

RELEITURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIA ESTÉTICA À LUZ DO NOVO CPC: OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO

REINTERPRETATION OF THE PLASTIC SURGEON'S CIVIL LIABILITY IN COMESTIC SURGERY BASED ON THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE: OBLIGATION OF MEANS, NOT AN OBLIGATION OF RESULT

MARCELO H. G. RIVERA M. SANTOS

Especialista em Direito Processual Civil. LLM – Direito Empresarial pela FGV.
Especialista em Direito Médico. Advogado.
marcelo.rivera@brayererivera.com.br

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Consumidor

RESUMO: O presente trabalho propõe uma releitura da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico à luz do novo Código de Processo Civil (CPC) e das particularidades do procedimento plástico estético. Para tanto, com fundamento no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, são analisados os aspectos gerais da responsabilidade civil dos médicos, que se conclui ser subjetiva e decorrente de uma obrigação de meio. São expostos os fundamentos de julgados dos tribunais brasileiros sobre o tema, para que seja possível, em seguida, questionar suas premissas. À luz da classificação dos contratos firmados entre pacientes e médicos, dado o caráter *intuitu personae* da nomeação do profissional, reforça-se o argumento de que se trata de obrigação de meio. Quanto à análise da obrigação de resultado, sustenta-se que essa classificação é incompatível com a necessidade de averiguação de culpa. Esta, por sua vez, deve ser exigida de todos os profissionais liberais, sem exceção. Quanto ao ônus da prova, sugere-se que, com a inserção expressa da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Brasil,

ABSTRACT: This present paper offers a reinterpretation of the civil liability of the plastic surgeon, taking into consideration the new Brazilian Code of Civil Procedure (CPC) and some particularities of the plastic surgery procedure. In order to question some of the traditional premises of the legal reasoning in Brazil, it is presented some case law of the Brazilian courts. The general aspects of the civil liability of those doctors are analyzed, based on the Brazilian Civil Code and the Brazilian Consumer Code, wherewith we conclude that plastic surgeon's civil liability is subjective and subject to an obligation of means. It is an obligation of means given the confidential character of the appointment of the professional and the contract's terms signed between patients and physicians. Additionally, an obligation of result would be incompatible with the need to inquest the fault of the doctor in a proceeding, which must be demanded of all liberal professionals, without exception, including the doctors. Regarding the burden of proof, it is suggested that as the new Brazilian CPC expressly provides the theory of the dynamic

deve-se alterar o posicionamento tradicional a respeito da responsabilidade do médico cirurgião esteticista. Quanto à hipótese de presunção de culpa, argumenta-se que não há fundamento legal ou material para se presumir que o profissional tenha agido de forma culposa, o que vai ao encontro com os princípios da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, da presunção de inocência. Quanto à avaliação efetiva do resultado da cirurgia plástica, questiona-se a quem competiria fazer tal avaliação, dada a subjetividade da determinação do grau de beleza. Atenta-se para a importância do debate a respeito do tipo de obrigação imposta aos cirurgiões plásticos esteticistas no Brasil, na medida em que essa foi a subspecialidade médica que abriu as portas para que outras subspecialidades (tais como radiologia e a anesthesiologia) passassem a enfrentar a mesma imputação de obrigação de resultado, subvertendo a lógica das disposições legais existentes.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil – Cirurgia plástica estética – Obrigação de meio/resultado – Responsabilidade subjetiva.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A responsabilidade civil sob o enfoque dos profissionais liberais. 3. Análise jurisprudencial sobre a responsabilidade civil decorrente de cirurgias plásticas estéticas nos Tribunais Brasileiros. 4. Obrigação de resultado – Elementos em relação à cirurgia plástica estética. 4.1. Classificação do contrato de prestação de serviços entre paciente e médico cirurgião plástico esteticista; 4.2. Conceito de obrigação de resultado. 4.3. Inversão do ônus da prova – Determinação de obrigação de resultado – Inaplicabilidade. 4.4. Obrigação de resultado – Presunção de culpa. 4.5. Obrigação de resultado – Avaliação efetiva do resultado. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A jurisprudência brasileira firmou historicamente posicionamento no sentido de que a responsabilidade civil dos médicos cirurgiões plásticos em cirurgias plásticas puramente estéticas é decorrente de uma obrigação de resultado, e não de meio. A nosso ver, no entanto, é preciso uma releitura desse entendimento à luz (i) do novo Código de Processo Civil Brasileiro – CPC e (ii) das particularidades do procedimento plástico estético.

distribution of the burden of proof, it should be interpreted the traditional positioning about the responsibility of those plastic surgeons. There is no legal or material basis for presuming that that professional specifically and generally has acted guilty, as a presumption of guilt. That would contradict Brazil's established principles of ample defense, contradictory and presumption of innocence. Moreover, given the subjectivity of the determination of the degree of beauty resulting from a plastic surgery procedure, it is questioned who would compete to make such an evaluation: the patient, the doctor, a third party? This debate on the civil liability of the plastic surgeon is crucial in Brazil since this is the medical subspecialty that opened a new avenue for similar charges into other subspecialties (such as radiology and anesthesiology) which, in our opinion, subverts the legal provisions.

KEYWORDS: Civil liability – Plastic surgery – Obligation of means/result – Subjective liability.

A cirurgia plástica, segundo Pitanguy¹, tem por finalidade a reconstrução artificial de uma parte do corpo. Este ramo da medicina subdivide-se em dois tipos: cirurgia plástica reparadora e cirurgia plástica estética. A reparadora é aquela que visa recuperar a função e/ou restaurar a forma do corpo que fora alterada em razão de alguma enfermidade, traumatismo ou *defeito*² congênito. A cirurgia estética, por sua vez, tem por objetivo o embelezamento do corpo humano. O que ambas desejam alcançar é o equilíbrio da estrutura corporal com a finalidade de uma unidade estética³. O enfoque do presente trabalho, portanto, é analisar a responsabilidade civil do médico em casos de cirurgia plástica exclusivamente estética.

Dados da Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica (ISAPS), de 2013, indicam que cerca de 23 milhões de cirurgias plásticas teriam sido feitas no mundo⁴. O Brasil, no citado ano, teria ocupado a primeira posição, ficando à frente dos Estados Unidos, com mais de 1,4 milhão de cirurgias realizadas. No Brasil, as cirurgias mais realizadas teriam sido a lipoaspiração e a colocação de próteses mamárias, consistentes em cirurgias plásticas exclusivamente estéticas. Diante de um número tão expressivo de procedimentos realizados, é estatisticamente previsível que eventos adversos ocorram com maior frequência. Neste contexto, passou-se a exigir do Judiciário um posicionamento acerca da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico. Considerando que aqueles que procuram realizar uma cirurgia plástica estética buscam, primordialmente, o embelezamento do seu corpo, surge a seguinte reflexão: como saber se o objetivo da cirurgia fora realmente atingido? Ou seja, como saber se o grau de embelezamento, resultante da cirurgia, foi considerado, no mínimo, satisfatório?

A obtenção da resposta para os questionamentos realizados, arrisca-se a dizer, é quase que impossível, na medida em que os critérios de beleza são

1. PITANGUY, Ivo. Aspectos filosóficos e psicossociais da cirurgia plástica. In: MELLO FILHO, J. (Org.). *Psicossomática hoje*. Porto Alegre: Artes Médicas; 1992. p. 264-272.
2. No entender do autor deste trabalho, o conceito de *defeito* é demasiadamente amplo e, aqui, é utilizado como sendo que o foge aos padrões atualmente considerados “normais” na constituição do corpo humano.
3. LEAL, Virginia Costa Lima Verde; CATRIB, Ana Maria Fontenelle; AMORIM, Rosendo Freitas; MONTAGNER, Miguel Angelo. *O corpo, a cirurgia estética e a Saúde Coletiva: um estudo de caso*.
4. Matéria divulgada no site: [www2.cirurgiaplastica.org.br/de-acordo-com-a-isaps-brasil-lidera-ranking-de-cirurgias-plasticas-no-mundo/].

completamente subjetivos e se manifestam das mais variadas maneiras em cada um de nós. Mas, tendo em vista que é neste contexto que são ajuizadas ações judiciais que buscam uma indenização (a reparação de um *dano*) após a realização da cirurgia plástica estética, indaga-se: como é possível definir o sucesso de uma cirurgia plástica estética, sob esse ponto de vista à luz do Direito? Diante do conflito de conceitos, como se conseguirá atingir a justiça⁵ nesses casos?

Para se alcançar respostas satisfatórias a essas perguntas, entende-se que é preciso analisar, inicialmente, os aspectos gerais da responsabilidade civil dos médicos, tal como está prevista na legislação, em que se aponta para a existência única da responsabilidade civil subjetiva (Seção II). Após, compreender como os tribunais, ao longo dos anos, passaram a analisar a obrigação dos cirurgiões plásticos (Seção III). A nosso ver, a análise do tipo de obrigação imposta aos cirurgiões plásticos esteticistas é de suma importância para o Brasil, na medida em que essa foi a subespecialidade médica que abriu as portas para que outras subespecialidades (tais como radiologia e a anesthesiologia⁶) passassem a enfrentar o mesmo debate. E é neste contexto que se propõe, portanto, uma releitura da responsabilidade civil em cirurgia estética à luz do novo CPC e das particularidades do procedimento plástico estético, de modo a ser analisada como uma obrigação de meio, e não de resultado (Seção IV).

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL SOB O ENFOQUE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS

A responsabilidade civil no Brasil está regulamentada no Código Civil, mais precisamente nos artigos 186⁷ e 187⁸, combinados com o artigo 927⁹. O instituto

5. Segundo André Franco Montoro, "só é justiça, propriamente dita, a relação que tem por objeto dar a outrem o que lhe é devido, segundo uma igualdade.". MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, SP. 2000. p. 129-130.
6. FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 13 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 334
7. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
8. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
9. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

da responsabilidade civil também está disciplinado em outras legislações pátrias, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/90). O que os dispositivos legais trazem acerca da responsabilidade civil é que ela se subdivide em responsabilidade subjetiva (aquela em que é preciso demonstrar a culpa do agente em estrito senso) e responsabilidade objetiva (aquela em que prescinde a análise da conduta do agente). O que está estabelecido, em relação à responsabilidade civil, é que – em regra – ela será subjetiva, conforme preconiza o parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, e que só será objetiva aquela responsabilidade regulamentada por lei. A teoria da responsabilidade objetiva ganha força na medida em que há uma maior necessidade de proteção à vítima do dano, com a intenção de inverter o ônus da prova, suprimindo a dificuldade do lesado em provar a *culpa* do responsável pela ação ou pela omissão¹⁰ geradora de dano.

A par de qual tipo de responsabilidade civil existente em uma dada situação – se subjetiva ou objetiva –, é certo que todo e qualquer processo judicial que seja ajuizado com o objetivo de conseguir uma reparação de um dano, com o conseqüente recebimento de uma indenização, precisa demonstrar/provar a coexistência de três elementos: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade.

No que tange à responsabilização dos profissionais liberais, mais precisamente dos médicos cirurgiões plásticos esteticistas, é preciso analisar tanto as disposições do Código Civil, quanto as disposições do CDC, que regulará a relação contratual médico/paciente. Nos termos do artigo 14, § 4^o¹¹ do CDC, a responsabilidade do profissional liberal deve ser analisada levando-se em conta a conduta do agente, de modo que se impõe a necessária análise de culpa¹² (em

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

10. STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2014. p. 237
11. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
(...)
§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.
12. O que chama atenção para o fato de o legislador ter indicado que eventual infração cometida por profissionais liberais, não apenas médicos, deve ser apurada com verificação da existência de culpa, apesar de se saber que a constatação da existência do

sentido estrito). Ou seja, avalia-se se o profissional agiu com negligência¹³, imprudência¹⁴ ou imperícia¹⁵.

A jurisprudência brasileira, porém, tem se solidificado no sentido de entender que a obrigação do médico cirurgião plástico esteticista seria de resultado. Isso significa dizer que a esse profissional cabe atingir um resultado específico, sem o qual se configurará o inadimplemento de sua obrigação, emergindo daí a necessidade de reparar o paciente. Nesses casos, portanto, não se analisaria propriamente a conduta do médico. Sendo uma obrigação de resultado, bastaria ao paciente demonstrar, além da existência do contrato firmado com o médico, a não obtenção do objetivo prometido, caracterizando o descumprimento do contrato. Independentemente das razões do médico, caberia ao profissional provar a ocorrência do caso fortuito ou força maior¹⁶, como únicos meios de ilidir a culpa. Como consequência, a conclusão que se poderia chegar é que se trataria, portanto, de uma responsabilidade objetiva, na medida em que não se levaria em consideração a conduta do profissional. Ocorre que – apesar de existir a necessidade de se chegar a um resultado com o procedimento estético – não se deve desconsiderar a averiguação da conduta do profissional. A única diferença entre uma obrigação de meio para uma de resultado seria que, na primeira, caberia ao paciente provar a culpa do profissional, enquanto na

elemento *culpa*, estrito senso, por vezes não soluciona todas as hipóteses surgidas. Isso porque é muito difícil apurar, no caso concreto, a existência do *dolo* ou definir que a ação ou omissão fora revestida de *imprudência*, *negligência* ou *imperícia*.

13. Uma conduta negligente seria aquela em que o agente se omite, deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo. STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2014. p. 204.

14. É a conduta ou comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo. *Idem*, p. 204.

15. É a atuação do profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano. *Idem*, p. 204.

Quanto à imperícia e em se tratando de cirurgias plásticas, realizadas por médicos cirurgiões plásticos, seria possível afastar a imperícia. Isso porque o médico é profissional habilitado para exercer essa especialidade médica, e, portanto, detentor de *expertise* para a realização do ato. O médico é, por definição, um perito. No entanto, mesmo que o profissional detenha o título de *expert* em cirurgia plástica, se não detiver o conhecimento técnico necessário para a realização de um procedimento específico da cirurgia plástica, isso acabará por torná-lo imperito para a realização daquele procedimento.

16. *Ibidem*, p. 253.

segunda, a culpa estaria presumida, em razão da não obtenção do resultado. A obrigação de resultado, deste modo, implicaria em uma exceção à regra geral da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais.

A nosso ver, essa lógica não se mostra razoável, na medida em que desvirtua por completo o ordenamento jurídico, os preceitos da profissão e deixam o médico cirurgião em uma posição de extrema fragilidade, tanto material (sob o enfoque do sucesso da cirurgia), quanto processual (dificuldade em provar que o resultado foi satisfatório). Pelas razões expostas, argumenta-se que *a cirurgia plástica estética deve ser entendida como obrigação de meio e não de resultado*.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A par da análise da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico, importa elucidar como os Tribunais pátrios estão se posicionando sobre o tema ao longo dos anos.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) há precedente, julgado de 1991¹⁷, no sentido de que a cirurgia plástica estética consiste em uma obrigação de resultado. Tratava-se de uma situação em que uma paciente procurou o profissional para contratar os seus serviços profissionais, visando a uma correção estética de seu corpo, mais precisamente relacionada a uma redução de mamas e de abdômen. A paciente, então, sofrera danos estéticos e morais decorrentes do procedimento, *de modo que gerou grave deformidade em seu corpo*. O Ministro Relator do caso, Dias Trindade, fundamentou o seu voto aduzindo que o “dever de indenizar não é decorrente de um ato ilícito, senão de falta de cumprimento do contrato, a dizer que não estamos no campo da responsabilidade aquiliana, se não na decorrente do inadimplemento contratual”. E, assim concluindo, fundamentou-se que, considerando ser uma obrigação de resultado, não se deveria levar em consideração a conduta do agente, ou seja, dispensaria uma análise do ato ter sido ou não praticado com imperícia, negligência ou imprudência. Diante desse entendimento, eventual ilação da responsabilidade civil só teria lugar caso se constatasse ocorrência de força maior ou caso fortuito.

17. Trata-se do julgamento do Recurso Especial 10536/RJ, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatoria do Ministro Dias Trindade, DJ 19.08.1991.

Passados mais oito anos, em 1999¹⁸, o STJ aprecia um caso que chegou à Corte Superior para definir a possibilidade de se inverter, ou não, o ônus da prova em demanda movida pelo paciente contra o profissional médico. Tratava-se de lide para apuração de eventual obrigação de reparar danos sofridos pela paciente. A par do tema do recurso ser apenas uma questão processual, a Corte Superior acabou por reafirmar o entendimento de que a obrigação da cirurgia plástica estética configura obrigação de resultado, de modo a indicar que a responsabilidade civil seria contratual; objetiva ou de resultado¹⁹. O Ministro Relator Waldemar Zveitter fundamentou seu voto que a responsabilidade do médico decorreria do contrato firmado com o paciente, em que se teria avençada a perspectiva de uma plástica, com determinada imagem ou configuração. A embasar tal fundamento, citou-se outro precedente²⁰, tendo sido consignado ao final que “o profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física do paciente, assume compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos²¹, cabendo ao cirurgião a avaliação do risco. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou intervenção de fato imprevisível, o que lhe cabe provar.” E, com esses fundamentos, se deu provimento ao recurso especial, por maioria, determinando então a inversão do ônus da prova em desfavor do profissional médico.

A par dessa conclusão, o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito pediu vista do processo e conduziu, sozinho, voto de forma contrária ao Relator. Referido Ministro sustentou, após uma longa abordagem histórica sobre a profissão médica e a prática cirúrgica, que o compromisso com o resultado e a ausência de uma eventual patologia a ser enfrentada no pós-cirúrgico não serviriam para desqualificar a unidade científica do ato cirúrgico. A cirurgia estética, assim, teria a mesma natureza e seria tão dependente de elementos aleatórios quanto os demais atos cirúrgicos, não importando a subespecialidade. Deste modo, a determinação da responsabilidade civil do médico deveria

18. Trata-se do Recurso Especial 81.101/PR, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatoria do Ministro Waldemar Zveiter, DJ 31.05.1999.

19. Importa destacar que o Exmo. Ministro Relator entendeu, com todo respeito e acatamento, que responsabilidade contratual; objetiva; e de resultado; seriam institutos idênticos, com o que não concordamos.

20. Agravo Interno no Agravo de Instrumento 37.060/RS, 3ª T, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 06.02.1995.

21. Grifos não originais.

decorrer da existência de um *erro médico*²², e não do compromisso de alcançar o resultado. Sustentou o Min. Menezes de Direito, ainda, que continuar a determinar a cirurgia plástica como uma obrigação de resultado poderia levar a absurdos jurídicos. Um destes absurdos seria, por exemplo, o conceito de aceitação do resultado diante de determinado detalhe, exemplificando, como o tamanho da mama, sua angularidade, tamanho exato da cicatriz. Acrescentou, ainda, que não seria possível estabelecer um padrão de resultado em todos os pacientes, quando o resultado dependeria de uma infinidade de fatores, inclusive do comportamento do paciente. Aduziu, ainda, que o contrato estabelecido entre o paciente e o médico é a própria realização do ato cirúrgico com o emprego da melhor técnica possível, além de o profissional ter que prestar todas as informações sobre as consequências da cirurgia, as comuns e as raras. Finalizou sustentando que a mera afirmação do paciente na petição inicial da ação não teria o condão suficiente de presumir a culpa do médico, com a determinação, inclusive, da inversão do ônus da prova.

Apesar do esforço do Ministro Menezes de Direito, ao longo dos anos o Superior Tribunal de Justiça foi solidificando o entendimento de que a cirurgia plástica exclusivamente estética consistiria em uma obrigação de resultado. No ano de 2009, a Corte Superior analisou o recurso especial 236.708/MG, cujo relator foi o Ministro Carlos Fernando Mathias – Juiz Federal Convocado a compor a Corte Superior. *In casu*, determinou-se que, sendo obrigação de resultado, se presumiria a culpa do agente (médico cirurgião), o que, nas palavras do Ministro, diverge da responsabilidade objetiva. A consequência do estabelecimento de que a obrigação é de resultado, portanto, seria apenas na inversão do ônus da prova. Nesse mesmo julgamento, o Ministro João Otávio de Noronha fez importante intervenção. Apesar de acompanhar o voto do Relator, posicionou-se no sentido de que, na medicina, é inviável pretender a obtenção de um resultado específico, de modo que cabe ao cirurgião empenhar-se com toda diligência para a obtenção do melhor resultado possível.

Em 2010²³, a Ministra Nancy Andrighi continuou a entoar que a obrigação da cirurgia plástica estética seria de resultado, mas passou a fazer ressalva de que o “simples fato de a obrigação ser de resultado não torna objetiva a responsabilidade (...)”. Neste sentido, continuar-se-ia necessária

22. O Min. Menezes de Direito conceituou o *erro médico* como sendo aquele erro cometido pelo profissional que em comparação a outro profissional de média capacidade, em idêntica situação, não cometeria.

23. Trata-se do Recurso Especial 1.180.815/MG, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatoria da Ministra Nancy Andrighi, publicado no DJ do dia 26.08.2010.

a comprovação da culpa do médico, conforme o artigo 14²⁴ do Código de Defesa do Consumidor. Concluiu a Ministra que a responsabilidade civil do profissional continua a ser subjetiva, transferindo apenas ao profissional o ônus de demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. No caso analisado, a busca pela reparação teria se dado em razão do aparecimento de cicatrizes “salientes e escuras”, mas o laudo pericial produzido teria afastado o nexo de causalidade do dano com a conduta do profissional, muito em razão de não se ter percebido qualquer conduta negligente, imprudente ou imperita do profissional. A conclusão foi pela negativa de provimento do recurso especial, a não condenar o profissional.

Seguindo a linha do julgamento realizado em 2009, no ano de 2012²⁵ a Corte Superior confirma o entendimento de que o fato de se considerar a cirurgia plástica estética uma obrigação de resultado não resulta em responsabilidade objetiva. Tratar-se-ia de mera presunção de culpa médica, o que importaria na inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidir a culpa, provando que realizou o procedimento dentro da máxima diligência possível e que empregou as melhores técnicas para obter os melhores resultados possíveis. Apesar de assim entender, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão acrescentou que somente a intercorrência de fatores e reações estranhas à cirurgia consubstanciaria causa eficiente e autônoma que seria capaz de romper o nexo de causalidade.

A partir do exposto, é possível perceber que o STJ entende, desde 1991, que a obrigação do médico cirurgião plástico, quando realiza procedimento puramente estético, é de resultado. Apesar de ser uma obrigação de resultado, afirma o Tribunal Superior que não se trata de responsabilidade civil objetiva, mas uma presunção de culpa, de modo a inverter o ônus da prova, elegendo como fatores possíveis para elidir a culpa, o caso fortuito e a força maior.

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

(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

25. Trata-se do Recurso Especial 985.888/SP, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, DJ 13.03.2012.

Por sua vez, em uma análise nos Tribunais de Justiça dos Estados, o que se verifica é que se acompanhou o entendimento do Tribunal Superior, ao indicar que a obrigação decorrente de uma cirurgia plástica seria de resultado. No entanto, encontraram-se julgados que acabam por aplicar entendimentos divergentes ou, ainda, interpretações não condizentes com o que ficou firmado no STJ, sobretudo no que diz respeito à responsabilização não objetiva do cirurgião plástico. Esse comportamento acaba por emergir grande insegurança jurídica, como se expõe.

No Tribunal de Justiça de São Paulo há julgado²⁶ indicando que, como se tratava de uma cirurgia plástica, a obrigação seria de resultado, de modo que, não tendo alcançado o *benefício estético esperado*, não se poderia exigir do paciente o pagamento do serviço realizado. Já em 2004, ainda no TJSP, há julgado²⁷ no sentido de que, apesar de a cirurgia ser estética, o paciente deveria provar a culpa do profissional. E mais, ainda que se admitisse a obrigação decorrente da cirurgia como sendo uma obrigação de resultado, ainda assim a responsabilidade do profissional deveria ser aferida mediante culpa. Destacou-se também que o resultado estético é, em grande parte, subjetivo, pelo que não se poderia exonerar o paciente do pagamento dos honorários médicos por uma insatisfação pessoal, afirmando que *a rigor, nenhuma cirurgia plástica estética teria seu pagamento garantido, bastando ao paciente afirmar seu descontentamento com o resultado embelezador alcançado*.

Em outro julgado, em 2007²⁸, o Tribunal Paulista volta a entender que a obrigação da cirurgia plástica é de resultado, de modo que existiria por parte do médico o compromisso de atingir um determinado resultado/objetivo. Apesar de assim consignar, o julgado traz provas de que o médico não teria agido com cautela e com a perícia recomendadas, o que teria culminado no insucesso da cirurgia, caracterizando uma atuação culposa do profissional e, consequentemente, resultando no dever de indenizar.

Em 2008²⁹, continua o Tribunal de Justiça de São Paulo entendendo que a cirurgia plástica é uma obrigação de resultado. Acrescenta-se, contudo, que, em razão da obrigação ser de resultado, a responsabilidade há de ser contratual objetiva. No voto, ficou consignado que “no procedimento estético, em que o médico lida com o paciente que apenas deseja melhorar a sua aparência física

26. Apelação Cível 0003741-25.1998.8.26.0000, DJ 11.04.2002.

27. Trata-se da Apelação Cível 9086574-90.2000.8.26.0000, DJ 03.02.2004.

28. Trata-se da Apelação Cível 9217060-73.2005.8.26.0000, DJ 10.12.2007.

29. Trata-se da Apelação Cível 9072068-24.2002.8.26.0000, DJ 19.01.2009.

e, conseqüentemente, sentir-se psicologicamente melhor, estabelece-se uma relação de resultado que impõe ao profissional da medicina, em casos de insucesso da cirurgia plástica, o que restou evidenciado no processo, a presunção de culpa (...).” Como o profissional, no caso analisado, não teria ilidido sua culpa, fora condenado ao pagamento de danos morais e materiais, de modo que, além de devolver o dinheiro que recebeu para realizar o procedimento, o médico foi compelido a indenizar o paciente.

Nesse mesmo ano, o Tribunal de São Paulo julgou um processo³⁰ cujo posicionamento foi no sentido de que o simples fato de o paciente não se sentir satisfeito com o resultado da cirurgia, em si, não é suficiente para atribuir qualquer modalidade de culpa, de modo que o profissional da medicina não fora condenado. Consignou-se no julgado que o médico teria empregado a técnica adequada, pelo que eventual frustração do paciente não é suficiente para configurar os danos morais e materiais pleiteados.

Já em 2010³¹, há julgamento de caso em que uma paciente desejou implantar silicone nos seios. A paciente, porém, fora acometida por uma infecção em uma das mamas, tendo sido obrigada a retirar uma das próteses para curar a infecção, de modo que, posteriormente, fosse reimplantada uma nova prótese. O Tribunal entendeu que não restou provada qualquer culpa do médico cirurgião, enaltecendo que o profissional agiu da melhor maneira que pôde. Estes fatos, no entender do Tribunal, foram suficientes para afastar a condenação referente a danos morais. No entanto, como não se atingiu o resultado esperado, já que houve complicações em uma das mamas, o profissional deveria ser condenado ao pagamento de danos materiais, na proporção de 50% dos valores despendidos pelo paciente com a cirurgia e exames laboratoriais.

Em julgado recente, de 2016³², o Tribunal Paulista entendeu que os resultados insatisfatórios de uma cirurgia bariátrica, em um determinado caso, não deixavam dúvidas de que o objetivo do procedimento cirúrgico não fora atingido, o que demonstrava a culpa do cirurgião e, portanto, o seu dever de indenizar.

Os precedentes exemplificativos relatados no Tribunal do Estado de São Paulo refletem o entendimento geral dos Tribunais de Justiça dos Estados no sentido de que a cirurgia plástica possui obrigação de resultado³³. *O que não*

30. Trata-se da Apelação Cível 9065661-31.2004.8.26.0000, DJ 11.12.2008.

31. Trata-se da Apelação Cível 0219969-67.2007.8.26.0100, DJ 22.12.2010.

32. Trata-se da Apelação Cível 0008890-89.2009.8.26.0590, DJ 08.11.2016.

33. Cita-se, como exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio da Apelação cível 70068305739 – publicada no DJ do dia 24.10.2016; o Tribunal de

se tem como uniforme, porém, é o entendimento das conseqüências decorrentes da definição de uma obrigação de resultado. Uma cirurgia meramente embelezadora/estética é capaz de promover algum tipo de cura? Deve haver – ou não – averiguação de culpa (em sentido estrito) do profissional? A obrigação de resultado implica em necessária presunção de culpa do profissional? Qual é a conseqüência da presunção de culpa? Deve-se inverter o ônus da prova? A ilação da culpa do profissional deve se dar apenas mediante avaliação de ocorrência de força maior ou caso fortuito? A obrigação de resultado implica em uma responsabilidade objetiva? Como se avaliaria o resultado de uma cirurgia estética? Sobre estes pontos é que se passa a detalhar na Seção a seguir.

4. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – ELEMENTOS EM RELAÇÃO À CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

Para se responder aos questionamentos aqui levantados, entende-se que a melhor didática para respondê-los passa por analisar a classificação do contrato de prestação de serviços firmado entre médico e paciente; depois analisar-se-á o conceito de obrigação de resultado, para entender se deve-se ou não averiguar a culpa do profissional; em seguida se analisará se deve-se, em razão da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, inverter o ônus da prova; após, se analisará se é possível presumir a culpa do profissional; e, por fim, como é que se poderia realizar a avaliação do resultado de uma cirurgia estética.

4.1. *Classificação do contrato de prestação de serviços entre paciente e médico cirurgião plástico esteticista*

Tradicionalmente, quando se tecem comentários sobre a obrigação de resultado, há entendimento de que essas obrigações se originam de contratos ou de disposição de lei. No presente estudo, ter-se-á foco apenas nas obrigações decorrentes de contratos – especialmente aqueles firmados entre pacientes e cirurgiões plásticos –, já que *não decorre de lei a obrigação do médico de qualquer especialidade atingir um determinado resultado.*

Justiça do Rio de Janeiro, por meio da Apelação Cível 0044584-09.2007.8.19.0001, julgamento do dia 26.10.2016; o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por meio da Apelação Cível 1.0024.06.266068-3/001, publicada no DJ do dia 16.11.2016; o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por meio da Apelação Cível 2011.01.1.018709-2, publicado no DJ do dia 07.11.2016; o Tribunal de Justiça da Bahia, por meio da Apelação Cível 0087873-89.2001.8.05.0001.

De tal sorte, analisam-se, em específico, as características de um contrato de prestação de serviços médicos firmado entre um paciente e um cirurgião plástico, em especial no âmbito da cirurgia plástica estética. Trata-se de um contrato bilateral³⁴; oneroso³⁵; comutativo³⁶; consensual³⁷; não solene³⁸; principal³⁹; *intuitu personae*⁴⁰.

34. Segundo Farias e Rosenvald: “ao contrato bilateral não basta a mera bilateralidade das obrigações para ambos os contratantes, mas a correspectividade e a reciprocidade entre elas. É essencial à bilateralidade a caracterização do sinalagma, no sentido de uma obrigação ser a causa da outra.” FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil Direito dos Contratos*, vol. 4. 3. ed. Ed. JusPodivm: Salvador, BA. 2013. p. 255.

35. Segundo Farias e Rosenvald: “São onerosos os contratos que geram vantagens e sacrifícios para ambas as partes (...)”. *Ibidem*, p. 257.

36. Nos ensinamentos de Farias e Rosenvald, os contratos onerosos se subdividem em comutativos ou aleatórios. Os aleatórios trazem ao menos uma prestação incerta, quanto à sua exigibilidade da coisa ou fato, ou mesmo do seu valor, o que demanda um evento futuro e incerto e que dependerá do acaso. Nessa classificação, os aleatórios possuem duas espécies, os aleatórios absolutos e os relativos. Nos dois casos, o elemento sorte é o fator de risco preponderante, mas opera de modo diverso em cada espécie. Nos absolutos, a sorte escolhe qual dos contratantes terá a vantagem com a sua execução, não sendo possível as duas partes saírem vitoriosas do contrato. Já os relativamente aleatórios, é sabido, desde o início, qual dos contratantes poderá sofrer prejuízo por azar e qual definitivamente está poupado desse risco. Já os contratos onerosos comutativos seriam aqueles em que a correspectividade é fixada pelas partes, imutável a variações, ou seja, a prestação de cada uma das partes é pré-determinada de início, sendo os resultados econômicos previstos desde a formação, pelo que se mantém uma relação de equivalência imediata. No caso, o paciente sabe a quantia que deve pagar pelo serviço que será prestado pelo profissional. O paciente se obriga a pagar uma dada quantia, pré-determinada, e o profissional se compromete a realizar o serviço, que corresponderá à quantia dispendida pelo paciente. *Ibidem*, p. 261.

37. O contrato consensual, segundo Farias e Rosenvald, diz respeito à constituição do contrato, correspondendo àquele em que o acordo de vontade das partes é bastante ao seu aperfeiçoamento, não necessita a tradição de qualquer objeto. *Ibidem*, p. 268.

38. Quanto ao ponto, importa destacar que não há, na lei, um formato específico para se validar um contrato firmado entre um paciente e o cirurgião, de modo que se pode celebrá-lo de qualquer forma, bastando que o seu conteúdo seja socialmente reconhecível. *Ibidem*, p. 270.

39. Diz-se que se trata de um contrato principal, pois possui existência autônoma, independentemente de qualquer outro negócio jurídico. *Ibidem*, p. 275

40. Segundo Farias e Rosenvald: “um contrato é *intuitu personae* quando a consideração da pessoa de um dos contratantes é para o outro o elemento determinante de sua conclusão. O consentimento da parte será decisivamente vinculado à concretude da pessoa do parceiro contratual. Por isso, a pessoa do contratante passa a ser elemento

Com esteio nessa classificação, há de se constatar que o paciente assume sua parcela de risco ao consentir com o que será feito, mas se acautela na nomeação do profissional (*caráter intuitu personae*) que realizará o procedimento. As características do contrato firmado entre médico/paciente, em especial o caráter personalíssimo, afastam, preliminarmente, a conclusão de que se trata, portanto, de uma obrigação de resultado. Isso porque, com a nomeação específica do médico que realizará o procedimento, o paciente confia e tem a presunção mínima de que aquele profissional detém a expertise para o procedimento e empregará o grau de zelo que se espera. Como se está falando de *expertise* e emprego de zelo no cumprimento da obrigação, se está a tratar de responsabilidade subjetiva, pois importa a maneira pela qual a obrigação será cumprida. Caso fosse contrário, não importaria qual seria o profissional a realizar o procedimento, desde que se cumprisse com o resultado. Nessa hipótese, o contrato estabelecido entre médico/paciente perderia seu requisito mais importante, o caráter *intuitu personae*.

4.2. Conceito de obrigação de resultado

Cumpra inicialmente observar que *nem todas as obrigações assumidas em um contrato são obrigações de resultado*, pelo que se têm contratos em que as obrigações assumidas são de meio. O que diferencia os contratos que regulam obrigações de meios dos que regulam obrigação de resultado é que, nos contratos com obrigação de meio, o contratado se obriga apenas a empregar toda diligência, perícia e habilidade no desempenho da atividade, não se comprometendo a obtenção de um resultado. Por sua vez, nos contratos com obrigação de resultado, o contratado se obriga a atingir a finalidade para a qual se dispôs a realizar⁴¹, não importando o quão diligente, perito e prudente ele seja, pois o que interessa é única e exclusivamente atingir a finalidade do contrato. Nessas hipóteses, as únicas exceções ao cumprimento do contrato seriam a comprovação da ocorrência do caso fortuito e da força maior, por serem elementos que não controlados pelo contratado e que, eventualmente, impactam frontalmente

causal do contrato”. *Ibidem*, p. 278. No caso de uma cirurgia plástica, o paciente busca a execução do procedimento por uma pessoa específica – O cirurgião. Isso torna o contrato personalíssimo.

41. ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade Civil na cirurgia estética*. Brasília-DF, 2006. Disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/2278]. Acesso em: 03.12.2016.

na execução da sua obrigação. Assim, apenas pela interferência desses elementos é que o obrigado pelo resultado não poderia entregar tal resultado.

No âmbito específico deste artigo, o que se chama atenção, em primeiro lugar, é para o confronto entre a legislação especial que regula a prestação do serviço do profissional liberal – o CDC, com apoio também do Código de Ética Médica (CEM)⁴² –, e o conceito de uma obrigação de resultado. O CDC e o CEM determinam que a responsabilidade civil do profissional médico deve ser analisada mediante a verificação de culpa em sentido estrito, ou seja, deve-se analisar se o profissional agiu com negligência, imprudência e/ou imperícia. Em que pese isso; se tem entendido que em uma obrigação do resultado se presume a culpa do profissional. Ou seja, há uma incompatibilidade entre a legislação especial (CDC) e a concepção da obrigação de resultado. Ora, ou se aplica a legislação especial (CDC); ou se abandona o preceito legal e aplica aos médicos – indistintamente – a obrigação de resultado, abandonando a avaliação da conduta do profissional.

Com a devida vênia, não se poderia sequer sustentar a caracterização de uma obrigação de resultado pela presunção da culpa, na medida em que tal posicionamento contraria o ordenamento jurídico e o Estado Democrático de Direito, ao impor ao profissional liberal, no exercício legal da sua profissão, uma presunção de culpa que a lei não impõe.

Nunca é demais lembrar que se entende “obrigação” como um dever jurídico originário⁴³. Ou seja, não faz muito sentido que o dever jurídico originário do cirurgião plástico estético seja o resultado, ao invés da aplicação correta da técnica aprendida ou desenvolvida. Isso porque, antes de se chegar ao resultado, o profissional deve aplicar a técnica aprendida ou desenvolvida, o que torna o primeiro ato (aplicação da técnica correta) a sua obrigação originária. Assim, com base nesse primeiro argumento de que *não se pode ter um contrato cuja obrigação seja de resultado, com a necessidade de averiguação da culpa (ou, ainda, com a presunção de culpa do profissional)*, se analisa e critica a posição adotada pelo STJ em 1991⁴⁴ – já referenciada acima – e por outros julgados já citados.

42. Lembra-se de que o Código de Ética Médica não é uma legislação, mas regulamenta o exercício da profissão.

43. FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012, n. 12, p. 2-3.

44. Em rápida retomada do citado julgado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a cirurgia plástica estética consistiria em uma obrigação de resultado, na medida em

Com o devido respeito e acatamento, não se pode conceber que um contrato firmado entre um médico e um paciente para a realização de um procedimento, qualquer que seja, tenha a obrigação do profissional a característica de ser de resultado. Esta conclusão é suportada pelos dispositivos legais que determinam a necessária averiguação da culpa em sentido estrito do profissional⁴⁵ – artigo 14, § 4º, CDC – o que afasta o compromisso inarredável do profissional para se atingir a finalidade do contrato.

Analisar a cirurgia plástica estética como sendo uma obrigação de resultado pelo simples fato de o paciente que se submete a essa cirurgia almejar um resultado específico é uma visão, com a devida *venia*, limitada. Isso porque o homem médio que firma qualquer compromisso contratual almeja, em todos os casos, que o resultado daquele contrato seja atingido. Não se imagina que um paciente que necessite de uma cirurgia no seu coração, por exemplo, não crie a expectativa, ou ainda, que não deseje que a cirurgia seja bem-sucedida e que saia, no mínimo, com vida da sala cirúrgica, com o seu coração tratado. Esse paciente não contrata um determinado profissional apenas levando em consideração a confiança de que esse profissional será o mais diligente na condução da cirurgia. Ou seja, o paciente, ainda que no seu íntimo, certamente não leva em consideração apenas⁴⁶ a conduta do profissional, pois ele quer,

que, além de não se ter atingido o objetivo pretendido, a paciente sofreu grave deformidade. Para o julgamento, se considerou que apenas a prova de ocorrência de força maior ou caso fortuito é que poderia ilidir a responsabilidade do profissional. Ao se decidir pelo abandono da verificação da culpa, acabou por se tornar a responsabilidade de um profissional liberal em objetiva. Essa conclusão contraria o disposto no CDC, que já àquela época dispunha que seria necessária a verificação da culpa. E fez mais, se isolou uma especialidade médica, de modo a determinar uma interpretação diferenciada quanto à sua obrigação, sem que exista qualquer respaldo legal. O que chama atenção é o fato de que, em razão de um insucesso da cirurgia, já se presumiu o profissional culpado, sem que fosse feita a averiguação de sua conduta (negligência, imprudência ou imperícia).

45. Cabe lembrar que não há exceção à exceção. Ou seja, o CDC indica que se deve apurar a culpa do profissional liberal, como uma exceção à leitura de uma responsabilidade objetiva trazida pela lei consumerista. E não há, na própria lei consumerista, uma exceção a essa exceção, tornando, pois, obrigatória a averiguação de culpa na prestação de serviço do profissional liberal.

46. Considera-se aqui que a escolha do profissional traz consigo a expectativa de que este profissional gerou a confiança no paciente que empregará a melhor técnica e terá melhor grau de zelo na execução dos serviços, mas não são os únicos elementos levados em consideração para se firmar o contrato.

sim, o resultado. E esse *animus* do paciente, para o exemplo citado, não traz o condão de transformar o contrato firmado em uma obrigação de resultado, o que nos faz questionar a razão pela qual se aplica um entendimento diferenciado à cirurgia plástica estética, sem que haja qualquer respaldo em lei para uma interpretação diferenciada.

Alguns responderão a esse questionamento indicando que o paciente do exemplo da cirurgia do coração precisa ser *curado*⁴⁷, sendo que se teria uma presunção absoluta de que a nenhum médico é imposta a obrigação da *cura*⁴⁸. Acrescentarão também a ideia de que um paciente que se submete a uma cirurgia plástica estética não estaria doente, não precisaria ser *curado*, de modo que a cirurgia plástica não lhe promete uma *cura*, mas um *embelezamento*⁴⁹.

Sob este viés, questiona-se: o que leva, então, uma pessoa a se submeter a uma cirurgia plástica? A resposta mais comum seria: “o paciente quer uma melhora do seu estado físico”. Se assim se responder, se conduz a uma conclusão lógica de que esse paciente está em uma posição de *desvantagem*, ou seja, há algo nele que precisa ser *melhorado/curado*. O estado de espírito do paciente não está satisfeito com o físico que tem e que, portanto, busca uma melhora – uma *cura* – para o seu sentimento e para o seu corpo da forma que entende melhor. Por exemplo, uma mulher que está insatisfeita com o tamanho dos

47. Significado de curado trazido pelo dicionário Houaiss: “que se curou. 1. restabelecimento de saúde, sarada de ferimento ou doença. 2. Corrigido quanto a um defeito de comportamento.” HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 892.

48. Ato, processo ou efeito de curar (-se). 1. Restabelecimento da saúde. 2. Método especial de tratamento. 3. Melhora, remédio, solução. (...) por primeira intenção med. aquela em que as partes de uma ferida se unem sem a formação de uma granulação. Por segundo intenção med. aquela em que ocorre união dos bordos de uma ferida pela adesão de superfícies granulosas; cicatrização por primeira intenção. Por terceira intenção med. aquela em que a união dos bordos ocorre pela repleção da ferida por tecido de granulação; cicatrização por segunda intenção. *Idem*. p. 892.

49. Aqui, é importante destacar o que ficou consignado no julgado de 2008, realizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, quando o Relator, em seu voto, destacou que “no procedimento estético, em que o médico lida com o paciente que apenas deseja melhorar a sua aparência física e, conseqüentemente, *sentir-se psicologicamente melhor*, estabelece-se uma relação de resultado que impõe ao profissional da medicina, em casos de insucesso da cirurgia plástica, o que restou evidenciado no processo, a presunção de culpa (...)”. O fundamento do voto do Relator traz que o médico deve trazer ao paciente uma *melhora* psíquica, com o resultado do procedimento, de modo que isso é tentar garantir uma *cura*, ainda que meramente psicológica.

seus seios sofre abalo psíquico, de modo que uma cirurgia plástica estética que insira próteses de silicone em suas mamas, ou diminua o seu tamanho, não estaria apenas *embelezando* a paciente, estaria, sim, oferecendo uma *cura* física/psicológica. Essa mulher passará a se sentir mais confiante, bonita, permitindo que não sinta mais o abalo psíquico que antes lhe afligia. O mesmo se observa em um homem, ao se submeter, por exemplo, a uma cirurgia de implante de cabelo. O homem, no exemplo, não está satisfeito com a sua aparência e deseja se *embelezar*, possuindo mais cabelo. Isso lhe proporcionará mais confiança, se sentirá *melhor/curado* da calvície. Sob essa ótica, a *cura* psíquica é tão, ou mais importante, que a própria *cura* física.

Nessa linha, se poderia levantar outro questionamento: uma cirurgia plástica de um transexual seria categorizada de que maneira? Seria considerada reparadora ou estética? Afinal de contas, a pessoa não estaria fisicamente doente, o seu organismo está em pleno e correto funcionamento. Mas a psique está em sofrimento, pois a pessoa nasceu biologicamente de uma determinada maneira, mas a sua mente a vê de outra. Com essa análise, a fim de *curar* a pessoa desse sofrimento, é que, para Camila de Jesus Mello Gonçalves, essa cirurgia seria reparadora⁵⁰. Com o devido respeito e acatamento, entender que a cirurgia plástica, neste caso, como sendo reparadora, é uma posição preconceituosa e retrógrada, na medida em que denota um entendimento de que aquela pessoa estaria com um *defeito*. A par dessa crítica, se se está a considerar a melhora da psique da pessoa como fundamento de enquadrar a cirurgia plástica em reparadora. Nesse sentido, a conclusão que se chega é que toda cirurgia plástica é, no seu fim, reparadora.

Assim, a nosso ver, a cirurgia plástica estética, em maior ou menor grau, está a curar o paciente, não necessariamente apenas do seu estado físico, mas do seu estado mental. Este entendimento encontra amparo no exemplo da cirurgia plástica do transexual. Desse modo, a conclusão a que se chega é de que se a cura do estado psicológico transforma a cirurgia plástica em reparadora, deve-se – portanto – afastar o entendimento de se tratar de obrigação de resultado. Além de providenciar uma *cura*, nos moldes mencionados, não se tem na legislação, qualquer que seja ela (especial ou “comum”), mecanismos que modifiquem ou que tratem de modo diverso as especialidades médicas, de modo que não se

50. GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Breves notas sobre a responsabilidade civil nas cirurgias plásticas reparadora, estética e de transgenitalização e nos tratamentos dermatológicos*. Análise da jurisprudência. Disponível em: [www.epm.tjsp.jus.br/Internas/Artigos/DirCivilProcCivilView.aspx?ID=26270#_ftnref49]. Acesso em: 17.12.2016.

poderia entender diferentes áreas da medicina como sistemas autônomos. Foi inclusive nesse sentido que argumentou o Min. Menezes de Direito⁵¹ quando do julgamento do Recurso Especial 81.101/PR, de relatoria do Min. Waldemar Zveitter, já mencionado anteriormente. *Entender que se deve impor à cirurgia plástica estética uma obrigação contratual diversa de uma cirurgia plástica reparadora, por exemplo, é o mesmo que definir que a responsabilidade de um advogado civilista seja diversa de um advogado tributarista ou criminalista.*

É certo que alterar a determinação da obrigação do médico cirurgião plástico esteticista não significa extirpar qualquer responsabilidade civil. O que se pretende é simplesmente que o médico cirurgião plástico seja categorizado de forma igualitária aos outros médicos cirurgiões, aliás, de forma igualitária a todos os profissionais liberais. Isso nos leva ao mesmo sentido da conclusão já observada pelo Min. Menezes de Direito, de que uma eventual responsabilidade civil do médico cirurgião plástico decorreria da eventual existência de um erro médico⁵², e não do compromisso de alcançar o resultado.

4.3. Inversão do ônus da prova – Determinação de obrigação de resultado – Inaplicabilidade

Uma vez classificado o contrato, em que a confiança na eleição do profissional é requisito intrínseco no adimplemento contratual, pelo que se presume que aquele profissional será diligente e empregará a melhor técnica, bem como analisado o conceito de obrigação de resultado e a sua não aplicação para os médicos cirurgiões plásticos, passa-se a discutir a questão do ônus da prova como o fundamento da obrigação do cirurgião plástico estético ser de resultado⁵³. De acordo com os julgados narrados na Seção III, o médico deveria provar nos autos que agiu de maneira correta, empregando a melhor técnica e

51. No julgamento do Recurso Especial 81.101/PR, salientou corretamente o Min. Menezes que o compromisso com o resultado e a ausência de uma eventual patologia a ser enfrentada no pós-cirúrgico não serviriam para desqualificar a unidade científica do ato cirúrgico que teria a mesma natureza e dependente de elementos aleatórios, não importando a subespecialidade da cirurgia praticada.

52. O Min. Menezes de Direito conceituou o erro médico como sendo aquele erro cometido pelo profissional que em comparação a outro profissional de média capacidade, em idêntica situação, não cometeria.

53. Conforme se verifica no julgamento do Recurso Especial 236.708/MG, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatoria do Ministro Carlos Fernando Mathias, DJ 18.05.2009.

diligência. Ou seja, apesar de se considerar a obrigação de resultado, caso este não ocorresse, o médico, provando que agiu de forma prudente, perita e não negligente, não deveria ser condenado. Em desfavor dos médicos cirurgiões plásticos esteticistas, portanto, haveria a inversão do ônus da prova. Nesse contexto, emerge uma necessária releitura do tema, haja vista a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (CPC), que alterou a dinâmica do ônus da prova.

A prova é elemento essencial para o devido e legítimo processo judicial, tanto no exercício do direito de ação quanto do contraditório. Não por outra razão, o direito à prova é direito fundamental que decorre da Constituição Federal, emanado do desdobramento ao devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, conforme indica Fredie Didier Jr⁵⁴. Este direito à prova também é, segundo este autor, externo à Constituição Federal, já que previsto em dois tratados internacionais recepcionados pela Constituição, quais sejam: (i) Pacto de São José da Costa Rica e (ii) Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. Trata-se, porém, de direito não absoluto, podendo ser limitado excepcionalmente quando colida com outros valores e princípios constitucionais.⁵⁵

A prova é conceituada por Carreira Alvim⁵⁶, sob a perspectiva técnica jurídica, em seus sentidos objetivo e subjetivo. O sentido objetivo seria aquele em que a prova é o “meio de demonstrar a existência de um fator jurídico, ou o meio destinado a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos no processo; quando se fala então em prova testemunhal, documental e pericial.” Já no sentido subjetivo, a prova seria “a convicção que se forma no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos.” Deste modo, entende o citado autor que a prova judiciária reúne esses dois sentidos, sendo apreciada como um fato (sentido objetivo) e como uma indução lógica (sentido subjetivo).

Complementando-se o conceito acima apontado, verifica-se que a prova tem duas funções, segundo as lições de Eduardo Cambi⁵⁷, sendo uma interna e outra, externa. A prova em sua função interna “serve como um instrumento

54. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*. 4. ed. Ed. JusPodvim. Salvador, BA. 2009. p. 19.

55. *Idem*.

56. ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. rev. atual. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2014. p. 219.

57. CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Ed. Juruá. 2014. Curitiba. p. 29-30.

para que as partes preparem ou instruem o processo (cognição). A prova se destina à reconstrução dos fatos, permitindo a discussão e a formação do convencimento a respeito dos fatos necessários ao julgamento da causa.”. A prova em sua função interna se destina, então, a preparar o processo para o seu julgamento, sendo essencial para a elaboração de decisões justas. A prova em sua função externa, por sua vez, advém do fato de que “quanto melhor é a prova produzida, maior é a chance de a decisão ser justa.”. Como consequência, quanto melhores as provas e melhores as decisões judiciais, maior será a legitimação social para o exercício do poder jurisdicional.

O Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), dando azo a esse direito fundamental à prova, formaliza tal direito no artigo 369 e seguintes⁵⁸, e no artigo 373⁵⁹, distribui o chamado “ônus da prova”. O ônus da prova pode ser

58. Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

59. Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

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

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

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

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

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

entendido, conforme definição de Cassio Scarpinella Bueno⁶⁰, “como a indicação feita pela própria lei de quem deve produzir a prova em juízo. A palavra ‘ônus’ relaciona-se com a necessidade da prática de um ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo e, na hipótese oposta, que haverá, muito provavelmente, um prejuízo para aquele que não praticou o ato ou o praticou insuficientemente.” Assim, nos termos de Eduardo Cambi⁶¹, “o ônus da prova é a atribuição, pela lei, a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo.”

Ou seja, cabe a cada parte provar a alegação que sustenta e/ou o direito por ela invocado, razão pela qual o ônus é do autor⁶² quando se tratar de fato constitutivo do seu direito, e do réu⁶³ quando se tratar de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor – nos termos do artigo 373 do CPC supramencionado. Essa é a regra básica da distribuição do ônus da prova, e é por essa razão que se diz que “o ônus de cada alegação das partes compete a elas próprias: quem alega, tem o ônus de provar o que alegou.”⁶⁴

60. BUENO, Cassio Scarpinella. *A inversão do ônus da prova no projeto do Novo Código de Processo Civil (PL n. 8046/2010)*. A Prova no Direito Processual Civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. Olavo de Oliveira Neto (Coord.) Ed. Verbatim. São Paulo. 2013. p. 120.

61. CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Ed. Juruá. 2014. Curitiba. p. 161.

62. Seguindo as lições Cassio Scarpinella Bueno, o *fato constitutivo* do direito do autor seria o suporte fático da pretensão do autor, ou seja, “é extraído da ‘causa de pedir’”. BUENO, Cassio Scarpinella. *A inversão do ônus da prova no projeto do Novo Código de Processo Civil (PL n. 8046/2010)*. A Prova no Direito Processual Civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. Olavo de Oliveira Neto (Coord.) Ed. Verbatim São Paulo. 2013. p. 120.

63. Seguindo as lições de Cassio Scarpinella Bueno, para o réu restam os fatos “novos” que se pode alegar em “detrimento da posição jurídica sustentada pelo autor (...)”. BUENO, Cassio Scarpinella. *A inversão do ônus da prova no projeto do Novo Código de Processo Civil (PL n. 8046/2010)*. A Prova no Direito Processual Civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. Olavo de Oliveira Neto (Coord.) Ed. Verbatim. São Paulo. 2013. p. 120.

64. BUENO, Cassio Scarpinella. *A inversão do ônus da prova no projeto do Novo Código de Processo Civil (PL n. 8046/2010)*. A Prova no Direito Processual Civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. Olavo de Oliveira Neto (Coord.) Ed. Verbatim. São Paulo. 2013. p. 120.

O novo CPC, que entrou em vigor em março de 2016, instituiu, contudo, a *teoria da distribuição dinâmica da prova*⁶⁵, com o texto do § 1º do artigo 373. Tal dispositivo legal conferiu ao juiz, diante de cada caso, estipular de modo diverso do que fora previsto por lei acerca do ônus de cada uma das partes na produção da prova. A distribuição do ônus da prova é matéria de fundamental importância para o desfecho do processo, pois é justamente sobre o dever e a capacidade de cada uma das partes de provar o que se alega que o juiz se convencerá do melhor direito a ser aplicado no caso concreto. E, sobre a distribuição desse ônus, têm-se os denominados *ônus objetivo* e *ônus subjetivo*.

Segundo Daniel Penteadó⁶⁶, “o ônus objetivo reflete a própria função jurisdicional inerente à atividade do juiz, sendo a ele vedado se abster de julgar (*non liquet*), sob a premissa de que os fatos trazidos aos autos não restaram comprovados. (...) o aspecto objetivo do ônus da prova guarda ligação com o princípio da aquisição processual ou da comunhão nos resultados da prova, o qual preceitua que pouco importa qual parte tenha trazido a prova aos autos, porquanto ela pertence ao processo e se faz necessária para formar o livre convencimento do juiz.” Por sua vez, o ônus subjetivo está “ligado à conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz, de sorte que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados, dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional.” Com base nessa distinção, importa observar que, para a parte, o que importa é o ônus subjetivo, pois é ele o determinante para o desfecho do processo.

Apesar da existência de uma regra na produção da prova, o sistema processual estabeleceu, como já apontado, mecanismos em que se poderá conduzir a definição do ônus da prova de modo diverso do estabelecido por lei. Este modo diferenciado de distribuição do ônus da prova traz consigo a ideia de

65. Nos termos de Eduardo Cambi, “pela teoria das cargas probatórias dinâmicas, o ônus da prova de determinado fato recai sobre a parte que encontra melhores condições fáticas, econômicas, técnicas, jurídicas etc., de demonstrá-lo no caso concreto. Logo, não importa o lugar que o litigante ocupa no processo (demandante ou demandado), nem qual é a natureza dos fatos (constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos), nem tampouco quais dos litigantes alegam os fatos como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção.” CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Ed. Juruá. 2014. Curitiba. p. 227.

66. CASTRO, Daniel Penteadó de. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil*. Ed. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 149.

propiciar aos litigantes uma igualdade de condições de formar o convencimento do magistrado, já que a prova é elemento essencial para o devido e legítimo processo judicial, tanto no exercício do direito de ação quanto do contraditório. Isso porque, em alguns casos, a onerosidade na produção de determinada prova colocaria em risco o julgamento em si do processo, afetando negativamente a toda sociedade.

Nestes termos, *a nosso ver, a entrada em vigor do novo CPC e a inserção expressa da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Brasil permite uma alteração no posicionamento tradicional a respeito da responsabilidade do médico cirurgião esteticista*. O juiz não precisa entender que o contrato de uma cirurgia plástica estética configura uma obrigação de resultado para permitir que atribua um determinado ônus de prova ao profissional. Para tanto, basta que o juiz aponte as razões pelas quais entende que é mais fácil ao profissional provar que agiu da forma que era esperada, do que determinar que o paciente consiga provar uma má conduta do profissional. Via de regra, em um primeiro momento o profissional é aquele que detém maior facilidade e controle na produção das provas do processo, pelo que cabe a ele demonstrar como se deu o procedimento⁶⁷. Contudo, essa alocação do ônus da prova não implica tornar a sua obrigação como de resultado. Ou seja, sustentar que a cirurgia plástica estética consiste em uma obrigação de resultado, para possibilitar ao juiz a inversão do ônus da prova, tornou-se fundamento vazio pela inserção da teoria dinâmica da prova no Código de Processo Civil. Por sua vez, em um segundo momento, considerando que em toda e qualquer cirurgia – estética ou não – o paciente precisa tomar cuidados com o pós-operatório, após esse momento inicial de ônus da prova ao profissional, a incumbência da prova em relação aos cuidados com o pós-operatório deve ficar com o paciente. Trata-se, portanto, de uma *releitura da possibilidade/conveniência da inversão do ônus da prova, que permite afastar o entendimento de que a obrigação seria de resultado nas cirurgias plásticas, como fundamento para se inverter o ônus da prova*.

4.4. Obrigação de resultado – Presunção de culpa

Outro ponto que se sugere como razão para entender a cirurgia plástica estética como obrigação de resultado se revela na aplicação da teoria da presunção

67. Quanto ao ponto, sugere-se que o profissional tenha mecanismos de gravação da realização dos procedimentos, para eventual produção de prova. Tal qual se tem em aviões, com a “caixa preta”, os médicos cirurgiões poderiam repensar a possibilidade/conveniência de gravarem o desenrolar de suas cirurgias, como meio de produzirem prova cabal de sua conduta.

da culpa do profissional dessa especialidade médica, cuja única implicação prática – supostamente – seria a inversão do ônus da prova, tema abordado no item anterior.

Tradicionalmente, tem-se a compreensão de que a obrigação de resultado não implicaria em uma responsabilidade objetiva do cirurgião plástico esteticista, mas em uma *presunção de culpa*, de modo que apenas ilidindo a culpa, provando que agiu conforme era esperado, ao médico poderia ser negado o pedido de indenização⁶⁸. O que se sustenta é que, na *presunção de culpa*, a averiguação dos seus elementos (negligência, imprudência e imperícia) não é descartada, tal como é feito na responsabilidade objetiva, cuja discussão não comporta a análise da conduta do agente.

Segundo Stoco⁶⁹, a *presunção de culpa* surge como forma de “alargamento da responsabilidade”. A teoria da culpa presumida representaria uma fase intermediária entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, na medida em que não perde a necessidade de averiguação da culpa, mas transfere ao agente o ônus de provar que agiu de forma prudente e diligente. A adoção da teoria da culpa presumida, para os profissionais liberais, aponta para um futuro nebuloso e inseguro a nosso sentir, pois vivenciamos tempos de judicialização intensa⁷⁰ dos fatos que ocorrem no dia-a-dia, o que pode representar severa punição ao exercício da profissão, sem a acuidade na averiguação da conduta do profissional.

O reconhecimento da *presunção de culpa*, ainda segundo Stoco⁷¹, foi um dos instrumentos para a abertura do caminho para a aceitação da responsabilidade objetiva. É justamente analisando esse critério histórico que se opõe acerca da aplicação da *presunção de culpa* em relação aos cirurgiões plásticos

68. Nesse sentido, Recurso Especial 985.888/SP, 4ª T, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 13.03.2012, do E. Superior Tribunal de Justiça.

69. STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2014. p. 235/236.

70. O CNJ apresentou um estudo em que aponta que, em 2015, o Judiciário finalizou o ano com quase 74 milhões de processos pendentes, com aumento de estoque de 1,9 milhão de processos, apesar de se ter baixado 1,2 milhão de processos a mais do que o número de processos ajuizados. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf]. Acesso em: 17.12.2016.

71. STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2014. p. 235/236.

esteticistas. Isso porque, no nosso sentir, seria o primeiro passo para aceitar uma aplicação de responsabilidade objetiva no exercício da profissão. A tese de *presunção de culpa* está intimamente ligada à possibilidade de inversão do ônus da prova – tratada no item anterior –, de modo que não há mais em que se falar em uma inversão do ônus da prova, o que acaba por derrubar também a aplicação da teoria de *presunção de culpa*.

Não se pode concordar com a aplicação da teoria da culpa presumida relativamente ao profissional liberal, na medida em que a *presunção de culpa*, ou seja, presumir que um profissional tenha agido de forma negligente, imprudente ou imperito, vai de encontro com os princípios da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, da *presunção de inocência*. Não há qualquer dispositivo legal, em qualquer tipo de legislação, que preveja a *presunção de culpa* relativamente aos profissionais liberais. Não é crível imaginar que em uma dada circunstância, na cirurgia plástica – por exemplo –, que o profissional se coloque em uma posição de questionamento de sua conduta de forma automática ou originária. Ou seja, antes mesmo de iniciar o labor, a conduta do profissional é posta em dúvida. A lógica, a nosso sentir, deve ser oposta. Deve-se presumir a boa conduta do profissional.

4.5. Obrigação de resultado – Avaliação efetiva do resultado

Ultrapassados todos os pontos aqui levantados, quais sejam: (i) a confiança depositada pelo paciente no profissional que realizará o procedimento, como sendo aquele que em tese empregará a melhor técnica e será mais diligente; (ii) a análise do que é uma obrigação de resultado e a impossibilidade de se aplicar tais conceitos à cirurgia plástica esteticista; (iii) a análise da inversão do ônus da prova, balizada com o novo CPC; e (iv) a inaplicabilidade da *presunção de culpa* em relação ao profissional liberal, emerge uma questão de difícil solução, qual seja: quem é capaz de avaliar se o resultado do procedimento estético foi adequado, satisfatório? Em se tratando de uma cirurgia plástica estética, o único, supostamente, capaz de avaliar o resultado do procedimento seria, em tese, o paciente. Ele teria, supostamente, o poder de avaliar o trabalho desenvolvido, na medida em que ele é quem buscou o determinado *resultado*, cabendo a ele a avaliação de que se chegou, ou não, no resultado que ele pretendia com o procedimento.

No entanto, não nos parece razoável conferir ao paciente total poder de determinação do resultado obtido, pelo que, em tese, o médico cirurgião também teria o poder de avaliar se o resultado do *embelezamento* foi atingido.

Seja por um lado (paciente), seja pelo outro (médico), não seria crível deixar o poder para qualquer um dos dois determinar se o resultado foi obtido e, havendo uma disputa, parece menos razoável ainda entregar esse poder de avaliação do resultado, seja para um juiz – que não é formado em medicina, ainda que o fosse –, seja para um *expert*, já que o conceito de *embelezamento* é estritamente subjetivo. A subjetividade da determinação do grau de beleza que fora atingido nos leva a crer que ninguém seria capaz de defini-lo.

Quanto ao ponto, se tem julgado⁷² em que se afastou o dever de indenizar do profissional, pois se considerou que a reclamação quanto ao resultado, pelo paciente, não teria sido suficientemente forte. Ainda que se concorde com esse posicionamento, não se pode deixar de registrar que essa conclusão é demasiadamente perigosa, na medida em que é extremamente subjetiva, o que, entendendo-se, não é o melhor caminho a ser trilhado.

É, pois, diante de tudo que se apresentou, que compreende-se ser inadequado o entendimento de que a obrigação de uma cirurgia plástica estética seja de resultado, a uma porque é inarredável a necessidade de averiguação

72. Como exemplo, cita-se:

Ementa: Ação de indenização. Erro médico. Cirurgia que teria preponderância estética e que culminou em ser curativa. Imperícia não comprovada. O cirurgião não tem poderes, nem o dever para transformar o feio em bonito. Recurso provido para se julgar a ação improcedente. (Apelação Cível 596188144, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Décio Antônio Erpen, julgado em 03.12.1996).

Ementa: apelação cível. Responsabilidade civil. Ação indenizatória por danos morais e materiais. Cirurgia estética. Erro médico. Culpa médica não evidenciada. Dever de indenizar inexistente. 1. Responsabilidade do médico. Os médicos enquanto pessoas físicas prestadoras de serviços assumem obrigação de meio, com raras exceções como, por exemplo, a das intervenções estéticas embelezadoras e serviços radiológicos. Tanto a legislação substantiva civil como o CDC, em seu § 4º do art. 14, estabelecem que a responsabilidade do médico é subjetiva, pressupondo-se, portanto, a comprovação de culpa para o resultado danoso em uma de suas formas: negligência, imprudência ou imperícia. 2. Caso concreto. A autora submeteu-se a cirurgia plástica de rejuvenescimento facial alegando que ela foi mal sucedida, pois teria ficado com a pálpebra caída, com o olho esquerdo mais fechado, caído e lacrimejando muito. A prova produzida nos autos não é conclusiva quanto ao alegado defeito da cirurgia, porquanto há fortes indícios de que a autora já possuía um olho mais caído que o outro, além de que não seguiu o pós-operatório sugerido pelo cirurgião, havendo se submetido a uma segunda intervenção antes mesmo de decorrido um ano – período necessário para consolidação do resultado do procedimento -, o que impede uma efetiva avaliação do resultado da intervenção questionada. Apelação Desprovida. (Apelação Cível 70070990189, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, julgado em 09.11.2016).

da culpa por parte da conduta do profissional; a duas porque a cirurgia estética, em maior ou menor grau, promove uma cura ao paciente – ainda que seja do seu psique; a três porque não faz mais sentido, com a entrada em vigor do novo CPC, sustentar a tese de que seja obrigação de resultado, apenas para se garantir a inversão do ônus da prova; a quatro porque declarar um profissional no exercício da profissão como presumidamente culpado, vai de encontro com todos os preceitos do Estado Democrático de Direito e, ainda, se dá o primeiro passo na direção de eleger o exercício da profissão como sendo de responsabilidade objetiva.

5. CONCLUSÃO

No presente trabalho argumentou-se no sentido de que não há elementos legais, contratuais e doutrinários que possam sustentar que a obrigação decorrente de um contrato de prestação de serviço de um cirurgião plástico esteticista seja de resultado.

Em primeiro lugar, verificou-se que a legislação em vigor⁷³ aponta para uma necessária avaliação da conduta do agente, o que implica na averiguação de ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia. Desse modo, não haveria como se conceber um contrato de obrigação de resultado com a necessidade de averiguação da conduta do agente, porque nessa modalidade de obrigação (a de resultado), em tese, a ilação da culpa só se daria em casos fortuitos ou de força maior.

Em segundo lugar, não há elementos contratuais que apontem para a determinação de que a obrigação deve ser de resultado. A nosso ver, uma cirurgia plástica estética providencia, em maior ou menor grau, a *cura* – aqui entendida como um *melhoramento* – do paciente. E, se a cirurgia estética provê a *cura* do paciente, não há razão para entender ser uma obrigação de resultado, mas sim como obrigação de meio, tais quais todas as demais cirurgias realizadas por médicos. O exemplo que se demonstrou ao longo deste trabalho que embasa a noção de cura da cirurgia estética é a cirurgia realizada em transexuais⁷⁴.

Em terceiro lugar, quando se sustentava ser a cirurgia estética uma obrigação de resultado, para fins de inversão do ônus da prova, não faz sentido

73. Artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

74. É importante frisar que a classificação da cirurgia dos transexuais como sendo estética ou reparadora não é uniforme.

manter tal posicionamento com o advento do “novo” Código de Processo Civil, que instituiu a teoria dinâmica da prova. Com base nesta teoria, o juiz pode determinar uma dinâmica do ônus da prova de forma diferenciada, para que a parte que tenha mais facilidade para provar um determinado ponto seja a incumbida desse ônus.

Em quarto lugar, demonstrou-se, também, que a mera avaliação do resultado, como requisito intrínseco nas obrigações de resultados, não pode ficar sob o crivo do paciente e/ou do profissional. Pontuou-se também a extrema dificuldade que terá o julgador ou qualquer outra pessoa de conseguir definir o sucesso de um procedimento estético levando em conta, apenas e unicamente, o resultado. Tal análise carrega um subjetivismo tão forte que impossibilita a sua constatação.

Em quinto lugar, entende-se que não se pode admitir, como alguns julgados já o fazem, que o profissional de uma determinada área seja presumidamente culpado, para que – acionado na justiça – prove que não agiu de forma negligente, imprudente ou imperita. Um sistema baseado na presunção de cometimento de um ilícito vai de encontro com as bases de um Estado Democrático de Direito, onde há como pilar a presunção da inocência.

Nesse sentido de rechaçar a obrigação de uma cirurgia estética como de resultado, posicionam-se, por exemplo, Japão e Coreia do Sul⁷⁵. Não se cogitou

75. Em artigo escrito por Hamasaki e Hagihara, no qual analisam alguns dados relativos ao comportamento de pacientes e médicos, bem como sobre a responsabilidade civil do cirurgião, no Japão, constatou-se que todas as condenações dos profissionais levaram em consideração algum ato de negligência. Ou seja, não se encontrou qualquer dado que pudesse concluir que mesmo agindo da maneira mais diligente possível, o profissional fora condenado. Os autores ressaltam, contudo, que em relação às cirurgias estéticas, o dever de informação do profissional para com o paciente é julgado de maneira mais severa, do que em relação às outras especialidades médicas. Assim, se o profissional deixa de alertar sobre os riscos do procedimento e, por ventura, algum desses riscos se concretiza, tem-se que o profissional fora negligente e, portanto, deverá indenizar o paciente. O comportamento do Japão é similar ao adotado na Coreia do Sul. Segundo Park, Kim, Kang e Hong, os procedimentos estéticos têm sido realizados com muito mais frequência, ano após ano, o que tem gerado um número de ações judiciais igualmente crescente. Nos dados coletados por eles, se dividiu em três categorias de processos judiciais: (i) aqueles em que o paciente alega insatisfação quanto ao resultado, em indicar qualquer violação de conduta do profissional; (ii) aqueles em que se alega a ocorrência de uma violação na conduta do profissional; e (iii) aqueles em que se alega a ocorrência de duas violações na conduta do profissional. As violações referenciadas nas categorias foram catalogadas basicamente em dois comportamentos: (i) a falta de informação ao

nessas jurisdições estrangeiras a condenação do profissional sem a averiguação da culpa, pelo que nos serve de inspiração, para que não adotemos posicionamentos em que apenas a ocorrência de força maior e caso fortuito consigam ilidir a responsabilidade do profissional.

Diante do exposto, conclui-se que sustentar a posição que a obrigação do cirurgião esteticista seja de resultado apenas favorece que isso se alastre para outras especialidades médicas, como, por exemplo, a radiologia e a anesthesiologia, sem qualquer amparo legal ou contratual, além de se iniciar uma caminhada para, eventualmente, estabelecer a responsabilidade civil de um profissional liberal como sendo objetiva, subvertendo a lógica das disposições legais existentes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 16ª ed. rev. atual. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2014.

paciente; e (ii) uma não observância no dever de cautela da saúde do paciente. Na Coreia do Sul, segundo o estudo, não houve condenação nos casos em que não se alegou ocorrência de qualquer violação de conduta do profissional. O que nos chama atenção para a necessidade de averiguação da culpa do profissional. O estudo apontou também o fenômeno de aumento para o número de processos judiciais sobre problemas relativos às cirurgias estéticas está intimamente relacionado ao fato dos pacientes estarem mais esclarecidos sobre os seus direitos, bem como pelo alcance da mídia, na venda desses tratamentos. Sugere o estudo também que os pacientes não possuem conhecimento dos procedimentos médicos e criam expectativas irreais sobre os procedimentos estéticos, o que acaba por frustrá-los, levando ao ajuizamento das ações. Diante das características dos procedimentos estéticos, a Suprema Corte da Coreia considera violação de conduta (negligência) o fato de o profissional não esclarecer por completo todas as possibilidades que possam surgir pela realização do tratamento. Ao final do artigo, sugerem os autores que seria impossível retirar o ponto fundamental para a propositura das ações judiciais, na medida em que guardam relação com o elemento subjetivo da satisfação do paciente, quanto ao resultado. Contudo, indicam que, apesar da insatisfação do paciente, as ações podem ser evitadas se o profissional tomar cuidado em informar corretamente o paciente de todos os riscos que envolvem o procedimento a que deseja ser submetido. O que se consegue verificar dessas jurisdições é que a avaliação da culpa do profissional é algo inarredável, pelo que não se tem qualquer dado de possível condenação, sem que haja a averiguação de, no mínimo, uma conduta negligente. É certo também que a negligência é rigorosamente apurada nesses países, onde se considera que uma eventual explicação falha do profissional sobre todos os riscos aos quais o paciente está se submetendo ao realizar o procedimento estético, culmina na caracterização da negligência, permitindo a condenação do profissional. A par do rigor na avaliação da conduta negligente, não se afasta a sua averiguação, tão pouco se presume o profissional culpado.

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Responsabilidade Civil na cirurgia estética*. Brasília-DF, 2006. Disponível em [http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/2278].
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. A Justiça em números.
- BRASIL. Lei 8.078, de 11.09.1990.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 .01.2002.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16.03.2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial 10.536/RJ, publicado no DJ do dia 19.02.1991.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial 81.101/PR, publicado no DJ do dia 31.05.1999.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial 1.180.815/MG, publicado no DJ do dia 26.08.2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial 985.888/SP, publicado no DJ do dia 13.03.2012.
- BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Acórdão em Apelação Cível 0087873-89.2001.8.05.0001, publicado no DJ do dia 26.10.2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão em Apelação Cível n. 2011.01.1.018709-2 publicado no DJ do dia 07.11.2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão em Apelação Cível n. 1.0024.06.266068-3/001, publicado no DJ do dia 16.11.2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 0003741-25.1998.8.26.0000, publicado no DJ do dia 11.04.2002.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 0003741-25.1998.8.26.0000, publicado no DJ do dia 11.04.2002.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 9086574-90.2000.8.26.000, publicado no DJ do dia 03.02.2004.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 9217060-73.2005.8.26.0000, publicado no DJ do dia 10.12.2007.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 9072068-24.2002.8.26.0000, publicado no DJ do dia 19.01.2009.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 9065661-31.2004.8.26.0000, publicado no DJ do dia 11.12.2008.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 0219969-67.2007.8.26.0100, publicado no DJ do dia 22.12.2010.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação Cível n. 0008890-89.2009.8.26.0590, publicado no DJ do dia 08.11.2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão em Apelação Cível n. 70068305739, publicado no DJ do dia 24.10.2016.

- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão em Apelação Cível n. 0044584-09.2007.8.19.0001, publicado no DJ do dia 26.10.2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A inversão do ônus da prova no projeto do Novo Código de Processo Civil (PL n. 8046/2010)*. A Prova no Direito Processual Civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. Olavo de Oliveira Neto (coord.) Ed. Verbatim. São Paulo. 2013.
- CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Ed. Juruá. Curitiba. 2014.
- CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil*. Ed. Saraiva. São Paulo. 2013.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*. 4. ed. Ed. JusPodvim. Salvador, BA. 2009.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil Direito dos Contratos*. Volume 4, 3. ed., Ed. JusPodvim. Salvador, BA. 2013.
- FILHO, Cavaliere Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 13 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves notas sobre a responsabilidade civil nas cirurgias plásticas reparadora, estética e de transgenitalização e nos tratamentos dermatológicos. Análise da jurisprudência. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, p. 187-213, dec. 2014. ISSN 2318-8235. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89232]. Acesso em: 05.07.2017. doi: [http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v109i0p187-213].
- LEAL, Virginia Costa Lima Verde; CATRIB, Ana Maria Fontenelle. AMORIM, Rosendo Freitas; MONTAGNER, Miguel Angelo. O corpo, a cirurgia estética e a Saúde Coletiva: um estudo de caso. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 77-86, jan. 2010. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000100013&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 05.07.2017. doi: [http://dx.doi.org/10.1590/S1413-8123201000100013].
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, SP. 2000.
- PITANGUY, Ivo. Aspectos filosóficos e psicossociais da cirurgia plástica. In: MELLO FILHO, J. (Org.). *Psicossomática hoje*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas, de Alexandre Gir Gomes – *RDPriv* 12/81-91 e *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 5/741-754 (DTR\2002\463);
- Cirurgia plástica estética – Obrigação de meio, de José Marcelo Martins Proença e Rafael Dutra Barreiros – *RIASP* 8/55-76 (DTR\2001\343);
- Cirurgia plástica estética: natureza da obrigação do cirurgião, de Joana Graeff-martins – *RDPriv* 37/105-129 e *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 5/755-778 (DTR\2009\93);
- Médico – Cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião, de Rosana Jane Magrini – *RT* 809/137-164 (DTR\2003\649); e
- Responsabilidade civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: panorama jurisprudencial do STJ, de Gustavo Borges e Roberta Weirich Mottin – *RDPriv* 64/119-143 (DTR\2016\134).