

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.395.254 - SC (2013/0132242-9)**

RECORRENTE : ADRIANO JOSÉ TONIN  
ADVOGADO : LISANDRÉIA TONIN THOMÉ  
RECORRIDO : MAURÍCIO LUIZ PERTUZZATTI  
ADVOGADO : JURACI JOSÉ FOLLE

**RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

**RELATÓRIO**

Cuida-se de recurso especial interposto por ADRIANO JOSÉ TONIN, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

**Ação:** de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada pelo recorrente, em face de MAURÍCIO LUIZ PERTUZZATTI. O recorrente alega que se submeteu a cirurgia de rinoplastia, a fim de corrigir problema estético no nariz, a qual foi realizada concomitantemente a cirurgia para correção de desvio de septo nasal, mas por outro médico.

Argumenta que, decorrido o prazo estabelecido pelo cirurgião para que o nariz retornasse à normalidade, o recorrente constatou o insucesso da rinoplastia, motivo pelo qual o cirurgião realizou nova cirurgia, às suas expensas. Contudo, segundo alega o recorrente, essa cirurgia agravou ainda mais o seu quadro, o que levou o recorrente a procurar outro cirurgião, para realizar a terceira cirurgia, a qual, segundo afirma, obteve resultado satisfatório.

**Sentença:** julgou improcedente o pedido, em razão da ausência de comprovação de que o recorrido agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

**Acórdão:** negou provimento à apelação interposta pelo recorrente, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA ESTÉTICA FACIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO, NÃO EVIDENCIADA. PROVA PERICIAL QUE INDICA PROCEDIMENTO CORRETAMENTE APLICADO. DANOS NÃO DEMONSTRADOS.

INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA.  
RECURSO DESPROVIDO. (e-STJ fl. 161)

**Embargos de declaração:** interpostos pelo recorrente, foram rejeitados.

**Recurso especial:** alega violação dos artigos 6º, III e VIII, e 14, *caput* e § 4º, do CDC; 1.056 do CC/16; 333, II, 420 e 436 do CPC, bem como dissídio jurisprudencial. Assevera que a responsabilidade do médico, na cirurgia estética, é de resultado. Sustenta a sua hipossuficiência e o descumprimento do dever de informação do médico. Argumenta que o ônus da prova deve ser invertido. Afirma que, sendo a cirurgia plástica estética uma obrigação de resultado, o médico, para se eximir do dever de indenizar, deve comprovar a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Sustenta que a prova pericial é prescindível, pois a culpa do médico está mais atrelada ao descumprimento do dever de informar, do que à análise do ato cirúrgico em si. Aduz a violação dos princípios do contraditório, do dispositivo e do direito à prova.

**Prévio juízo de admissibilidade:** após a apresentação de contrarrazões, o recurso especial foi inadmitido na origem.

Para melhor exame da controvérsia posta nos autos, dei provimento ao AREsp 335.236/SC, para determinar fosse reatuado como recurso especial.

Relatado o processo, decide-se.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.395.254 - SC (2013/0132242-9)**

**RELATORA** : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**  
**RECORRENTE** : **ADRIANO JOSÉ TONIN**  
**ADVOGADO** : **LISANDRÉIA TONIN THOMÉ**  
**RECORRIDO** : **MAURÍCIO LUIZ PERTUZZATTI**  
**ADVOGADO** : **JURACI JOSÉ FOLLE**

**RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

**VOTO**

Cinge-se a controvérsia a determinar se a responsabilidade do cirurgião, em cirurgia plástica de rinoplastia, é de meio ou de resultado e se o ônus da prova, nessa hipótese, deve ser invertido.

A matéria jurídica encontra-se devidamente prequestionada, pelo que se passa à análise dos dispositivos legais tidos por violados.

**1. Da responsabilidade do médico na cirurgia estética. Art. 14, caput e § 4 do CDC.**

01. O TJ/SC, na hipótese dos autos, expressamente consignou que o recorrente realizou cirurgia plástica de rinoplastia, com finalidade estética (e-STJ fl. 164).

02. Esta Corte já se manifestou acerca da relação médico-paciente, concluindo tratar-se de obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Confirmam-se, à guisa de exemplo, os seguintes precedentes: REsp 1.097.955/MG, 3ª Turma, de minha relatoria, DJe de 27.09.2011; REsp 1.104.665/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 09.06.2009; e REsp 236.708/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, DJe de 10.02.2009.

03. A obrigação de meio limita-se a um dever de desempenho, isto é,

# *Superior Tribunal de Justiça*

há o compromisso de agir com desvelo, empregando a melhor técnica e perícia para alcançar um determinado fim, mas sem se obrigar à efetivação do resultado. Na obrigação de meio, compete ao autor a prova da conduta ilícita do réu, demonstrando que este, na atividade desenvolvida, não agiu com a diligência e os cuidados necessários para a correta execução do contrato.

04. Já na obrigação de resultado, o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. Nas obrigações de resultado há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova.

05. O Tribunal de origem assim se manifestou quanto à comprovação da culpa do recorrido:

Conforme se depreende dos fundamentos elencados pelo magistrado de primeiro grau, a solução do caso em tela há que se fundar basilarmente no exame da prova técnica pericial apresentada.

Compulsando o feito, extrai-se do laudo pericial incluso aos autos de produção antecipada de prova, em apenso (fls. 39), elaborada pelo expert Antônio José de Marco:

"CONCLUSÕES:

Avaliação funcional:

Não há existência de obstrução respiratória ou diminuição da capacidade respiratória;

Não há rinodesvio (desvio da pirâmide nasal)

Não há seqüelas das cirurgias (celamento nasal, retração cicatriciais ou desvios).

Estudo Radiográfico:

Presença de calo ósseo cicatricial.

CONSTATAMOS:

Estrutura septal íntegra, ausência de desvios;

Presença de lobo (ponta) globosa devido espessura a pele.

Tecido cutâneo espesso (devido as características individuais do paciente)."

Desta feita, não comprovada a culpa do apelado, não há que se falar que este foi negligente, imprudente ou imperito. Lógico, não se pode desconhecer, que a culpa não é fácil de ser provada, mas, conforme colhe-se do laudo pericial, notadamente as fls. 39, "não há seqüelas das cirurgias".

Destarte, na ausência de provas, afasta-se qualquer hipótese de o apelado ter sido negligente, imprudente ou imperito. Os elementos dos autos são claros e objetivos, quando afirmam que, o apelado bem realizou os procedimentos

necessários quando da cirurgia, sendo que não há prova que tenha realizado o procedimento de maneira incorreta, ainda que tenha havido a necessidade de mais do que um procedimento para que o autor viesse a ter um resultado que esperava para o seu problema.

Evidente, portanto, a inexistência de danos decorrentes da cirurgia estética realizada no apelante, eis que, em diversos trechos do laudo técnico, o perito deixa claro que a cirurgia plástica foi realizada respeitando as normas técnicas da medicina. (e-STJ fls. 163/164)

06. Conforme se depreende do excerto acima, o TJ/SC levou em consideração unicamente a perícia técnica, que teria comprovado que a cirurgia plástica foi realizada respeitando as normas técnicas da medicina, "ainda que tenha havido a necessidade de mais do que um procedimento para que o autor viesse a ter um resultado que esperava para seu problema" (e-STJ fls. 163/164).

07. Por outro lado, ao se manifestar acerca do ônus da prova, o Tribunal de origem adotou a seguinte fundamentação:

Neste caso ao ajuizar ação de indenização por dano moral e material se deve, para poder se chegar a um resultado positivo, comprovar o fato constitutivo do seu direito, pois, o ônus da prova incumbe a quem alega, conforme a incontroversa exegese do artigo 333, I do Código de Processo Civil.

08. Infere-se do acórdão recorrido que o TJ/SC, ao analisar a responsabilidade do médico quanto à cirurgia estética realizada, pautou-se no fato de que, apesar da obrigação, nos procedimentos estéticos, ser de resultado, aferir se o resultado atingido foi o esperado é questão muito subjetiva. Por isso, de acordo com o Tribunal, a análise recai sobre o emprego das técnicas adequadas.

09. Ademais, apesar de o Tribunal ter reconhecido que se trata de obrigação de resultado e, mais, ter afirmado que o recorrido realizou uma terceira cirurgia para, enfim, obter um resultado satisfatório, não aplicou a regra de inversão do ônus da prova prevista na legislação consumerista, mas sim a regra geral de distribuição do ônus da prova prevista no CPC.

10. O recorrente, por sua vez, aduz que, sendo a obrigação do

# *Superior Tribunal de Justiça*

médico, nos casos de cirurgia estética, de resultado, é dispensável a análise da adequação das técnicas utilizadas, devendo o profissional, para se eximir do dever de indenizar, comprovar a inexistência do defeito; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro; ou a existência de caso fortuito ou força maior.

11. De fato, nas obrigações de resultado, o uso da técnica adequada na cirurgia não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação. Se, mesmo utilizando-se do procedimento apropriado, o profissional liberal não alcançar os resultados dele esperados, há a obrigação de indenizar.

12. Segundo ensina Sérgio Cavalieri Filho, "no caso de insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afetar o seu dever de indenizar" (*Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 370).

13. Incumbia ao recorrido, portanto, fazer prova de circunstância capaz de elidir sua responsabilidade pelos danos alegados, o que, a partir dos fundamentos do acórdão recorrido, não é possível aferir se o médico logrou produzir, tendo em vista que o Tribunal de origem, embora tenha reconhecido que se trata de obrigação de resultado, analisou apenas a correção das técnicas utilizadas nas cirurgias.

14. Como corolário da responsabilidade de resultado do médico, decorre que: i) o ônus da prova deve ser invertido; e ii) o uso da técnica adequada não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento da obrigação.

15. Trazendo essas premissas para a hipótese dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem, a despeito de ter reconhecido que a responsabilidade é de resultado, não inverteu o ônus da prova e considerou provada a ausência de

culpa, a partir da perícia que analisou a correção das técnicas utilizadas nas cirurgias. Assim, tendo em vista a insuficiência da prova pericial realizada e a necessidade de inversão do ônus da prova, o acórdão recorrido merece reforma.

16. Por conseguinte, dá-se provimento ao presente recurso quanto ao ponto, para reconhecer a necessidade de inversão do ônus da prova, por se tratar de obrigação de resultado.

## **2. Da inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CPC.**

17. Reconhecida a necessidade de inversão do ônus da prova, e, tendo em vista que a insuficiência da prova analisada pelo Tribunal de origem, torna-se necessária a reabertura da fase instrutória.

18. Isso porque a jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do Reps 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. Naquela oportunidade, entendeu-se que, como o modo de distribuição do ônus da prova influi no comportamento processual das partes, a inversão não pode ocorrer quando do julgamento da ação pelo Juiz ou pelo Tribunal. O acórdão foi assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

I. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (*'ope legis'*), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (*'ope judicis'*), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

II. Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC.

III. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como

# *Superior Tribunal de Justiça*

norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

IV. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão '*ope judicis*' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

V. Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

VI. A inversão '*ope judicis*' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

VII. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

**RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.**

19. Assim, considerando a necessidade de se permitir ao recorrido a produção de eventuais provas capazes de ilidir o pleito deduzido pelo recorrente, deverão ser remetidos os autos à instância inicial, a fim de que seja oportunamente prolatada uma nova sentença.

Forte nessas razões, **CONHEÇO** e **DOU PROVIMENTO** ao recurso especial para, invertendo o ônus da prova, remeter os autos ao Juízo de Primeiro Grau, a fim de que este prossiga na instrução e julgamento do processo, na esteira do devido processo legal.