO, Jorge Eduardo de Souza. **A responsabilidade civil do médico diante do dano iatrogênico: razoabilidade da aferição do possível.** *Juriste*, 2016. Disponível

em: < <http://jus.com.br/artigos/45623/a-responsabilidade-civil-medica-diante-do-dano-iatrogenico-razoabilidade-da-afericao-do-impossivel> > Acesso em: 01/08/2021.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por erro médico: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Herbert Marçal Chaves. **A vulnerabilidade profissional e o alegado erro médico**. Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: < [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_ha%20tres%20possibilidades%20de%20suscitar%20a%20imprudencia%20impericia%20negligencia](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_ha%20tres%20possibilidades%20de%20suscitar%20a%20imprudencia%20impericia%20negligencia) >. Acesso em: 28/07/2021.

NETO, Miguel Kfour. **Consentimento informado e cirurgia plástica**. Revista Brasileira de Cirurgia Plástica, v. 34, 2007.

\_\_\_\_\_. **A responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NETO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito do Consumidor à luz da Jurisprudência do STJ**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SALVIATO, Thainá. **Erro médico: pesquisa analisa atos de negligência, imperícia e imprudência que foram parar na justiça**. Fundação de apoio à pesquisa do Distrito Federal, 18 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://www.fap.df.gov.br/erro-medico/>> Acesso em: 05/09/2021

SANTOS, Lindojon Gerônimo Bezerra dos. **Responsabilidade do médico provém de suas atividades**. Conjur, 10 de maio de 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-mai-10/responsabilidade-civil-medico-provem-execucao-atividades> > Acesso em: 05/09/2021.

SIMONATO, Sabrina. **Ações na justiça por erro médico crescem 101% entre 2013 e 2017 em São Paulo**. G1, São Paulo, 2018. Disponível em: < [g1.globo.com/SP/sao-paulo/noticia/2018/09/01/acoes-na-justica-por-erro-medico-crescem-101-entre-2013-e-2017-em-sp](http://g1.globo.com/SP/sao-paulo/noticia/2018/09/01/acoes-na-justica-por-erro-medico-crescem-101-entre-2013-e-2017-em-sp) >. Acesso em: 25/07/2021.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. **O dano estético na atividade do médico**. JusBrasil, 2017. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos.14157/dano-estetico-autonomia-e-cumulacao-na-responsabilidade-civil> > Acesso em: 25/07/2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

VIERA, Vand. **Cresce o número de cirurgias plásticas no Brasil**. Saúde Abril, 24 de jul de 2019. Disponível em: < <https://saude.abril.com.br/medicina/cresce-o-numero-de-cirurgias-plasticas-no-brasil/> > Acesso em: 27/08/2021.