

Apelação n. 0003841-27.2003.8.24.0075
Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato

PROCESSUAL CIVIL, CONSUMIDOR E RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. AGRAVO RETIDO. INDEFERIMENTO DE CONTRADITA DE TESTEMUNHA. SUSPEIÇÃO NÃO VERIFICADA. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA ESTÉTICA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DA AUTORA. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FOI INFORMADA PELO MÉDICO A RESPEITO DOS RISCOS DO ATO CIRÚRGICO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. FATO VENTILADO APENAS EM RÉPLICA À CONTESTAÇÃO. MODIFICAÇÃO INDEVIDA DA CAUSA DE PEDIR. PEDIDO DE ADITAMENTO DA INICIAL NÃO FORMULADO NA ORIGEM. VIOLAÇÃO À REGRA DA ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA. INTELIGÊNCIA DOS ART. 264 DO CPC/1973. CAUSA DE PEDIR VEICULADA NA INICIAL QUE DIZ RESPEITO APENAS À SUPOSTA NEGLIGÊNCIA DO SEGUNDO RÉU NO PERÍODO PÓS-OPERATÓRIO. VINCULAÇÃO DESTE ÓRGÃO COLEGIADO A ESTE FUNDAMENTO DE FATO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 128 E 460 DO CPC/1973. PROVA TÉCNICA PRODUZIDA NOS AUTOS COM CONCLUSÃO PELA INEXISTÊNCIA DE CULPA DO PROFISSIONAL. DANOS DECORRENTES DE FATORES ALHEIOS À SUA CONDUTA. APONTADA PELA PROVA TÉCNICA A CONDIÇÃO DE FUMANTE DA PARTE AUTORA COMO CAUSA PREPONDERANTE DA INTERCORRÊNCIA OCORRIDA NO PÓS-OPERATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO CIRURGIÃO, AINDA QUE SUA OBRIGAÇÃO SEJA DE RESULTADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 14, § 4º, DO CDC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Conforme dispõe o artigo 264 do Código de Processo Civil de 1973, após angularizada da relação jurídica processual, não é permitido ao autor, sem o consentimento do réu, modificar o pedido ou a causa de pedir.

2. Assim como não é dado à parte autora modificar os

elementos constitutivos da demanda (partes, causa de pedir e pedido) no curso do processo, ao Órgão Judicial, pela regra da correspondência (CPC/1973, art. 128 e 460), não é permitido deles desvincular-se durante o trâmite processual e, principalmente, no momento de proferir a decisão de mérito.

3. Se a parte autora, na inicial, embasou seu pleito indenizatório na suposta negligência do médico réu no período pós-operatório de sua cirurgia, não lhe era permitido, na réplica, sem o consentimento deste, modificar esse fundamento e passar apoiar sua pretensão no fato de que o profissional não lhe advertiu dos riscos que o procedimento cirúrgico representava.

4. Admitir semelhante inovação, além de caracterizar ofensa ao art. 264 do CPC/1973, colocaria o réu em situação de desvantagem processual, violando seu direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, já que a legislação adjetiva não prevê oportunidade para apresentação de tréplica.

5. Não é possível imputar ao médico cirurgião plástico a responsabilidade civil pela má-cicatrização da pele da paciente quando a anormalidade verificada não possui qualquer relação com sua conduta profissional, mas sim com fatores fisiológicos da própria paciente e, em especial, com sua condição de fumante.

6. Toda cirurgia, mesmo a estética, envolve um risco, uma probabilidade de ocorrência de um infortúnio, a qual pode ser potencializada por condições de saúde da paciente. Responsabilizar o cirurgião por intercorrências relacionadas com a concretização destes riscos seria reconhecer sua responsabilidade civil *integral*, cuja configuração independeria da existência de culpa e mesmo denexo causal entre sua conduta e o dano ocasionado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0003841-27.2003.8.24.0075, da comarca de Tubarão 2ª Vara Cível em que é Apelante Fernanda Souza Cardoso e Apelados TMO Teske Médica e Odontológica Ltda e outro.

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 4 de outubro de 2016.

Desembargador Marcus Tulio Sartorato
Relator

RELATÓRIO

Fernanda Souza Cardoso ajuizou, perante a 2ª Vara Cível da comarca de Tubarão, ação de procedimento ordinário em face de TMO - Teske Médica e Odontológica Ltda. e Carlos R. S. Teske.

Na inicial, a autora relatou que, por não estar satisfeita com sua aparência física após ter dado luz a gêmeos, procurou a clínica ré para realização de um tratamento estético. Disse que lá foi atendida pelo segundo réu, Dr. Carlos R. S. Teske, o qual lhe recomendou a submissão a uma cirurgia plástica denominada "*dermolipctomina*", que tem por finalidade retirar gordura da região abdominal do corpo. Acrescentou que acolheu a sugestão e realizou a cirurgia no dia 25.09.2002. Ponderou que ocorreram complicações no período pós-operatório, às quais o segundo réu não dispensou os cuidados devidos, o que acabou por lhe ocasionar uma ferida no abdômen e, posteriormente, uma cicatriz irreparável na região.

Após discorrer sobre a responsabilidade civil dos réus, a autora postulou a inversão do ônus da prova e a condenação do réu ao pagamento de danos materiais, morais e estéticos.

Citados, os réus apresentaram contestação (fls. 31/61), na qual suscitaram, preliminarmente, a inépcia da inicial e a ilegitimidade ativa da primeira ré. No mérito, argumentaram que o segundo adotou todas as medidas cabíveis em todas as fases da cirurgia e, principalmente, no pós-operatório. Disseram que a necrose constatada é uma intercorrência que pode ocorrer em procedimento de "*dermolipsectomia abdominal*", conforme reconhecido amplamente pela literatura médica, e que o surgimento desta anormalidade não tem qualquer nexo de causalidade com a atuação do segundo réu. A intercorrência, acrescentaram, decorreu de fatores orgânicos imprevisíveis no pré-operatório, que estão associados a fisiologia e a anatomia da própria paciente e que não podem ser previstos ou evitados pelo médico. Sugeriram, ainda, que a

necrose pode ter sido ocasionada pela não obediência por parte da paciente dos cuidados e posições indicadas para o pós-operatório ou mesmo pelo uso do cigarro, sobre cuja abstenção a paciente foi devidamente advertida. Relataram que a própria paciente admitiu ter fumado no período pós-operatório. Depois de refutarem os danos alegados na inicial e discorrerem sobre os pressupostos da responsabilidade civil, postularam a improcedência dos pedidos iniciais.

Juntaram documentos (fls. 63/89).

Em réplica (fls. 90/97), a autora sustentou que não foi comprovado nos autos que foi cientificada pelos réus, antes da realização da cirurgia, sobre a possibilidade de ocorrência de necrose em sua pele. Aduz que, ao assim proceder, desrespeitaram os réus a determinação contida no art. 3º da Resolução n. 1.621/2001 da CFM. Alegou que, embora tenha sido informada a respeito da necessidade de parar de fumar 1 (uma) semana antes da cirurgia, o segundo réu requereu em contato telefônico que a cirurgia fosse antecipada em uma semana, o que a impossibilitou de cumprir a determinação de abstenção do fumo. Disse que o réu, ao ser questionado na oportunidade sobre essa circunstância, esclareceu que não haveria qualquer problema e que poderia parar de fumar após o procedimento. No mais, reiterou que a obrigação dos réus é de resultado e que, por isso, devem ser responsabilizados pelos danos narrados na inicial.

No despacho saneador (fls. 120/123), o MM. Juiz de Direito, hoje Desembargador, Dr. Lédio da Rosa de Andrade, afastou as preliminares e deferiu a produção das provas requeridas.

Contra a decisão, foi interposto agravo retido (fls. 128/131) pelos réus.

Após inúmeras tentativas de nomeação de perito judicial e o transcurso de quase 8 (oito) anos de tramitação processual, foi finalmente realizada prova técnica (fls. 490/491 e 516/525), sobre a qual se manifestaram as partes nas petições de fls. 532/535 e 537/543. A parte ré apresentou também, na

oportunidade, parecer de assistente técnico (fls. 545/549).

Foi realizada audiência de instrução (fl. 600), e, em seguida, as partes apresentaram alegações finais.

Sobreveio, então, a sentença, na qual a MM.^a Juíza de Direito, Doutora Lara Maria Souza da Roza Zanotelli, houve por bem julgar improcedentes os pedidos iniciais e condenar a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com a exigibilidade suspensa, todavia, ante a concessão do benefício da Justiça Gratuita.

A autora opôs embargos de declaração à sentença (fls. 684/687), os quais foram rejeitados (fl. 689).

Irresignada, a parte autora interpôs de apelação (fls. 693/704). Em sede de preliminar, postula o conhecimento e julgamento do agravo retido interposto na audiência de instrução contra decisão que indeferiu a contradita de uma das testemunhas arroladas pelos réus, o médico André Figueiredo Calandrini Branco.

No mérito, reitera os argumentos já suscitados na inicial e principalmente na réplica. Diz que não foi comprovado nos autos que tenha sido advertida pelo segundo réu a respeito dos riscos que envolviam o procedimento cirúrgico, nem do fato de que sua condição de fumante os agravaria. Alega que os réus agiram de forma negligente ao permitirem a realização da cirurgia mesmo sabendo dos enormes riscos a que estaria submetida. Registra que a alegação de que a cirurgia foi antecipada em uma semana a pedido do segundo réu não caracteriza inovação, pois esse argumento foi ventilado na réplica como uma resposta às teses de defesa.

Em contrarrazões (fls. 719/738), os réus pugnam pelo desprovimento do recurso.

VOTO

1. De início, procede-se à análise do agravo retido interposto oralmente pela parte autora na audiência de instrução, uma vez que postulada expressamente a sua apreciação neste recurso de apelação.

A parte autora, na audiência de instrução, contraditou a testemunha André Figueiredo Calandrini Branco, sob o argumento de que ele possui interesse no resultado do processo, já que trabalha na clínica ré e a eventual procedência dos pedidos iniciais lhe trará consequência negativas.

Sem razão, contudo.

O fato de o depoente trabalhar na clínica ré não constitui, por si só, indício suficiente de que não tenha condições de ser imparcial em seu depoimento. Para que se acatasse a alegação de suspeição, seria necessário que fossem trazidos aos autos outros elementos que, somados a esta condição, permitissem concluir que o depoente, de fato, possui algum interesse direto e imediato na forma como será solucionado o litígio.

Não tendo vindo aos autos nenhuma prova nesse sentido, deve ser mantida a decisão que indeferiu a contradita apresentada pela parte autora em audiência.

Em casos semelhantes, já se pronunciou esta Corte:

Nada obsta que o magistrado ouça pessoa que era empregado da ré, podendo, dependendo das circunstâncias, desqualificá-la ou não para a condição de informante. Em outros termos, o fato de ser a depoente empregada da ré, por si só, não enseja a suspeição da testemunha; contudo, cabe ao julgador analisar no caso concreto se esse fato, somado a outras circunstâncias de caráter objetivo ou subjetivo, podem levar à desqualificação do testigo, hipótese em que, discricionariamente, poderá ouvi-la como simples informante. (TJSC, Apelação Cível n. 2007.061329-3, da Capital, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 10-05-2011).

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE. SENTENÇA QUE ACOLHEU OS EMBARGOS MONITÓRIOS E JULGOU EXTINTA A AÇÃO INJUNTIVA. APELO DO AUTOR/EMBARGADO. 1 - AGRAVO RETIDO. 1.1 - CERCEAMENTO DE DEFESA, PELO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ADIAMENTO DA AUDIÊNCIA DE

INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PETIÇÃO INFORMANDO O FALECIMENTO DO GENRO DO AUTOR, MOTIVO PELO QUAL ESTE VIAJOU E NÃO FOI POSSÍVEL AO CAUSÍDICO MANTER CONTATO COM O MANDANTE, PARA FINS DE ARROLAR TESTEMUNHAS. PETIÇÃO DESACOMPANHADA DE DOCUMENTOS, QUE SURTIRAM APENAS NO APELO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS ALEGADOS, ATÉ A ABERTURA DA AUDIÊNCIA. ART. 453, § 1º, DO CPC/1973. ADEMAIS, INTERREGNO ENTRE A INTIMAÇÃO DO ADVOGADO SOBRE A DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E O INFORTÚNIO NOTICIADO, QUE POSSIBILITARIA O CONTATO COM A PARTE E A APRESENTAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS A TEMPO E MODO. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE.

1.2 - INDEFERIMENTO DA CONTRADITA DE TESTEMUNHA, A QUAL MANTINHA VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM O SÓCIO DA APELADA. TESTEMUNHA QUE PRESTOU COMPROMISSO LEGAL. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE, IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO. ART. 405 DO CPC/1973. POSSIBILIDADE DE O EMPREGADO DEPOR COMO TESTEMUNHA, AINDA MAIS QUANDO ADVERTIDO DAS PENALIDADES DO ART. 415 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS PARA DERRUIR A PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA. AGRAVO RETIDO CONHECIDO E DESPROVIDO.

2 - APELAÇÃO CÍVEL 2.1 - NULIDADE DO PROCESSO, PELA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO AUTOR PARA COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA. DESNECESSIDADE. APELADA QUE DESISTIU DO DEPOIMENTO PESSOAL DO AUTOR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO APELANTE. 2.2 - ALEGAÇÃO DE NULIDADE, PELA AUSÊNCIA DE SANEAMENTO DO PROCESSO, PORQUANTO A APELADA SUSCITOU PRELIMINARES NOS EMBARGOS MONITÓRIOS. INTERESSE QUE RECAÍA SOBRE A APELADA QUANTO AO AFASTAMENTO DAS PRELIMINARES ANTES DA DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE QUALQUER PREJUÍZO AO APELANTE. TESE RECHAÇADA. 2.3 - DISCUSSÃO DA CAUSA DEBENDI. PROVA TESTEMUNHAL UNÂNIME, DESFAVORÁVEL AO APELANTE. CHEQUE EMITIDO COMO GARANTIA DE UM CONTRATO VERBAL DE ARRENDAMENTO DE UMA TERRA DE 180 (CENTO E OITENTA) HECTARES. CONSTATAÇÃO PELO ARRENDATÁRIO DE QUE A TERRA POSSUÍA 87 (OITENTA E SETE) HECTARES. PRONTA RESCISÃO DO CONTRATO E DEVOLUÇÃO DA TERRA, A QUAL FOI ARRENDADA A TERCEIRO. AUSÊNCIA DE DEVOLUÇÃO DA CÁRTULA. DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO. INEXIGIBILIDADE DO CHEQUE. 2.4 - ALEGAÇÃO DE QUE QUALQUER PRODUTOR PERCEBERIA A DIFERENÇA ENTRE A ÁREA PROMETIDA E A ÁREA ENTREGUE. TESE QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO, ANTE A MAGNITUDE E PECULIARIDADE DA ÁREA. ALEGAÇÃO DE QUE O VALOR DO CHEQUE DADO EM GARANTIA- R\$ 30.000,00 (TRINTA MIL REAIS) SERVIRIA APENAS PARA ARRENDAMENTO DE UMA TERRA DE 87 HECTARES, PORQUANTO SE O ARRENDAMENTO FOSSE DE UMA ÁREA DE 180 (CENTO E OITENTA) HECTARES, O VALOR DA GARANTIA DEVERIA SER MUITO MAIOR. AUSÊNCIA DE QUALQUER

INDÍCIO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DAS TESES DO APELANTE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.047737-4, de Campos Novos, rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. 12-04-2016 – grifou-se).

Assim, nega-se provimento ao agravo retido.

2. Conforme ensina a doutrina, chama-se de *demanda* o ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação da tutela jurisdicional. Por meio dela começa-se a exercer o direito de ação e dá-se causa à formação do processo, provocando o Poder Judiciário a exercer a jurisdição (Barbosa Moreira).

No procedimento comum brasileiro, a demanda é introduzida pela petição inicial. É nessa peça processual que o autor delimita os elementos constitutivos da demanda (partes, causa de pedir e pedidos) e, por consequência, define o objeto do processo, do qual não poderá o juiz se desvincular durante o trâmite processual e no momento de proferir a sentença (CPC/1973, art. 128 e 460).

O Código de Processo Civil de 1973, vigente durante toda a tramitação do presente processo, conferia – assim como confere o atual – um tratamento bastante rígido às possibilidades de modificação da demanda durante o curso do processo. Nos termos do art. 264 do Código, após angularizada a relação jurídica processual, o autor somente poderia modificar o pedido ou a causa de pedir com o consentimento do réu e desde que antes da fase de saneamento do processo.

Eis, a propósito, os termos do enunciado legal:

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o rigor desta regra está relacionado com a "*rigidez do procedimento no processo civil brasileiro, o qual se desenvolve em fases razoavelmente bem delimitadas e não comporta os retrocessos que seriam inevitáveis caso novos fatos, novos pedidos e novos sujeitos pudessem a qualquer tempo ser inseridos no processo pendente*" (Instituições de direito processual civil: volume II. 4. ed.,. São Paulo: Malheiros, 2004., p. 67).

Essa restrição não alcança, porém, a narração de meras circunstâncias que apenas reforçam os fatos já descritos na peça inicial ou, então, a propositura, em momento posterior do processo, de uma nova qualificação jurídica aos fatos que compõem a causa de pedir.

Nesse sentido, com exemplos elucidativos, ensina José Carlos Barbosa Moreira:

A alteração da *causa petendi* só é admissível nos mesmos termos em que o é a alteração do pedido (*supra*, nº IV, 2): antes da citação, pela simples manifestação do autor (art. 264, *a contrario sensu*); depois da citação (mas, no máximo, até o saneamento do processo: art. 264, parágrafo único), mediante o consentimento do réu, exigível ainda na hipótese de revelia (art. 321) é insuprível pelo juiz, assegurando-se novo prazo para resposta, já que, também aqui, a ação se tornou *diversa* (art. 301, § 2º, *a contrario sensu*).

Não há alteração da *causa petendi*, nem portanto necessidade de observar essas restrições, quando o autor, sem modificar a substância do fato ou conjunto de fatos narrado, naquilo bastaria para produzir o efeito jurídico pretendido:

a) se limita a reformular a narração *de circunstância acidentais*, suprimindo, acrescentando ou modificando alguma – *v.g.*, em ação de separação com fundamento em adultério, o autor, que já caracterizara substancialmente, na inicial, o fato das alegadas relações adulterinas, aduz ao propósito, no curso do processo, outros pormenores, sem que isso acarrete detrimento para o exercício do direito de defesa;

b) passa a atribuir ao fato ou conjunto de fatos qualificação jurídica diferente da atribuída – *v.g.*, chamando "dolo" ao que antes denominar "erro" (haveria, ao contrário, alteração da *causa petendi* se o autor passasse a narrar *outro fato*, quer continuasse, quer não, a atribuir-lhe a mesma qualificação jurídica);

c) invoca em seu favor norma jurídica diversa da primitivamente invocada, desde que o efeito jurídico atribuído à incidência da nova norma sobre o fato ou

o conjunto de fatos seja idêntico ao efeito jurídico atribuído na inicial à incidência da norma primitivamente invocada – v.g., a substituição da referência a um pela referência a outro dentre os dispositivos legais que autorizam a decretação do despejo.

Também discorrendo sobre a estabilização da causa de pedir, acrescenta Cândido Rangel Dinamarco:

No tocante à *causa petendi*, o art. 264 impede que o autor imponha ao réu qualquer alteração dos *fatos* descritos na petição inicial à guisa de fundamento do pedido. Embora também os *fundamentos jurídicos* se reputem incluído na causa de pedir e os exija a lei como requisito da petição inicial (art. 282, inc. III), eles não concorrem para a determinação dos limites do julgamento de mérito a ser feito afinal. O que deve permanecer íntegro é a narrativa de fatos, porque fora destes o juiz jamais poderá julgar (art. 128) e é dos fatos narrado que o réu se defenderá (regime da *substanciação: infra*, n. 450). Da causa de pedir, somente a narrativa de fatos se estabiliza, até porque, quanto aos fundamentos jurídicos, o próprio juiz pode trazer outros diferentes dos que o autor haja alegado (*narra mihi factum dabo tibi jus*). (Op. Cit., p. 71)

Fica fácil perceber, diante do que foi dito, a importância de uma elaboração atenta e minuciosa da peça exordial. É ela, como se costuma dizer, um projeto de sentença: contém tudo aquilo e somente aquilo a respeito do que deverá se pronunciar o magistrado. É imprescindível portanto que a parte autora formule na inicial corretamente seus pedidos e descreva de forma precisa e minuciosa todos os fatos que, segundo as normas de direito material, conduzem ao resultado por si pretendido com o processo, sob pena de não poder mais fazê-lo em outra oportunidade.

No caso em apreço, a autora narrou na inicial, em síntese, que o segundo réu não dispensou o tratamento adequado às complicações que ocorreram no período pós-operatório de sua cirurgia e que não adotou as medidas cabíveis para evitar a má-cicatrização de sua pele, agindo portanto de forma negligente. Com fundamento nesses fatos, postulou a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e estéticos.

Na sua peça de defesa, os réus alegaram que o segundo atuou de

forma diligente e de acordo a melhor técnica durante todo o procedimento cirúrgico (quer antes, quer durante, quer após a cirurgia) e que a intercorrência observada somente pode ter decorrido de condições fisiológicas da própria autora, ou de sua condição de fumante. Acrescentaram que a autora foi devidamente informada dos cuidados que deveria adotar no período pós-operatório e da necessidade se abster de fumar uma semana antes e duas depois da cirurgia.

Diante desses argumentos dos réus, a autora passou a sustentar, na réplica, tese substancialmente diversa daquela apresentada da inicial. Disse, em síntese, que em nenhum momento foi advertida pelos réus dos riscos que envolviam a cirurgia e de que o fato de ser fumante os agravaria. Argumentou que não há qualquer comprovação escrita nos autos sobre tais circunstâncias de fato, de forma que devem ser os réus responsabilizados pelos danos que sofreu.

Esses fatos, todavia, não constituem meras circunstâncias que corroboram a versão já narrada na inicial, nem se caracterizam como uma mera contraposição aos fatos narrados pelos réus em contestação. São, na verdade, fundamentos de fato inéditos, nos quais a autora pretende apoiar os pedidos formulados na inicial.

Em nenhum momento de sua peça inicial, a autora alegou que os réus não a informaram dos riscos que a cirurgia apresentava. Não foi esse o fato que a autora descreveu na inicial como gerador de seu direito à indenização. Lá, ela apenas aventou a suposta negligência do segundo réu no período pós-operatório.

Veja-se que se tratam de fatos distintos, aos quais se aplicam normas jurídicas diversas.

O erro médico, com sabemos, tem a atuação culposa durante a cirurgia como condição indispensável para o reconhecimento da responsabilidade civil do profissional (CDC, art. 14, § 4º). A violação ao direito de informação (CDC, art. 6º, III, e 8º), de seu turno, nenhuma relação tem com a

conduta adotada pela profissional durante a realização cirurgia. Diz respeito apenas à falta de advertência da paciente, antes da prestação do serviço, a respeito dos riscos do procedimento. Nesse caso, o dever de reparação independe da ocorrência de erro médico. Basta que fique demonstrado nos autos que o profissional não cumpriu o dever que lhe incumbia de informar a paciente dos riscos do serviço, ainda que o dano tenha decorrido de caso fortuito ou força maior.

Considerando que à autora não era dado modificar a causa de pedir no curso do processo (CPC/1973, art. 264), não se vê outra solução para o caso senão deixar de considerar, neste julgamento, os fatos ventilados de forma inédita na réplica à contestação.

Registre-se que não se está, com essa forma de proceder, a valorizar um formalismo exacerbado em detrimento do direito material da parte autora. A regra que veda a alteração do causa de pedir após a citação possui um papel importante na legislação processual: tem por finalidade concretizar, no plano infraconstitucional, o direito do réu à ampla defesa e ao contraditório. A parte ré, não há dúvida, seria tomada de surpresa e estaria em situação de desvantagem processual caso fosse permitido à parte autora formular, sem o seu consentimento, nova causa de pedir na réplica. Não teria ela, a título ilustração, oportunidade para apresentar tréplica, pois não há no Código previsão para esse tipo manifestação.

Esse é o entendimento que tem sido acolhido pela jurisprudência, conforme se observa dos seguintes julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REJEIÇÃO DO PEDIDO. INSURGÊNCIA DO AUTOR. INSCRIÇÃO DO NOME EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO DO CRÉDITO. ALEGAÇÃO DE QUE A NEGATIVAÇÃO REVELA-SE ILEGAL E ILEGÍTIMA EM VIRTUDE DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. RÉU QUE, PORÉM, DESINCUMBIU-SE DO ÔNUS DE PROVÁR O FATO EXTINTIVO DO DIREITO PLEITEADO. DEMONSTRAÇÃO DA CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO ENTRE AS PARTES. (CPC, ART. 333, INC. II). DEMANDANTE QUE, NADA OBSTANTE ISTO, ALMEJA A REPARAÇÃO CIVIL AO

ARGUMENTO DE QUE A INSCRIÇÃO AFIGURA-SE INDEVIDA EM RAZÃO DE CARÊNCIA DE DÍVIDA. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR APÓS A APRESENTAÇÃO DA DEFESA PELO RÉU. PRINCÍPIO DA ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA. (CPC, ART. 264). PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.047459-4, de Lages, rel. Des. Artur Jenichen Filho, j. 13-11-2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. NULIDADE DE TÍTULOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CAUSA DE PEDIR. ALTERAÇÃO NA IMPUGNAÇÃO DA CONTESTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ANUÊNCIA DO RÉU. AUSÊNCIA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 83/STJ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ.

[...]

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que 'Na petição inicial o autor fixa o objeto e os limites da controvérsia, sendo-lhe defeso, após a citação do réu, modificar o pedido ou a causa de pedir (fato constitutivo do direito) sem o consentimento deste (CPC, art. 264).' (AgRg no Ag n. 1.001.186/RS, Relator o Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 13/10/2010). [...]" (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1263583, do Paraná, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 08.05.2014).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PETIÇÃO INICIAL QUE TRATA DE MATÉRIA ESTRANHA AO OBJETO DA LIDE. EMENDA À INICIAL. MODIFICAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR E DO PEDIDO, APÓS OFERECIDA A CONTESTAÇÃO E SANEADO O FEITO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte não admite a emenda da inicial após o oferecimento da contestação quando tal diligência ensejar a modificação do pedido ou da causa de pedir. Isso porque a regra prevista no artigo referido deve ser compatibilizada com o disposto no art. 264 do CPC, que impede ao autor, após a citação, modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu (caput); e, em nenhuma hipótese, permite a alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneamento do processo (parágrafo único).

3. Destarte, após oferecida a contestação e saneado o feito, não se mostra possível a realização da diligência prevista no art. 284 do CPC quando ensejar a modificação do pedido e da causa de pedir, como ocorre no caso dos autos, impondo-se a extinção do processo sem resolução de mérito.

4. Recurso especial parcialmente provido." (Recurso Especial n. 1.291.225, de Minas Gerais, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 07.02.2012).

Dessa forma, as alegações de fato referentes à violação ao dever de informação pelos réus não poderão ser consideradas no presente julgamento. Levar-se-á em conta aqui, na análise do mérito recursal, apenas a causa de pedir veiculada na peça inicial, qual seja, a suposta negligência do segundo réu no período pós-cirúrgico.

3. Inicialmente, há que se reconhecer a relação de consumo existente entre a autora e os réus, os quais se enquadram, respectivamente, nos conceitos de consumidor e fornecedores de serviços previstos nos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

É aplicável à espécie, em razão disso, o disposto no art. 14, § 4º, do CDC, que assim dispõe: "*A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*".

Como se observa, os profissionais liberais foram excluídos do sistema geral de responsabilidade civil objetiva previsto na Legislação Consumerista. A eles continua sendo aplicável a teoria subjetiva da responsabilidade, a qual, para que reste caracterizada, depende da demonstração de alguma modalidade de culpa (negligência, impudência ou imperícia).

Não obstante controvérsia outrora verificada, constitui entendimento hoje pacífico na jurisprudência que, mesmo nos casos em que o profissional assume obrigação de resultado, como é o caso, por exemplo, das cirurgias estéticas, sua responsabilidade estará vinculada à existência de culpa.

O que ocorre nessa hipótese é que a culpa do profissional é presumida, de forma que caberá a ele demonstrar nos autos a impossibilidade da obtenção do resultado prometido decorreu de fatores imponderáveis e alheios à sua atuação.

Sobre o tema, ensina Sérgio Cavalieri Filho:

O Código do Consumidor para os profissionais liberais nenhum regime especial. A única exceção que se lhes abriu foi quanto à responsabilidade objetiva. E se foi preciso estabelecer essa exceção é porque estão subordinados aos demais princípios do CDC. Assim, o médico, o advogado, o mecânico, o marceneiro, o costureiro, todos estão subordinados aos princípios de boa-fé, da informação, da transparência, da inversão do ônus da prova etc.

No que diz respeito à prova da culpa, será preciso verificar se o profissional assumiu obrigação de meio ou de **resultado** com seu cliente.

Entende-se por *obrigação de resultado* aquela em que o profissional liberal assume a obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o que haverá inadimplemento. Difere da *obrigação de meio* porque nesta o profissional apenas se obriga a colocar sua atividade técnica, habilidade, diligência e prudência no sentido de atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Enquanto o conteúdo da obrigação de resultado é o resultado em si mesmo, o conteúdo da obrigação de meio é a atividade do devedor.

Devemos a René Demogue esta distinção entre obrigação de meio e de resultado, e embora não tenha merecido o prestígio de muitos civilistas, continua de extrema utilidade prática na verificação da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. Com efeito, o CDC não criou para eles nenhum regime especial, como já destacado. Limitou-se a afirmar que a apuração de suas responsabilidade continuará a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. E como a doutrina e a jurisprudência admitem pacificamente que no caso de **obrigação de meio** é preciso provar a culpa do agente (cabera à vítima o ônus da prova também quanto à culpa), e, no caso de **obrigação de resultado**, a culpa é presumida, continuam aplicáveis aos profissionais liberais essas mesmas regras: culpa provada quando assumem obrigação de meio e culpa presumida quando assumem obrigação de resultado.

O médico, por exemplo. Como profissional liberal assume normalmente obrigação de meio. Por mais competente que seja, não pode assumir a obrigação de curar o doente ou salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atento, de acordo com as aquisições da ciência. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí os cuidados e conselhos. Se o tratamento realizada não produzir o efeito esperado, não se poderá, só por isso, responsabilizar o médico. A sua responsabilidade é subjetiva e, nesse caso, com culpa provada. Não bastará o mero insucesso no tratamento, seja clínico ou cirúrgico; será preciso provar a culpa do médico.

Há hipóteses, entretanto, em que o médico assume **obrigação de resultado**, como no caso de cirurgia plástica estética. Embora haja quem conteste assumir o médico obrigação de resultado na cirurgia estética, trata-se de uma posição minoritária na doutrina e na jurisprudência. O objetivo do paciente é melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física – ainar o

nariz, eliminar as rugas do rosto, e algo mais. Ninguém assume os riscos e os gastos de uma cirurgia estética para ficar igual ou pior do que estava. Nesse caso, não há dúvida, o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido. [...]

Em conclusão, no caso de insucesso na cirurgia plástica 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 fatos imponderáveis capazes de fastar o seu dever de indenizar. (*in*: Programa de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 313-314)

No caso em apreço, a autora alega que sofreu danos em decorrência de cirurgia estética realizada pelo segundo réu. Diz que os danos foram ocasionados pela conduta negligente do médico no período pós-operatório, que não lhe dispensou os cuidados e a atenção que eram cabíveis no caso.

Os réus, por sua vez, reconheceram que a cirurgia de fato não atingiu o resultado visado, ocasionando à parte autora uma cicatriz indesejada na região abdominal. Afirmaram, porém, que o resultado adverso não decorreu da negligência do segundo réu, mas sim de fatores biológicos da própria autora, ou mesmo do hábito tabagista por ela cultivado, de cuja abstenção foi devidamente advertida.

Na réplica, por sua vez, alegou a parte autora que, embora tenha sido cientificada pelo médico sobre a necessidade de abster-se do fumo na semana anterior à cirurgia, disse que ele requereu a antecipação do procedimento em uma semana, o que a impossibilitou de cumprir a recomendação. Acrescentou que o segundo réu foi devidamente comunicado dessa circunstância, porém, mesmo assim, optou por realizar cirurgia naquela data.

De início, cumpre afastar a alegação da autora de que a cirurgia foi antecipada e que, por isso, não pode cumprir a determinação de abstenção do hábito tabagista. Não há nos autos qualquer elemento que comprove essa alegação. Além disso, em que pese a inversão do ônus da prova, não se poderia impor aos réus o ônus de comprovar a não-antecipação da cirurgia, pois se trata

de fato negativo, sobre o qual seria impossível aos réus produzir provas nos autos.

A controvérsia estabelecida na presente demanda envolve a discussão de fatos que somente com o auxílio da prova técnica podem ser corretamente avaliados, ainda que possa este Colegiado deixar de considerar, de forma fundamentada, a conclusão obtida pelo perito judicial (CPC, art. 436; NCPC, art. 479).

Em relação às possíveis causas da má-cicatrização verificada na pele da autora, assim esclareceu a *expert* (fl. 518):

4) Qual o motivo, ou os motivos, do insucesso da cirurgia?

R.- Segundo é de conhecimento geral entre os cirurgiões plásticos, e atualmente até mesmo do grande público através da internet, o cigarro é o grande vilão no que se refere a realização de cirurgias plásticas.

Pessoa que fumam até um maço de cigarro por dia, tem três vezes mais chances de apresentar necrose da pele, bem como gangrena.

A nicotina reduz o diâmetro dos pequenos vasos da área operada, especialmente em cirurgias de abdome e face, dificultando o aporte de oxigênio e de nutrientes aos tecidos. A consequência é a necrose, isto é, a morte do tecido, surgindo então no local uma crosta escura que depois de 15 a 20 dias cai e dá lugar a uma cicatriz avermelhada e nada estética. Ainda nas cirurgias de abdome, o risco de uma crise de tosse leva à ruptura de pontos internos que são dados para reforçar a musculatura, podendo haver um sangramento subsequente a isso. A todas estas complicações pode, advir uma infecção de intensidade variável na área necrosada que necessitará de antibioticoterapia de amplo espectro adequada ao quadro, bem como curativos diários e desbridamentos das áreas necróticas quando necessário. Além é óbvio da parada imediata do tabagismo.

5) Há possibilidade de imputar ao requerido médico a prática de alguma modalidade de culpa (imperícia, imprudência e negligência) no tratamento dispensado à autora?

R.- Não temo como imputar ao médico a prática de alguma modalidade de culpa, visto que, o tabagismo da paciente, é de longa data, tendo iniciado aos 16 anos e sendo fumante de uma média de 10 cigarros por dia, o que compromete o resultado da cirurgia. Segundo relato da Autora e conforme consta dos autos a mesma assinou um Termo de Consentimento Informado, que a esclarecia sobre os riscos inerentes ao tabagismo e tendo segundo a mesma sido informada também verbalmente pelo cirurgião plástico, no caso o Réu. Como a Autora possui livre arbítrio e presumindo-se que a mesma leu o Termo de Consentimento o qual assinou, penso que foi devidamente orientada.

E segundo consta nos autos recebeu os devidos cuidados pós-operatórios como desbridamentos, curativos, etc. Pelo Réu, abandonando seus cuidados

por livre e espontânea vontade.

Das respostas aos quesitos apresentados pelos réus, extrai-se do Laudo (fls. 519/523):

5) Segundo o prontuário médico a paciente recebeu pormenorizadas explicações, por escrito, dos cuidados pré e pós operatório que deveriam ser observados por ela, bem como foi orientada a cerca do plano cirúrgico a ser aplicado?

[...]

11) O ato cirúrgico levado a efeito pelo médico junto a paciente apresentou alguma reação que possa configurar espécie de complicação pós operatório imediata? Justifique?

R.- Não.

12) A sintomatologia apresentada pela paciente no pós operatório imediato pode, de acordo com a boa técnica médica, ser considerada complicação? Justifique?

R.- Foi mais intercorrência que um complicação, ou seja, são situações comuns de ocorrer, como alguma dor no pós operatório.

13) A paciente recebeu atendimento necessário e condizente com a boa técnica médica e de enfermagem do médico cirurgião e da equipe multidisciplinar de saúde no pós operatório imediato?

R.- Sim, segundo consta do prontuário foi realizado a troca de curativo no dia seguinte ao da cirurgia e marcado retorno para sete dias, o que é comum neste tipo de procedimento.

14) A necrose de pele na região supra-púbica constatada na paciente guarda alguma relação com a atitude negligente, imprudente ou imperita do médico cirurgião ou da equipe multidisciplinar de saúde? Justifique?

R.- O fato da paciente não ter parado de fumar, segundo o relato da própria invalida uma possível imperícia, que se ocorreu não tem como ser provada.

Descolamentos excessivos, lipoaspiração associada a área descolada podem provocar necrose, mas como a paciente é fumante, a nicotina ainda permanece como o grande causador da referida complicação, ou seja, da necrose.

[...]

20) O surgimento de necrose pós operatória, no caso da paciente, pode estar associado a não obediência, por parte desta, a cuidados e posições pós operatórias? Justifique?

R.- Sim, se a paciente continuou fumando no pós operatório o risco de necrose aumentou, visto que no momento em que os tecidos operados mais necessitavam de suprimento sanguíneos este foi comprometido. Em relação as posições pós operatórias (andar inclinada e dormir com a cabeceira elevada), estas também pode colaborar com a deiscência mas não é fundamental.

[...]

22) Os procedimentos e a medicação adotados pelo médico cirurgião em

favor da paciente no transcurso do pós operatório, quando já diagnosticada a necrose, foram condizentes, recomendadas, e indicados pela boa técnica médica? Justifique?

R.- Sim, segundo os Autos houve acompanhamento da paciente desde o pós operatório inicial, tendo sido realizado antibioticoterapia na ocorrência de infecção, vários desbridamentos (retirada de tecido morto) durante a vigência do processo necrótico que é a conduta certa a fazer e aguardando o tempo necessário de no mínimo quatro meses para tentar procedimento estético (retoque para minimizar a sequela), foi prescrito também Bufedil, que é um vasodilatador periférico usado em micro cirurgias (reimplantes de braços, etc.), para tenta diminuir a área de comprometimento vascular.

Como se observa, a conclusão do laudo pericial foi no sentido de que a) o segundo réu não agiu com culpa, uma vez que prestou à parte autora todos os cuidados que eram cabíveis para o caso; e b) que o fator preponderante do insucesso da cirurgia foi a condição de fumante da paciente, que aumentou consideravelmente os riscos que normalmente já envolvem o procedimento cirúrgico adotado.

É importante registrar que a autora não contestou em réplica à alegação dos réus de que foi advertida dos cuidados que deveria tomar no período pré e pós-operatórios, dentre os quais, em especial, o de deixar de fumar uma semana antes e duas após a cirurgia. Aliás, ela não só não refutou a alegação, como em determinado trecho da réplica afirmou que foi efetivamente "*informada pelo médico para permanecer uma semana sem fazer uso do cigarro*" na semana anterior à cirurgia (fl. 93).

Uma vez que não foi impugnado especificamente, esse fato deve ser considerado ponto incontroverso nos autos, por uma aplicação analógica do art. 334, III, do CPC/1973. Conforme ensina Fredie Didier Jr.: "*Embora se trate de regra prevista para a contestação, aplica-se, por analogia, à réplica: cabe ao autor impugnar especificamente os fatos novos suscitados pelo réu em sua defesa, sob pena de admissão e, portanto, incontrovérsia do fato, cuja prova se dispensa (art. 334, III, CPC)*" (Curso de direito processual civil: volume 1 - introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. rev.

ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 553).

Em decorrência disso, perdem relevância todas as manifestações da autora posteriores à réplica nas quais alega que, na verdade, foi informada pelo médico que poderia fumar até 5 (cinco) cigarros por dia no período pós-operatório e que não foi aconselhada sobre a necessidade de se abster do hábito de fumar.

Ainda que não se tratasse de fato incontroverso, cumpre registrar, apenas por argumentação, que a alegação da autora de que foi autorizada pelo réu a fumar no período pós-operatório não foi comprovada nos autos, ônus que lhe competia, uma vez que não se poderia impor aos réus o ônus de comprovar que semelhante orientação não foram prestadas, pois isso significaria exigir-lhes a produção de prova de fato negativo.

Tendo em conta, portanto, que a perita judicial concluiu que o segundo réu adotou todas as cautelas cabíveis no período pós-operatório e que a necrose apresentada na pele da parte autora é um risco inerente ao ato cirúrgico, o qual foi agravado pela condição da autora de fumante, não é possível atribuir aos réus a responsabilidade pelos insucesso da cirurgia a que foi ela submetida.

O insucesso da cirurgia, como restou demonstrado nos autos, não decorreu da atuação do segundo réu ou das técnicas cirúrgicas que empregou, mas sim de circunstâncias que estavam fora de seu controle.

Como é de conhecimento geral, toda cirurgia, inclusive a estética, envolve um risco, uma pequena probabilidade de ocorrência de alguma intercorrência. Se o resultado negativo da cirurgia decorreu de fatores biológicos da própria paciente, ou da não observância por ela dos cuidados pré e pós-operatórios, não se mostra lícito reconhecer a responsabilidade civil do médico pelos eventuais danos que sofreu.

Ao se submeter a uma cirurgia, a paciente consente com a probabilidade da ocorrência de uma eventual fatalidade, à qual, se vier se

concretizar, não poderá ser imputada ao médico que aceitou realizar a cirurgia.

Se assim não fosse, estaríamos reconhecendo a responsabilidade civil integral do profissional da saúde, cuja configuração independeria da prova da culpa do profissional e mesmo do nexo de causalidade entre o ato cirúrgico e o dano ocorrido.

Portanto, agiu com acerto a Togada *a quo* ao julgar improcedente os pedidos iniciais, devendo sua decisão ser mantida em seus exatos termos.

3. Ante o exposto, vota-se no sentido de negar provimento ao agravo retido e ao recurso de apelação.