

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA – UNIVEM  
CURSO DE DIREITO

**CAMILA ARAUJO GUILHEM**

**O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO FORMA DE  
GARANTIA DE DIREITO EM CIRURGIAS ESTÉTICAS**

MARÍLIA  
2012

CAMILA ARAUJO GUILHEM

**O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO FORMA DE  
GARANTIA DE DIREITO EM CIRURGIAS ESTÉTICAS**

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. ADRIANO DE OLIVEIRA MARTINS

MARÍLIA  
2012

GUILHEM, Camila Araujo.

O código de Defesa do Consumidor como forma de garantia em cirurgias estética / Camila Araujo Guilhem; orientador: Adriano de Oliveira Martins SP, 2012. 57 f.

Trabalho de Curso Graduação em Direito Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, Marília, 2012.

CAMILA ARAUJO GUILHEM

**O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO FORMA DE  
GARANTIA DE DIREITO EM CIRURGIAS ESTÉTICAS**

Banca Examinadora da monografia apresentado ao curso de Direito do Univem/F.E.E.S.R., para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: \_\_\_\_\_

Prof. Adriano de Oliveira Martins

1º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

2º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

Marília, 08 de outubro de 2012.

## Dedicatória

*À Deus, por me dar forças para a  
caminhada diária da vida.*

*Aos amigos pelo apoio, incentivo,  
compreensão das ausências e por  
não desistirem da*

*Amizade.*

*Aos meus familiares, pelo apoio  
incondicional, compreensão, carinho  
e por serem a minha fortaleza.*

## AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização do trabalho e aos que dedicaram apoio e inspiração para acreditar na força das mudanças.

Agradeço à todos os colegas de sala que permanecem ou que simplesmente passaram pela turma do direito diurno da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, sempre alegrando as minhas manhãs, os quais foram inspirações para a realização desse trabalho.

Em especial, gostaria de agradecer:

Ao Gustavo Fantin Navarro, por toda dedicação, estímulo e ajuda nos momentos finais desse trabalho, que foram essenciais para obtenção de um bom resultado.

Ao professor Adriano de Oliveira Martins, pelo grande suporte e atenção oportunos na orientação, aliados a grande experiência intelectual e profissional, que foram imprescindíveis para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho.

GUILHEM, Camila Araújo. **O código de defesa do consumidor como forma de garantia de direito em cirurgias estéticas**. 2012. 57 f. Trabalho de Curso de Direito – Centro universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

## RESUMO

A presente monografia tem como objeto de estudo, “O código de defesa do consumidor como forma de garantia de direito em cirurgias estéticas”. O consumo do serviço estético vem crescendo de forma acelerada, tendo em vista cada dia mais a facilidade de crédito e a banalização do serviço. Diante de tamanha banalização, surgem profissionais relapsos, que estão diante apenas do montante econômico que irão dispor, e não se preocupam ao menos com a saúde ou com o resultado prometido aos seus pacientes. Tendo em vista a proteção do consumidor e respalda-lo diante essas ocorrências, o Código de Defesa do consumidor, regula normas para garantir os direitos a eles conferidos e punir os profissionais que prometem resultado e não cumprem. Será também objeto de estudo, as formas de garantia de restituição financeira aos danos causados, e a verificação dos artigos instituídos no CDC, que regulamentam esse assunto. Discorreremos sobre os tipos existentes de cirurgias plásticas e quais delas garantem resultado. Estudaremos sobre a possibilidade de uma garantia real, a responsabilidade Civil do médico cirurgião que afirma garantir esse tipo de resultado, e as consequências a ele atribuídas caso o resultado não for o prometido, por fim, veremos quais os modos de reparar os danos causados ao consumidor, apontando as diferentes ações cabíveis, e quais os direitos efetivamente pertencentes ao paciente, sendo estes o da indenização e o da reparação estética.

**Palavras-chave:** Garantias. Consumo. Estética. Obrigação de resultado.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
-----------------	---

CAPÍTULO 1 - O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E CONSUMERISTAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR .	7
--	---

1.1 A EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO .....	7
1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO .....	9
1.2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	9
1.2.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE .....	10
1.2.3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA .....	11
1.2.4 PRINCÍPIOS GERAIS DA ORDEM ECONÔMICA .....	12
1.3 PRINCÍPIOS BASILARES CONTIDOS NA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA .....	13
1.3.1 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE .....	13
1.3.1.1 Da Hipossuficiência.....	14
1.3.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	15
1.3.3 PRINCÍPIO DO DEVER DA INFORMAÇÃO .....	16

CAPITULO 2 - DA RELAÇÃO DE CONSUMO E DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES.....	18
--	----

2.1 DA RELAÇÃO DE CONSUMO .....	18
2.1.1 CONSUMIDOR.....	18
2.1.3 PRODUTOS .....	20
2.1.4 SERVIÇOS.....	21
2.2 DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES .....	22
2.2.1 PROTEÇÃO DA VIDA, SAÚDE E SEGURANÇA .....	23
2.2.2 EDUCAÇÃO PARA CONSUMO E LIBERDADE DE ESCOLHAS.....	23
2.2.3 INFORMAÇÃO.....	23
2.2.4 PROTEÇÃO CONTRA A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA.....	24
2.2.5 MODIFICAÇÕES DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS .....	24
2.2.6 PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS.....	24
2.2.7 ACESSO A JUSTIÇA .....	25
2.2.8 FACILITAÇÃO DA DEFESA.....	25
2.2.9 ADEQUAÇÃO E EFICAZ PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS .....	25

CAPÍTULO 3 - ASPECTOS ESPECÍFICOS SOBRE OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES INERENTES AO MÉDICO .....	27
---	----

3.1 OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELOS PROFISSIONAIS LIBERAIS E OS INTELLECTUAIS DA MEDICINA .....	27
---	----



3.1.2 ESPÉCIES DE CIRURGIAS PLÁSTICAS .....	28
3.1.2.1 Cirurgias reparadoras.....	28
3.1.2.2 Cirurgias puramente estéticas.....	28
3.1.3 OBRIGAÇÕES DE MEIO.....	29
3.1.4 OBRIGAÇÕES DE RESULTADO .....	29
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CIRURGIA PLÁSTICA .....	32
3.2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA.....	33
3.2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO ESTÉTICO PERANTE O CDC.....	33
3.3 A CULPA MÉDICA E CAUSAS DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADES.....	34
3.3.1 NEGLIGENCIA .....	36
3.3.2 IMPRUDÊNCIA .....	37
3.3.3 IMPERÍCIA .....	37
3.4 O DEVER DE INFORMAÇÃO AO PACIENTE.....	38
3.5 O DANO COMO OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR SUAS AÇÕES CABÍVEIS .....	40
3.5.1 DANO MORAL .....	41
3.5.2 DANO MATERIAL OU PATRIMONIAL.....	42
3.5.3 DANO ESTÉTICO.....	43
3.5.4 POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE DANOS- STJ .....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	48
REFERENCIAS .....	49

## INTRODUÇÃO

A temática central dos estudos aqui abordados referem-se à importância e a relevância para o direito do consumidor, que abrange um tema atual, polêmico, e muito usual, a área médica, que também é parte interessada, pois é atuante nesse tipo de serviço prestado, e a própria população de classe média/alta, que é o público alvo a quem geralmente submetem-se ao serviço específico.

A carência de estudos sobre esse assunto e a necessidade de uma garantia aos consumidores em relação a esse tipo de serviço, demanda uma atenção especial para a área do Direito do Consumidor, pouco usado e divulgado quando relacionado a esse assunto. Ademais, os resultados desses estudos contribuirão para que a sociedade conheça mais os seus direitos e os cirurgiões estéticos os seus deveres, ocasionando assim, cada vez mais, uma maior segurança aos atuais e aos futuros consumidores.

A aplicação do CDC, no caso do tema apresentado, se estende aos contratos que envolvem obrigações de fazer, tais como os que envolvem a prestação de serviços médicos.

Já é pacífico na doutrina e jurisprudência pátria, a relação de consumo entre médico e paciente, pois se enquadram perfeitamente nos conceitos de fornecedor e consumidor, e respectivamente, na modalidade de prestação de serviços.

O serviço exercido pelo profissional liberal, tal como o médico, envolve uma série de peculiaridades que o diferencia do serviço prestado por outros tipos de fornecedores.

Decorrentes a essas obrigações de fornecer um serviço impecável, surge à responsabilidade civil, e não obtendo o resultado prometido, ou até mesmo danoso, o fornecedor é obrigado a corresponder com essa responsabilidade.

Hoje, a modernidade e a facilidade modificaram a forma de se alcançar o bem-estar. A cirurgia estética tornou-se um importante e comum instrumento à obtenção de perfeita saúde espiritual. A preocupação com a forma física leva milhares de pessoas às mesas de cirurgia, na certeza de que o resultado obtido lhe proporcionará maior aceitação social, além de maior autoestima, considerada elemento essencial à saúde mental do paciente.

A posição doutrinária e jurisprudencial atualmente, é majoritária na questão que, apesar de serem profissionais liberais há sim uma responsabilidade civil a cumprir, uma

garantia ao paciente á oferecer, e sem dúvidas, que há uma relação de consumo moderna, e cada vez mais crescente, usual, comum e até necessária entre a população.

O objetivo da pesquisa é analisar a relação entre o Direito do consumidor para com as cirurgias estéticas, verificando quais suas vantagens e benefícios tanto para o consumidor (paciente), quanto o fornecedor (médico). Identificar, analisar e qualificar as normas do Código de Defesa do Consumidor, perante as garantias oferecidas a ele, na realização das cirurgias estéticas; Verificar qual a relação entre o consumidor (paciente) e fornecedor (médico), de um serviço oferecido e suas garantias; Identificar quais as responsabilidades que atingem os médicos no tocante ao Código de Defesa do Consumidor; Verificar quais as responsabilidades que atingem os pacientes, referente às suas obrigações no tocante ao Código de Defesa do Consumidor; Identificar quais os tipos de cirurgias plásticas em que os médicos possuem responsabilidade “fim” do serviço oferecido; Verificar possíveis soluções para conciliar o aumento da demanda das cirurgias estéticas e as lides decorrentes de cirurgias mal feitas em virtude de erro médico.

O método de pesquisa utilizado será o hipotético-dedutivo. Quanto à abordagem do problema, a pesquisa é do tipo qualitativa. Quanto ao propósito é conhecida como avaliação formativa, e quanto aos procedimentos técnicos à pesquisa pode ser classificada como bibliográfica e documental.

# CAPÍTULO 1 - O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E CONSUMERISTAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

## 1.1 A evolução das relações de consumo

As relações de consumo surgem nos primórdios da humanidade, surgem junto com a necessidade do ser humano de sobrevivência.

Segundo Martins (2006, p. 1), os grupos sociais eram autossuficientes, produziam apenas para consumo, e se satisfaziam com a quantidade produzida.

Com o passar do tempo, a ânsia do homem em querer ter “coisas”, objetos diferenciados e serviços, que não eram de sua alçada a produção, fez surgir à primeira forma de consumo, o escambo.

No escambo, a troca de objetos, proporcionava aos consumidores e fornecedores uma relação simples e direta, onde havendo qualquer problema com os produtos negociados, facilmente se encontraria o fornecedor responsável e assim a rápida resolução dos problemas.

Podemos observar que há mais de quatro mil anos, no “Código de Hammurabi” e no “Código de Manu”, já havia a preocupação com a proteção daqueles que procuravam produtos e serviços de terceiros.

Conforme assegura Filomeno (2005, p. 2/3):

“Há quem denote (Leizer Lerner apud Jorge T. M. Rollemberg, 1987) já no antigo “Código de Hamurabi” certas regras que, ainda que indiretamente, visavam a proteger o consumidor. Assim, por exemplo, a “lei” 233 rezava que o arquiteto que viesse a construir uma casa cujas paredes de revelassem deficientes, teria a obrigação de reconstruí-las ou consolida-las às suas próprias expensas. Extremas, outrossim, as consequências de desabamentos com vítimas fatais: o empreiteiro da obra, além de ser obrigado a reparar os danos causados ao empreitador, sofria punição (morte) caso houvesse o mencionado desabamento vitimado o chefe de família; caso morresse o filho do dono da obra, pena de morte para o respectivo parente do empreiteiro, e assim por diante. Da mesma forma o cirurgião que “operasse alguém com bisturi de bronze” e lhe causasse a morte por imperícia: indenização cabal e pena capital. Consoante a “lei” 235 o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano (noção já bem delineada do “vício redibitório?”). Na Índia, no século XII a.C., o sagrado Código de Manu previa multa e punição, corporal alme de ressarcimento dos danos, àqueles que adulterassem gêneros – “lei” 697 – ou entregassem coisa de espécie inferior àquela acertada, ou vendessem bens de igual natureza por preços diferentes – “lei” 698.”

Também eram punidos quem vendia produtos diverso do prometido, assim dispõe Kostascki (2004):

“No Direito Romano, o vendedor era responsável pelos vícios da coisa, a menos que ele não os conhecesse. No período Justiniano, eram responsáveis mesmo se desconhecêssem do vício. Se o vendedor tivesse ciência do defeito, deveria devolver o valor pago em dobro. Em Roma existia várias leis que asseguravam a intervenção do Estado no comércio”.

Na Idade Média, na França e Espanha, também eram previstas penas vexatórias para os adulteradores de produtos alimentícios. Luiz XI, ano de 1481, punia com banho escaldante aquele que vendesse manteiga com pedra para aumentar o peso ou misturasse água no leite.

Com o aumento do consumo, surgiu a necessidade de uma legislação formal e expressa para regulamentar os direitos do consumidor. A produção em massa de grandes indústrias fez com que os fornecedores perdessem o contato direto com os consumidores, e estes, tendo apenas contato com os representantes de venda, os quais sempre eximiam a culpa perante defeito do produto, deixando o consumidor a mercê de sua própria sorte, sem garantias ou direitos.

Essa relação de instabilidade durou até em 1910, onde segundo Kostascki, foi criada a primeira legislação de proteção ao consumidor.

Após, em 1914, nos EUA criou-se a Federal Trade Commission, que tinha o objetivo de aplicar a lei e proteger os interesses do consumidor.

Como diz Kostascki (2004):

“O Direito do Consumidor tem origem nas sociedades capitalistas centrais (EUA, Inglaterra, Alemanha e França), sendo que as primeiras legislações protetivas dos direitos dos consumidores surgiram nos EUA, com o pronunciamento de John Kennedy ao Congresso norte americano em 1962. Kennedy localizou os aspectos mais importantes na questão de proteção ao consumidor, que iriam desde que os bens e serviços deviam ser seguros para uso ao direito a preços justos.”

No Brasil, a primeira norma reguladora foi instituída no Código Civil de 1916, em seu artigo 159, que dizia que aquele por ação, omissão voluntária, negligencia ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. Nesse artigo nada se falava da imperícia excluindo-se assim a os profissionais liberais desse rol. Hoje esses artigos estão fixados no atual Código Civil de 2002, em seus artigos 1.518 á 1.532, e 1.537 á 1.553.

A proteção e as garantias do consumidor ganharam importância com a Constituição Federal de 1988, como garantia fundamental mais especificamente em seu art. 5º, inciso XXXII, que o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor.

Com redação da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor define práticas jurídicas na proteção de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Com o Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo foram se modificando, e aumentando de maneira impressionante, porém um aumento de forma positiva e equilibrada, equacionando e estabilizando também as relações jurídicas entre consumidores e fornecedores.

## **1.2 Princípios constitucionais aplicáveis às relações de Consumo**

Como base para as relações de consumo, devemos observar também os princípios constitucionais, pois eles regulam todo o ordenamento jurídico, são os alicerces do direito, e também são aplicáveis às relações de consumo.

### **1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Segundo Nunes (2005, p.22), o princípio da dignidade da pessoa humana é a principal a garantia instituída pela constituição.

Esse princípio estabelece à pessoa humana a garantia do mínimo, assegurado pela constituição para que se possa ter uma vida decente e honrosa. Essas garantias estão dispostas no artigo 6º da Constituição Federal (1988), denominados direitos sociais.

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância, e assistência aos desamparados, na forma da constituição.”

Conforme o autor supracitado, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de já ser pessoa. E ainda: “... ela é a primeira garantia das pessoas e a última instância de guarda dos direitos fundamentais. Ainda que não seja definida, é visível sua violação, quando ocorre.”.

Segundo Geisa de Assis Rodrigues (2006, p. 94) apud Brandão (2010), atribui ao princípio da dignidade da pessoa humana papel preponderante junto à defesa do consumidor, ao assinalar:

“O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República (art. 1.º, III, da CF/88), deve desempenhar um importante

papel na esfera de proteção do consumidor. Grosso modo, relembrando as conhecidas lições de Kant sobre o tema, a dignidade é atributo daquilo que não tem preço. Seria paradoxal, assim, falarmos de dignidade em tema correlato à circulação de riquezas como é a proteção do consumidor? Obviamente que não, porque determinados valores que integram a dignidade do homem contemporâneo só podem lhe ser assegurados se houver um consumo mínimo. Assim, a degradação material de um homem reduzido a uma condição de miséria absoluta afronta a sua dignidade.”

Sendo assim, o princípio da dignidade humana deve ser aplicável para proteger e garantir a população um tratamento digno e moral, de forma que as pessoas sejam sempre tratadas com respeito, simplesmente como pessoas e não como objetos, e isso não somente na órbita de consumo, mas sim em todo ordenamento jurídico.

### **1.2.2 Princípio da liberdade**

O princípio da liberdade, está presente nos artigos 1º inciso I, artigo 3º inciso I, e artigo 5º da Constituição, como forma de garantia fundamental e especificando alguns tipos de liberdade.

No presente caso, abordaremos a liberdade não no sentido amplo, mas sim na posição aplicada especificamente ao consumidor.

Este princípio é relativo às garantias de liberdade que o consumidor possui, principalmente na escolha do produto, do fornecedor, do modo de proceder e de agir com o efetivo consumo, e da negociação.

O conceito de liberdade abordado pela constituição é dirigido à realidade social da população em geral, sendo que o Estado deve adequar a liberdade de escolha com a possibilidade de aquisição.

Nunes (2005, p. 24) explica “[...] o Estado deverá intervir quer na produção, quer na distribuição de produtos e serviços, não só para garantir essa liberdade como para regular aqueles bens que, essenciais às pessoas, elas não possam adquirir por falta da capacidade de escolha.”.

Explica ainda o autor supracitado que, o sentido da liberdade do consumidor é o de livre ação, e é livre a ação quando este consegue somar duas virtudes como o querer e o poder.

Diz Nunes (2005, p. 25) “[...] a regra básica será a da escolha com possibilidade de aquisição: a pessoa quer algo, tem dinheiro ou crédito para adquiri-lo, então é livre para fazê-lo”.

Ocorre que, nem sempre o consumidor será livre, muitas vezes ele é obrigado a adequar-se em sua realidade social, e privar-se de sua liberdade para atender e suprir as suas maiores necessidades. Conclui-se então que a necessidade é o oposto da liberdade. (NUNES 2005)

Infelizmente podemos dizer que a liberdade do consumidor é limitada, não só pela sua realidade social e financeira, mas como pelo restrito acesso aos produtos que irão adquirir, ele é limitado aos produtos oferecidos, ou seja, não tem o poder de criar a oferta desejada, sendo este totalmente vulnerável e limitado em suas escolhas.

### **1.2.3 Princípio da Isonomia**

Sem dúvidas este princípio trata da igualdade referida no artigo 5º da Constituição Federal.

“Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade nos termos seguintes.”

A interpretação dada a esse princípio é muito antiga, sendo que esse foi dado por Aristóteles apud Nunes (2005, p. 30) “[...] dar tratamento igual aos iguais e desiguais aos desiguais, na medida dessa desigualdade”. Sabemos que esse é o princípio mais difícil de ser aplicado concretamente, tendo em vista diversas realidades encontradas nesse país.

Para garantir ou não a adequação ao princípio da isonomia, devemos verificar a presença dos seguintes elementos: discriminação, correlação lógica da discriminação com o tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade, e a afinidade entre a correlação e os valores protegidos no ordenamento constitucional. (NUNES 2005 p. 31).

Nos casos de consumo devemos analisar da mesma forma, tratar iguais os consumidores iguais e de forma desigual os consumidores desiguais.

Temos um bom exemplo nos caixas específicos de supermercados. Caixas rápidos para consumidores de poucos volumes, caixas normais para consumidores de muitos volumes e caixas especiais para grávidas, deficientes e idosos. Tratamentos igualitários e justos para cada tipo de situação, garantindo o princípio da isonomia para todos os tipos de consumidores. Não seria justo um consumidor com apenas dois volumes, aguardar em um mesmo caixa que um consumidor de vinte volumes, da mesma forma que é necessário um caixa especial para consumidores com deficiências ou com limitações que não podem ficar muito tempo na fila.



### 1.2.4 Princípios gerais da ordem econômica

Esse princípio cuida da ordem econômica e financeira, abordando princípios diretamente relacionados com o direito do consumidor. Está localizado no artigo 170 da Constituição Federal (1988).

Vejamos:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - Soberania nacional;

II - Propriedade privada;

III - Função social da propriedade;

IV - Livre concorrência;

V - Defesa do consumidor;

VI - Defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - Redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - Busca do pleno emprego;

IX - Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo Único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Temos presente nesse princípio, a garantia da livre iniciativa e a propriedade privada, porém nos estabelecem limites aos quais devemos observar.

Vejamos citados por Nunes (2005, pg. 61):

“a) o mercado de consumo aberto à exploração não pertence ao explorador; ele é da sociedade e em função dela, de seu benefício, é que se permite sua exploração;

b) como decorrência disso, o explorador tem responsabilidades a saldar no ato exploratório; tal ato não pode ser espoliativo;

c) se lucro é uma decorrência lógica e natural da exploração permitida, não se pode ser ilimitado; encontrará resistência e terá de ser refreado toda vez que puder causar dano ao mercado e a sociedade;

d) excetuando os casos de monopólio do Estado (p. ex., do art. 177), o monopólio, o oligopólio e quaisquer outras práticas tendentes à dominação do mercado estão proibidos;

e) o lucro é legítimo, mas o risco é exclusivamente do empreendedor. Ele escolheu arriscar-se: não pode repassar esse ônus para o consumidor.”

Sobre este artigo, podemos dizer que se trata de uma economia de mercado, de natureza capitalista e que, deverá dar prioridade aos valores do trabalho humano e com objetivo de alcançar a justiça social. Sendo assim, a liberdade econômica não é absoluta, é

garantida até onde o fundamento e a finalidade da ordem econômica não sejam ameaçados. (REGO, 2003)

### **1.3 Princípios basilares contidos na legislação consumerista**

Estes princípios em especial, inseridos no código de defesa do consumidor, regem a tutela dos consumidores, as relações e consumo e a garantia de que esses direitos sejam postos em prática, para que o consumidor seja efetivamente protegido.

#### **1.3.1 Princípio da vulnerabilidade**

Esse princípio é especificamente voltado à proteção efetiva do consumidor, ele reconhece e deixa clara a situação vulnerável do consumidor perante as relações de consumo, que assume a posição mais fraca na relação consumerista. Está presente no art. 4º, inciso I do CDC.

Pelo fato de o consumidor não possuir conhecimento técnico do produto, ou das artimanhas do mercado consumerista, ele se torna hipossuficiente, vulnerável, ficando a mercê de possíveis prejuízos, vícios ou defeitos.

Essa fragilidade está presente na fase pré-contratual, onde as informações disponíveis podem ser verdadeiras, falsas, ou desatenderem as expectativas do consumidor, mediante oferta, apresentação ou mensagem publicitária. (FILOMENO 2005, p. 16).

Segundo Almeida (2003, p. 15), “a ONU se manifestou no assunto e esse tema é tratado em todos os países ocidentais”.

No Brasil, a Constituição Federal, reconhece a situação de hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor, ao declarar em seu art. 5º, XXXII, a garantia de proteção do consumidor e sua tutela legal. (ALMEIDA 2003).

Na Constituição Federal também presente no caput do artigo supracitado, como já vimos em seu princípio da isonomia, dispõe que devemos tratar os desiguais como desiguais, e, em uma relação de consumo, o consumidor que é vulnerável, deve sim ser tratado como desigual.

Diante disso, podemos dizer que Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 47, nos traz o “In Dúbio pró-consumidor”, onde as cláusulas serão sempre interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. (ROSA 2011).

### 1.3.1.1 Da Hipossuficiência

A hipossuficiência a meu ver é um instituto muito parecido com a vulnerabilidade, tanto que, alguns autores tratam os mesmos como um só assunto.

Está presente mais especificamente nos artigos 5º, I, e 6º, VIII, do CDC, onde dispõe sobre a fragilidade do consumidor perante o fornecedor em uma relação de consumo.

Enquanto a vulnerabilidade como vimos acima, trata-se das desigualdades em relação a conhecimentos técnicos do produto ou dos serviços, em relação ao fornecedor, e a comercialização de produtos, a hipossuficiência diz respeito à condição econômica mais frágil do consumidor frente ao fornecedor do produto, ou serviço. (BARBOZA, 2007, pg. 11).

Segundo Rosa (2011), existem três posições sobre a hipossuficiência:

A primeira que dispõe sobre uma análise etimológica, ou seja, não existe diferença entre vulnerabilidade e hipossuficiência;

A segunda, que explana que o consumidor é extra vulnerável em função de suas características pessoais como sexo, idade, e condição social;

E a terceira, que diz que a hipossuficiência é processual, enquanto a vulnerabilidade é fática. É parte mais fraca para a produção de provas processuais, dando-se a ela a inversão do ônus da prova.

Sendo o consumidor considerado hipossuficiente, ou “carente”, como disposto no corpo do inciso I, do artigo 5º do CDC, lhe é garantido à manutenção de assistência jurídica integral e gratuita.

Recorrendo o consumidor hipossuficiente á justiça, que lhe é de direito, é resguardado o direito de assistência judiciária, e também disposto no artigo 6º, VIII, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil.

Nem sempre todos os consumidores são hipossuficientes, raras vezes, o consumidor possui igual ou maior condição econômica que o fornecedor, não sendo assim aplicável o instituto da hipossuficiência.

Conclui-se então, com ajuda de Souza (2008) que:

“A hipossuficiência se apreende apenas dentro da relação processual, após a verificação da condição das partes litigantes e do objeto material do litígio; nem todo consumidor é hipossuficiente, embora possa ser “necessitado”; mas o hipossuficiente tem quer ser antes um consumidor.

A existência de uma demanda onde se discuta alguma relação de consumo, portanto é pressuposto básico para se perquirir sobre o reconhecimento da condição da parte como hipossuficiente.”

### 1.3.2 Princípio da boa-fé objetiva

Está disposto no art.4º, do CDC que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde, e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

Diante o exposto, vem o inciso III, pacificar que deve haver harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

A boa-fé é o dever ser. É a conduta esperada pelo homem médio, ou seja, o esperado pelo censo comum e podemos dizer que o esperado da sociedade é sempre a honestidade, a sinceridade, a veracidade de informações e a transparência.

Temos dois tipos de boa-fé, a objetiva, usada pelo CDC e esperada no momento da contratação, e a subjetiva, onde está presente a ausência de conhecimento do ilícito. (ROSA 2011).

A subjetiva é aquela inerente à ignorância de uma pessoa diante um fato modificador, impeditivo ou violador de um direito. (NUNES 2005, p. 117)

A objetiva, usada pelo CDC, é definida por Nunes (2005, p.118)

“[...] uma regra de conduta, isto é, o dever ser das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças. Entretanto, para chegar a um equilíbrio real, somente com análise global do contrato, de uma cláusula em relação às demais, pois o que pode ser abusivo ou exagerado para um não o será para outro.”

Outra disposição sobre a boa-fé objetiva está exposta no CDC em seu art. 51, IV, que prevê no mencionado inciso a nulidade de cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas abusivas, e que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade.

Dessa forma, esse princípio possui também uma função limitadora nos contratos, ou seja, reduz a liberdade de atuação dos contratantes ao definir as cláusulas contratuais; restringindo-se o princípio da liberdade.

Sobre contratos, podemos dizer que o princípio da boa-fé objetiva deve ser aplicada tanto nos momentos da pré-contratação ("in contrahendo"), como após a extinção do contrato ("post factumfinitum"), de maneira que os riscos descobertos após à prestação principal nos produtos e serviços, devem ser anunciados. (PASQUINI 2006).

Portanto:

“[...] quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim coimado no contrato, realizando os interesses das partes.” (NUNES 2005, p. 118).

### 1.3.3 Princípio do dever da Informação

A Informação é um princípio fundamental do CDC, com referência em diversos artigos como o 4º, IV, art. 6º, IV, art.31, e 46, tendo em vista ser, esse princípio, o ponto de partida para toda e qualquer aquisição de produtos ou contratação de serviços.

Assim temos dispostos nos artigos. 6º, IV, e 31 do CDC, que regulamentam esse princípio:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

“Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

Sendo assim, o fornecedor, está obrigado a prestar todas as informações inerentes aos produtos e serviços, de maneira mais clara possível para esclarecer o consumidor. (NUNES 2005, p. 123)

Segundo Nunes (2005, p.123) “Trata-se de um dever exigido mesmo antes de qualquer relação. A informação passou a ser componente necessário do produto e do serviço, que não podem ser oferecidos no mercado sem ela.”.

Sobre o direito de informação, Moraes, (2004, p. 700) apud Chagas (2011) explica:

“É um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos.”

E ainda disposto pelo Almeida (2003, p.25):

“Entre o direito do consumidor e a obrigação do fornecedor intercala-se o dever do Estado de exigir e fiscalizar que essa informação seja efetivamente procedida e de forma adequada. Só assim estará implementado o direito e assegurado o cumprimento da obrigação.”

## **CAPITULO 2 - DA RELAÇÃO DE CONSUMO E DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES**

Neste capítulo serão tratadas sobre a efetiva relação de consumo, as definições dispostas pelo CDC, necessárias para o entendimento de todo o trabalho, e os direitos conferidos aos consumidores, impostos no rol taxativo do seu artigo 6º.

### **2.1 Da Relação de consumo**

A relação de consumo se dá com a presença de um consumidor, como destinatário final de bens e serviços, e um fornecedor, que com habitualidade e profissionalidade forneça bens e serviços ao mercado. (KHOURI, 2005, p. 42)

O Código de Defesa do Consumidor visa à proteção nas relações de consumo, proteção esta especialmente direcionada á parte mais vulnerável, como visto no capítulo 1, o consumidor, objetivando tão somente o equilíbrio entre as partes.

Segundo Khouri (2005), a relação de consumo comporta dois elementos fundamentais: o subjetivo e o teleológico. O subjetivo manifesta-se no tocante aos partícipes da relação, no caso, é extremamente necessário que haja consumidor e fornecedor envolvidos. O teleológico se manifesta no fim da aquisição do bem ou do serviço, devendo este ser consumido para destinação final.

Para melhor entendimento, deve-se observar á seguir os diferentes conceitos de consumidor, fornecedor, produtos e serviços.

#### **2.1.1 Consumidor**

O conceito de consumidor está disposto no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

Explicamos melhor o que vem a ser um consumidor para efeitos protetivos do CDC:

Para Othon Sidou (1977) apud Filomeno (2005, p.19), o consumidor observado pelo ponto de vista econômico-jurídico, é qualquer pessoa natural ou jurídica, que contrata, para a sua utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço,

independentemente do modo de manifestação de vontade, salvo quando a lei exigir expressamente, ou seja, utilizar, consumir um produto ou serviço para uso próprio, sem intenção de ser intermediário, fornecedor do produto consumido.

Temos ainda, a definição citada por Antonio Herman de V. Benjamin (1988), apud João Batista de Almeida (2003, p.36), que nos explana mais claramente acerca de um conceito jurídico de consumidor mais detalhado, sendo:

“todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados à sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais”.

Portanto, não importa a capacidade financeira, se é pessoa física ou jurídica, o importante é que o uso da mercadoria consumida seja efetivado, consumado em proveito próprio, ou da empresa adquirente, ou ainda de seus funcionários subordinados, caracterizando assim a função de consumidor, de destinatário final.

### **2.1.2 Fornecedor**

Assim como está presente o conceito de consumidor no Código de Defesa do Consumidor, este também regula o conceito de fornecedor, em seu artigo 3º, para melhor entendimento. Vejamos:

Art. 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

No tocante a identidade do fornecedor, o CDC generaliza, não especifica, podendo identificar-se com todas as espécies.

Segundo NUNES (2005, p. 101):

“São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.”



Esclarecida a identidade generalizada do fornecedor, passamos a analisar a segunda parte disposta no artigo, que trata de sua atividade a ser fornecida/produzida.

A atividade citada no artigo refere-se à atividade ou serviço habitual do praticada pelo fornecedor. Para ser considerado fornecedor, também é necessário haver o *ânimus* de ofertar produtos ou serviços com habitualidade.

Vejamos. Se uma loja de roupas vende seus produtos aos consumidores, ela é sem dúvidas, uma fornecedora caracterizada pelo CDC, sendo responsável juridicamente pelos produtos em sua loja vendidos. Observamos que a finalidade da loja em questão é venda de roupas, e esta o faz diariamente, ou deseja, com habitualidade.

Agora observamos este outro exemplo. Se a mesma loja de roupas, cuja atividade principal e habitual é vender roupas, resolve vender seu computador usado para poder adquirir um novo, não há relação de consumo, pois essa loja não é considerada fornecedora. A simples venda de objetos sem caráter de atividade eventual, e sem objetivar a obtenção de lucros, não transforma a relação jurídica em relação de consumo, este será apenas um ato jurídico regulado pela legislação civil ou comercial. (NUNES 2005, p. 101)

Podemos então concluir que, toda atividade oferecida pelo fornecedor, sendo essas: distribuição, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição, ou comercialização de serviço se produtos, entre outras, devem ser munidas de habitualidade e sempre visar à obtenção de lucro.

### **2.1.3 Produtos**

Como já citado em item anterior, a definição de produto está presente no artigo 3º, §1º, do CDC.

De maneira simples o CDC define produto como qualquer bem, móvel, ou imóvel, material, ou imaterial.

Para explanarmos melhor essa definição, recorreremos ao Código Civil, em seus artigos 79 e seguintes, onde encontraremos definições mais completas acerca de bens.

- Bens Imóveis/ Móveis

A definição de bens imóveis encontra-se no art.79 CC. Vejamos:

“Art.79: São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.”.

Do mesmo modo encontramos a definição de bens móveis no mesmo Código em seu artigo 82. Vejamos:

“Art.82: São moveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou destinação econômico-social.”

•Bens Materiais/ Imateriais

Podemos definir bens materiais com tudo o que podemos tocar, alcançar, visualizar, um carro por exemplo.

Já os bens imateriais, são aqueles que não podemos tocar, mas sabemos que existem e estão disponíveis, o plano de saúde é um exemplo disso.

### 2.1.4 Serviços

Também citado em item anterior, a definição de serviço, está presente no artigo 3º, §2º, do CDC, de modo bastante simples e claro:

“Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhistas.”

Filomeno (2005, p. 41), nos explica sabiamente que o CDC abrange todo e qualquer tipo de serviço, entendido como uma utilidade usufruída pelo consumidor e prestada por um fornecedor determinado, num fazer. Também nos traz como exemplos algumas formas de serviços, como os prestados por um eletricitista, encanador, coletivos de transportes, turismo, etc.

O artigo mencionado ainda fala sobre serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, e ainda os decorrentes de relações trabalhistas, o qual englobam grandes polêmicas sobre os referidos assuntos, e que deste modo, não serão tratados nesse trabalho, por fugir do foco do tema principal.

Ainda tratando-se de serviços, falaremos sobre a atividade fornecida no mercado de consumo. O que seria essa atividade tratada no referido artigo?

Nunes (2005, p. 110), nos explica com clareza que serviço é uma atividade, e atividade é ação humana tendo em vista uma finalidade.

Serviços prestados por um médico é um exemplo disso, ele presta a atividade da medicina com a finalidade de cura, ou de uma melhora do paciente, que no caso é o

consumidor, tudo isso mediante remuneração, tal seja o valor da consulta, ou o salário pago pelo hospital.

É válido ainda, mencionar a tese explanada por Nunes (2005, p. 111), de que não se vende produto sem serviço. Ele explica que a venda de qualquer produto implica a prestação de um serviço. Porém ressalta que a recíproca não é verdadeira, pois há serviços sem produtos. E ainda exemplifica: para vender um par de sapatos, o lojista tem de ao mesmo tempo prestar serviços como, atender o consumidor, trazer diversos modelos para que experimente, explica a forma de pagamento, etc. Já na prestação de serviço, de consulta médica, por exemplo, há apenas serviço.

## 2.2 Dos Direitos dos Consumidores

São direitos dos consumidores os dispostos pelo artigo 6º do CDC, os quais são fundamentais, e alguns, segundo Almeida (2002, p. 42), reconhecidos pela ONU mediante Resolução nº 32/248, de 10/04/1985, e também pela *International Consumers*.

Assim está disposto no artigo 6º do CDC:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

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

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, à seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Passamos então analisar cada um dos incisos, para melhor compreensão dos direitos resguardados ao consumidor.

### **2.2.1 Proteção da Vida, Saúde e Segurança**

Esse inciso traz novamente o princípio da dignidade humana tratado no primeiro capítulo deste trabalho. A segurança e a saúde são o foco principal, tendo em vista a preocupação para com as pessoas nos atos de consumo.

Essa norma, segundo Almeida (2002, p. 44) garante a proteção á saúde e segurança dos consumidores, garantindo que os produtos colocados no mercado de consumo, não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores.

Um bom exemplo do supracitado são rótulos dos produtos. Estes são fiscalizados minuciosamente, e devem conter todas as informações necessárias para garantir a saúde e segurança dos consumidores.

### **2.2.2 Educação para consumo e liberdade de escolhas**

Educação para o consumo é preceito fundamental para o consumidor.

Segundo o professor Rosa (2011), essa educação é dever do Estado. A educação para o consumo é essencial para que o consumidor detenha conhecimentos suficientes para driblar as armadilhas do mercado consumerista.

Com conhecimento, e informações corretas sobre os bens e serviços oferecidos pelo mercado, o consumidor pode então desfrutar-se de seu direito á liberdade, podendo escolher livremente, de acordo com os seus preceitos, e informações, a melhor opção oferecida, que se adéqua perfeitamente ás suas necessidades.

### **2.2.3 Informação**

O consumidor tem direito a informação tanto quanto o fornecedor tem o dever de informar.

O fornecedor é obrigado a dispor de todas as informações necessárias do produto ou serviço, de maneira clara e objetiva, contendo todas as suas características como qualidades, quantidade, riscos, preços, etc., de modo a garantir a segurança do consumidor.

Segundo Nunes (2005, p. 123), “trata-se de um dever exigido mesmo antes do início de qualquer relação. A informação passou a ser componente necessário do produto e do serviço, que não podem ser oferecidos no mercado sem ela.”.

#### **2.2.4 Proteção contra a publicidade enganosa e abusiva**

Publicidade enganosa e abusiva é crime. Esse inciso protege o consumidor contra informações enganosas, ou seja, informações falsas ou omissas, que podem levar o consumidor a erro, no tocante a qualidade, quantidade, etc.; e abusivas, que são as publicidades de incidem violência, discriminação, religiões, etc.

Toda publicidade que incidir informações enganosas, omissas, ou abusivas, obriga o fornecedor a cumprir com o anunciado, ou mesmo responder por qualquer dano ou lesão que sofrer o consumidor.

#### **2.2.5 Modificações de cláusulas contratuais**

É direito do consumidor a modificação de cláusulas contratuais impostas pelo fornecedor, principalmente se essas cláusulas forem prejudiciais e onerosas ao consumidor.

Essas modificações podem ser feitas de forma consensual e extrajudicial, ou caso o fornecedor se negue, é cabível na forma judicial, sem a extinção total do contrato. Todo contrato firmado entre consumidor e fornecedor, deve haver um equilíbrio.

Assim explica Gama (2006, p. 49):

“Qualquer contrato assinado pelo consumidor pode ser revisto, total ou parcialmente quando, na sua aplicação for evidente que ficaram estabelecidas prestações desproporcionais. Prestações desproporcionais são valores ou obrigações da responsabilidade do consumidor, e que – na aplicação da cláusula contratual – estabelecem vantagens descomunal em favor do fornecedor de produtos ou serviços, em razão da experiência e dos princípios gerais do equilíbrio do direito entre as partes.”

#### **2.2.6 Prevenção e reparação de danos morais e materiais**

A prevenção ao dano significa que está garantido ao consumidor, o direito de ir a juízo requerer medidas cautelares com pedido de liminar a fim de evitá-lo. (NUNES 2005, p. 129).

A reparação do dano por sua vez, consiste no direito do consumidor pleitear indenização por todo prejuízo causado pelo produto ou serviço oferecido pelo fornecedor,

sejam eles: materiais, relativos aos prejuízos patrimoniais do consumidor, morais, relativos à imagem do consumidor, individuais, os que atingem uma pessoa ou à sua família, coletivos, os que atingem grupos sociais determinados, e difusos, que atingem toda a coletividade, com número de pessoas indeterminadas.

### **2.2.7 Acesso à justiça**

O direito de acesso à justiça e órgãos administrativos dão garantia da prevenção, e dos direitos propriamente ditos do consumidor.

Esse direito é bem amplo, no sentido de oferecer diversas vantagens ao consumidor perante a justiça. Essas vantagens implicam em abono e isenção de taxas judiciais e custas, nomeação de procuradores para defesa, atendimento preferencial, etc.

### **2.2.8 Facilitação da defesa**

Nesse inciso, o CDC decorre a respeito do direito de facilitação de defesa para o consumidor, após o ingresso judicial.

Pelo consumidor se tratar de parte hipossuficiente, a parte mais fraca e vulnerável da relação, como já vimos acima em princípios consumeristas, a legislação garante ao consumidor a inversão do ônus da prova a seu favor, ou seja, a responsabilidade de provar que ocorreu ou não a lesão é do fornecedor e não do consumidor.

Esse princípio é de grande valia, pois no processo judicial a prova é muito importante e geralmente onerosa, deixando esta, a cargo exclusivamente do fornecedor.

### **2.2.9 Adequação e eficaz prestação dos serviços públicos**

Tendo em vista que o Estado é um fornecedor de serviços, a legislação a regula de maneira que, estes serviços prestados pelo Estado à toda população, sejam feitos de forma adequada e eficaz.

Segundo Nunes (2005, p. 137), “não basta haver adequação, nem estar à disposição das pessoas. O serviço tem de ser *realmente* eficiente; tem de cumprir sua finalidade na realidade correta”.

Portanto, como eficiência corresponde á resultados, adequação e eficácia, seria fazer com que os serviços públicos funcionassem, de maneira que apresentassem

resultados, ou seja, conciliar de maneira frutífera necessidade a ser suprida e resultados alcançados.

## **CAPÍTULO 3 - ASPECTOS ESPECÍFICOS SOBRE OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES INERENTES AO MÉDICO**

Neste capítulo, discorreremos sobre os tipos específicos de obrigações assumidas pelos profissionais liberais, de maneira específica o médico cirurgião estético, as responsabilidades inerentes a sua atividade profissional, e mediante erro, quais formas de reparação dos danos causados ao consumidor lesado.

### **3.1 Obrigações assumidas pelos profissionais liberais e os intelectuais da medicina**

Diante a evolução da tecnologia, e do pensar social, no tocante o que é ser belo, o desejo desenfreado do ser humano em exteriorizar suas necessidades, trouxe à medicina moderna não somente a cura de doenças que antes eram consideradas terminais, mas também a possibilidade da melhoria estética apenas por capricho da humanidade, e é aí que começamos a tratar de um assunto delicado, cheio de vertentes e posicionamentos doutrinários.

Primeiramente, devemos deixar claro que o tipo de profissionais a serem tratados são classificados como liberais, ou seja, aquela profissão que possui natureza intelectual, são os que prestam serviços especializados, e não dependem de outro para que este se realize.

É preciso também esclarecer que estes profissionais liberais de quem iremos tratar, (os médicos) são responsáveis civilmente pelos seus atos, serviços prestados aos seus pacientes, atos esses que iremos explicar a seguir.

Isso porque, o exercício da profissão em condições normais, pressupõe a realização de um negócio jurídico, em que o profissional se obriga a determinar a atividade contratada. (GAGLIANO, 2005, p. 227)

Nos casos dos profissionais da medicina, é essencial diferenciarmos os tipos de obrigações a eles atribuídas, tendo em vista os diferentes tipos resultados requeridos por seus pacientes.



### **3.1.2 Espécies de cirurgias plásticas**

Exatamente pela procura variada do consumidor no tocante a cirurgias plásticas, vejo aqui a necessidade de explicar suas modalidades, visando melhor entendimento em temas futuros.

Temos dois tipos principais de cirurgias plásticas: as reparadoras e as puramente estéticas.

#### **3.1.2.1 Cirurgias reparadoras**

Cirurgias estéticas reparadoras são aquelas cuja intervenção cirúrgica, ainda que promova melhoria estética, não tem essa como objetivo principal, mas sim a resolução de problemas de natureza médica, como a correção de defeitos congênitos e outros traumas decorrentes de acidentes de qualquer natureza, como queimaduras e deformações de forma geral. (CRUZ 2004)

#### **3.1.2.2 Cirurgias puramente estéticas**

As cirurgias puramente estéticas são aquelas cujo objetivo é visar unicamente o aperfeiçoamento externo de uma parte do corpo. Neste tipo de cirurgia, o paciente busca o cirurgião sem apresentar nenhuma patologia, visa apenas o puro embelezamento. (CRUZ 2004)

Segundo Introna apud Kfourri (2010, p. 192), define-se cirurgia estética como “procedimento que não tem por escopo curar uma enfermidade, mas sim eliminar imperfeições físicas que, sem alterar a saúde de uma pessoa, tornam-na feia, do ponto de vista estético.”

Alguns autores como Joaquin Ataz López apud Kfourri (2010), consideram que não se trata de atos curativos (cirurgias reparadoras), ainda que para isso tenham de abstrair da cirurgia estética determinadas intervenções que normalmente se classificam dentre as curativas, como necessárias à correção de falhas anatômicas ou fisiológicas.

Já Kfourri (2010, p. 192), entende que saúde não é só bem-estar físico, mas também psíquico e social. Sendo assim, a enfermidade não é apenas o processo patológico de degeneração orgânica ou física, mas também uma variada gama de moléstias mentais e de perturbações psíquicas as quais podem ser atenuadas ou até eliminadas pela cirurgia estética.

Esclarecidas espécies de cirurgias plásticas, passamos então a diferenciar o tipo de obrigação assumida pelo médico cirurgião em cada uma destas, para posteriormente discorrermos quais as garantias do consumidor no tocante as cirurgias estéticas.

### **3.1.3 Obrigações de meio**

Segundo Gagliano (2005, p. 227), a obrigação de meio é aquela em que o devedor (no caso o médico) se obriga a realizar sua atividade, sem garantir o resultado esperado. Nela, o profissional se obriga a usar de prudência e diligência utilizar suas melhores técnicas, para a prestação do serviço, a fim de obter um melhor resultado, sem se comprometer a obtê-lo.

Assim temos nas cirurgias estéticas reparadoras, onde a obrigação cirúrgica não é de um resultado específico e sim de uma correção estética, a obrigação do médico é sempre fazer o seu melhor.

Ainda sobre o tema, Maria Helena Diniz, 2009 apud revista do advogado (2011, p. 60), diz que “a responsabilidade civil do médico é contratual e traduz uma obrigação de meio, de modo que não contém o dever curar o paciente, mas sim de prestar cuidados atentos e conscienciosos, de acordo com os progressos da medicina.”.

Ante o exposto, podemos concluir que as cirurgias estéticas reparadoras, são obrigações assumidas pelos médicos de meio, e em casos de erro, ou de dano a ser reparado, é o paciente que deve provar que o médico não atuou com o grau de perícia e diligencia necessário, para atingir um bom resultado. (KFOURI, 2010, p. 191)

Ao findar a análise sobre obrigações de meio, podemos concluir também que conforme mencionado acima, as obrigações assumidas pelos profissionais liberais, são exatamente as obrigações de meio, onde o profissional da o seu melhor sem garantir nenhum resultado específico.

### **3.1.4 Obrigações de resultado**

Diante o explanado na conclusão do tópico anterior, os profissionais liberais assumem a obrigação de meio, ocorre que, perante as cirurgias estéticas, nos deparamos com uma exceção, onde a responsabilidade imputada a esses profissionais incorre em uma obrigação de resultados. Esse é um dos principais pontos nesta pesquisa, pois aqui inicia a análise do tema tratado.

Passamos a explicar primeiramente o conceito de obrigação de resultado.

Na obrigação de resultado, há o compromisso do médico com um resultado específico, de atingir um objetivo determinado. (CRUZ, 2004). Tomemos aqui como exemplo as cirurgias estéticas, onde fica clara a obrigação de resultado assumida pelo médico.

Vejam algumas definições de autores distintos:

“entende-se que a obrigação é de resultado, por se tratar de intervenção eletiva, puramente estética, por meio da qual o paciente legitimamente espera uma melhoria em sua aparência, eis que só se submete a operação em virtude da garantia do resultado satisfatório.” Revista do Advogado (2011, p. 62).

Segundo Gagliano (2005, p.227) “[...] na obrigação de resultado, o devedor se obriga não apenas a empreender a sua atividade, mas, principalmente, a produzir o resultado esperado pelo credor.”

Ainda Tereza Magalhães Lopez (2004, p. 190) apud Kfourri (2010) “[...] o devedor se obriga a alcançar determinado fim, sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou terá que arcar com as consequências [...]”.

Sobre os profissionais liberais podemos dizer que:

“essa é a única exceção ao sistema da responsabilidade civil objetiva instituída pelo CDC. O objetivo mais evidente da norma é submeter o chamado profissional liberal à obrigação de indenizar com base na responsabilidade subjetiva, isso é por apuração de culpa.” (NUNES, 2005, p. 202)

Ou seja, diante a obrigação de resultado prometida pelo profissional liberal e não cumprida, o CDC garante ao consumidor pela responsabilidade civil subjetiva, as quais serão no próximo tópico, o direito de indenização.

No tocante a cirurgia estética, há uma divergência doutrinária, onde os Ministros Rui Rosado Aguiar e Carlos Alberto Menezes Direito, consideram que essa modalidade de cirurgia como obrigação de meio. Argumentam que a cirurgia plástica é um ramo da cirurgia em geral, e que estas estão sujeitas aos mesmos imprevistos que uma cirurgia de ramo geral, não sendo assim possível punir um profissional mais severamente que o outro. (CRUZ, 2004, p. 2)

Entretanto, a maioria da doutrina e jurisprudência, defende a tese de que se trata de uma obrigação de resultados.

O professor Caio Mario Pereira (1995, p. 169) Leciona:

“Com a cirurgia estética, o cliente tem em vista corrigir uma imperfeição ou melhorar a aparência. Ele não é um doente, que procura tratamento, e

o médico não se engaja na sua cura. O profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado pretendido, e se não tem condições de consegui-lo não deve efetuar a intervenção. Em consequência recrudesce o dever de informação bem com a obrigação de vigilância, cumprindo mesmo ao médico recusar seu serviço, se os riscos da cirurgia são desproporcionais às vantagens previsíveis.”

Observamos estão alguns julgados sobre o assunto:

“AGRAVO RETIDO NÃO REITERADO RECURSO NÃO CONHECIDO RESPONSABILIDADE CIVIL DANO MATERIAL E MORAL ERRO MÉDICO APELANTE QUE FICOU COM NARINAS DE TAMANHOS DIFERENTES APÓS REALIZAÇÃO DE CIRURGIA PLÁSTICA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – SENTENÇA IMPROCEDENTE DADO PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.” (TJSP- AC.nº0035406-66.1998.8.26.0224. Rel .Des. LUCILA TOLEDO. DJ 22/05/2012)

“INDENIZAÇÃO Danos materiais e morais Cirurgia de mama Implante de prótese de silicone Intervenção estética Obrigação de resultado Pretendida responsabilização do réu pelo resultado insatisfatório Obrigação de resultado Deformação ocasionada Responsabilidade caracterizada Indenização determinada Danos materiais com apuração em fase de liquidação da sentença e morais em quantia fixa Incidência de juros de mora e correção monetária, pelos índices da tabela prática do TJSP, nos limites constantes das Súmulas 54 e 362, do Superior Tribunal de Justiça Inversão do ônus da sucumbência - Sentença reformada – RECURSO PROVIDO”. (TJSP. AC Nº 9096704-44.2008.8.26.0000. REL. DES. ELCIO TRUJILLO. DJ 05/06/2012)

“RESPONSABILIDADE CIVIL Erro Médico Cirurgia de mamoplastia com colocação de prótese Cirurgia embelezadora - Obrigação de resultado Consecução – Na cirurgia estética, além da culpa, o dano deve decorrer de não se ter alcançado o resultado possível, não se podendo, avaliar o dano unicamente pelo juízo subjetivo da paciente - Não se equipara ao erro médico o eventual desconforto ou insatisfação da paciente com o ato cirúrgico, que obteve resultado clinicamente esperado - Recurso desprovido.”(TJSP- AC. Nº0031847-63.2008.8.26.0576. REL. DES. ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JUNIOR. DJ 19/06/2012)

Portanto, faz-se claro que a obrigação do médico em cirurgias plásticas é de resultado, afinal, ninguém se submete a esse tipo de risco e assume esses gastos para obter um resultado igual ou indesejado.

Passaremos a analisar no próximo tópico as espécies de responsabilidades atribuídas ao médico cirurgião estético.

### **3.2 Responsabilidade civil do médico em cirurgia plástica**

Como conceito de responsabilidade civil de maneira geral, temos que, esta deriva da agressão de um interesse particular (seja este estipulado por lei ou contrato), sujeitando-se o agressor, ao pagamento de uma compensação em dinheiro para a vítima, caso o mesmo não possa repor *in natura* o dano causado. (GAGLIANO 2005, p. 09)

No caso das cirurgias plásticas, essa agressão refere-se à quebra do contrato cirúrgico entre médico e paciente, quando o médico por possuir uma obrigação contratual de resultado, não a cumpre. Resta então ao médico inadimplente corrigir seu erro de forma indenizatória. Esse dever de reparar o dano causado é chamado de responsabilidade civil.

A responsabilidade atribuída aos profissionais liberais é a subjetiva, a qual se encontra prevista no artigo 14 §4º do CDC, onde diz expressamente que estes profissionais respondem apenas pelos danos decorrentes de conduta culposa.

Essa conduta culposa, não afasta a inversão do ônus da prova, como já explicado anteriormente, ou seja, o erro ocasionado na modalidade culposa, sem culpa do médico, não impede a inversão do ônus da prova garantida pelo CDC ao consumidor vulnerável. Se houve lesão culposa, se houve erro médico, a obrigação de provar a culpa ainda sim é do médico responsável. (CATELLI, 2011)

Nas cirurgias estéticas, o consumidor sempre procura resolver um problema estético, um aperfeiçoamento de seu corpo, busca, portanto um resultado. Se esse resultado não for atingido, ou seja, se com o resultado da cirurgia o consumidor fica com um aspecto pior, não se alcançando o resultado pretendido e estipulado no contrato, cabe-lhe direito de indenização em virtude da responsabilidade civil atribuída ao médico. (GONÇALVES, 2009 p.245)

Conclui-se, portanto que a responsabilidade civil conferida ao médico cirurgião plástico é chamada de subjetiva, a qual advém da obrigação de resultado. Se o médico não cumprir com sua obrigação de resultado, e ou causar um resultado danoso, mais conhecido como erro médico, sendo esta de maneira culposa, como previsto pelo CDC, este deve ser

responsabilizado, ao menos que seja provada por ele alguma causa de exclusão de responsabilidade, as quais veremos a seguir.

### **3.2.2 Responsabilidade civil subjetiva**

Como explanado acima, o tipo de responsabilidade assumida pelo médico é a responsabilidade civil subjetiva. Vejamos, pois, o que caracteriza esse tipo de responsabilidade.

Gonçalves (2009, p. 30) explica:

“Diz-se por subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.”

Portanto, a responsabilidade subjetiva sempre é pressuposto de culpa, se o dano causado independe de culpa, o tipo de responsabilidade atribuída é outra, chamada de responsabilidade objetiva.

Essa culpa atribuída na responsabilidade subjetiva, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano agir com imprudência, ou negligência, institutos estes que veremos a seguir. (GAGLIANO, 2005, p. 14)

Adequando-se a realidade da cirurgia estética, aplica-se a responsabilidade civil subjetiva, onde nestes casos a responsabilidade atribuída ao profissional liberal médico, decorre apenas de verificação de culpa ocorrida nos procedimentos estéticos por ele realizados.

### **3.2.3 Responsabilidade civil do cirurgião estético perante o CDC**

A responsabilidade civil subjetiva está regulada no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente em seu §4º.

Segundo Gonçalves (2009, p. 262), essa responsabilidade relativa ao vício do serviço, tem sistema assemelhado ao dos vícios redibitórios, ou seja, quando o defeito torna a coisa imprópria ou inadequada para uso, há que se indenizar.

No caso da cirurgia estética, é caracterizado o vício quando é provada a culpa do fornecedor, no caso o médico. Isto fica claro diante a observação do §4º do art. 14 do CDC.

Observamos então o disposto no artigo:

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.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

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

A prova da culpa incumbe ao médico, tanto na relação contratual, como na extracontratual, e será sempre menos custosa a prova da culpa quando se existe um contrato, quando se examina o inadimplemento. (VENOSA, 2004, p. 125)

No §4º deste artigo, nos deparamos com a única exceção do CDC, onde atribui apenas aos profissionais liberais a responsabilidade mediante a verificação de culpa, que será demonstrada através de suas modalidades, expostas a seguir. (KFOURI, 2010, p. 211)

### **3.3 A culpa médica e causas de exclusão de responsabilidades**

Para analisarmos a culpa médica e a exclusão de responsabilidades, devemos focar no parágrafo 4º do artigo 14 CDC. Nesse parágrafo, podemos observar que a responsabilidade civil do fornecedor, no caso o médico, só será excluída se não for verificada a culpa.

Como já foi dito, essa é a única exceção ao sistema da responsabilidade civil objetiva instituída ao CDC. Segundo NUNES (2005, p. 202), “O objetivo mais evidente da norma é submeter o chamado profissional liberal à obrigação de indenizar com base na responsabilidade subjetiva, isto é, por apuração de culpa.”.

Portanto, fica o médico responsabilizado quando for verificada a sua culpa na execução de seu serviço. Se for provado que o dano ocorreu por fatores alheios a sua culpa, fica o médico excluído de suas responsabilidades civis.

Embora o CDC não abranja como causa de excludente de responsabilidade, é entendimento jurisprudencial que o caso fortuito e força maior, se alegado e provado pelo fornecedor, é sim motivo de excludente de responsabilidade, e o médico pode sim ser eximido de sua responsabilidade.

Observamos os Julgados que seguem:

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART.14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório”. (STJMG 3º turma. RESP. nº 1.180.815 - MG (2010/0025531-0) RELATORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI DJ. 26/08/2010.

“ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. NATUREZA ESTÉTICA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. CASO FORTUITO. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE. 1. A instância ordinária valeu-se da detida avaliação dos elementos fático-probatórios acostados aos autos para atingir a conclusão de que a cirurgia a que se submeteu a ora recorrente não encerrava natureza estética - cirurgia plástica destinada a melhorar a aparência física do paciente -, não sendo viável a alteração do entendimento estampado no acórdão combatido em obséquio à vedação insculpida na Súmula 07/STJ. 2. Mesmo que se admitisse, a título de argumentação, que o procedimento cirúrgico promovido pelo recorrido ostentou caráter estético, é curial que na obrigação de resultado a responsabilidade do médico remanesce subjetiva, cabendo-lhe, todavia, comprovar que os danos suportados pelo paciente



advieram de fatores externos e alheios a sua atuação profissional. 3. Demonstrado o caso fortuito, afasta-se o dever de indenizar na medida em que se elimina o nexos causal entre o pretensão prejuízo e o serviço desempenhado pelo médico. Precedente: REsp 1.180.815/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26.08.10. 4. Recurso especial não conhecido.” (STJ RS. 2º Turma. REsp 1269832 -RS 2011/0184187-2.Rl.:Ministro CASTRO MEIRA. Julgado em: 06/09/2011.DJe 13/09/2011.)

Lembremo-nos de que a culpa deve ser provada por quem a alega, por tanto pelo consumidor, no caso o paciente. Mas, como já visto em capítulo anterior, o consumidor goza do benefício da inversão do ônus da prova em caso de hipossuficiência, sendo assim do médico o encargo/ônus da produção de provas.

A culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil, portanto quando se age com culpa comete-se ato ilícito. Isto está disposto nos artigos 927 e 186 do Código Civil.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

“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”.

Para que haja obrigação de indenizar, ou seja, para que a responsabilidade civil seja apurada, é necessário observar apenas se ocorreu um ato ilícito, no presente caso, se foi apurada uma das modalidades da culpa.

A seguir, veremos quais os tipos de culpa que discorre o parágrafo 4º do artigo 14 do CDC e 186 do CC, onde para imputar a responsabilidade civil ao médico, é necessária à presença de no mínimo uma dessas modalidades.

### **3.3.1 Negligência**

A modalidade de culpa negligência ocorre quando há a omissão, a inobservância de cuidados por quem era responsável e não cumpriu com suas obrigações.

Vejamos alguns conceitos:

“Negligência é a falta de observância do dever de cuidado, por omissão.” (GALGIANO, 2005, p. 144)

“Negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude, e discernimento.” (GONÇALVES, 2009, p. 299)

“A negligência médica caracteriza-se pela inação indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo.” (Genoval Veloso França apud Kfourri (2010, p. 94)

Podemos tomar como exemplo um médico que abandona o tratamento de um paciente, ou não acompanha seu paciente no pós-operatório, ou ainda por descuido opera o membro errado do paciente.

### 3.3.2 Imprudência

Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, impulsiva, sem a devida cautela, age com consciência do risco oferecido ao paciente.

Ainda temos os seguintes conceitos:

“Imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela.” (GONÇALVES, 2009, p. 299).

“... se caracteriza quando o agente culpado resolve enfrentar desnecessariamente o perigo. O sujeito, pois, atua contra as regras básicas de cautela.” (GAGLIANO, 2005, p. 144).

Tomamos como exemplo de imprudência, quando um médico precipita-se ao uso de anestesia e o paciente morre de parada cardíaca. Imprudente também é o médico que realiza sem as devidas cautelas uma cirurgia que normalmente se realizaria em 4 horas e este faz em 1 hora, acarretando danos ao paciente. (KFOURI, 2010, p. 99)

### 3.3.3 Imperícia

A imperícia ocorre quando o médico não tem conhecimento de uma técnica, e a utiliza mesmo assim, assumindo os riscos de dano ao paciente.

É também conceituado como:

“É a falta de observação das normas, a deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático. Também caracteriza a imperícia a capacidade para exercer determinado ofício por falta de habilidade ou ausência de conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos em uma profissão.” (KFOURI, 2010, p. 100).

“Imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato.” (GONÇALVES, 2009, p. 299).

“[...] decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica.” (GAGLIANO, 2005, p. 144).

São exemplos dessa modalidade de culpa, quando um obstetra, que na operação cesariana, corta a bexiga da paciente, ou ainda, quando o médico na posse de um bisturi ao fazer incisões, o faz em lugares incorretos acarretando danos ou cicatrizes que poderiam ser evitadas ou minimizadas.

### 3.4 O dever de informação ao paciente

Como todo procedimento médico, a cirurgia plástica está sujeita a diversos fatores alheios a conduta culposa do profissional. Por isso, é necessário o absoluto esclarecimento ao paciente, sobre todos os procedimentos previstos que ocorrerão na cirurgia, os possíveis procedimentos a serem tomados em casos de imprevistos.

No direito do consumidor, temos como um dos princípios o direito de informação, que já foi explanado em capítulo anterior. Esse princípio é muito usado entre os cirurgiões estéticos, uma vez que está presente também no Código de ética médica, e no âmbito jurídico pode ser usado como causa de excludente de responsabilidade.

Diz o Código de Ética Médica:

“É vedado ao médico:

[...]

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.”

Portanto é proibido ao médico, realizar qualquer procedimento, sem o consentimento do paciente, ou realiza-lo sem dar os devidos esclarecimentos.

No tocante ao assunto, a Revista do Advogado (2011, p. 63) esclarece:

“Não basta que o cirurgião desenvolva com diligência o procedimento em sí. O médico deve estar atento e informar claramente o paciente no pré e pós-operatório sobre todos os riscos inerentes a intervenção, pedindo-lhe exames, analisando seu histórico e fornecendo, ainda, as recomendações necessárias para minimizar potenciais problemas.”

Ainda sobre a responsabilidade médica no caso de ausência de informações Franco (2010), diz em seu artigo:

“Sem informações, o paciente não pode exercer plenamente seu direito a decidir; portanto o cirurgião plástico assumirá o risco de, na possibilidade de sobrevir uma complicação possível, mas não informada ao paciente, ser responsabilizado por sua negligência e imprudência ao não informar a possibilidade de ocorrência daquela complicação - ainda que a ela não tenha dado causa.”

Assim sendo, é direito do paciente obter todas as informações possíveis para exercer uma escolha consciente e submeter-se então a uma cirurgia.

No mesmo sentido, é o posicionamento jurisdicional. Vejamos alguns julgados:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Ação proposta com base em erro médico que culminou com a amputação de parte do dedo indicador do autor. Sentença de improcedência. Data de distribuição da ação: 20/05/2010; Valor da causa: R\$ 102.000,00. Apela o autor sustentando não houve qualquer informação ou pedido de autorização para amputação da ponta do dedo, ao contrário, foi informado de que seria realizado um enxerto em face da ausência de fraturas; há culpa do médico que não observou a inexistência de fraturas; o ônus da prova deveria ter sido invertido, sendo clara a relação de consumo em análise. Cabimento. Configuração de erro médico pois a amputação deveria ter sido comunicada ao paciente, sendo necessária a sua autorização expressa para que ocorresse. Comunicação que deveria ser feita de forma clara e precisa. Imprestável a autorização em formulário genérico trazido pelos réus. Legitimidade do cirurgião e da prestadora de serviços médicos pela deficiente prestação de serviços. Dor moral presumível. Fixação em R\$ 15.000,00, na data da publicação do Acórdão. Recurso parcialmente provido para condenar solidariamente Carlos Henrique dos Santos e Sociedade Beneficente São Francisco de Assis de Tupã a pagar ao autor, R\$ 15.000,00, para a reparação dos danos morais com correção monetária a partir do evento danoso (Súm. 54 do STJ) e juros de mora, a partir da publicação deste Acórdão”. (TJ. Ap. n° 0004524-26.2010.8.26.0637/SP. Rel. Des. JAMES SIANO. DJ 18/07/2012)

“RESPONSABILIDADE CIVIL- MÉDICO- Cirurgia plástica para eliminar gordura abdominal e flacidez (abdominoplastia) termina com resultado adverso reinserção tardia do umbigo, em virtude de falta de fixação no ato cirúrgico), provocando dano estético irreversível. Na obrigação classificada como de resultado, o médico somente se exonera dos efeitos nocivos da adversidade final provando consentimento da paciente, apesar dos riscos esclarecidos (o que não aconteceu), caso fortuito ou culpa da vítima (também inocorrentes), sob pena de indenizar os danos produzidos (moral, estéticos e gastos da cirurgia corretiva)-provimento em parte.” (TJSP Apelação n°994.09.035657-8. Rel. Ênio Santarelli Zuliani. DJ 24/04/2010)

O paciente assim informado não poderá questionar o resultado, com a alegação de não ter recebido esclarecimentos acerca de possível complicação, da necessidade de retoques, ou do resultado estético que poderia ser alcançado, podendo o médico, posteriormente em mãos dos documentos de ciência do paciente, eximir-se de responsabilidade.

### **3.5 O dano como obrigação de indenizar e suas ações cabíveis**

Sabemos que, perante nosso ordenamento civil, todo dano, que advém de um ato ilícito é pressuposto de uma reparação, ou seja, de uma obrigação de indenizar.

Isto resta claro, quando passamos a observar os seguintes artigos do Código Civil de 2002:

“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”.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

Nas relações médico paciente, não é diferente. Vimos quando ocorrem às lesões, quais são as modalidades de culpa em que se ocorrem, quais as causas de excludentes de responsabilidade civil do médico, e quando temos direitos a indenizações que decorrem de dano médico.

Esse direito que possui o consumidor, e lhe é garantido pelo instituto da responsabilidade civil, chama-se direito de Ação, onde todos que possuem legitimidade podem ingressar com uma ação judicial para requerer seus direitos. No caso em questão, essas ações das quais são direito dos consumidores, chamam-se Ação de Indenização.

É na ação de indenização que o consumidor, pode requerer o reembolso dos danos sofridos em uma cirurgia estética mal sucedida.

Vejamos a excelente explanação de Gagliano, (2005, p. 43):

“Sendo a reparação do dano, como produto da teoria da responsabilidade civil, uma sanção imposta ao responsável pelo prejuízo em favor do lesado, temos que, em regra, todos os danos devem ser ressarcíveis, eis que, mesmo impossibilitada a determinação judicial de retorno ao status quo ante, sempre se poderá fixar uma importância em pecúnia, a título de compensação.”

Esses danos os quais devem ser requeridos e fundamentados a ação de indenização dividem-se em:

### 3.5.1 Dano moral

Dano moral é aquele que ofende o consumidor como ser humano, não lhe atingindo a esfera patrimonial. (GONÇALVES, 2009, p. 339)

“trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível á dinheiro, como é o caso de direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e a voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade).” (Rodolfo Pamplona Filho Apud Gagliano, 2005, p. 49)

“o dano moral é aquele que afeta a paz interior de cada um. Atinge o sentimento da pessoa, o decoro, o ego, a honra, enfim, tudo aquilo que não tem valor econômico, mas que lhe causa dor e sofrimento. É, pois, a dor física e/ou psicológica sentida pelo indivíduo.” (NUNES, 2005, p. 69)

O dano causado pelo médico, seja ele uma cicatriz ou uma deformidade, causa indiscutivelmente uma dor psicológica, algum trauma ou sentimentos ruins, que podem permanecer na vida do paciente pelo resto de sua vida.

A indenização por dano moral vem justamente aliviar essa dor psicológica causada ao paciente. Não é um valor quantificável, e nem visa reparar o dano causado, visa apenas o conforto do paciente, aliviar, dar alento à situação vivida no momento difícil. (VENOSA, 2004, p. 41)

Observamos então, que é garantida pelo Código Civil essa modalidade de indenização:

“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”.

Portanto, observada a lesão moral do paciente ocasionada por lesão médica, lhe é garantido pleitear a indenização por danos morais, tendo em vista que esta pode ser cumulada com danos patrimoniais, se estes advêm do mesmo ato ilícito. (VENOSA, 2004 p. 49)

Ou seja, é possível ajuizar apenas uma ação de indenização com dois pedidos simultaneamente, por danos morais e materiais, com fundamento na súmula 37 do STJ.

### 3.5.2 Dano material ou patrimonial

No dano material temos que: “é aquele que afeta somente o patrimônio do ofendido.” (GONÇALVES, 2009, p. 339).

“como conceito de indenização por dano material é amplamente conhecido por: (composição em dinheiro visando a reposição do *status quo* ante: valor efetivamente perdido – dano emergente – e receita que se deixa de aferir – lucros cessantes).” (NUNES, 2005, p. 69)

O dano material traduz e quantifica a lesão aos bens e direitos economicamente aplicáveis do seu titular. (GAGLIANO, 2005, p. 45).

Vejamos o que garante o Código Civil:

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.  
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Assim ocorre, quando gastamos certa quantia em dinheiro para a realização de procedimentos de uma cirurgia estética e esta não alcança o objetivo planejado, ou seja, o gasto foi em vão tendo em vista necessidade de nova cirurgia.

Os danos materiais, neste caso médico, em sua maioria são em consequências das despesas médico hospitalares, medicamentos, viagens, contratação de enfermeiras, etc. (KFOURI, 2010, p. 114)

Dentro do dano material, devem ser analisados dois aspectos importantes: A presença de dano emergente, que corresponde ao que o paciente efetivamente perdeu seu prejuízo; e A presença de lucros cessantes, que corresponde á que o paciente deixou razoavelmente de ganhar, lucrar, em virtude do dano causado. (GAGLIANO, 2005, p. 45)

Essas modalidades de danos apresentadas acima devem ser efetivamente comprovadas nos autos por meio de provas para evitar a proliferação de indenizações por má-fé, ou seja, o famoso enriquecimento ilícito.

Portanto está também previsto no Código Civil as seguintes disposições e garantias de indenizações:

“Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

“Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Ainda sobre lucros cessantes, no caso específico de lesão médica, garante o Código Civil:

“Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

“Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

Sendo assim, devemos lembrar que só poderão ser incluídos os danos emergentes e lucros cessantes, aqueles que derivem diretamente de conduta ilícita do médico, ou seja, nos casos já explanados acima de dolo/culpa. (GAGLIANO, 2005, p. 48)

### 3.5.3 Dano estético

Como diz Silva, (2004, p. 21): “Dano, como o próprio nome já sugere, é aquilo que danifica alguma parte de um bem jurídico. No que se refere ao dano estético, observa-se ofensa de um bem jurídico maior: a integridade do ser humano.”.

Dano estético, portanto, é uma lesão corporal, que seja significativa para alterar a vida social e pessoal da pessoa lesada, trazendo-lhe sentimento de desprezo ou constrangimento diante da exposição de sua imagem alterada. (SILVA, 2004, p. 33)

Wilson Melo da Silva anota, ainda, que o dano estético, na esfera do direito civil, não seria apenas o aleijão. Abrangeria também, as deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos, ainda que mínimos e que pudessem implicar, sob qualquer aspecto, um ‘afeamento’ da vítima, ou que pudessem vir a se constituir, para ela, numa simples lesão ‘desgostante’, como diria Lopes Vieira, ou em um permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizastes complexos. (KFOURI, 2010, p. 116)

Alguns autores como Tereza Ancona Lopez, citada por Kfoury Neto, Silvio de Salvo Venosa, e o próprio Miguel Kfoury Neto, entendem que o dano estético é uma modalidade de dano moral, uma subespécie, portanto não poderia ser cumulável com a ação de indenização por danos morais, mesmo que estes versem sobre a mesma origem de ato ilícito.



Observam-se as posições:

“Dano estético, portanto, é modalidade de dano moral. Pode ser cumulado com danos patrimoniais, como, por exemplo, diminuição da capacidade de trabalho. No entanto, por ser modalidade de dano moral, não se cumula com este sob pena de ocorrer bis in idem.” (VENOSA, 2004, p. 43)

“Quanto aos danos morais, incluem os danos estéticos, a dor sofrida, o profundo mal estar advindo de abalos causados à esfera das relações sexuais, a frustração pela abrupto afastamento da atividade profissional (uma bailarina, por exemplo, lesada em membro inferior, por cirurgia desastrada), e infinidade de outras situações, sobretudo vinculadas aos direitos de personalidade.” (KFOURI, 2010, p. 114)

“Em sua tese de doutorado – O dano Estético – Tereza Ancona Lopez, de início, afirma que dano estético é dano moral, e faz alusão a Agostinho Alvim, para quem “dano é a lesão a qualquer bem jurídico.” (Tereza Ancona Lopez apud KFOURI, 2010, p. 115)

Ainda nesta vertente, Teresa Ancona Lopez Apud Kfourri (2010, p. 115) diz que ao apreciar um prejuízo estético sofrido, deve ser observada a condição em que a pessoa se encontrava antes, a lesão causada pelo dano estético tem que “enfeiar” a pessoa, sendo que essa lesão deverá ser duradoura, caso contrário não se poderá falar em dano estético propriamente dito (dano moral), mas sim, se a lesão for passageira, encaixa-se na vertente de perdas e danos.

Por outro lado, Nunes, (2005, p. 75), diferentemente das outras posições aqui demonstradas afirma claramente: “[...] pode haver dano estético sem o correspondente dano moral.”.

Afirma que as modalidades de dano moral e estético são independentes, podendo o moral ter origem em fatos diversos do estético. Diz ainda que para fins de indenização, está apenas relacionado a uma modificação de ordem física exterior (lesão), com ou sem dano moral ou material.

Conclui ainda que poderá haver dano estético sem dano moral posterior (quando através da lesão a vítima sofre satisfação, um melhoramento em sua aparência física); poderá haver dano estético com o respectivo dano moral (os dois juntos, o que geralmente ocorre); e poderá haver dano físico sem dano estético, mas com dano moral (dano estético que não há diminuição da imagem física no indivíduo).

### 3.5.4 Possibilidade de cumulação de danos- STJ

Como visto anteriormente, a doutrina era controversa no assunto de cumulação de danos morais, materiais e estéticos. Não podendo ficar à mercê da insegurança jurídica que muitas vezes era causada pela divergência existente, o STJ sumulou e pacificou o assunto, tornando possível a cumulação de danos.

Conforme já citado, o próprio STJ instituiu em sua súmula 37, que uma mesma conduta pode a um só tempo gerar dano patrimonial e moral. (Súmula 37- “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”). Entendimento esse pacificado tanto em doutrina quanto em jurisprudência.

No mesmo sentido, a Corte Superior, editou a nova Súmula 387, afirmando ser possível a cumulação de dano moral com outro dano moral, ou seja, tanto o dano moral a honra, como dano à integridade física, anteriormente considerada também como moral, o dano estético.

O argumento principal utilizado pelos doutrinadores favoráveis á cumulação de dano moral e estético, é que o dano estético é dano referente à integridade física, sendo este a forma mais violenta lesão à pessoa, pois além da transformação física gera o dano à imagem social. Constitucionalmente, o dano à imagem é considerado uma espécie de dano autônoma e, comprometendo a aparência, compromete também a imagem social da pessoa lesada. (ALMEIDA, 2002)

Anterior a súmula, para muitos doutrinadores, a indenização por dano estético cumulada com o dano moral, da forma mais ampla possível, pareceria um *bis in idem*, ou seja, uma repetição de indenização para o mesmo dano. Entretanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2009), até mesmo antes da pacificação sumulada, vinha permitindo a acumulação dos danos material, estético e moral, ainda que decorrentes de um mesmo acidente, quando for possível distinguir com precisão as condições que justifiquem cada um deles. (STJ, 2009)

A Súmula 387 aprovada na Segunda Seção do STJ pelo relator Ministro Fernando Gonçalves em 2009, segue com o seguinte teor: “É possível à acumulação das indenizações de dano estético e moral.”.

Por fim, vale ressaltar que hoje a jurisprudência do STJ é pacífica quanto a cumulação de diferentes danos morais e ainda a espécie de dano material. Observamos a seguir alguns julgados recentes:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCARGA ELÉTRICA POR ROMPIMENTO DE CABO CONDUTOR. AMPUTAÇÃO DE BRAÇO DIREITO E DIVERSAS CICATRIZES NO CORPO. VÍTIMA QUE CONTAVA COM DEZESSETE ANOS DE IDADE. DANO MORAL E ESTÉTICO. CUMULAÇÃO DEVIDA. VALOR DAS INDENIZAÇÕES REDIMENSIONADO. 1. O recorrente, que contava com 17 (dezesete) anos de idade quando do infortúnio, foi vítima de descarga elétrica, cujas consequências foram a amputação de seu braço direito na altura do ombro e cicatrizes por todo o corpo, estas decorrentes das queimaduras sofridas. 2. Notadamente em relação ao dano estético, a idade da vítima ressurte de suma relevância para a fixação da indenização, tendo em vista que a aparência pessoal em idades juvenis, cujos laços afetivos e sociais ainda estão sendo formados, mostra-se mais determinante à elaboração da personalidade, se comparada à importância dada à estética por pessoas de idade mais avançada, cujos vínculos familiar, sentimental e social já se encontram estabilizados. 3. Por outro lado, mostra-se imprópria qualquer comparação no que concerne ao valor de indenização fixado por esta Corte em caso de morte. No presente caso, está-se a indenizar a própria vítima por um sofrimento que irá experimentar por toda a vida, ao passo que a indenização por morte é concedida aos familiares da vítima, em decorrência da dor experimentada pela perda do querido ente. 4. Indenização elevada ao valor global de R\$ 250.000,00, já considerados os danos morais e estéticos. Quanto ao valor da indenização, ressalva pessoal do relator, que dava provimento ao recurso em maior extensão. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.” (REsp 689088 / MA. Recurso Especial 2004/0130203-3 Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. DJ. 20/10/2009)

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO. CICATRIZES. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (Súmula n. 387/STJ). II. Pode esta Corte rever o valor arbitrado a título de danos morais quando o mesmo se mostrar além ou aquém do que for considerado razoável. III. Danos moral e estéticos reduzidos, para amoldar-se a parâmetros compatíveis com a lesão causada. IV. Recurso parcialmente provido.” (REsp. 752260 / RJ. Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR. DJ. 02/09/2010)

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE. DANO MORAL. DANO ESTÉTICO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. I. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral (Súmula STJ/387). Agravo Regimental improvido.” (AgRg no REsp.1182125 -AM. Rel. Min. SIDNEI BENETI. Dj 27/04/2010)

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. QUEDA DE TREM. DANOS MATERIAL E MORAL RECONHECIDOS NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DANO ESTÉTICO AUTÔNOMO. DIREITO À REPARAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral" (Súmula 387/STJ), ainda que derivados de um mesmo fato, mas desde que um e outro possam ser reconhecidos autonomamente, sendo, portanto, passíveis de identificação em separado. 2. Na hipótese em exame, entende-se configurado também o dano estético da vítima, além do já arbitrado dano moral, na medida em que, em virtude de queda de trem da companhia recorrida, que trafegava de portas abertas, ficou ela acometida de "tetraparesia espástica", a qual consiste em lesão medular incompleta, com perda parcial dos movimentos e atrofia dos membros superiores e inferiores. Portanto, entende-se caracterizada deformidade física em seus membros, capaz de ensejar também prejuízo de ordem estética. 3. Considera-se indenizável o dano estético, autonomamente à aflição de ordem psíquica, devendo a reparação ser fixada de forma proporcional e razoável. 4. Recurso especial provido”. (REsp 812506 / SP. Rel. Min. RAUL ARAÚJO. DJ.19/04/2012)

Com o avanço da Medicina, o aperfeiçoamento e a popularização das cirurgias, ótimos resultados são obtidos, mas, algumas vezes, nem sempre tudo sai dentro do planejado. Em alguns casos, a cirurgia deixa marcas e, não raro, as cicatrizes permanecem no corpo por toda a vida. Mas, ainda que traumatizado pelo episódio, o paciente deve sempre considerar a busca de reparação na Justiça. (STJ, 2009)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto sobre o tema pesquisado e apresentado, conclui-se que, ao observar o crescente número de jurisprudências sobre o caso, é certo que cada vez mais aumenta a quantidade de pessoas que se submetem ao tipo de cirurgia estética.

Com o aumento desordenado de procura por essa modalidade de cirurgia, e modismo por um corpo perfeito, surgem diversos profissionais não qualificados e não especializados, que são atraídos por um possível retorno de dinheiro fácil, os quais não se importam com bem-estar do paciente, o resultado obtido, e o procedimento a ser realizado.

Impulsionado por ofertas e facilitação de pagamento, cada vez mais os consumidores se submetem a cirurgia estética, procedimento complexo e doloroso, pretendendo assim atingir um só objetivo, a melhoria estética, o alcançar do padrão de beleza estipulado pela própria sociedade.

Quando o consumidor se submete ao procedimento cirúrgico, espera que o procedimento realize-se de forma planejada, por isso quando procura o médico, espera que este cumpra com o resultado prometido.

Ocorre porém, que nem sempre tudo sai como o planejado, e muitas vezes essas cirurgias deixam danos e marcas, marcas essas que podem durar a vida toda, principalmente de forma a traumatizar o paciente quando o resultado não é alcançado.

E justamente por ser uma obrigação de resultado, uma exceção no Código de Defesa do Consumidor, é que o médico está sujeito às regras da responsabilidade subjetiva, garantindo ao consumidor a inversão do ônus da prova, deixando a cargo do médico provar sua inocência.

Muitas vezes por desconhecimento, ou medo, o consumidor não pleiteia seus direitos no judiciário.

Hoje, é entendimento sumulado a possibilidade de cumulação de ações de danos morais, materiais e estéticos, tudo para facilitar o acesso do consumidor à justiça, basta à divulgação de seus direitos e que o consumidor aventure-se ao mundo do judiciário.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Alessandra Juttel. **É possível a cumulação entre dano moral e dano estético?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2769>. Acesso em: 4 jul. 2012

BARBOZA, Jovi Vieira. **Noções e Princípios de Direito do Consumidor**. Disponível em [http://www.facape.br/controladoria/6/Apostila\\_Nocoos\\_e\\_Principios\\_do\\_Direito\\_do\\_Consumidor.pdf](http://www.facape.br/controladoria/6/Apostila_Nocoos_e_Principios_do_Direito_do_Consumidor.pdf). Acessado em 24 de nov. 2011.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Dignidade da pessoa humana e cidadania: Princípios fundamentais e essenciais para o acesso à Justiça**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 75, 01/04/2010. Disponível: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7538](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7538). Acesso em 22/10/2011. )

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado. 1998.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro 1990**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm). Acesso em 20 de out. 2011.

BRASIL. Resolução CFM nº 1931/2009. 13 de outubro de 2009. Dispõe **sobre Código de Ética Médica**. Disponível em: [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20659:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-iv-direitos-humanos&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20659:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-iv-direitos-humanos&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - RS. Recurso Especial nº 1269832-RS 2011/0184187-2. Relator: Ministro Carlos Meira. Brasília, 13 de setembro de 2011. [http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STJ/IT/RESP\\_1269832\\_RS\\_1327087307323.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STJ/IT/RESP_1269832_RS_1327087307323.pdf).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – AM. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1182125. Agravante: Aruanã Transportes Ltda. Agravado: José Carlos da Silva Borges. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 27 de abril de 2010.

[http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev3/files/JUS2/STJ/IT/AGRG-RESP\\_1182125\\_AM\\_1274807900966.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev3/files/JUS2/STJ/IT/AGRG-RESP_1182125_AM_1274807900966.pdf).

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça – MA. Recurso Especial nº 2004/0130203-3. Recorrente: Dilson Mendonça da Silva. Recorrido: Companhia Energética do Maranhão – CEMAR. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 de outubro de 2009. [http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev2/files/JUS2/STJ/IT/RESP\\_689088\\_MA\\_1270905987700.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev2/files/JUS2/STJ/IT/RESP_689088_MA_1270905987700.pdf).

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso Especial nº 1.180.815 - MG (2010/0025531-0). Recorrente: Fernanda de Souza Panta. Recorrido: Carlos Fernando Hudson Nascimento. Relatora: Ministra: Nancy Andrighi. Brasília, 19 de agosto de 2010. [http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev4/files/JUS2/STJ/IT/RESP\\_1180815\\_MG\\_1284652354790.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev4/files/JUS2/STJ/IT/RESP_1180815_MG_1284652354790.pdf).

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça – RJ. Recurso Especial nº 752260. Recorrente: Auto Viação Bangu Ltda. Recorrido: Patrícia dos Santos Magalhães. Relator: Aldir Passarinho Junior. Brasília, 2 de setembro de 2010. [http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev5/files/JUS2/STJ/IT/RESP\\_752260\\_RJ\\_1286225427511.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev5/files/JUS2/STJ/IT/RESP_752260_RJ_1286225427511.pdf).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – SP. Recurso Especial nº 812506. Recorrente: Fernando dos Santos. Recorrido: Companhia Paulista de Trens Metropolitanos. Relator: Ministro Raul Araujo. Brasília, 19 de abril de 2012. [http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STJ/IT/RESP\\_812506\\_SP\\_1335996456074.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STJ/IT/RESP_812506_SP_1335996456074.pdf).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão nº 0031847-63.2008.8.26.0576. Apelante: Luciani Cristina Simonato. Apelado: Fabio Henrique Malzone. Relator: Desembargador: Alcides Leopoldo e Silva Junior. São Paulo, 9 de junho de 2012. <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5976393>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão nº 0004524-26.2010.8.26.0637/SP. Apelante: Leandro Sato. Apelado: Carlos Henrique dos Santos. Relator: Desembargador James Siano. São Paulo, 18 de julho de 2012. <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6039122&v1Captcha=WJHAU>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão nº 9096704-44.2008.8.26.0000. Apelante: Marcia Susi Meschini. Apelado: Antonio de Almeida e Centro Clinico Cirurgico São Luiz S C Ltda. Relator: Desembargador: Elcio Trujillo. São Paulo, 5 de junho de 2012. <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5954015>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 994.09.035657-8. Apelante: Janaina Pupo Mercias. Apelado: Nobre Seguradora do Brasil S/A. Relator: Ênio Santarelli Zuliani. São Paulo, 29 de abril de 2010. <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4479750>.

CHAGAS, Leonel Rodrigues. **Os princípios e normas do Direito do Consumidor na Constituição Federal**. Brasília-DF: 13 jan. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.30837>. Acesso em: 22 out. 2011.

CRUZ, Patrícia félix da. **Cirurgia plástica estética: obrigação de meios ou resultado?**. Jus navegandi, teresina, ano 9, nº 424, 4 de set. 2004. Disponível em : <http://jus.com.br/revista/texto/5655>. Acesso em 29 de fev. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7.

FILOMENO, Jose Geraldo Brito. **Curso Fundamental de Direito do Consumidor**. 2 edição, Ed. Atlas, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FRANCO, Sandra. **Direito inalienável à informação**. 15/12/2010. Retirado de: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leisjurisprudencia/67/artigo241534-2.asp>. Acesso em 15 de dez. 2011.

GAMA, Helio Zagueto. **Curso de direito do consumidor**. 3 ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 3º ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil**. 4 ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7 ed. – São Paulo: ed. Revista dos tribunais, 2010.



KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo.** 2 ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2005.

KOSTESHI, Graciele. **A História das Relações de Consumo.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1769/A-historia-das-relacoes-de-consumo>. Acessado em 22 de out 2011.

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

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

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial, Empresários, Individuais, Microempresas, Sociedades, Comerciais, Fundo de Comercio.** São Paulo : ed. Ed Forense, 2006

NUNES, Rizzatto, **Comentários ao Código de defesa do consumidor,** Ed Saraiva, 2 ed. reform. São Paulo : Saraiva, 2005.

PASQUINI, Luís Fernando Barbosa. **O profissional liberal e sua responsabilidade civil na prestação de serviços.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1095, 1 jul. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8574>. Acesso em: 26 maio 2011.

PEREIRA, Caio Mario da. **Responsabilidade Civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

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

ROSA, Andre Luiz Cateli. **Curso de Direito do Consumidor.** Apostila, 2011.

REGO, Werson Franco Pereira. REGO, Oswaldo Luiz Franco . **O Código de Defesa do Consumidor e o direito econômico.**

Disponível em: [http://www.smithedantas.com.br/texto/cdc\\_dir\\_econ.pdf](http://www.smithedantas.com.br/texto/cdc_dir_econ.pdf). Acesso em 27 de out. 2011.

REVISTA DO ADVOGADO n° 114. **20 anos de vigência do cdc - desafios atuais**. Ed. AASP, 2011.

SILVA, Nereida Veloso. **Dano estético**. São Paulo. Ed. Ltr, 2004.

SOUZA, Rogerio de Oliveira. **Da Hipossuficiência**. Disponível em [http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=f397314c-6e89-4e94-b2e9-d05e06d3b6ca&groupId=10136](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f397314c-6e89-4e94-b2e9-d05e06d3b6ca&groupId=10136). Acessado em 24 de nov. 2011.

STJ - O Tribunal da Cidadania: **Acumulação de dano estético com moral: uma realidade no STJ**. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94642#](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94642#). Acessado em 5 de jul. de 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo. Ed Atlas, 2004.

YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedroso. **Nova Súmula 387 do STJ prevê cumulação de danos morais de diferentes categorias**. Disponível em: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090901180242808&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090901180242808&mode=print). Acesso em 04 jul. de 2012.



**Camila Araujo Guilhem**

RA: 42664-4

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO FORMA DE  
GARANTIA EM CIRURGIAS ESTÉTICAS

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: \_\_\_\_\_

10,0

ORIENTADOR(A): \_\_\_\_\_

  
Adriano de Oliveira Martins

1º EXAMINADOR(A): \_\_\_\_\_

  
Aline Storer

2º EXAMINADOR(A): \_\_\_\_\_

  
Ricardo Sevilha Mustafá

Marília, 30 de novembro de 2012.