

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE**

**JOVECLESSON SANTOS MOREIRA**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO COM RELAÇÃO À  
CIRURGIA EMBELEZADORA.**

**ARACAJU  
2017**

**JOVECLESSION SANTOS MOREIRA**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO COM RELAÇÃO À  
CIRURGIA EMBELEZADORA.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Eduardo Alves de Oliva.

**ARACAJU  
2017**

M835r MOREIRA, Joveclession Santos.

Responsabilidade Civil Do Médico Com Relação A Cirurgia Embelezadora / Joveclession Santos Moreira. Aracaju, 2017. 47 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Luiz Eduardo Alves de Oliva

1. Responsabilidade Civil 2. Médico Liberal 3. Resultado I.  
TÍTULO.

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira – CRB-5/1255

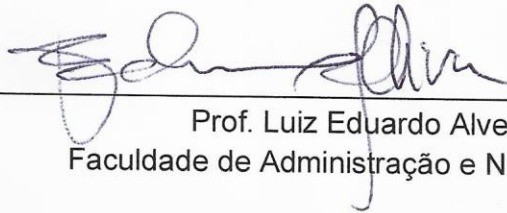
**JOVECLESSION SANTOS MOREIRA**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO COM RELAÇÃO À  
CIRURGIA EMBELEZADORA.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

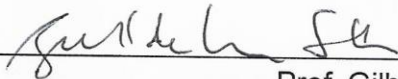
Aprovada em 02/10/2017

**BANCA EXAMINADORA**



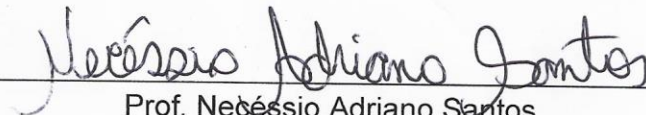
---

Prof. Luiz Eduardo Alves de Oliva  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



---

Prof. Gilberto de Moura Santos  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



---

Prof. Nécessio Adriano Santos  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico este trabalho aos meus familiares, amigos e principalmente a minha mãe que muito colaboraram para essa realização.

## **AGRADECIMENTOS**

Diversas pessoas contribuíram para a realização desse trabalho. Nomear a todos seria impossível, sob pena de ser injusta com um esquecimento imperdoável.

A meu orientador, Luiz Eduardo Alves de Oliva, sempre presente, estimulante e tolerante, obrigado.

A Andreia dos Santos, que além do apoio, me concedeu ajuda preciosa na elaboração do trabalho, ajudando a pensar o problema e orientando em dúvidas importantes.

A todos muito obrigado

## RESUMO

O trabalho aborda a responsabilidade civil do médico com relação a cirurgia embelezadora, ou seja, visando demonstrar que o cirurgião plástico no exercício de suas funções, responde por resultado quando cometem erro médico, pois sua responsabilidade é contratual, uma vez que acompanha a saúde do paciente, sabendo dos pontos negativos e positivo, isto quando estamos falando do médico liberal, diferentemente do médico plantonista, que responde extracontratual, já que não acompanha o paciente, não saber de todos as doenças que a pessoa tem, visto que, não fez nem um tipo de exame preventivo. Com isso, conclui-se que a responsabilidade civil, vem impor um ressarcimento caso a cirurgia piore a aparência da pessoa, uma vez que o objetivo do paciente é a melhora física que possui, por este motivo o médico liberal no exercício de suas funções, assume a obrigação de resultado.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil, Médico liberal e Resultado.

## **ABSTRACT**

The paper deals with the doctor's civil responsibility regarding beautifying surgery, that is, in order to demonstrate that the plastic surgeon in the exercise of his duties, responds by result when he makes a medical error, because his responsibility is contractual, since it accompanies health, of the person, knows the negative and positive points of the patient, this when we are talking about the liberal doctor, unlike the doctor on call, who responds extracontractual, since he does not accompany the patient, not knowing all the diseases that the person has, did not even do a kind of preventive examination. With this, it is concluded that the civil liability, imposes a compensation if the surgery worsens the appearance of the person, since the purpose of the patient is the physical improvement that has, for this reason the liberal doctor in the exercise of their duties, assumes the obligation of result.

**Key words:** Civil liability, Liberal physician, Result and medical error.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CEM – Código de Ética Médica

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2 RESPONSABILIDADE.....</b>	<b>14</b>
2.1 Responsabilidade e o Conceito de Ato Ilícito.....	15
2.2 Responsabilidade e a Obrigação .....	16
2.3 Responsabilidade Civil e Penal.....	17
2.4 Responsabilidade Extracontratual e Contratual .....	19
<b>3 RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>20</b>
3.1 Os Elementos da Responsabilidade Civil .....	22
<b>4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....</b>	<b>25</b>
4.1 Evolução Histórica.....	25
4.2 Conceituação e Responsabilidade Civil Médica .....	26
4.3 Natureza da Responsabilidade Médica.....	27
4.4 Responsabilidade Pessoal dos Médicos: Contratual ou Extracontratual....	27
4.5 Dos Deveres do Médico .....	29
4.6 Excludentes da Responsabilidade Médica.....	30
<b>5 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS, CASAS DE SAÚDE E SIMILARES.....</b>	<b>32</b>
5.1 Responsabilidade dos hospitais públicos.....	34
<b>6 A responsabilidade pessoal do médico.....</b>	<b>36</b>
6.1 O Erro profissional.....	37
6.2 O erro de diagnóstico.....	37
<b>7 A prova da culpa.....</b>	<b>39</b>
<b>8 A responsabilidade dos cirurgiões plásticos com relação as Cirurgias Embelezadoras.....</b>	<b>41</b>

**9 CONCLUSÃO .....43**

**REFERÊNCIAS:.....45**

## 1 INTRODUÇÃO

O capítulo um aborda o crescimento populacional junto com desenvolvimento científico e tecnológico faz surgir vários conflitos sociais, neste sentido, necessitamos de normas jurídicas que imponha direitos e obrigações, por este motivo, surge o tema responsabilidade civil, englobando todas as relações humanas, inclusive a relação entre consumidor e prestado de serviço. É importante ressaltar que a responsabilidade civil, nasce pelo descumprimento de uma obrigação.

O capítulo dois tem como principal objetivo demonstrar a responsabilidade, para tanto, foi preciso descrever o conceito de ato ilícito, fazer diferenciação entre obrigação e responsabilidade, quando é que se aplica o código civil e o penal, e em que momento o médico responde extracontratual e contratual.

No capítulo três foi mencionado a responsabilidade civil e seus elementos, que são: conduta,nexo e dano, pois sem esses requisitos, não se pode falar em responsabilidade civil.

No capítulo quatro trata da responsabilidade civil do médico, sua evolução histórica, descreve ainda a natureza da responsabilidade médica, quando é que ele vai ser responsabilizado pessoalmente, bem como relatar os seus deveres e quais os fatos que excluem sua responsabilidade.

O capítulo cinco aborda a responsabilidade dos hospitais, clínicas, casas de saúde e similares, bem como fala especificamente da responsabilidade dos hospitais públicos e privados.

No capítulo seis foi mencionado o erro profissional e o erro de diagnóstico, ou seja, qual tipo de responsabilidade civil, traz para o profissional liberal, já no capítulo menciona a necessidade da culpa provada.

O capítulo oito trata da responsabilidade dos cirurgiões plásticos com relação a cirurgia embelezadora, ou seja, qual tipo de responsabilidade civil vai ser aplicado no caso concreto, sendo que no capítulo nove, ou melhor, na conclusão, teve como principal objetivo demonstrar as fontes que foram pesquisadas para o trabalho.

Em virtude dos fatos mencionados, atividade médica é exercida por seres humanos, para poder salvar vidas ou minorar o sofrimento dos pacientes, por este motivo, dever ser realizada com compromisso, responsabilidade, transparência, seriedade e humanidade.

## 2 RESPONSABILIDADE

Toda manifestação humana traz em si o problema de responsabilidade civil. Sendo que, para o direito, só vai se importa com as relações que tragam prejuízo, podendo ser moral, material ou físico, por este motivo, que este tema engloba toda relações entre as pessoas.

Segundo Cavalieri Filho, a responsabilidade civil é um preceito sucessivo e nasce pelo descumprimento de uma obrigação dar, fazer e não-fazer, sendo que as duas conduta primeiros é positiva e a terceira negativa.

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano (CAVALIERE, 2012, P.2).

Em seus primórdios, viveu o mundo uma necessária fase de vingança privada, em que cada um buscava sua reposição, a recomposição da honra. Esta reparação pessoal e imediata levava a descompassos, quando a vítima se havocava do direito de fazer sofrer o ofensor em grau maior que mal sofrido. A lei maior deste momento pode ser resumido na expressão “olho por olho, dente por dente”.

Nos tempos primitivos, diante da lesão de um direito prevalecia o princípio da vingança privada. A própria vítima ou seus familiares reagem contra o responsável. Quando surgiu a chamada pena de talião, olho por olho, dente por dente, houve um progresso. Se, anteriormente, não havia qualquer critério convencionado, a retribuição do mal pelo mesmo mal estabelecia a medida da reparação. Esse critério, que surgiu espontaneamente no meio social, chegou a ser consagrado por várias legislações, inclusive pela

Lei das XII Tábuas. A grande evolução na matéria ocorreu com a composição voluntária, em que a vítima entrava em acordo com o infrator, a fim de obter uma compensação pelo dano sofrido. O resgate (poena), que a vítima recebia, consistia em uma parcela em dinheiro ou na entrega de um objeto. Tal critério foi institucionalizado posteriormente e recebeu a denominação de composição tarifada. A Lei das XII Tábuas estabeleceu o quantum ou valor do resgate. Com a Lex Aquilia, inspirada na doutrina do pretor Aquiles, ocorreu um importante avanço quanto à composição. Além de definir mais objetivamente os atos ilícitos, substituiu as penas fixas: o resgate deveria ser no valor real da coisa. Nader (2007, Apud, 2011, HALFELD, P. 13).

Em virtude dos argumentos apresentados, a responsabilidade traz em si o dever de indenizar, podendo ser na modalidade de reparação ou ressarcimento dependendo do caso concreto.

## **2.1 Responsabilidade e o Conceito de Ato Ilícito**

O ato ilícito consiste de causa dano a alguém, seja por ação ou omissão, sendo que no primeiro caso é um movimento físico espontâneo, mas não necessariamente consciente, já o segundo é quando o agente tinha o dever de agir e se omite.

Podendo o ato ser dolosa quando o sujeito deseja o resultado, ou mesmo culposa quando o agente não quer o resultado, mas por imprudência, negligência ou imperícia acaba cometendo o dano.

De acordo com o código civil “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”.

Na definição de Fabio Ulhoa:

A responsabilidade civil subjetiva é a obrigação derivada de ato ilícito. O sujeito que incorre na ilicitude é devedor da indenização pelos prejuízos decorrentes de sua conduta e o prejudicado, o credor. A prestação é a entrega de dinheiro em valor correspondente aos prejuízos patrimoniais e compensadores dos extrapatrimoniais. Ato ilícito, recorde-se, é a conduta culposa violadora de direito que

causa prejuízo a outrem (CC, art. 186). Corresponde a comportamento repudiado pela sociedade, proibido por lei. (2012)

Aquele que no exercício do seu direito ou até mesmo na atividade profissional ultrapassa os limites do dever legal e causa dano a outrem, também comete ato ilícito, encontrando previsão no código civil onde descreve:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

São excludentes do ato ilícito de acordo com o artigo 188, I, cc c/c art. 23, II, 25 código penal, a legítima defesa quando, “usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Aquele que não der causa e sendo o dono será indenizado, pelo deterioramento do bem para salvo perigo iminente, causado por terceiro não dono da coisa deteriorada, encontrando previsão no artigo 929 código civil.

## **2.2 Responsabilidade e a Obrigação**

Para compreender melhor o assunto é importante saber o que responsabilidade e obrigação. A primeira nasce pelo descumprimento de um dever jurídico secundário, já o segundo traz um dever jurídico originário que pode ser de dar, fazer e não-fazer.

De acordo com Cavalieri Filho:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade. O dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. (2012, P.3)



Assim também são os ensinamentos de Gonçalves:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. (2012)

Segundo Cavalieri Filho se não tiver um dever jurídico preexistente, jamais haverá responsabilidade. Sendo esse também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o julgado:

Marido traído moveu ação de indenização por dano moral em face do cúmplice da ex-esposa, mas o pedido foi julgado improcedente porque este (o cúmplice) não tem o dever jurídico de fidelidade conjugal, apenas a esposa. Eis a ementa do REsp N2 1.122.547/TVIG, relator o Ministro Luis Felipe Salomão. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO PELO MARIDO TRAÍDO RIM FACE DO CÚNIPUCE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. Inexistência. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA. POSTA (2012, P.3).

## 2.3 Responsabilidade Civil e Penal

É importante abordar que ambos são ramos autônomos da ciência, porém o direito civil trata das relações privadas entre pessoas naturais ou jurídicas, já o direito penal é um ramo do direito público que traz normas coercitivas, ou seja, aplicado quando houver transgressão, podendo se por ação ou omissão.

De acordo com Cavalieri Filho:

Por mais que buscassem, os autores não encontraram uma diferença substancial entre o ilícito civil e o penal. Ambos, como já ficou dito, importam violação de um dever jurídico, infração da lei. Beling já acentuava que a única diferença entre a ilicitude penal e a civil é somente de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito civil é um minus ou residuum em relação ao ilícito penal. Em outras palavras,

aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves. (2012, P.15)

Para melhor compreender o direito penal é importante analisar a Constituição Federal, no seu artigo 5, inciso II. Prever o princípio da legalidade, onde expressa: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, ou seja, só haverá punição se já existir no tempo da ação ou omissão norma que prever esse conduta como criminosa.

É importante ressaltar, que no código penal vigora o princípio da intervenção mínima ou da ultima ratio, onde Luiz Flávio Gomes expressa que:

O Direito penal, em suma, é a ultima ratio, isto é, o último instrumento que deve ter incidência para sancionar o fato desviado (em outras palavras: só deve atuar subsidiariamente). Quando houver a falência do sistema de controle social, então o Direito Penal deverá agir. E, por conseguinte, somente nesse momento é que o legislador estaria amparado a incluir no Direito Positivo uma conduta reprovável e sancionável através de penas previstas no ordenamento penal. É o que se chama de controle social penal, ou seja, uma das formas de submeter os indivíduos às regras, mas com maior rigor (2017).

O direito civil é por excelência um ramo do direito privado, se preocupando com as relações e condutas sociais que venha a causar dano, para essa ciência não importa se houver dolo ou culpa, ou seja, ela analisa se existir o elemento conduta que pode ser ação que traz em si uma atitude positiva de dar ou fazer, ou um fato que foge da expectativa humana. Porém, para acarretar indenização é preciso haver o dano, sem o qual não há como discutir o liame reparação ou ressarcimento.

Em virtude dos fatos mencionados, é bom observar que tanto o direito civil e penal, são ramos autônomos da ciência jurídica. Encontrando-se expressamente sintetizado no artigo 935 do CC, ao dizer que “a responsabilidade civil é independente da criminal”.

## 2.4 Responsabilidade Extracontratual e Contratual

Conforme Gonçalves, a responsabilidade Extracontratual será quando:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito (2012).

É notório que vivemos em sociedade, por este motivo, existirá sempre conflito de interesses pessoas, porém o ordenamento jurídico vem impor regras de conduta social e legal, através da lei, sendo que se houver uma transgressão a norma imposto a todos, ocorrerá responsabilidade extracontratual, entretanto, essa desobediência tem que causar dano moral ou matéria senão, será insignificante para código civil.

De acordo com Sergio Cavaliere Filho:

Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos. Ilícito extracontratual é, assim, a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei", enquanto que ilícito contratual é violação de dever jurídico criado pelas partes no contrato (2012, P. 16 e 17).

O contrato é de regra bilateral, pois existe no mínimo duas pessoas que assumem obrigações e ônus, geralmente de dar, fazer e não-fazer. Sendo que se houver inadimplemento de uma das partes, estará presente a responsabilidade presumida, em virtude, do contrato que foi convencionado e aceito por ambas as partes.

Na mesma lição do professor Ricardo Pereira Lira, "o dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Nesse último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade. Lira (1986, apud, SERGIO, 2012, P.16).

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL

É notório que toda manifestação humana traz em si o problema de responsabilidade civil. Porém o dever de indenizar, só nasce pelo descumprimento de uma obrigação.

O conceito de reparar o dano causado a outrem, teve sua origem no o código civil de 1916 quando previa que: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Esse mesmo entendimento é previsto no artigo 186, cc de 2002.

A responsabilidade subjetiva, foi a primeira forma de responsabilização definida no código civil, como foi exposto acima, ou seja, é a forma que precisa do elemento culpa para existir o dever de indenizar, pois se não conseguir prova a culpabilidade, não ocorrerá a reparação ou o ressarcimento.

De acordo com Sergio Cavalieri Filho:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. O Código Civil de 2002, em seu art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916), manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, *lata sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo. (2012, P.19)

A culpa presumida é uma modalidade de responsabilidade subjetiva, assim como descreve Gonçalves: “Nessa classificação, os casos de culpa presumida são considerados hipóteses de responsabilidade subjetiva, pois se fundam ainda na culpa, mesmo que presumida” (2012).

Segundo Gonçalves:

Historicamente, a partir da segunda metade do século XIX foi que a questão da responsabilidade objetiva tomou corpo e apareceu como um sistema autônomo no campo da responsabilidade civil. Apareceram, então, importantes trabalhos na Itália, na Bélgica e em outros países. Mas foi na França que a tese da responsabilidade objetiva encontrou seu mais propício campo doutrinário de expansão e de consolidação (2012).

O crescimento tecnológico, científico e social fez surgir uma nova modalidade responsabilização, chamada de responsabilidade objetiva, que independe do elemento culpa.

A responsabilidade objetiva pode ser por ato próprio, quando a própria pessoa causa dano a outrem e é obrigado a indenizar, ou improprio, quando a pessoa responde em nome de outrem, mas sempre a lei vai dizer, sendo que o artigo 932, CC, traz um rol exemplificativo, onde descrever:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia”.

A responsabilidade objetiva é prevista também nos artigos: 939 e 930, CC que preveem a responsabilidade por ato lícito (estado de necessidade); 936, 937 e 938, CC que tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem coisas, 933, CC pelo qual os pais, tutores, curadores, empregadores, donos de hotéis e de escolas respondem, independentemente de culpa, pelos atos danosos causados por seus filhos, pupilos, curatelados, prepostos, empregados, hóspedes, moradores e educandos.

É previsto também no artigo 927, parágrafo único, CC a teoria do risco da atividade, onde a pessoa é responsabilizada se sua atividade vir a causar dano,

existir também a teoria do risco proveito, ou seja, onde aquele que aproveita o ônus da atividade, responde também pelo bônus que venha a acontecer.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (ubi emolumentum, ibi onus); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. (2012)

Em virtude do que foi mencionado, é importante salientar que a responsabilidade civil subjetiva, foi a primeira forma de responsabilização existente no código civil brasileiro incorporada desde de 1916, onde precisa do elemento culpa para subsistir, já responsabilidade civil objetiva veio a ser incorporado no código 2002, no qual não é dispensável o elemento culpabilidade, sendo necessário só comprova conduta, nexos e dano, pois o risco da atividade já traz em si uma responsabilidade maior para o profissional.

### **3.1 Os Elementos da Responsabilidade Civil**

São elementos que definem a responsabilidade civil conduta, dano e nexos. Podendo ser ele subjetivo ou objetivo.

O querer do agente traz em si a sustentação da conduta, porém para entendermos melhor é preciso diferenciar ação, omissão e fato. A ação consiste em movimento corpóreo comissivo, ou seja, atitude positiva de realizar algo, já a omissiva traduz-se no dever jurídico de agir, de práticas para impedir o resultado, que não agindo estará configurado a omissão. Agora fato é um episódio não desejado pelo ser humano, mas que acontece porque foge de seu controle.

A conduta é pressuposto da vontade do agente de querer agir, podendo ser uma atitude positiva, fazer ou negativa não fazer. Além de englobar a ação e omissão, é preciso observar o que importa para o direito civil, é que essa

conduta seja realizado com liberdade, ou seja, existindo a vontade do agente. E, dependente do resultado, que nesse caso poderá gerar indenização civil.

Exemplo: Quando um pessoa sair de casa com seu carro para e até o trabalho, porém no meio do trajeto atropela alguém, estará configurado uma conduta humana, ainda que o resultado não seja querido.

Por este motivo que, dolo ou culpa são diferente gerando pena maior, menor e até mesmo redução disso para campo penal, já na cearia civil, ocorreu o dano, conduta e nexos causal o agente será obrigado a indenizar, o que pode ocorrer é a diminuição da indenização conforme:

“Art. 944, CC. 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”.

Conforme os artigos 188, I, II, parágrafo único, 929 e 930 a conduta não precisa ser ilícita para gerar indenização. Pois se dono não foi culpado pelo perigo ou se ocorre por culpa de terceiro, e com isto ocorra destruição do patrimônio para salva perigo emitente, este receberá uma reparação pelo dano materiais que sofreu.

O dano está intrínseco a responsabilidade civil, pois se existir não esse elemento, não podemos pleitear indenização na cearia jurídica. Podendo ser dividido em material e moral, ou seja, o primeiro pode ser entendido como aqueles que venha a causar diminuição patrimonial, já o segundo atinge à vida, a honra, a imagem e a integridade física, sendo os sujeitos passivos dessa relação pessoal jurídica ou física.

Esse ramo do direito é previsto no “Artigo 402 código civil, 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”, ou seja, é abordado o dano emergente, que facilmente demonstrado por prestação de conta, e lucros cessantes o efetivamente deixou de lucra.

É essencial a relação de conduta e o resultado danoso, pois tem que prova o evento dano teve como causa a conduta do sujeito, esses dois elementos basta para caracterizar o nexo de causalidade.

## 4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

### 4.1 Evolução Histórica

Segundo Melo:

[...] o primeiro documento histórico que tratou especificadamente do erro médico e, portanto, da responsabilização do profissional foi o Código de Hamurabi. Esse código impunha ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão, caso contrário, poderia o profissional sofrer severas penas que podiam significar, inclusive, a amputação de sua mão. Tais penas eram aplicadas nos casos de morte ou lesões graves aos pacientes homens livres, pois se referisse a escravo ou animal a previsão de pena era apenas ressarcimento do dano. A ideia presente no Código de Hamurabi, no Código de Manu e posteriormente na Lei das XII Taboas, era de punição. Aqueles povos edificaram tais normas, impregnadas de fortes componentes penal, com a finalidade de constranger e inibir a prática dos atos ditos ilícitos. Melo (2008, Apud, HALFELD, 2011, p.28).

Segundo entendimento de Tania, as penas era utilizada para pode abster a povo.

O os primeiros registros da responsabilidade dos médicos nos moldes que conhecemos atualmente pode ser encontrado no Direito Romano, especialmente no texto de Ulpiano, de onde se extrai: "sicut medico inputare eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam computare ei debet" (assim como não se deve imputar a médico evento da morte, deve-se imputar a ele o que cometeu por imperícia) Melo (2008, Apud, HALFELD, 2011, p.28).

A partir dos fundamentos e conceitos advindos do Direito Romano, o Código Civil francês, que o padrão das legislações modernas e cuja influencia se encontra presentes em todos os códigos civis das nações cultas, proclamou a responsabilidade extracontratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada. É a essência da responsabilidade aquiliana que continua a ser norte o norte das legislações modernas. É exatamente no direito francês e na construção doutrinária e jurisprudencial que os autores e as Cortes francesas formaram ao longo dos dois últimos séculos os fundamentos da responsabilidade civil do médico nos seus atuais contornos. Melo (2008, Apud, HALFELD, 2011, P.28).



Foi na França que encontramos o primeiro julgado reconhecendo possibilidade de condenação de um erro médico a partir da aplicação da teoria da perda de uma chance. Melo (2008, apud, HALFELD, 2011, P.29).

Em face desse breve relato, é possível afirmar que, na época moderna, foi no direito francês que se estabeleceram as primeiras normas codificadas da responsabilidade médica, assentando as bases de uma jurisprudência e de uma doutrina que substanciariam com o decorrer do tempo, servindo de parâmetro para um grande número de nações, especialmente o Brasil. Melo (2008, Apud, HALFELD, 2011, p.29).

## **4.2 Conceituação e Responsabilidade Civil Médica**

Médico é uma atividade exercida por pessoas habilitadas, ou seja, exigindo ser bacharelado em medicina, sendo que as instituições formadoras desses profissionais deve ser reconhecida pelo Ministério da Educação.

O Conselho Federal de Medicina é uma autarquia, tem a função de fiscalizar, normatiza e aplica sanções pela conduta ilícita do médico. “Criado em 1951, o CFM, Código de Ética Médica, adquiriu funções que atuam em prol da saúde da população e dos interesses da classe médica”.

A responsabilidade do médico, nasce pelo descumprimento de uma obrigação, sendo que para o direito civil, é importante saber se houver dano ao paciente, visto que, só assim pode surgir a responsabilização pessoal deste profissional, isto como estivermos falando do médico liberal previsto no artigo 14, § 4, Código de defesa do consumidor. Pois, aquele que presta serviço a uma instituição pública ou privada, só poderá ser responsabilizado pelo uma ação regressiva contra o funcionário ou empregado, conforme:

O artigo 37, § 6, CF As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em virtude dos fatos mencionados, é importante saber que causado dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável por imperícia, imprudência ou negligência, surgira a responsabilidade civil conforme o artigo 186 código civil.

### **4.3 Natureza da Responsabilidade Médica**

De acordo com Sergio Cavalieri Filho:

A responsabilidade médica foi muito discutida no passado quanto à sua natureza jurídica: se era contratual ou extracontratual; se gerava obrigação de meio ou de resultado. Após o Código do Consumidor essas discussões perderam relevância. Hoje a responsabilidade médica/hospitalar deve ser examinada por dois ângulos distintos. Em primeiro lugar a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal. Em segundo lugar a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos (2012, P.403)

De acordo com o CFM e o CDC, a responsabilidade civil do médico é pessoal, porém é preciso analisar o elemento subjetivo, ou seja, se houver culpa por parte deste profissional podendo ser liberal, empregado ou servidor público.

O serviço médico é prestado por pessoa que tem habilitação técnica para exercer esta profissão, já o paciente na maioria das vezes não detém esse conhecimento, por este motivo é considerado vulnerável, encontrando previsão no art. 4, I, CDC, por isso que é previsto a inversão no ônus da prova art. 6, III, CDC.

### **4.4 Responsabilidade Pessoal dos Médicos: Contratual ou Extracontratual**

A responsabilidade civil do médico plantonista é extracontratual, pois na maioria das vezes não foi feito nenhum tipo de acompanhamento por parte do profissional, nem mesmo exames de rotina para poder saber os pontos positivos e negativos do paciente. Por este motivo só será responsabilizado pelos atos quando não emprega as técnicas e todos os meios necessários em que a sua profissão exige.

Exemplo: A plástica reparadora, isto é, aquela onde o paciente sofreu um acidente de trânsito e precisa com urgência fazer uma cirurgia.

A responsabilização existirá se o médico agir com “negligência, imprudência ou imperícia” de acordo com o artigo 186, código civil, sendo que precisa

subsistir o elemento subjetivo, isto é, a culpa para poder imputar uma indenização de ressarcimento, já que como ser tratar de ser humano não tem como falar em reparação.

É importante fazer a diferenciação entre estas três modalidades de culpa:

**Negligência:**

Na negligência, alguém deixa de tomar uma atitude ou apresentar conduta que era esperada para a situação. Age com descuido, indiferença ou desatenção, não tomando as devidas precauções (PEDROSA, 2017).

**Imprudência:**

A imprudência, por sua vez, pressupõe uma ação precipitada e sem cautela. A pessoa não deixa de fazer algo, não é uma conduta omissiva como a negligência. Na imprudência, ela age, mas toma uma atitude diversa da esperada (PEDROSA, 2017).

A responsabilidade civil contratual, o médico responde por meio, essa é a regra, pois apesar de ter todo o diagnóstico do paciente e acompanhar à sua saúde através de exames. Ele não pode assumir obrigação de curar, mais sim de empregar todas técnicas necessárias que é permitido.

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos (Cavaliere Filho, 2012, P.403)

Em relação a cirurgia embelezadora ele pode contrair, a obrigação de obter o resultado, pois, nesse caso a responsabilidade civil é presumida, pois a pessoa quer uma melhora na aparência física, e caso ocorra o inverso existirá o dever de ressarcir.

#### 4.5 Dos Deveres do Médico

É notório que a atividade médica é extremamente perigosa, por este motivo, existe o chamado risco inerente da profissão, pois em qualquer procedimento cirúrgico por mais simples que seja, poderá vir a ocorrer uma complicação, mesmo que o profissional tem aplicado a mesma técnica que deu certo em outro paciente.

Em virtude do que foi descrito no primeiro parágrafo, ou seja, o risco inerente da atividade médica, sendo que pode ocorrer excludente de ilicitude para o hospital, que não responde pelo erro médico, quando próprio a lugar o espaço para presta serviço como médico liberal, não se caracterizando como emprego da instituição.

É dever do médicos informar aos paciente, visto que, a omissão gera indenização, conforme o artigo 34, CEM:

“Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar danos devendo, nesses casos, fazer a comunicação a seu representante legal”.

O direito à informação é direito básico do paciente, encontrando precisão no código defesa do consumidor, já que eles se enquadra no princípio da vulnerabilidade, pois os pacientes não tem conhecimento técnico e científico sobre a cirurgia, onde Sergio Cavalieri Filho descreve um julgador:

Vem a propósito o caso julgado pela 51. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Ap. 20.632/99, relator o Des. Roberto Wider. O paciente foi submetido a uma cirurgia de prostatectomia, decorrente de um diagnóstico de hipertrofia prostática, ou seja, próstata aumentada de volume. Realizada a intervenção cirúrgica, o paciente veio a sofrer incontinência urinária e impotência sexual. Na ação indenizatória movida pelo paciente contra o médico que fez a cirurgia, foi alegado o risco inerente, tendo a perícia médica confirmado que a incontinência urinária e a impotência sexual são consequências inevitáveis naquele tipo de cirurgia, pelo menos naquele caso específico, pelo quê não haveria que se falar em culpa, sequer em defeito do serviço. Mesmo assim o pedido indenizatório foi acolhido, porque o paciente não havia sido informado desses riscos, para que pudesse decidir, e só ele, se os correria ou não. Em suma, faltou o consentimento informado. (2012, P.412).

A informação conforme artigo 6, III, CDC:

“Informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”

#### **4.6 Excludentes da Responsabilidade Médica**

É notório que a atividade médica, traz em si um risco inerente, sendo considerado pelo código do consumidor como prestação de serviço, ou seja, respondendo o hospital pelos defeito relativo à prestação serviço. Porém, existir as cláusulas de exclusão que são: defeito inexistente, culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, caso fortuito ou força maior.

O defeito inexistente quando, o produto for prestado com segurança, fornecendo todas as informações ao consumidor, sobre os pontos positivos e negativos, no entanto é importante levar em conta o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperava e também a época em que foi prestada de acordo com o Art.14, §1, I, II, III, CDC.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho:

Responsabilidade civil hospitalar - existência de defeito na prestação do serviço - Sequelas suportadas pela autora decorrentes da gravidade da própria doença - Ausência de nexo causal entre o serviço prestado e o dano (2012, P.427).

Embora objetiva a responsabilidade do fornecedor, é indispensável o defeito do serviço para configurá-la. Assim, provado por laudo técnico que as sequelas suportadas pela autora decorreram da gravidade da própria doença, não há que se falar em responsabilidade do hospital (2012, P.427).

A responsabilidade médica apesar de ser objetiva, quando executada à cirurgia embelezadora, entretanto, não é possível se falar em risco integral do serviço, pois prestado o serviço com todas as técnicas corretas, não acontecendo nenhuma complicação no procedimento cirúrgico. Porém, por culpa exclusiva da

vítima, que não segue as recomendações pós-operatório vindo a sofrer deformação indesejável, ou seja, este fato negativo não a que se falar em erro médico, ou melhor, responsabilidade civil.

O caso fortuito ou força maior, é outra forma de exclusão da responsabilidade civil do médico, visto que, são acontecimento que quebram o elo entre o ato do agente e o evento lesivo advindo.

O caso fortuito, são circunstância que impede a responsabilidade do médico, porque ele vem de casos alheios à vontade do agente.

Exemplo: Contrato Joveclession para fazer uma cirurgia estética, porém no dia marcado do procedimento cirúrgico o médico contratado vem a ficar doente.

A força maior, é acontecimento que afasta a culpa, ainda que o dano exista, ou seja, são adventos que vem da força da natureza.

## **5 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS, CASAS DE SAÚDE E SIMILARES.**

Conforme entendimento expresso no caput do artigo 14, código de defesa do consumidor, e, por ser o hospital prestado de serviço, responde objetivamente pelos danos causados a seus paciente, ou seja, tendo o dever de ressarcir, pois nesse caso não pode se falar em reparação. De acordo com:

Art. 14, Caput, CDC. 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.

O médico quando emprego do hospital, clínicas, casa de saúde e similares, que vir lhe a causa dano estético, ao paciente, ou seja, estes estabelecimentos citados serão responsabilizado objetivamente, pois responde

pelos atos de seus funcionários, entretanto, pode entrar com uma ação de regresso contra quem cometeu o fato doloso ou culposos, quando o erro é grosseiro.

O hospital só será responsabilizado quando tiver na condição de prestador de serviço, pois o médico que utilizar o estabelecimento para internar os seus próprios pacientes particulares, responde com exclusividade pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento.

“Em contrapartida, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tem entendido que a responsabilidade dos hospitais e similares é objetiva. Nesse sentido necessário se faz trazer à baila os seguintes julgados:” (HALFELD, 2011, P.47).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO- RESPONSABILIDADE MÉDICA E HOSPITALAR - ERRO MÉDICO - CONJUNTO PROBATÓRIO INCONSISTENTE - ÔNUS DA PROVA. - São elementos essenciais da responsabilidade civil subjetiva, nos termos do artigo 186 do Código Civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. A ausência de quaisquer destes elementos afasta o dever de indenizar, mormente quando a prova produzida no curso da instrução rechaçou o nexo de causalidade entre a morte da paciente e o tratamento a ela dispensado pelo médico demandado. - A responsabilidade dos hospitais, na forma da Lei 8.078/90, passou a ser objetiva, pois na qualidade de prestadores de serviços, devem responder independentemente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor. Essa responsabilidade é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, consoante artigo 14, § 3º, do CODECON. - Se o tratamento dispensado à paciente, nas dependências do nosocômio réu foi adequado ao quadro clínico apresentado, fornecendo-lhe as instalações e o suporte pertinentes ao caso, não há de se falar em defeito do serviço prestado. - O infortúnio não pode ser atribuído ao profissional. O erro ensejador da reparação civil é aquele que pode ser evitado através de cautela e atenção do médico, ou em obediência às normas recomendadas, sendo este civilmente responsabilizado se existir a comprovada prática culposa. - O mau resultado em tratamento médico, de regra, não pode ser atribuído ao médico, ou ao hospital, sem que reste inequívoca a culpa comissiva ou omissiva dos mesmos.

EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS - INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A

CONDUTA DOS MÉDICOS/HOSPITAL E A RETIRADA DO ÓRGÃO DO PACIENTE - AUSENTE OD EVER DE INDENIZAR - A responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva, razão pela qual deve ser apurada mediante a verificação de culpa (art. 14, § 4º da lei 8.078/90). Em vista disso, os requisitos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil do médico são: conduta (ação ou omissão), resultado, nexos causal e culpa. - Quanto aos hospitais, a responsabilidade civil é objetiva, respondendo o nosocômio independentemente de culpa pelos danos que a vítima alegar. - Todavia, inexistindo nexos de causalidade e defeito na prestação de serviços médico-hospitalares, deve-se manter a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais, morais e estéticos. (HALFELD, 2011, P.47).

As infecções hospitalares, causadas aos pacientes é de responsabilidade objetiva dos hospitais, pois eles tem o dever de fazer a higienização corretar dos aparelhos e de todos os lugares do estabelecimento, inclusive fazendo curso de reciclagem para seus funcionais, para poder explica a importância de fazer o procedimento corretor, inclusive até de lavar as mãos antes e depois na entrada do exercício profissional, já que, este fato tão simples, mas que não feito na maneira corretar vem matando muitos paciente ou mesmos causando danos irreversíveis segundo dados da a Associação Nacional de Biossegurança:

Em média, 80% dos hospitais brasileiros não fazem o controle adequado de infecção hospitalar. Cem mil pessoas morrem por ano por conta da contaminação. As informações foram divulgadas pelo jornal O Globo. Por sua vez, a Organização Mundial da Saúde (OMS), estima que as infecções hospitalares atinjam 14% dos pacientes internados no país (2017).

Em virtude dos fatos mencionados, é importante destaca que a responsabilidade dos hospitais é objetiva quando estiver na função de prestadora de serviço, podendo ocorrer a inversão do ônus probatório, ou seja, tendo que prova que não deu causa ao evento danoso ou culposo.

### **5.1 Responsabilidade dos hospitais públicos**

É notório que o exercício médico traz em si um grande risco, por este motivo, se indagava se a responsabilidade civil dos hospitais público será objetiva ou



subjetiva? Com o advento da constituição de 1988, o código de defesa do consumidor trouxe um arcabouço jurídico para responder essas controvérsias.

A responsabilidade dos hospitais público é objetiva, quando estiver prestando serviço para sociedade, pois, responde pelos erros dos seus funcionários, ou seja, quando vem a causa um dano ao paciente, é o caso de uma cirurgia estética reparatório, que, por erro médico, ou melhor, por não seguir todas recomendações técnica que usualmente é utilizado naquele procedimento, causa deformidade permanente ao paciente, podendo ser por dolo ou culpa, o hospital pode entra com uma ação regressiva contra o funcionário, conforme previsto no artigo:

Art.37, § 6, CFB. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Para que ocorra a indenização, é preciso que a vítima demonstre que houver uma conduta, nexa e o dano, pois se esses três elementos não tiver presente não poderá se falar em ressarcimento.

Os hospitais público responde também por infecção hospitalares, ou seja, após fazer uma cirurgia estética e por falta de exteriorização dos aparelhos, venha a causa infecção sendo considerado defeito do serviço. São procedimento que vem a prevenir contra esses risco, previsto pela Associação norte-americana de enfermagem:

- 1) Limpar as mãos com frequência com álcool desinfetante, esfregando bem as mãos.
- 2) Utilizar os procedimentos de limpeza recomendados para a assepsia da pele do paciente antes da cirurgia.
- 3) Manter o jaleco sempre limpo.
- 4) Evitar passeios desnecessário pelo estabelecimento.
- 5) Seguir protocolos de limpeza local.

- 6) Conversar com paciente (e familiares) que já tiveram experiência de infecção, a fim de desenvolver estratégia de prevenção.
- 7) Seguir uma lista de verificação de segurança cirúrgica.
- 8) Desenvolver procedimento padrão para equipe hospitalar sobre as medidas para evitar infecção.
- 9) Esterilizar as nebulizadores antes de cada uso
- 10) Limpar os instrumento antes da esterilização ou desinfecção.  
(2017)

Tendo em vista os aspectos observados, ou seja, apesar da responsabilidade ser objetiva dos hospitais, respondendo pelos seus funcionários e também pelas infecção hospitalares, pode ocorrer a inversão do ônus probatório, ou melhor, havendo a perspectiva de o Estado se isentar do dever de ressarcir, total ou parcialmente, se comprova caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiros.

## **6 A responsabilidade pessoal do médico**

É notório que a atividade médica, traz em si um risco inerente da própria profissão, por este, motivo é que alguns doutrinadores considera como um contrato de prestação de serviço, porém outros acreditam que seja um contrato *sui generis*, pois conforme as palavras de Sergio Cavalieri Filho:

Divergem, ainda, os doutrinadores sobre a natureza da avença celebrada entre o médico e o paciente, sendo para alguns um contrato de prestação de serviços, e para outros um contrato *sui generis*. Tendo em vista que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda e protetor do enfermo e de seus familiares, parece-nos mais correto o em entendimento daqueles que sustenta ter a assistência médica a natureza de contrato *sui generis*, e não de mera locação de serviços, consoante orientação adotada pelos Códigos da Suíça e da Alemanha (2012, P.403).

É importante analisar, se a obrigação assumida pelo médico é de resultado ou de meio, pois quando estamos falando dos médicos plantonista, a obrigação será sempre de meio, pois não tem todo diagnóstico do paciente, logo, não pode responder por resultado, visto que, seu dever é utilizar toda técnica correta que no procedimento exige.

O profissional liberal descrito artigo 14, § 4, CDC, pode responde por resultado quando realiza cirurgia embelezadora, ou seja, se comprometendo à melhora a aparência estética do paciente, porém se ocorrer uma piora no que foi prometido, isto é, no contrato de prestação de serviço, será considerado pelo código de defesa do consumidor como defeito do serviço, ou seja, devendo o médico ressarcir o paciente em dano moral estético, no entanto, é bom salienta, mesmo o médico assumindo a responsabilidade objetiva, sempre será necessário o elemento culpa provada, para poder ocorrer a responsabilização do médico liberal podendo, ser realizado através da inversão do ônus probatório, pois o consumidor é sempre considerado vulnerável, já que não possui um conhecimento técnico sobre o procedimento cirúrgico.

Em virtude do foi descrito, é importante descrever que a responsabilidade do médico é sempre de meio, porém o código de defesa do consumidor, abriu uma exceção prevendo no seu art. 14, § 4. Que pode o médico liberal, adquirir obrigação de resultado, quando se comprometer à melhora a aparência do seu paciente, como estivermos falando em cirurgia embelezadora.

## 6.1 O erro profissional

O erro profissional acontece quando a atuação médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta, já a imperícia é o contrário, ou seja, a conduta médica é correta, mas a técnica é empregada de maneira errada.

Nas palavras de Luciano Schiappacassa:

O erro profissional é um acidente escusável, justificável e, de regra, imprevisível, que não depende do uso correto e oportuno dos conhecimentos e regras da ciência. Esse tipo de acidente não decorre da má aplicação de regras e princípios recomendados pela ciência. Deve-se à imperfeição e precariedade dos conhecimentos humanos, operando, portanto, no campo do imprevisto e transpondo os limites da prudência e da atenção humanas. No entanto, embora o médico não tenha carta branca, não pode, ao mesmo tempo, ficar limitado por dogmas inalteráveis. Tendo agido racionalmente, segundo os preceitos fundamentais da *lexis artis*, ou, quando deles se afastar, o fizer por motivos justificáveis, não terá de prestar contas à justiça penal, por eventual resultado fatídico (SCHIAPPACASSA, 2017).

Tendo em vista os aspectos observados, gerará indenização, caso venha a causa um dano físico e estético ao paciente, em virtude de um erro do profissional médico liberal.

## 6.2 O erro de diagnóstico

A atividade médica traz em si, um risco para os direitos de outrem, por este motivo, que o erro de diagnóstico, gera responsabilidade objetiva, conforme o artigo Art. 927 e seu parágrafo único que expressa:

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.

O Superior Tribunal de Justiça, se posicionou no entendimento que o erro no diagnóstico, pode possibilita indenização, ou seja, possibilidade de danos morais.

TJ-SP - Apelação APL 01360179320078260100 SP 0136017-93.2007.8.26.0100 (TJ-SP)

Data de publicação: 13/04/2015

Ementa: **ERRO DE DIAGNÓSTICO.** Exame laboratorial que realizou biópsia e indicou a existência de malignidade no nódulo. Autor que providenciou às suas expensas novo exame em laboratório que não integrava a rede credenciada. Comprovação do engano do primeiro exame. Angústia decorrente do erro de diagnóstico manifesta e que perdurou por diversos dias. Obrigação de resultado do laboratório. Precedentes do STJ. Operadora de plano de saúde. Responsabilidade solidária. Dever de zelar pela manutenção de rede credenciada adequada. Danos materiais consistentes na consulta e exames pagos pelo consumidor. Danos morais fixados em R\$15.000,00, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Denúnciação à lide. Dever de reembolso reconhecido, observadas os limites da apólice. Denúnciação à lide ao IRB também acolhida. Sentença reformada. Recurso provido em parte. (DRUMOND, 2017).

Em vista dos argumentos apresentados, o erro médico, além de causa sofrimento a família, gerara responsabilidade civil objetiva, para o profissional liberal, que erra o diagnóstico do paciente, impossibilitando a fazer certos tratamento, por causa de uma doença que inexistente.

## 7 A prova da culpa

A atividade médica, é um serviço prestado por seres humanos, por este motivo sua obrigação é de meio, pois eles não pode prometer que vai curar o paciente, porém na cirurgia embelezadora ele assume a obrigação de resultado, uma vez que ele se compromete a proporcionar uma melhora aparência física ao seu cliente.

Por este motivos, é preciso nota que para ocorrer responsabilidade civil médica, é preciso do elemento subjetivo, ou seja, a culpa provada, visto que, esse elemento é intrínseco, não podendo ser afastado no caso concreto.

Nas palavras Sergio Cavaliere Filho:

A prova da culpa, imprescindível, pelo que ficou exposto, não é fácil de ser produzida. Em primeiro lugar porque os Tribunais são severos na exigência da prova. Só demonstrando-se erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou, ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilização do médico. Em segundo lugar porque a matéria é essencialmente técnica, exigindo prova pericial, eis que o juiz não tem conhecimento científico para lançar-se em apreciações técnicas sobre questões médicas. E, nesse campo, lamentavelmente, ainda funciona o esprit de corps, a conspiração do silêncio, a solidariedade profissional, de sorte que o perito, por mais elevado que seja o seu conceito, não raro, tende a isentar o colega pelo ato incriminado. (2012, p.404)

O paciente por ser considerado vulnerável, na prestação de serviço médica, por não ter conhecimento técnico sobre todo procedimento, ou seja, pode o juiz, a critério das partes, inverte o ônus da prova, sendo que na cirurgia estética, por ser uma responsabilidade objetiva, o médico sempre terá que prova que: “Art. 14, § 3, I, II CDCB, que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

É notório que na maioria das vezes os juízes não tem conhecimento técnico sobre o procedimento cirúrgico, por este motivo, nomear um perito para poder analisar os lados médicos, ou seja, para encontrar prova, sendo que. “Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.405).

É importante salienta, que o juiz, mesmo pedindo prova pericial, não fica a adstrito, só ao lado da perícia, podendo julgar, conforme sua convicção desde que fundamente sua decisão.

Em virtude dos fatos mencionados, é importante salienta que, mesmo sendo a responsabilidade objetiva do médico liberal, sempre necessitara do elemento subjetivo, ou seja, a culpa provada, para ocorrer a indenização médica.

## **8 A Responsabilidade dos cirurgiões plásticos com relação Cirurgia Embelezadora**

É notório que o número de cirurgia embelezadora só vem aumentando no Brasil, por este motivo, é importante fazer a diferenciação, quando a responsabilidade civil do médico será de meio, e, em que momento tornar-se-á de resultado. Pois, por se uma atividade que traz em si um risco inerente ao profissão, visto que, prestar serviços à seres humanos.

Para poder responsabiliza o profissional liberal, é importante, diferencia se a responsabilidade contraída foi, de cirurgia corretiva ou embelezadora, pois, a primeira ser tratar, de uma responsabilidade extracontratual, uma vez que, o médico plantonista, não conhece à vida pregressa do paciente, ou melhor, não saber todo diagnóstico da pessoa, respondendo só no momento do atendimento, visto que, tem que empregar todos meios técnicos em que de um profissional se espera no caso concreto.

O mesmo não acontece na cirurgia embelezadora, visto que, a responsabilidade civil é contratual, pois, o médico acompanha à saúde da pessoa, ou seja, saber os pontos negativos e positivo do paciente, que é obtido através de exames, por este motivo, sua obrigação é de resultado, uma vez que, se tratar de um procedimento cirúrgico que vai proporciona uma aparência física melhor, não podendo ocorrer a piora. Sendo que o profissional liberal, tem o dever de informar as complicações que por ventura pode ocorrer durante e pós-cirurgia.

É importante descrever que tanto na responsabilidade de meio quanto na de resultado, ambos será demonstrada através do elemento culpa, ou seja, responsabilidade subjetiva, porém, o segundo caso poderá ocorrer a inversão do ônus probatório, pois, gera culpa presumida.

Tratando-se das relações entre médicos e pacientes, o livro Sergio Cavalieri Filho traz divergências jurisprudencial:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em que pese à divergência dos eminentes Mins. Ruy Rosado de Aguiar e Carlos Alberto Menezes Direito (v. erudito voto na RSTJ 119/294-304), continua entendendo que a cirurgia estética gera obrigação de resultado, merecendo destaque o julgamento do REsp 81.101PR, 3-ª Turma, do qual foi relator o eminente Min. Waldemar Zveiter: "Cirurgia estética ou plástica - Obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva) - Indenização - Inversão do ônus da prova. Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. Cabível a inversão do ônus da prova. " Em

seu voto o domo Relator reportou-se a precedente de sua lavra - REsp 10.536-RJ -, merecendo a adesão do Min. Eduardo Ribeiro com as seguintes colocações: "No plano do Direito Material pode-se ter como certo que a obrigação do cirurgião plástico é apenas de utilizar-se da melhor técnica, mas isso não afasta que, no plano do Direito Processual, seja lícito atribuir-lhe o ônus de provar que assim procedeu. Ter-se-á em conta, para isso, o que acima ficou exposto. O que se pretende obter com a cirurgia estética é algo que se pode dispensar e certamente se dispensará se os riscos forem grandes. Se o profissional dispõe-se a efetuar-la é porque os avaliou e concluiu que não o são. Verificando-se a deformação, em lugar do embelezamento, goza de verossimilhança a assertiva de que a melhor técnica não terá sido seguida, ensejando a aplicação do art. 6, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Nem haverá qualquer desatenção ao que estabelece o art. 14, § 4, do mesmo Código. A responsabilidade depende da culpa, mas o ônus da prova se inverte. A incidência da norma que admite seja isso feito supõe exatamente que, em princípio, caberia à outra parte" (RSTJ 119/290-309). (2012, pg. 417 e 418).

A responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos são de resultado, ou seja, quando ocorrer um procedimento cirúrgico malsucedido. Aparece o dever de indenizar, pois, a responsabilidade civil nasce pelo descumprimento de uma obrigação, sendo que essa indenização abranger segundo Carlos Roberto Gonçalves: "[...] A indenização abrange, geralmente, todas as despesas efetuadas, danos morais em razão do prejuízo estético, bem como verba para tratamentos e novas cirurgias" (2012).

Tendo em vista os aspectos observados, e em virtude das decisões dos tribunais, o erro médico, causado por cirurgia estética, é causa de responsabilidade subjetiva, porém, com culpa presumida, ou seja, necessitando da inversão do ônus probatório, para que o médico demonstre alguma excludente de responsabilidade.



## 9 Conclusão

Em virtude dos questionamentos aqui levantados, a partir, de um olhar na doutrina com as repercussões jurisprudencial e na legislação, a pesquisa teve como principal objetivo demonstra o erro médico em relação a cirurgia embelezadora. No entanto, a pesquisa esclareceu diferencia entre responsabilidade e obrigação, pois a primeira só nasce, se houver descumprimento da segunda.

Foi abordado no trabalho as característica da responsabilidade civil e penal, sendo que ambos são ciência autônoma da área jurídica, porém a primeira tratar das relações do direito privado, enquanto a outra cuidar das relações de ordem pública de maior interesse.

Com relação a responsabilidade do médico ela pode ser contratual quando ele acompanha o paciente através de exames, respondendo por resultado quando se compromete a melhora a aparência física da pessoa através da cirurgia embelezadora, já a extracontratual, exercido do médico plantonista, sua obrigação é de meio, pois não conhece todo diagnóstico do paciente, sendo só responsabilizado no momento do atendimento.

No presente trabalho também foram mencionados os elementos da responsabilidade civil, que são: conduta, nexos e dano, pois se esses três componentes não tiver presente, não poderá se falar em responsabilidade civil.

O trabalho trouxe a evolução histórica da responsabilidade civil do médico, trazendo também o conceito e natureza de sua responsabilização.

Abordou-se ainda a responsabilidade pessoal dos médicos liberal, que pode contrair obrigação de meio ou resultado, como também foi esclarecido os deveres do médico, ou seja, dever de informa ao paciente sobre os riscos que pode ocorrer em um procedimento cirúrgico.

Também foram abordadas as excludentes da responsabilidade médica, quando estiver prestando serviço, são elas: o defeito inexistente, culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, estando previsto no Art. 14, §3, CDCB.

Os hospitais, clínicas, casas de saúde e similares, responde objetivamente pelos atos de seus funcionários quando vir a causar dano a outrem, podendo entrar com uma ação regressiva, se comprovar que houver dolo ou culpa por parte dos seus empregados.

O presente trabalho trouxe a diferença entre erro profissional, erro de diagnóstico e a prova da culpa, pois só poderá ocorrer responsabilidade médica se provar o elemento subjetivo.

Por fim, trouxe a responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos com relação as cirurgias embelezadoras, pois, nesse caso a responsabilidade é objetiva, visto que, está presente o elemento de culpa presumida, uma vez que, ele se comprometer a obter uma melhora física do paciente, sendo que sua obrigação é de resultado.

Em virtude dos fatos mencionados, a atividade médica é exercida por seres humanos para poder salvar vidas ou minorar o sofrimento dos pacientes, por este motivo, dever ser realizada com compromisso, responsabilidade, transparência, seriedade e humanidade sob pena de sofrer as consequências em razão de um possível erro médico ensejando assim a possibilidade de vir a ser demandado em uma ação judicial, conforme ficou demonstrado no corpo do presente trabalho, através do levantamento doutrinário e jurisprudencial que corroboram com a legislação vigente.

## REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo – Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 15 de maio 2017.

BRASIL. **TV GLOBO** Disponível em: < <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2014/07/brasil-se-torna-pela-primeira-vez-lider-em-cirurgias-plasticas-diz-organizacao.html>> Acesso em 15 de maio 2017.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)> Acesso em: 15 de maio 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo – Atlas, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: < <http://lelivros.bid/categoria/direito/>> Acesso em: 1 de maio 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V. III.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÁRCIA DE ARAÚJO HALFELD, Taciana. **Responsabilidade Civil Médica**. Barbacena, 2011. Disponível em: <http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-8a19f9fa5cad9e7edc518e85752e63df.pdf> >. Acessado em 01 de abril de 2017.

SILVA RANGEL, Adriana. **Responsabilidade Civil do Médico Cirurgião Plástico na Área Estética**, Rio de Janeiro, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil Doutrina e Jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo – RT, 2007.

ROSSI, Júlio César. ROSSI, Maria Paula Cassone. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Série Leituras Jurídicas Provas e Concursos. Vol.6. São Paulo: Atlas, 2007.

VECCHIETTI, Gustavo Nascimento Fiuza. "**Ultima ratio**" do **Direito Penal**. Comportamento frente aos crimes contra a ordem tributária e previdenciária. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2717, 9 dez. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18001>>. Acesso em: 15 de maio 2017.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho\\_Federal\\_de\\_Medicina](https://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_Federal_de_Medicina)> Acesso em: 1 de agosto 2017.

PEDROSA, Skendell. **Diferença entre negligência, imprudência e imperícia**. Disponível em: <<https://skendell.jusbrasil.com.br/noticias/159520942/diferenca-entre-negligencia-imprudencia-e-impericia>> Acesso em: 5 setembro 2017.

Associação Nacional de Biossegurança. **Infecção Hospitalar Mata Mais de 100 mil por ano**. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/pt/247/brasil/15617/Infec%C3%A7%C3%A3o-hospitalar-mata-mais-de-100-mil-por-ano.htm>> Acesso em: 29 setembro 2017

Associação norte-americana de enfermagem. **As 10 Dicas de Evitar Infecção Hospitalar**. Disponível em: <<https://setorsaude.com.br/10-dicas-para-evitar-a-infeccao-hospitalar/>> Acesso em: 3 Outubro de 2017

SCHIAPPACASSA, Luciano. **Imperícia e erro profissional são sinônimos?** - Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/53198/impericia-e-erro-profissional-sao-sinonimos-luciano-schiappacassa>> Acesso em: 4 Outubro de 2017.

Jus Brasil. **Erro de diagnóstico Médico** Disponível em: <  
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Erro+de+diagn%C3%B3stico>>  
Acesso em: 4 Outubro de 2017.

DRUMOND GONÇALVES, José. **Erro de diagnóstico médico: ato indenizável?**  
Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI86733,71043-Erro+de+diagnostico+medico+ato+indenizavel>> Acesso em: 4 Outubro de 2017.