



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA.
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS SOCIAIS.**

THIAGO DO NASCIMENTO PEREIRA SOARES DE FREITAS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DA MEDICINA FRENTE
AO ERRO COMETIDO EM CIRURGIAS PLÁSTICAS**

**BRASÍLIA
2019**

THIAGO DO NASCIMENTO PEREIRA SOARES DE FREITAS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DA MEDICINA FRENTE
AO ERRO COMETIDO EM CIRURGIAS PLÁSTICAS**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Centro Universitário de
Brasília, como requisito para o
recebimento do Bacharel em Direito
Orientadora: Eleonora Mosqueira
Medeiros Saraiva

BRASÍLIA
2019

THIAGO DO NASCIMENTO PEREIRA SOARES DE FREITAS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DA MEDICINA FRENTE
AO ERRO COMETIDO EM CIRURGIAS PLÁSTICAS**

Artigo Científico apresentado como
requisito para conclusão de curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Brasília, de de 2019.

Banca Examinadora

Prof. Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva.

Prof. Luciano Medeiros.

AGRADECIMENTOS

Nada mais justo que após 05 anos de curso, surjam pessoas que auxiliam essa trajetória e outras pessoas que me acompanham ao longo dos meus anos de vida que me ajudaram muito nessa fase da vida.

Dessa forma devo agradecer a minha inspiração diária, a mulher mais guerreira, a mulher que mais vezes já lutou pelos seus três filhos, obrigado mãe Noélia Pereira, você é meu eterno amor.

Agradeço aos meus avós Mitsi e Carlos Alberto por sempre se sacrificarem ao máximo fazendo até mesmo o impossível para oferecer o melhor possível para os seus netos, sem o sacrifício de vocês dificilmente estaria concluindo esse curso.

Não posso deixar de agradecer a minha melhor amiga, companheira e namorada na qual tive a grande sorte de conhecer nesse curso, obrigado Mariana Guimarães, por me tornar uma pessoa melhor, por me fazer feliz, por ser tão carinhosa e por todos os conselhos da vida, eu te amo.

Tenho que agradecer a minha segunda família, na qual me acolheram de forma incondicional, me fornecendo de um simples almoço até o empréstimo de um automóvel para me auxiliar no trabalho, dessa forma venho dar meu singelo agradecimento obrigado Lydia Guimarães e Nilton Guimarães, vocês são minha inspiração como casal, onde sempre um busca ao o outro e com isso chegaram onde chegaram com muito suor e muita luta.

Agradeço a advogada, professora, amiga e simplesmente fenomenal Eleonora Saraiva, um exemplo de professora onde leciona Direito por amor, me encantou pelo seu jeito dedicado e comprometido com o magistério e pelo carinho com os alunos, saio da faculdade com um enorme prazer por ter sido seu aluno.

E por fim, mas não menos importante agradeço ao ser humano em que mais me espelho e me identifico meu tio, padrinho, pai, Carlos Alberto Gomes de Freitas Júnior obrigado simplesmente por todo apoio incondicional, sendo assim irei homenageá-lo citando uma frase na qual mais ouço de você: “Ninguém vai bater mais forte do que a vida. Não importa como você bate e sim o quanto aguenta apanhar e continuar lutando; o quanto pode suportar e seguir em frente”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	7
1.1 Culpa.....	9
1.2 Conduta Humana.....	9
1.3 Dano.....	10
1.4 Nexo de Causalidade	11
1.5 Responsabilidade Civil Subjetiva x Responsabilidade Civil Objetiva	12
2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	13
2.1 Erro Médico.....	14
2.2 Responsabilidade civil contratual x Responsabilidade civil extracontratual.....	16
2.3 Obrigação de meio x Obrigação fim	17
2.4 Diferença entre cirurgia estética x cirurgia reparadora	18
2.5 Responsabilidade civil dos Hospitais	19
3 EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE	21
3.1 Iatrogenia	22
3.2 Fato de terceiro	23
3.3 Culpa exclusiva da vítima	24
3.4 Caso fortuito e força maior.....	24
CONSIDERAÇÕES FINAIS	25
REFERÊNCIAS.....	27

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DA MEDICINA FRENTE AO ERRO COMETIDO EM CIRURGIAS PLÁSTICAS

Thiago do Nascimento.P. S de Freitas

RESUMO

O objeto desse artigo científico leva como pressuposto demonstrar a responsabilidade civil do médico diante de eventuais erros cometidos na execução de cirurgias plásticas. Geralmente o médico responde de forma subjetiva decorrente do elemento culpa, nas modalidades da imprudência, negligência ou imperícia. Será apresentado em um primeiro momento os pressupostos essenciais da responsabilidade civil, a diferença entre a responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Posteriormente abordaremos o que seria erro médico, a diferença entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual do cirurgião plástico, a relevante diferença entre cirurgia reparadora e estética, a obrigação de meio ou resultado do médico cirurgião e pôr fim a responsabilidade dos hospitais. Em uma última oportunidade será demonstrado o as espécies de excludentes de responsabilidade civil médica.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Erro médico. Excludentes da responsabilidade médica. Iatrogenia.

ABSTRACT

The object of this scientific article presupposes to demonstrate the civil liability of the physician in the face of any errors made in performing plastic surgery. Usually the doctor responds subjectively due to the element of guilt, in the modalities of recklessness, neglect or malpractice. At first, the essential assumptions of liability will be presented, the difference between subjective and objective liability. Later we will address what would be medical error, the difference between contractual and non-contractual liability of the plastic surgeon, the relevant difference between restorative and aesthetic surgery, the obligation of the surgeon's means or outcome and ending the responsibility of hospitals. In a last opportunity will be demonstrated the species of exclusion of medical liability.

Keywords: Civil Liability. Medical Error. Exclude Medical Liability. Iatrogeny.

INTRODUÇÃO

A confecção do artigo científico tem sua importância pela magnitude do número de cirurgias plásticas que hoje são realizadas no Brasil. No ano de 2018, a Sociedade Brasileira de Cirurgias Plásticas realizou um levantamento onde se comparou o número de cirurgias plásticas entre o ano de 2014 e 2018, dessa forma foi possível verificar que ocorreu um crescimento de 23% de cirurgias reconstrutoras sendo 8% de cirurgias estéticas. Podendo assim destacar que mesmo o Brasil atravessando diversas crises econômicas e políticas esse é um ramo da economia que tende de aumentar a cada ano.

A mídia informativa hoje no Brasil, com a necessidade de autopreservação olham temas como erro médico em cirurgias plásticas como uma “galinha de ovos de ouro”, tendo em vista que qualquer notícia referente a um erro médico possui índices elevados de opiniões públicas.

Apesar do tema erro médico e o instituto da responsabilidade civil não serem assuntos tão recente para o mundo jurídico, devemos nos perguntar porque existe uma média de três médicos processados por erro médico a cada uma hora no Brasil.

Na mesma linha de raciocínio foi observado um aumento de 1.600% de demandas que chegaram no Superior Tribunal de Justiça (STJ), envolvendo alguma espécie de erro médico, sendo que no Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT) entre os anos de 2000 e 2014 existiu um aumento de incríveis 586,66 % de demandas judiciais, sendo a cirurgia plástica a quinta no ranking de demandas envolvendo erros médicos.

A pergunta que fica é: porque no Brasil existe um número surreal de processos que envolvem erros médicos e como é possível que nos próximos anos essa demanda diminua?

A resposta para essa indagação é até relativamente fácil de se responder. Ocorre que a população mundial se tornou cada vez mais exigente, onde a busca pelo corpo perfeito se tornou uma obsessão.

Um outro fator que se deve observar, seria o sensacionalismo e a necessidade dos meios de comunicação inflamarem a opinião pública com relatos de pacientes que sofreram algum procedimento cirúrgico falho. Ocorre que em alguns casos o próprio

paciente deu causa para o evento danoso, onde procuram sites de busca para obterem um auxílio no pós-operatório, mas acabam prejudicando a cirurgia.

A solução para se diminuir essa quantidade de demandas relacionadas com erro médico seriam: (i) uma melhor informação entre médico e paciente onde os procedimentos cirúrgicos deveriam ser utilizados apenas em situações de extrema necessidade, (ii) o médico deveria se recusar a realizar procedimentos cirúrgicos onde o risco é elevado e (iii) por fim todos os meios de comunicação devem prestar uma informação clara e correta, onde em algumas situações o médico possa se desobrigar do dever de indenizar.

O presente artigo científico, teve como método científico hipotético-dedutivo, tendo como base a dedução hipóteses que são levantadas a partir de um problema, utilizando-se de doutrinas, artigos científicos e sites.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil, nasceu de forma violenta e desproporcional. Tendo em vista que no início da humanidade a vingança privada era a medida encontrada pelo homem para saciar um dano sofrido; sendo assim não é difícil de perceber que essa modalidade ressarcimento era baseada sem nenhum critério de proporcionalidade.¹

Com o passar dos séculos o Estado na sua forma mais arcaica, se viu na necessidade de regulamentar essa vingança privada, de uma forma que a existisse o mínimo de proporcionalidade foi assim que surgiu a pena de Talião, prevista na Lei das XII tábuas, com uma famosa frase que até hoje se utiliza “Olho por olho, dente por dente”.²

Foi a partir da necessidade que ocorreu a maior revolução de responsabilidade civil, pelo fato da verificação do elemento culpa. Com o surgimento da, *Lex Aquilia*, logo após tal marco histórico o elemento culpa começou a ser a regra em todo o direito comparado onde serviu até mesmo como uma fonte para o Código Francês, de 1804.³

¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p 1-4.

² TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 333.

³ *Ibidem*.

A *Lex Aquilia* era constituída em três partes, onde o primeiro capítulo regulava de quem seria a culpa nos casos de morte dos escravos e animais, segundo capítulo destinado ao dano causado ao credor e o terceiro capítulo referente ao *dammum injuria datum* que consistia na destruição ou deterioração da coisa alheia.⁴

O próximo marco histórico de grande relevância para o instituto da responsabilidade civil foi a criação do Código Napoleônico, onde se aperfeiçoou cada vez mais o conceito de culpa. A partir desse momento começou a surgir novas espécies de responsabilidade civil, como por exemplo a responsabilidade contratual, onde bastasse que uma das partes não cumprisse o contrato ou uma cláusula contratual que já sofreria uma espécie de sanção pecuniária.⁵

Último grande marco histórico da responsabilidade civil, está relacionada com a evolução industrial onde foi um conjunto de ideias significativas no modo que o Estado se organizava, economicamente e estruturalmente. Um número maior de pessoas se agrupando para a obtenção de lucro, em lugares onde a segurança era nula, leis trabalhistas mínimas ou até mesmo inexistentes não é difícil de se imaginar que deveria ocorrer inúmeros eventos danosos.⁶

Na época da responsabilidade civil o Estado visando proteger a sociedade em geral começou a perceber que a teoria aderida no Código Napoleônico e pela *Lex Aquilia*, não era mais tal bem aceita tendo em vista o aumento significativo dos eventos danosos, sendo assim surgiu a teoria do risco, onde ficou determinado que aqueles que exercem alguma atividade de risco deveriam indenizar a vítima caso ocorresse um evento danoso.⁷

Tendo em vista os aspectos mencionados, podemos perceber que a *Lex Aquilia* e a teoria do risco são duas teorias antagônicas tendo em vista que primeira tem por fonte a ideia do ato ilícito e segunda leva em consideração a teoria do risco, apesarem de possuírem essa significativa diferença ambas possuem características semelhantes pois necessitam de uma conduta humana, nexos de causalidade e um dano, temas abordado nos próximos tópicos.⁸

⁴GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v 3. p.63.

⁵PEREIRA, Caio Mario. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro. Forense, 2016. p.76.

⁶MARCHI, Cristiane. A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses prevista no Código Civil. *Revista dos Tribunais*. v. 964, p.4

⁷PEREIRA Op. Cit.

⁸TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade*. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 8-10.

1.1 Culpa

O elemento culpa é o primeiro elemento necessário para identificarmos qual espécie de responsabilidade será adotada, porém, esse é o elemento que mais teve alteração no seu significado com o decorrer da evolução da responsabilidade civil, segundo Silvio Salvo Venosa: “A Culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e não observa”.⁹

Combinando o conceito de culpa fornecido pelo doutrinador Silvio Salvo Venosa e uma leitura atenta do art. 186 do Código Civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.¹⁰

É comum na esfera penal existir a uma diferenciação entre dolo e culpa, Cleber Masson afirma que dolo “É a conduta de querer o resultado, mas não é só. Também há dolo na conduta de quem, após prever e estar ciente de que pode provocar o resultado assume mesmo assim”.¹¹

Já o elemento culpa “Seria o elemento normativo de conduta, pois a sua aferição depende da valorização do caso concreto. Somente após minucioso juízo de valor poderá o interprete afirmar se ela ocorreu ou não”. Ambas as definições são muito bens vistas para o direito penal, contudo no âmbito civil dolo e culpa em especial para o caráter indenizatório não existe nenhuma distinção.¹²

1.2 Conduta Humana

O primeiro elemento de relevante importância para a responsabilidade civil é a conduta humana tendo em vista que os fenômenos da natureza não geraram dever de indenizar, salvo se ocorreu um fenômeno da natureza e que devido a uma conduta omissiva humana nasceu ato ilícito. Portando fenômeno da natureza combinado com a omissão do ser humano foram essenciais para que ocorresse o dano, gerando assim o dever de indenizar.¹³

⁹VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 18. ed, São Paulo: Atlas, 2017.v. 2

¹⁰BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 de abril de 2019.

¹¹MASSON, Cleber. *Direito penal parte geral*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012. v .1. p. 263.

¹²Ibidem.

¹³RODRIGUES, Silvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v .4. p. 19.

A conduta humana pode ser comissiva ou omissiva, a princípio a conduta humana omissiva não gera responsabilidade civil, a conduta humana omissiva só irá ocorrer para aqueles que tinham o dever de agir e por algum motivo deixaram de exercer sua função um bom exemplo seria quando um médico percebendo que seu paciente se encontra em um estado alérgico ao medicamento não tenta utilizar dos meios necessários para reverter esse quadro.¹⁴

A conduta humana está interligada com o elemento da voluntariedade que segundo o dicionário seria “qualidade daquilo que é voluntário, que alguém faz por vontade ou iniciativa própria; espontaneidade.” Portanto para existir a responsabilidade civil a vontade do agente deve ser pura e simples, o mesmo não pode ser coagido a praticar aquilo que não queria, como já mencionado o elemento da vontade da conduta humana é de suma importância um erro nesse elemento acarreta a exclusão da responsabilidade civil.¹⁵

Como já mencionado no âmbito da indenização, a culpa e o dolo se assemelham, só é necessário que ocorra o discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. A conduta humana exigida na responsabilidade civil não é apenas aquela cometida apenas pelo homem, mas também aquela produzida por pessoas jurídicas tendo em vista que a responsabilidade civil não as distingue. A única diferença entre a conduta cometida por uma pessoa jurídica de uma pessoa natural se encontra na modalidade de responsabilidade civil tendo em vista que estas via de regra respondem de forma objetiva.¹⁶

O legislador visando disciplinar a responsabilidade civil, tentou em um rol não exemplificativo demonstrar que a responsabilidade de reparar o dano, ou seja, o dever de indenizar pode ser diferente daquele que praticou o dano como por exemplo danos causados por animais. Artigo 936 do Código Civil “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.”¹⁷

1.3 Dano

¹⁴GAGLIANO, Pablo. S. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil responsabilidade civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v 3. p. 140

¹⁵STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: teoria e prática das ações*. 4.ed. Rio de Janeiro: Gz, 2009. p .67

¹⁶GAGLIANO, Pablo. S. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, v. III, 2018. p. 77.

¹⁷BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 abr 2019

O dano é o desfecho da consequência humana mais o ato ilícito; existindo assim o direito de indenizar à vítima. Existem diversas modalidades de dano, contudo, para a confecção do artigo científico só será necessário identificarmos o dano estético e dano moral. Ambos estão inquestionavelmente interligados, sendo que durante muitos anos o ordenamento jurídico considerava dano estético uma modalidade de dano moral, tal entendimento foi modificado sendo possível hoje acumular as duas espécies de acordo com a súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça onde afirma: “ É possível a cumulação de pedido de danos estéticos e danos morais conjuntamente.”¹⁸

Quando imaginamos que ocorreu um erro médico em uma cirurgia plástica, o primeiro elemento que logo vem à mente é a estética do paciente, por ser o dano mais visível e de fácil percepção. A definição de dano estético como se fosse uma lesão ao corpo do paciente pouco importando se essa se encontra em um lugar visível para o olho de um terceiro, se essa lesão é mínima, bastando que ocorra uma *afeiamento*.¹⁹

Como antes mencionado o dano estético nas cirurgias plásticas via de regra possuía uma ideia plausível para sua indenização, contudo além dos danos estéticos a vítima, do erro médico tem sequelas que apenas o mesmo compreende. Gerando assim um dano na psique humana, incalculável via de regra, levando em consideração o psicológico de cada pessoa gerando assim um dano moral.²⁰

O dano moral e o dano estético não podem ser confundidos levando em consideração que, o dano moral possui uma característica de punição ao agente causador além de ter que indenizar aquelas lesões ocasionado por ele no corpo do paciente o mesmo tem a necessidade de ser punido para que assim não ocorra a novamente o erro.²¹

1.4 Nexo de Causalidade

¹⁸ GAGLIANO, Pablo S. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3. p 35

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7. p. 62.

²⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 2. p. 33

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros 2005. p.75.

O nexu de causalidade seria o terceiro e último ponto de suma importância para a responsabilidade civil, haja vista que esse é o ponto de ligação entre a conduta humana e o dano ocasionado pelo agente, por meio da observação do nexu de causalidade que podemos concluir quem é o agente do dano.²²

Existe uma certa divergência entre inúmeros doutrinadores sobre qual nexu de causalidade é adotado no Brasil, como o tema principal do artigo não é estudarmos tal diferenciação iremos abordar apenas a teoria considerada majoritária.²³

A teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro é a teoria da causalidade adequada onde o dano deve ser observado através dos antecedentes necessários para a real necessidade do acontecimento, ou seja, apenas aqueles atos de suma importância para o evento danoso integra o nexu de causalidade.²⁴

1.5 Responsabilidade Civil Subjetiva x Responsabilidade Civil Objetiva

A responsabilidade civil subjetiva já se encontra no nosso ordenamento jurídico desde do Código Civil de 1916 e foi recepcionada pelo Código Civil de 2002, tem como justificativa a culpa ou o dolo por ação ou omissão lesiva a determinada pessoa. Desse modo a responsabilidade civil tem necessidade do elemento subjetivo do agente dolo ou culpa, por estar baseada no ato ilícito a responsabilidade civil se encontra fundamentada no Art. 186 do Código Civil Brasileiro.²⁵

É de grande relevância destacar que não apenas necessariamente a culpa será atribuída exclusivamente ao agente causador, pois a culpa do evento danoso também poderá ser ocasionada pela vítima do evento, nesse casos será necessário uma verificação do caso concreto para atribuir a responsabilidade de cada no evento danoso ²⁶

Enquanto a responsabilidade civil objetiva o elemento culpa não é observado, e se encontra baseada na teoria do risco ensina Silvo Rodrigues que a teoria do risco

²²FIUZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva. 2003. p 723.

²³LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. v .4. p. 251.

²⁴Ibidem.

²⁵DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7. p. 121.

²⁶MATIELO, Fabricio Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. 4. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p. 31.

é baseada no exercício de uma atividade que cria um risco de dano para terceiros devem ser reparados ainda independente de culpa.²⁷

A responsabilidade civil objetiva se divide em duas: teoria do risco e a teoria do dano objetivo, e a teoria do dano estando baseada na simples verificação do dano e, assim, sua reparação tornando assim irrelevante o elemento culpa no caso concreto, sendo a que se encontra no Código de Defesa do Consumidor.²⁸

Francisco Amaral demonstra em alguns casos expressos em lei onde ocorrerá a responsabilidade civil objetiva: Art. 933 do (responsabilidade dos representantes legais pelos representados) Art. 937 (ruínas de edifícios) ambos do Código Civil.²⁹

2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A figura do profissional da área médica vem sofrendo inúmeras revoluções com o passar da humanidade, os primeiros médicos surgiram no antigo Egito e tinham a fama de serem enviados por deuses, a veracidade dessa afirmação foi comprovada a partir dos hieróglifos encontrados em diversos papiros daquela época. Outra civilização que auxiliou muito a evolução do médico foi o povo grego onde os profissionais da medicina passaram a ser considerados seres racionais, afastando esse caráter de divindades e dando um caráter mais humanitário.³⁰

O Brasil é o segundo país onde mais se realizam cirurgias plásticas, independentemente se é cirurgia estética ou reparadora. A Sociedade de Cirurgia Plástica afirma que desde do último levantamento realizado no ano de 2014 as cirurgias plásticas cresceram em média 23% para as cirurgias reconstrutoras e 8% as cirurgias estéticas.³¹

No tribunal de justiça do Distrito Federal e territórios, se constatou um assustador número de demandas judiciais com o tema de erro médico. Entre os anos

²⁷RODRIGUES, Silvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. v. 4. p.11.

²⁸GONÇALVES, Carlos. Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 11.

²⁹AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2008. p. 589.

³⁰Revista ser médico. História da medicina. 63 ed. p. 36-38. abr./jun 2013. <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=673> acesso em: 23 abr. .2019.

³¹VIEIRA, Vand. *Revista Saúde*. 24 julho de 2019. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/cresce-o-numero-de-cirurgias-plasticas-no-brasil/>. Acesso em: 17 ago. 2019.

de 2000 e 2014 existia um número de 336 processos judiciais em tal tema, ocorrer que entre 2014 e 2018, o número de demandas cresceu 586,66%.³²

Raul Canal, advogado e presidente da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (Anadem), afirma que o excesso de demandas judiciais envolvendo erro médico cresceu pela exigência da população, pelo avanço da tecnologia, pois o homem hoje procura sintomas na internet e pelo ativismo maior da população.³³

Segundo os ensinamentos de Aguiar Dias a responsabilidade médica deve estar de acordo com os seus cinco deveres que são: conselho, cuidado, obtenção do consentimento, abstenção de abuso ou desvio de poder ou dever de sigilo. O dever de conselho se baseia na ideia de informação pelo médico ao paciente onde o cirurgião deverá informar todas as consequências daquela cirurgia, essas informações deverão ser o mais objetivo possível para que assim seja eliminado qualquer dúvida ou arrependimento.³⁴

Na mesma linha de pensamento Rui Stoco acredita que a comunicação entre o médico e paciente e de grande relevância pois o paciente necessita saber todos os inconvenientes que será submetido com a sua internação para um bom pós-operatório e quais técnicas serão utilizadas para o procedimento cirúrgico.³⁵

Cláudia Lima Marques afirma que caso o dever de informação não seja conferido ao paciente, o mesmo teria a possibilidade de se utilizar da teoria da perda de uma chance, tendo em vista que a ausência de comunicação levará o paciente a perder a escolha do médico de como poderia se tratar.³⁶

2.1 Erro Médico

O capítulo três do Código de Ética Médica denominado de responsabilidade profissional nos remete a diversas vedações devemos, no entanto nos atentar a uma

³²SAMORANO, Carolina. *Metrópoles Saúde*. 18 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.metropoles.com/saude/justica-absolve-maior-parte-dos-medicos-acusados-de-erro>. Acesso em: 17 ago. 2019.

³³Ibidem.

³⁴DIAS, José de Aguiar da. *Responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.337.

³⁵Stoco, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: teoria e pratica das ações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Gz, 2009. p.53

³⁶MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade civil dos médicos e hospital por falhar no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 827. p. 11-48, maio/2019

em específico no art.1 afirma que é vedado ocasionar dano ao paciente, seja por ação omissão, imprudência, imperícia ou negligência.³⁷

Segundo os ensinamentos de Irany Novah Moraes o erro médico será caracterizado desde que exista um dano ao paciente, uma ação médica, um nexos efetivo de causa e efeito uma imperícia, imprudência ou negligência sendo a falta de um desses elementos será descaracterizado o erro médico.³⁸

Na visão de Hildegard Taggesell Giotri³⁹ o erro médico pode ser entendido como uma falha (sinônimo) no exercício da profissão decorrente de um mau inesperado ou um de um mau resultado através da omissão ou ação do profissional da área.

A responsabilidade civil médica utiliza os elementos da responsabilidade civil, dano, nexos de causalidade e a conduta humana como acréscimo do elemento culpa pois o médico cirurgião deverá ter agido com uma certa inobservância técnica que poderá ter sido fruto de uma negligência, imprudência ou imperícia.⁴⁰

O médico agira de forma imprudente toda a vez que agir de forma insensata ou não antes imaginada; já a negligência seria quando o médico agisse de forma irrelevante com os seus deveres e por fim o imperito seria quando despreparo prático ou falta de conhecimento deixa de observar normas fundamentais para a ocasião.⁴¹

Como mencionado o médico geralmente irá responder se cometer algum dano e onde o mesmo tenha agido com falta de prudência, o paciente visando ser ressarcido daquele dano ajuizara uma ação indenizatória geralmente baseada no art. 186 do Código Civil onde dá o significado de ato ilícito combinado com o art. 927 do Código Civil, ocorre que para o magistrado tentar identificar se o médico agiu de forma imprudente, negligente ou imperícia é muito difícil, sendo que em diversas ocasiões o magistrado necessita de um perito na área para sanar algumas dúvidas.⁴²

³⁷CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. 17 de setembro de 2009. Brasília: CFM, 2009. Capítulo 3. art.1.

³⁸MORAES, Irany Novaes. *Erro médico e Justiça*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 426.

³⁹GIOTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico a Luz da jurisprudência comentada*. 2. Ed. Curitiba. Juruá, 2010, p.125.

⁴⁰FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito. Médico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 257.

⁴¹FRANÇA apud CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 45.

⁴²KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e ônus da prova*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. p. 75.

É necessário diferenciarmos erro médico de dois elementos que ao ouvido de uma pessoa comum poderia parecer sinônimos que seriam o acidente imprevisível e o resultado incontrolável. O erro médico tem uma natureza pessoal ou estrutural, a forma pessoal será constituído se tivermos os elementos da responsabilidade civil e identificarmos a culpa de forma imprudência, negligencia ou imperícia, por outro lado será estrutural quando existirem falhas exteriorizadas por meio e condições de trabalho ineficientes, infelizmente bem comum na sociedade brasileira.⁴³

Já o acidente imprevisível são situações em que até mesmo a medicina ainda não pôde identificar provenientes de um caso fortuito ou força maior, e o resultado incontrolável seriam ocasiões em que nem mesmo o médico se utilizando de todas as técnicas e equipamentos específicos pode reverter o quadro do paciente, em ambos os casos o médico não deverá ser responsabilizado. O magistrado quando proferir a sentença terá que se atentar para tal diferenciação, sendo que esses três elementos muitas vezes são confundidos por magistrado, jornalistas.⁴⁴

O erro médico existe em diversas modalidades, os mais famosos seriam naqueles casos em que o médico deixa alguma sequela no paciente, contudo, esse não é a única modalidade pois existe o erro de diagnóstico, prognóstico, pós-operatórios e de tratamentos, o erro de diagnóstico consiste em uma escolha inadequada para sanar a patologia apresentada pelo paciente.⁴⁵

Diagnosticar a grosso modo seria a capacidade de interpretação do médico com após a análise de informações concedidas pelo paciente, o erro no diagnóstico em regra se encontra atrelado nessa má interpretação dos sintomas do paciente, por negligencia do médico ou por falta de melhores exames. A princípio o médico não irá ser responsabilizado por esse erro desde que o mesmo tenha agido de forma consciente.⁴⁶

2.2 Responsabilidade civil contratual x Responsabilidade civil extracontratual

⁴³GOMES, Júlio César Meirelles. *Erro Médico: reflexões*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/revista./bio2v2/reflerro.html>. Acesso em: 23 abr 2019.

⁴⁴Ibidem.

⁴⁵CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Introgenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 46.

⁴⁶ Ibidem.

A responsabilidade contratual tem como principal característica o acordo entre as partes, por se tratar de um negócio jurídico fica as partes respeitarem o art. 104 do Código Civil, onde afirma que é necessário agente capaz, objeto lícito possível e determinado e forma prescrita ou não defesa em lei.⁴⁷

A responsabilidade civil contratual se origina em especial pela inadimplência de uma das partes, destarte fica evidenciado que nasce um ilícito contratual, podendo ser pela falta de cumprimento de uma obrigação ou a mora da mesma. Essa modalidade de embasar-se no dever resultado o que determina a presunção de culpa, um elemento que se encontra interligado com a responsabilidade contratual seria o dever de provar a inadimplemento de uma das partes, via de regra esse ônus sucumbencial será daquele ocasionou a inexecução do contrato, o mesmo nessa situação deverá arguir na sua defesa excludentes de responsabilidade para tentar se eximir dessa responsabilidade.⁴⁸

A responsabilidade civil extracontratual não se origina de um contrato estabelecido entre as partes, mas sim um inadimplemento normativo, pois a obrigação irá surgir da lei. Essa modalidade está prevista no Art. 186 do Código Civil Brasileiro combinado com o Art. 927 do Código Civil Brasileiro⁴⁹. Uma diferença nítida entre a modalidade extracontratual e a contratual é a inexistência de um vínculo jurídico preexistente.⁵⁰

2.3 Obrigação de meio x Obrigação fim

A responsabilidade dos médicos, via de regra, é subjetiva, portanto necessita do elemento culpa, sendo que é considerado uma obrigação meio, por se tratar de uma área ainda muito instável o médico não é obrigado a conseguir perfeição em todos os procedimentos que o mesmo executa desde que haja com prudência e cautela, prudência e assiduidade. Todavia toda regra existe exceção e está se encontra nas cirurgias plásticas onde o paciente procura um médico especialista

⁴⁷CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Introgenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil médica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.22 - 23.

⁴⁸DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7. p.119

⁴⁹BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. acesso em: 03 maio 2019.

⁵⁰ DINIZ, Op.cit.

desejando que o mesmo execute o desejado de maneira perfeita, destarte muda-se a espécie de responsabilidade passando a ser objetiva, definida por obrigação de resultado.⁵¹

Nos casos em que o médico se tem sua obrigação considerada obrigação de meio, são aqueles casos onde o mesmo se utiliza de todos os meios necessários para a melhor condução no caso clínico. Nessa modalidade o cirurgião não se encontra obrigado com o resultado final, o mesmo visa apenas consertar o dano sofrido pelo paciente. A existência da obrigação meio é a única solução para justificar a responsabilidade civil subjetiva do médico, pois se ele um resultado específico o mesmo irá responder objetivamente.⁵²

Já a obrigação fim está relacionada com finalidade estética ou embelezadora por não apresentar fins terapêuticos, não iremos observar o elemento culpa, sendo considerada assim a exceção da espécie de responsabilidade civil.⁵³

Nos casos de obrigação fim, o cirurgião plástico por possuir maior capacidade técnica, deter inúmeros instrumentos para averiguar a condição física do paciente o médico deverá informar e até mesmo se recusar a realização da cirurgia estética, pois o paciente não preencheu os requisitos mínimos para se submeter a cirurgia plástica. Caso o médico tendo todos os laudos, exames e mesmo assim deseja realizar o procedimento assume para si o risco, conseqüentemente respondendo objetivamente.⁵⁴

2.4 Diferença entre cirurgia estética x cirurgia reparadora

Via de regra as cirurgias estéticas são aquelas onde o paciente não apresenta nenhuma patologia, contudo deseja uma “melhoria” na sua forma física, partindo desse desejo pessoal a doutrina jurídica considera essa modalidade de cirurgia visa um resultado e o médico realiza um contrato de prestação de serviço com o paciente

⁵¹HAZAN, Marcelo. *Erro médico e responsabilidade civil*. Disponível em: http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20590:erro-medico-e-responsabilidade-civil&catid=46. Acesso em: 3 maio 2019.

⁵²MATIELO, Fabricio Zamproga. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p. 53.

⁵³KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 242.

⁵⁴ÁRIAS, Elisangela Fernandez. *Responsabilidade civil do médico cirurgião plástico*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande :ano 8, n. 23, nov 2005. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=142. Acesso em: 25 abr. 2019.

se comprometendo a fornecer aquele resultado, dessa forma é de fácil percepção que a responsabilidade civil será objetiva, pois o médico assume o risco de realizar aquele procedimento.⁵⁵

A cirurgia embelezadora ou estética diferente da cirurgia reparadora, tem uma relação contratual entre o cirurgião plástico e o paciente, pois este só procurou o profissional para realizar um embelezamento no seu corpo. Sendo assim se não fosse garantido ao paciente que o cirurgião iria exercer a solicitação estética do paciente, o mesmo não iria elaborar um contrato com aquele.⁵⁶

Silvo Rodrigues considera que “ o paciente espera do cirurgião, não que ele se empenhe em conseguir um resultado, mas que obtenha resultado em si.”⁵⁷

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.097.955-MG, relatora Ministra Nancy Andrigh, no seu voto afirma a corte já se manifestou acerca da relação médico paciente, onde se concluiu que tratasse de uma obrigação de meio, e não de resultado, salvo nos casos de cirurgias estéticas. A mesma ainda trouxe como exemplo os precedentes: REsp 1.104.655/RS, 3ª Turma, relator Min. Massami Uyeda, DJe de 09/06/2009.⁵⁸

A respeito de cirurgia reparadora ou reconstrutiva está tem como principal característica reparar um defeito que teve um fato gerador um ato danoso ou até mesmo naquelas situações onde a pessoa já nasceu com alguma imperfeição estética, por não existir um contrato firmado entre as partes essa modalidade de cirurgia é considera uma obrigação meio, conseqüentemente uma responsabilidade civil subjetiva.⁵⁹

2.5 Responsabilidade civil dos Hospitais

É muito comum a existência de uma relação entre médicos autônomos com hospitais, muitas das vezes o médico cirurgião possui apenas a equipe médica de confiança, não tendo dessa forma um local apropriado para a realização do

⁵⁵BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Aspecto da responsabilidade civil e o dano*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 56.

⁵⁶VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil* 4. ed São Paulo: Atlas, 2003. v.4.

⁵⁷RODRIGUES, Silvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. 20. ed..São Paulo.v.4.2002. p.252.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.097.955-MG. Relatora Min. Nancy Andrigh. Data do Julgamento 02/03/2010.

⁵⁹ MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Justiça*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. p.160.

procedimento e não possuindo todos os equipamentos cirúrgicos.⁶⁰ Para Caramuru Afonso Francisco o conceito de hospital seria “estabelecimento aparelhado com todos os recursos médicos e cirúrgicos para o tratamento de doentes.”⁶¹

Já é pacificado pela jurisprudência que existe uma relação consumerista entre os usuários de um hospital, com o mesmo, tendo em vista que o consumidor se encaixa com perfeita exatidão no conceito fornecido pelo Art.2 do Código de Defesa do Consumidor, onde afirma que “ Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. ”⁶²

Já o hospital se encaixa na definição de fornecedor prevista no Art.3 do mesmo diploma:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.⁶³

Configurada então a relação de consumo entre as partes, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) no seu Art.14 afirma que os fornecedores de serviços públicos responderão independente do elemento culpa, logo sendo uma responsabilidade civil objetiva tendo em vista o risco da atividade produzida.⁶⁴

No mesmo diploma, porém, no parágrafo 4º afirma que “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”⁶⁵, todavia devemos identificar o que é ser um profissional liberal para assim fazer uma comparação com o médico cirurgião autônomo.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.546.114 3ª Turma. Relator Min. Paulo de Tarso profissional liberal é aquele no qual presta um

⁶⁰ROTA, Pablo Malheiros da Cunha; COSTA, José Pedro Brito da. Responsabilidade hospitalar pela atividade médica autônoma: uma questão de coligação contratual. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 13, nov. / fev. 2019.

⁶¹FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e prontos-socorros. Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 184.

⁶²BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso 02 de abril de 2019.

⁶³Ibidem.

⁶⁴FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; COSTA, José Pedro Brito da. Responsabilidade hospitalar pela atividade médica autônoma: uma questão de coligação contratual. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 13, nov. / fev. 2019.

⁶⁵BRASIL, Op.cit.

serviço técnico ou científico, formação técnica especializada e ausência de subordinação com o cliente ou terceiro e exercer permanente a profissão.⁶⁶

Como já mencionado o Art.14 §4 do CDC, atribui uma responsabilidade civil subjetiva para os profissionais liberais e conseqüentemente para médicos cirurgiões autônomos, tendo em vista que todos os elementos solicitados pelo STJ estão preenchidos⁶⁷, portanto para que nasça o dever de indenizar o paciente/vítima deverá comprovar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia.⁶⁸

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial REsp: 629212 RJ 2004/0019175-2, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, afirmou que a responsabilidade civil dos hospitais e similares em casos de infecção hospitalar é objetiva levando em consideração a internação do paciente.⁶⁹

Em outro julgamento proferido pelo mesmo Tribunal no *REsp: 1736039 SP 2016/0303806-1*, Relator: Ministra Nancy Andrighi, a demanda se trata do reconhecimento de um possível defeito de serviço prestado pelo hospital ocasionando assim uma hemorragia e posteriormente uma parada cardíaca com a produção de sequelas irreversíveis a uma paciente o tribunal dessa forma reconheceu o defeito do serviço e conseqüentemente a responsabilidade civil objetiva do hospital.⁷⁰

3 EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE

Como já abordado a responsabilidade civil se encontra correlacionado diretamente com o dever de indenizar, todavia é necessário um nexo de causalidade, um dano, e uma conduta humana. Sem qualquer desses um desses requisitos ou ao menos uma fragilização de algum deles nascerá uma excludente de responsabilidade. Via de regra a responsabilidade civil médica é uma responsabilidade de meio, caso

⁶⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.546.114*. 3ª T. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Dj-e de 23.11.2015.

⁶⁷BRASIL, Lei 8.078 de setembro de 1970. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 23 abr. 2019 ”.

⁶⁸LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.v.2.p. 251.

⁶⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp: 629212 RJ 2004/0019175-2*, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, Data de Julgamento: 15/05/2007, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17.09.2007 p. 285 RB vol. 528 p. 26.

⁷⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp: 1736039 SP 2016/0303806-1*, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 05/06/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2018.

onde ocorre um erro médico o mesmo só irá de eximir do dever de indenizar naqueles casos onde o cirurgião lograr êxito na cirurgia realizada, ou com a comprovação que o mesmo agiu de forma correta onde respeitou todos os princípios da clínica médica ou nos casos em que conseguir comprovar alguma das excludentes de responsabilidade civil.⁷¹

Existe um consenso entre os doutrinadores referente as espécies de excludentes de responsabilidade civil Silvio Venosa afirma que as excludentes de responsabilidade civil via de regra se baseiam em culpa da vítima, fato de terceiro caso fortuito ou força maior e na responsabilidade civil contratual a cláusula de não indenizar.⁷²

Na mesma linha de raciocínio Hildegard Taggesell Giotri conclui que as excludentes de responsabilidade estão baseadas em caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiros e fato da coisa.⁷³

3.1 Iatrogenia

A iatrogenia seria uma manifestação decorrentes de procedimentos diagnósticos terapêuticos utilizados na área médica e até mesmo na enfermagem essas manifestações geralmente possuem um caráter invasivo, cujo os efeitos podem ser esperados e não controlados.⁷⁴

A iatrogenia ainda é um termo muito discutido entre os doutrinadores segundo Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza a iatrogenia tem dois aspectos que devem ser analisados. No entendimento *lato sensu* seria um resultado danoso causado pelo agir de um médico pouco importa se este agiu erroneamente ou de forma correta, por outro lado no sentido *stricto sensu* a iatrogenia só iria ocorrer de um agir correto do médico para ambos escritores o médico deverá agir de forma que respeite os princípios da ciência medica.⁷⁵

⁷¹MATIELO, Fabricio Z. *Responsabilidade civil do médico*. 2. ed Porto Alegre: Sagra Luzzato.2001.

⁷²VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*.l 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 40.

⁷³GIOSTRI, Hildegard Taggesell Giotri. *Erro Médico a Luz da jurisprudência comentada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

⁷⁴STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: teoria e pratica das ações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Gz, 2009. p.355.

⁷⁵COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 31.

Seguindo a mesma linha de raciocínio Carlos Maldonado de Carvalho afirma que iatrogenia será todo o agir do médico de forma correta e respeitando os princípios da ciência médica e se utilizando de todos os meios necessário para combater complicações operatórias que ocasionam um dano ao paciente.⁷⁶

Uma outra parte doutrinaria divide a iatrogenia em três modalidades (i) lesões previsíveis, (ii) lesões previsíveis, contudo inesperadas e (iii) lesões decorrentes do comportamento humano. A primeira modalidade é de fácil compreensão são aquelas onde o ato cirúrgico implicará uma seqüela, a título de exemplo seria cirurgias mutiladoras. Posteriormente a segunda modalidade se trata de cirurgias que pode ocorrer uma seqüela, essa seqüela não necessariamente irá ocorrer exemplo seria uma reação alérgica devido ao uso de algum medicamento para a cirurgia. E por fim seriam as lesões decorrentes de comportamento humano essa espécie o médico não possui nenhum controle sobre as danos ocasionados ao paciente.⁷⁷

3.2 Fato de terceiro

O fato de terceiro é a modalidade de responsabilidade civil, onde um terceiro fora da relação entre o paciente e o médico ocasiona o dano a paciente. Miguel Serpa Lopes aborda que a excludente de responsabilidade civil fato de terceiro ira necessitar única e exclusivamente da comprovação do dano ocasionado por um terceiro, nesse caso o médico irá se isentar do dever de indenizar.⁷⁸

Um exemplo para a excludente de responsabilidade civil do cirurgião plástico seria nos casos em que o mesmo se utilizou de todas as técnicas cirúrgicas, alcançou o êxito visado pela parte, contudo os enfermeiros ou técnicos de enfermagem não cumpriram com o que foi imposto pelo médico cirurgião e nesse caso o paciente teve um dano exclusivamente pela a negligência, imprudência ou imperícia da equipe de enfermeiros e afins.

Sérgio Cavalieri Filho citando José de Aguiar dias, nos remete ao conceito de fato de terceiro como uma modalidade de excludente de responsabilidade civil. O

⁷⁶CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Iatrogenia e erro médico sobre o enfoque da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.8.

⁷⁷STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: teoria e pratica das ações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Gz, 2009. p. 588.

⁷⁸LOPES, Miguel Serpa. *Curso de Direito Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v.5. p. 215.

terceiro seria qualquer indivíduo que não seja nem o paciente e nem o médico cirurgião não possuindo assim nenhum vínculo com o agente causador do dano e a vítima.⁷⁹

3.3 Culpa exclusiva da vítima

A culpa exclusiva da vítima como excludente de responsabilidade civil será naqueles casos onde o médico irá se isentar de indenizar pois não existiu um erro médico pois, o evento danoso só ocorreu por posturas inadequadas cometidos pelo paciente. Conseqüentemente o elemento de nexos de causalidade não existirá, tendo em vista que o paciente apenas utilizou o médico como um instrumento para o surgimento do evento danoso.⁸⁰

Maria Helena Diniz afirma que a culpa exclusiva da vítima/paciente irá eximir por completo o médico do dever de indenizar, atribuindo a culpa exclusivamente para o paciente.⁸¹

Um outro instituto que se assemelha a culpa exclusiva da vítima seria a culpa concorrente, contudo se diferencia pelo fato que ambas as partes agiram com negligência, imprudência ou imperícia, nesse caso a indenização deverá analisar o grau de culpa de cada um.⁸²

A culpa concorrente se encontra disposto no Art. 945 do Código Civil que dispõe: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.⁸³

3.4. Caso fortuito e força maior

Ambas excludentes de responsabilidade necessitam de dois requisitos um sendo o objetivo e outro sendo o subjetivo por necessitar exatamente dos mesmos

⁷⁹CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.90.

⁸⁰MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por Erro Médico*: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008. p. 51.

⁸¹DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v 7. p. 62.

⁸²VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo. Atlas, 2005.5. ed. p. 55.

⁸³BRASIL, *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. acesso em: 23 maio 2019.

requisitos, o elemento objetivo seria a inevitabilidade do evento e o subjetivo é a ausência de culpa para o acontecimento da situação.⁸⁴

Acima foi mencionado que existe uma certa confusão entre essas duas modalidades de excludentes de responsabilidade civil, o motivo essencial é que o Código Civil não traça uma distinção entre as duas, porém, para a doutrina mais moderna o caso fortuito existe um impedimento relacionado com a pessoa e a força maior seria algo que se encontra externo ao acontecimento.⁸⁵

Essas duas espécies de excludente de responsabilidade não irá ocorrer nenhuma ação ou omissão por parte do agente causador, contudo irá existir um fato impremeditado, aquele fato iria ocorrer independentemente do agir do médico ou qualquer outro médico que estivesse naquela situação também iria passar pela mesma situação. A sua ocasião afasta o nexos de causalidade elemento essencial para existir o dever de indenizar.⁸⁶

O caso fortuito e força maior, está disposto no Art. 393 do Código Civil onde afirma que “O devedor não irá responder por pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizados”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o avanço da tecnologia e com uma sociedade cada vez dando importância ao padrão de beleza, é de se esperar que ocorra uma elevada procura para os mais diversos procedimentos estéticos podendo ser do mais simples como uma hidratação capilar a procedimentos de alto grau de complexidade.

Contudo em razão do elevado número de procedimentos estéticos realizados no Brasil é de se esperar que um ou outro procedimento acarrete uma insatisfação pelo paciente. Dessa forma poderá surgir o dever de indenizar através do instituto da responsabilidade civil, onde foi abordado no primeiro capítulo desse artigo científico.

De uma forma bem objetiva e com um linguajar de fácil compreensão o instituto da responsabilidade civil, foi demonstrado no primeiro capítulo, uma breve

⁸⁴Diniz, Maria Helena. *Curso de Responsabilidade Civil Brasileiro*: Responsabilidade Civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.105.

⁸⁵Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: Responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2005.5 ed. p 175.

⁸⁶MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico*: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008. p. 53.

explicação histórica e posteriormente apresentado os elementos da responsabilidade civil.

Sendo eles a culpa, conduta humana, dano, nexos de causalidade e por fim foi apresentada a distinção entre as modalidades de responsabilidade civil. A responsabilidade civil objetiva seria aquela que independente de culpa, no outro extremo temos a responsabilidade civil subjetiva o elemento culpa já se encontra presente.

No segundo capítulo foi abordado a responsabilidade civil médica, ressaltase que a responsabilidade civil do médico via de regra será subjetiva, foi explanado no que se consiste o erro médico sendo compreendido como uma imprecisão no exercício da profissão que se decorreu de um mau não previsto.

Foi abordado as duas modalidades de cirurgias médicas sendo uma denominada reparadora e a outra estética. A primeira modalidade cirúrgica é intitulada de reparadora pelo fato de sua principal natureza ser reparar uma imperfeição no corpo do paciente sendo assim uma obrigação de meio, onde o médico cirurgião se compromete a utilizar de todos os meios possíveis para corrigir aquela falha. Dessa forma gerará uma responsabilidade civil subjetiva, ou seja, o cirurgião só iria responder civilmente se o mesmo agiu de forma imprudente, imperita ou até mesmo negligente.

Além disso, apresentamos a responsabilidade civil contratual e extracontratual onde a responsabilidade contratual; leva consigo a principal característica o acordo entre médico e paciente. Há responsabilidade civil extracontratual se diferencia por não se originar de um contrato tendo em vista que essa obrigação irá se derivar da lei.

Existe um número considerável de jurisprudência que afirmam que, aquele que ocasionar algum dano a outrem, ficará obrigado a indenizar o outrem de forma justa e proporcional. Essa obrigação é reforçada pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor, no qual institui as relações de consumo, que fica evidenciado em uma relação entre médico e paciente.

Todavia é necessário existir elementos no qual eximem o dever de indenizar, dessa forma foi abordado no terceiro capítulo as excludentes da responsabilidade civil, via de regra, fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima e caso fortuito ou força maior serão aplicados na responsabilidade civil do médico.

Foi demonstrado a excludente exclusiva da responsabilidade civil do médico, denominada iatrogenia, que são manifestações que ocasionados por diagnósticos terapêuticos utilizados na área médica.

O Direito por ser uma ciência social é muito volátil, sendo assim necessário uma melhor adequação ao cotidiano, o instituto da responsabilidade civil não pode ficar engessados por séculos e até mesmo anos, tendo em vista que não podemos limitar as excludentes da responsabilidade civil.

À vista disso, uma excludente de responsabilidade civil como a iatrogenia se mostra necessária para a responsabilidade civil médica. Levando se em consideração que o médico é um ser humano, passível de erros e acertos, e exatamente pelos equívocos cometidos durante o exercer da sua profissão precisa de excludentes de responsabilidade civil. Sem levar em conta que a medicina é uma ciência completamente imprevisível onde não se pode desejar que 7,7 bilhões de pessoas possuam a mesma reação com procedimentos cirúrgicos.

A medicina por ser uma das atividades mais nobres, praticada pelo ser humano deve ser realizada com todo o amor, sensatez e boa-fé, porém, caso ocorra uma falha esse medico se utilizando desses sentimentos e de todo o seu estudo nos anos de curso não poderá ser responsável civilmente.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ÁRIAS, Elisangela Fernandez. Responsabilidade civil do médico cirurgião plástico. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande: ano 8, n. 23, nov. 2005. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=142. Acesso em: 25 abr.2019.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Aspecto da responsabilidade civil e o dano*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 02 abr. 2019.

BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp: 1736039 SP 2016/0303806-1*, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 05/06/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.546.114*. 3ª T. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Dj-e de 23.11.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.097.955-MG*. Relatora Min. Nancy Andrighi. Data do Julgamento 02/03/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp: 629212 RJ 2004/0019175-2*, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, Data de Julgamento: 15/05/2007, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17.09.2007 p. 285 RB vol. 528.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Introgenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Brasília: CFM, 2009.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.v 7.

DIREITO médico: abordagem constitucional da responsabilidade civil médica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e prontos-socorros: responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; COSTA, José Pedro Brito da. Responsabilidade hospitalar pela atividade médica autônoma: uma questão de coligação contratual. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 13, nov. / fev., 2019.

GAGLIANO, Pablo S. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2018. v.3.

GAGLIANO, Pablo S. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.3.

GIOSTRI, Hildegard Taggessel Giostri. *Erro Médico a Luz da jurisprudência comentada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GONÇALVES, C. R. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HAZAN, Marcelo. *Erro médico e responsabilidade civil*. 1999. Disponível em: http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20590:erro-medico-e-responsabilidade-civil&catid=46 acesso em: 23 abr. 2019.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e ônus da prova*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. v. 4.

LOPES, Miguel Serpa. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. 5.

MARCHI, Cristiane. A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses prevista no Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 964, fev. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade civil dos médicos e hospital por falhar no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo; v. 827, nº 63. .maio 2019.

MASSON, Cleber. *Direito penal parte geral*. 6. ed. São Paulo: Método: 2012. v. 1.

MATIELO, Fabricio Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. 4. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Irany Novaes. *Erro médico e justiça*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REVISTA SER MÉDICO. *História da medicina*. 63. ed. abr./ jun. 2013. Disponível em : <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=673> acesso em: 23 abr. 2019.

RODRIGUES, Silvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

SAMORANO, Carolina. *Metrópoles Saúde*. 18 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.metropoles.com/saude/justica-absolve-maior-parte-dos-medicos-acusados-de-erro>. Acesso em: 17 ago 2019.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: teoria e pratica das ações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Gz, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil, : obrigações e responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 2.