**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Ryane Ribeiro Novaes 1

Orientador Prof. [Sergio Emilio Schlang Alves](https://www.facebook.com/sergioemilio.schlangalves?hc_ref=ARRcHpZw6H3xHgkG9ReCZI-UmuxFxlC3yUbp6CAgE4-514viov7Tevl6JbCObQWTWY4&fref=nf)

**RESUMO:** O presente artigo científico, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, visa uma análise da Responsabilidade Civil do Médico, destacando a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Em um primeiro momento, se oferece uma síntese a cerca do histórico da responsabilidade civil e dos conceitos que envolvem o tema, incluindo os pressupostos e fundamentos, dano indenizável e a fixação do *quantum* indenizatório, bem como um resumo sobre a presença do tema no Código Civil Brasileiro. Em uma segunda parte, apresenta-se a análise sobre a aplicabilidade do CDC, esclarecendo a presença da responsabilidade objetiva e subjetiva, do mesmo modo dos limites de sua aplicabilidade no que se refere às obrigações. Em um terceiro momento, destaca-se a relevância da responsabilidade civil na área da saúde como introdução para a exposição dos direitos e deveres do médico, e uma explicação a cerca deste profissional da saúde, no que concerne a natureza jurídica do serviço prestado por ele, do erro, assim como sua relação com o paciente. Em seguida, se enfatiza a importância do diagnóstico. Por fim, é feita uma apreciação da responsabilidade do médico nas cirurgias plásticas.

**PALAVRAS-CHAVES:** Responsabilidade Civil, Código de Defesa do Consumidor, Médico, Dano, Indenização, Erro Médico, Diagnóstico, Cirurgia Plástica.

**RESUMEN RESUMEN:** El presente artículo científico, por medio de investigación doctrinal y jurisprudencial, busca un análisis de la responsabilidad civil del médico, destacando la aplicabilidad del Código de Defensa del Consumidor. En un primer momento, se ofrece una síntesis histórica panorámica de la responsabilidad civil y de los conceptos que involucran el tema, incluyendo los supuestos y fundamentos, daño indemnizable y la fijación del quantum indemnizatorio, así como un resumen sobre la presencia del tema en el Código de Defesa del Consumidor. En una segunda parte, se presenta el análisis sobre la aplicabilidad del CDC, aclarando la presencia de la responsabilidad objetiva y subjetiva, del mismo modo de los límites de su aplicabilidad en lo que se refiere a las obligaciones. En un tercer momento, se destaca la relevancia de la responsabilidad civil en el área de la salud como introducción para la exposición de los derechos y deberes del médico, y una explicación acerca de este profesional de la salud, en lo que concierne a la naturaleza jurídica de los

servicios prestados por él, delos errores, así como su relación con el paciente. A continuación, se enfatiza la importancia del diagnóstico. Por último, se hace una apreciación de la responsabilidad del médico en las cirugías plásticas.

**PALABRAS CLAVES:** Responsabilidad Civil, Código de Defesan del Consumidor, Médico, Daño, Indemnización, Error Médico, Diagnóstico, Cirugía Plástica.

1. **INTRODUÇÃO**

O tema do presente trabalho está repleto de inquietações, visto que não existe uma regulamentação específica e abrangente da responsabilidade civil na área da saúde, razão pela qual este artigo visa uma análise detalhada da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na Responsabilidade Civil do Médico.

A medicina evoluiu com os progressos científicos e tecnológicos, principalmente no que se refere aos recursos disponíveis ao médico, que terminaram por possibilitar a cura de diversas enfermidades e o prolongamento na expectativa de vida útil das pessoas. Em contrapartida, se observa ainda na atualidade, a presença de erros que podem decorrer de resultados de exames incorretos; da falta de equipamentos adequados no hospital; da negligência, imprudência e imperícia por parte do médico; bem como do diagnóstico errôneo por culpa do profissional de medicina ou do paciente.

O dano ganha destaque no artigo, pois não se pode falar em indenizar, recompor ou compensar, senão puder comprovar a sua existência, ou seja, não há responsabilidade civil sem dano. Todavia, este só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu causador ou responsável.

Assim, no campo da responsabilidade civil é de extrema relevância a proteção aos direitos da personalidade, em especial no que concerne corrigir/reprimir o erro médico, sendo esperado do Judiciário que seja prudente na identificação de tal ato ilícito. Nada obstante, caso seja comprovado o desvio de conduta, deverá ser analisada com cuidado a quantificação dos valores indenizatórios.

É evidente na responsabilidade civil do médico, a importância que o Judiciário pode exercer no que diz respeito a exigir maior respeito aos Direitos Personalíssimos e em si ao Princípio da Dignidade Humana, pois, o magistrado não é apenas um observador que aplica a norma jurídica ao caso concreto. Ele, também, deve ser um agente na transformação social, conforme o art. 5º da LINDB, consciente do seu papel na sociedade.

1. **DESENVOLVIMENTO**
2. **HISTÓRICO DA RESPONSABILIADE MÉDICA**

As primeiras atividades no campo da medicina não buscavam o estudo das patologias, mas sim, encontrar meios de cura, o que se fazia através do empirismo.

Assim, algumas pessoas curiosas e observadoras, através da experiência concreta, usavam ervas como remédios para aliviar dores ou determinavam o modo pelo qual deveria ser feita a imobilização para solidificar a fratura. Assim, surgiram os curandeiros, magos ou sacerdotes que passaram a serem vistos como dotados de poderes sobrenaturais.

O primeiro registro da responsabilidade civil dos médicos foi no Código de Hamurabi, no qual se previam punições corporais para os profissionais que porventura obtivessem maus resultados.

A ideia presente no Código de Hamurabi, assim como no Código de Manu e, posteriormente, na Lei das XII Tábuas, era de punição. Aqueles povos edificaram tais normas, impregnadas de fortes componentes penais, com a finalidade de constranger e inibir a prática dos atos ditos ilícitos. Observa-se nesses Códigos que a ideia mais segura e eficaz para refrear os instintos anti-sociais era o rigorismo das penas. Tal orientação influenciou os preceitos normativos e os ordenamentos jurídicos das sociedades que se sucederam no curso da história.

Os gregos que moldaram a medicina passaram a levar em consideração explicações racionais das doenças e formas técnicas de cuidados, deixando de ter somente a concepção mágica que a cercava, para ter uma compreensão mais racional de suas origens, ou seja, a medicina se transformava cada vez mais em ciência. Neste período da antiguidade, destaca-se a figura de Hipócrates, o pai da medicina.

Existia em Atenas a chamada Lei Geral de Reparação, na qual havia uma diferenciação entre o dano involuntário, o culposo, em que corresponde uma indenização determinada; e o dano voluntário, o doloso, em que a indenização equivale ao dobro daquela devida pelo dano involuntário.

Com isso, alterou a investigação das responsabilidades médicas. Antes o profissional da área médica era culpado pelo insucesso de suas interferências sob qualquer condição, ou seja, pelo resultado em si. Com essa mudança, o médico passou a ser avaliado por sua conduta profissional e por sua atitude de acordo com cada caso concreto. A culpabilidade médica, para ser atestada, deveria ser analisada por um colegiado formado por outros profissionais que emitiriam seu parecer. A culpa, portanto, só seria declarada se houvesse desatenção aos preceitos ou descumprimento das práticas e procedimentos médicos-sanitários aceita à época.

Os primeiros registros da responsabilidade dos médicos nos moldes que conhecemos atualmente podem ser encontrados no Direito Romano, especialmente no texto de Ulpiano, donde se extrai: "*sicut medico imputarieventusmortali-tatis non debet ita quod per imperitiamcompotari ei debet*'' (assim como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar a ele o que cometeu por imperícia). Foi em Roma que se solidificou a ideia de que a vingança privada não deveria ter lugar na vida em sociedade, cabendo ao Estado o poder e o dever de disciplinar a indenização pelos danos causados por um particular a outrem.

A partir dos fundamentos e conceitos advindos do Direito Romano, o Código Civil francês, que é o padrão das legislações modernas e cuja influência se encontra presente em todos os códigos civis das nações cultas, proclamou a responsabilidade extracontratual, tendo como base a culpa efetiva e provada, sendo isto a essência da responsabilidade aquiliana.

Miguel Kfouri Neto, em seu livro “Responsabilidade civil do médico” destaca a importância durante os dois últimos séculos das Cortes Francesas que necessitaram analisar diversos casos de responsabilidade civil do médico, o que serviu de fundamentos para a construção doutrinária e jurisprudencial nos dias atuais. Com destaque para o que ocorreu em 1832, o caso do médico Helie de Domfront, que foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault, mas se apresentou somente às nove horas.

O médico constatou que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal e para facilitar o trabalho de parto amputou o membro em apresentação. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, amputando-o. A criança sobreviveu ao tocotraumatismo, porém, a família Foucault ingressou em juízo contra o médico.

O Tribunal de Comfront condenou o Dr. Helie ao pagamento de uma pensão anual de 200 francos. Então, o Procurador Dupin declarou que: "do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e por isso mesmo inescusável da parte de um médico ou cirurgião toda a responsabilidade do fato recai sobre ele sem que seja necessário em relação à responsabilidade puramente civil procurar se houve de sua parte intenção culposa".

Foi na França, em 20 de maio de 1936, que se consolidou o reconhecimento de que a responsabilidade médica era de natureza contratual e a tese de que médicos deveriam responder contratualmente pelos danos resultantes de tratamento.

No Brasil, a responsabilidade civil esteve vinculada à responsabilidade penal, sendo aludida, no Código Criminal de 1830, ao dever de satisfação, de indenização pelo ofensor à vítima e em razão do dano causado. A doutrina brasileira avançou no sentido de considerar suscetível de responsabilização civil a transgressão de duas fontes de obrigação; a inobservância de textos legais e o não cumprimento da norma contratual. A partir da Constituição Federal de 1988, o advento do dano moral, da dignidade humana, coadunando com a Constitucionalização do Direito Civil, trouxeram a tona, o direito de reparação, em especial nos artigos 186 e 927 do CC.

Em diversas leis esparsas, a tese da responsabilidade objetiva foi sancionada: Lei de Acidentes do Trabalho, Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n. 6.453/77 (que estabelece a responsabilidade do operador de instalação nuclear), Decreto legislativo n. 2.681, de 1912 (que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro), Lei n. 6.938/81 (que trata dos danos causados ao meio ambiente) e no Código de Defesa do Consumidor que será abordado neste trabalho.

Deste modo, é evidente que a medicina progrediu e acompanhou a evolução da sociedade moderna, assim como houve uma construção doutrinária e jurisprudencial ao redor do tema. Indubitavelmente, os avanços, progressos científicos e tecnológicos da ciência médica fizeram surgir um aumento quantitativo e qualitativo dos recursos postos à disposição dos profissionais, ampliando-se as possibilidades de cura e de prolongamento na expectativa de vida útil. Logo, os direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente a garantia constitucional da dignidade, não podem ser impunemente afrontados, cabendo à responsabilidade civil do médico.

1. **RESPONSABILIDADE CIVIL**
	1. **BREVE VISÃO: PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS**

Sérgio Cavaliere Filho, conceitua a responsabilidade civil como “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um outro dever jurídico”. Os pressupostos são a ação, o dano e o nexo causal. Os fundamentos podem ser a culpa (dolo, negligência, imperícia e imprudência) ou o risco (previsto em lei ou decorrente da atividade normalmente exercida pelo agente).

O art. 186 do Código Civil estabelece a partir do momento em que alguém por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Deste, surge o dever de indenizar, sendo que a indenização mede-se pela extensão do dano conforme o art. 927 c/c 944 do Código Civil.

Cumpre ressaltar que a expressão “violar direito” refere-se a todo e qualquer dano direto subjetivo, não só os relativos (presentes no campo da responsabilidade contratual), mas também os reais e personalíssimos (direito a vida, a saúde, a liberdade, a honra, a intimidade, ao nome e à imagem).

A relação de causalidade é o nexo causal entre a ação e omissão do agente e o dano verificado. Se ocorreu o dano, mas sua causa não tem relação com o comportamento do agente, não existe a relação de causalidade e nem a obrigação de indenizar. As excludentes da responsabilidade civil como a culpa da vítima e o caso fortuito e a força maior (art.393 do CC) rompem o nexo de causalidade, afastando a responsabilidade do agente.

Na área da saúde, o primeiro pressuposto identificado é a ação que pode ser a violação ao direito à vida (morte do paciente), ou à integridade física (lesão corporal), ou a outros direitos da personalidade. O segundo pressuposto é o dano, seja ele material, moral ou estético.

 No art. 951 do Código Civil está regulado o dano na área da saúde, sendo que determina aplicar os arts. 948, 949 e 950 do mesmo diploma legal àquele que, no desempenho de sua atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, ocasiona a morte do paciente ou agrava-lhe o mal, causa-lhe lesão ou inabilita-o para o trabalho.

Assim, se ocorrer homicídio, o art. 948 do Código Civil institui que sem excluir outras reparações, o pagamento de indenização consiste nas despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e luto da família, e a pensão alimentícia às pessoas a quem o defunto devia prestar alimentos, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

O art. 949 do Código Civil dispõe que caso se verifique lesão corporal, o ofensor indenizará o lesionado pelas despesas de tratamento e os lucros cessantes até o fim da sua convalescença, alem de algum outro prejuízo que o ofendido pode haver sofrido. Todavia, o artigo em questão não aborda de forma clara o dano moral, sendo que este é aplicável a situação.

É evidente que o dano moral se verifica na realidade fática e surge da própria ofensa, visto que é manifestado a partir da violação a um direito da personalidade e diz respeito ao direito à integridade física.

Conforme o art. 950 do CC, caso a ofensa à integridade física impossibilite ou diminua a capacidade de trabalho da vítima, além das despesas e dos lucros cessantes antes apontados, a indenização do dano material incluirá pensão apropriada referente ao valor do trabalho em que a vítima ficou incapacitada de realizá-lo ou da depreciação que sofreu em sua habilidade no trabalho. Vale destacar que se o prejudicado poderá demandar que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

No tocante aos fundamentos da responsabilidade civil existem: a culpa que demanda a investigação da vontade ou do modo de atuação do agente; e o risco, no qual basta à relação de causalidade entre a ação lesiva e o dano. Logo, se o fundamento é a culpa, a responsabilidade é chamada de subjetiva, caso o fundamento seja o risco, a responsabilidade é denominada objetiva.

* 1. **O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE CIVIL**

No ordenamento pátrio o Código Civil aplica como regra a responsabilidade subjetiva, estabelecida na culpa (arts. 186 e 927, caput), na qual a vítima deverá ser indenizada caso demonstre que o dano sofrido aconteceu por culpa do agente causador do dano.

A culpa em questão é a *lato sensu*, que contém a culpa *stricto sensu* (imprudência, negligência e imperícia) Conforme, o 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".

 Vale frisar que a "ação ou omissão voluntária” está vinculada à vontade do agente de agir ou se omitir, configurando o dolo, ao passo que a "negligência ou imprudência" está relacionada à culpa.

O Código Civil aceitou parcialmente a responsabilidade objetiva que é constituída no risco da atividade, pela qual não é relevante averiguar sobre a conduta do agente causador do dano. Com base no art. 927, parágrafo único, existem hipóteses, nas quais haverá dever de reparar o dano, sem importar a culpa ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outros.

Cumpre destacar que mesmo a responsabilidade sendo objetiva, o Código Civil não adotou a Teoria do Risco Integral, de modo que se o agente causador do dano comprovar uma das excludentes da responsabilidade civil (culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou de força maior), conseguirá ficar livre do dever de indenizar.

* 1. **O DANO INDENIZÁVEL**

Dano, em sentido amplo, é a lesão de qualquer bem jurídico patrimonial ou moral. É toda desvantagem ou diminuição em um bem (ex: patrimônio, corpo, vida, dignidade, imagem, saúde, honra). Existe a possibilidade de configuração de responsabilidade sem culpa, mas é impossível abordar responsabilidade civil ou o dever de indenizar caso não haja dano.

Existe a categoria dos danos patrimoniais (ou materiais) e dos danos extrapatrimoniais (ou morais). Material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido, enquanto o moral é o que se ofende o devedor como ser humano, sendo uma lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, como se refere os arts. 1°, III, e 5°, V e X da CRFB e que gera dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação ao lesado.

É preciso destacar que não é qualquer contrariedade ou dissabor que caracterizará o dano moral, sendo necessário uma avaliação prudente do juiz. Este deverá seguir alguns critérios para analisar o ato ilícito, considerando o grau de culpa do ofensor, as condições sociais e econômicas das partes envolvidas, a repercussão do fato lesivo no seio social, de tal sorte que a indenização não seja tão grande que leve o ofensor à ruína, nem seja tão pequena que deprecie a vítima.

A condenação por dano moral possui um caráter compensatório, uma vez que o indivíduo que o pleiteia quer ser ressarcido pelo que sofreu, bem como deseja que seu agressor seja punido. Assim sendo, o *quantum* indenizatório por dano moral não deve ser causa de enriquecimento ilícito nem ser tão insignificante em seu valor que perca o sentido de punição.

O dano pode ser direto ou indireto (ou reflexo) no que se refere à matéria de dano material, de dano moral, bem como de dano estético. O dano direto se esgota na ofensa direta à própria vítima, já o dano reflexo, também denominado “dano ricochete”, se configura quando a pessoa sofre o reflexo de um dano causado a outrem. Este dano fica mais evidente quando ocorre danos morais, porque é admissível entender que a agressão cometida contra uma certa pessoa possa vir a refletir em uma outra ou mesmo em uma coletividade.

Foi o que ocorreu no caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual o Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana considerou que os irmãos de vítima de erro médico devem ser indenizados por danos morais, independente do direito que assiste aos pais, visto que analisou que tais direitos não se ocasionam somente da relação de parentesco, como também dos laços de amor, amizade e afeto que existe, entre os familiares. Tratava-se de ação de indenização por danos morais resultantes da morte de uma criança de três anos, em razão de uma cirurgia, na qual o relator reconheceu não só o direito dos pais à indenização como também dos irmãos da vítima.

É preciso explicar que nenhuma indenização será devida se o dano não for “atual” e “certo”. Atual é o dano que já existe no momento de ação de responsabilidade e “certo” no sentido de ser fundado sobre o fato preciso e não sobre hipótese.

Assim, é afastada a possibilidade e reparação do dano hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar. Isto fica claro na apuração dos lucros cessantes, não basta a simples possibilidade de realização do lucro, devendo existir uma probabilidade objetiva que resulte no curso normal das coisas, com base no art. 402 do CC.

Este artigo descreve que as perdas e danos englobam o prejuízo efetivamente sofrido, chamado de dano emergente e o que o prejudicado deixou de lucrar em razão, ou seja, os lucros cessantes.

Dessa maneira, o dano emergente corresponde ao prejuízo imediato e mensurável que surge do ato lesivo que foi perpetrado. No caso de erro médico, o dano emergente pode ser identificado no dano ao corpo ou à saúde em que resulta despesas com tratamento, internação, medicamento... Enquanto, os lucros cessantes são prejuízos sofridos pela vítima, decorrentes da suspensão de suas atividades econômicas regulares, que resulta na frustração do crescimento patrimonial aguardado, gerado por outrem por dolo ou culpa (CC, art. 187) ou em razão de uma determinada atividade (art. 927, parágrafo único).

Vale esclarecer que além do dano material, poderá ocorrer, ao mesmo tempo, o dano moral, sendo provável identificar como resultado do mesmo fato lesivo o dano estético. Assim, é possível que aquele que sofreu o dano pleiteei indenização cumulativa: por dano material (dano emergente e lucros cessantes), dano moral e dano estético.

A cumulatividade do dano material com o dano moral encontra-se pacificada em nossos tribunais já de longa data, tendo o Superior Tribunal de Justiça editado a Súmula nº 37 de seguinte teor: "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato". Já a Súmula n° 387 pacífica que: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral".

O dano estético, muitas vezes, na prática aparece integrado ao dano moral, podendo ocorrer, também, de forma individualizada. Segundo Teresa Ancona Lopes (LOPES, 1999), o dano estético possui três elementos capazes de caracterizá-lo: transformação para pior, permanência ou efeito danoso prolongado e localização na aparência externa da pessoa.

É importante frisar que não é preciso que a lesão esteja na aparência externa da vítima, visto que mesmo deformidades em áreas íntimas da pessoa, caracterizam o dano estético, uma vez que a presença de alterações físicas tem sua presença conscientizada pelo portador e sabe este que em situações de maior intimidade com outras pessoas as mesmas tornar-se-ão visíveis.

Deste modo, para que o dano estético seja comprovado é necessário que haja dano à integridade física da pessoa, ou seja, ocorra piora em comparação ao que a pessoa era antes da ocorrência da deformidade em comparação aos seus traços naturais. Bem como, é necessário que a lesão causada tenha uma consequência duradoura ou permanente. Caso contrário, não existe dano estético propriamente dito, e sim uma lesão estética não permanente ou um atentado reparável à integridade física.

Vale destacar que o dano estético essencialmente enseja dano moral, ou seja, a imagem da lesão proporciona a vítima um “mal-estar”, uma humilhação, tristeza ou um constrangimento.

No que se refere à capacidade postulatória, apenas a vítima é que poderá pleitear indenização em razão de dano estético. Isto, porque se considerarmos que a imagem se constitui em um daqueles bens ditos personalíssimos, somente a própria vítima é que sofrerá em razão da agressão às suas feições, não se justificando que terceiros possam buscar compensação pelo mal sofrido por outrem.

É importante elucidar que, mesmo que a legitimidade de propositura da ação de indenização por dano estético seja específica da vítima, a regra admite exceção para considerar a possibilidade de os parentes próximos sofrerem o dano ricochete, resultante de uma lesão estética imposta a um ente querido.

* 1. **FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO**

O dano material é mais fácil de ser calculado precisamente, porque reflete o valor a ser reparado em uma realidade econômica. Contudo, o dano moral é mais complexo, pois o bem lesado neste caso não se pode avaliar economicamente ou patrimonialmente. Ficando, a critério de o juiz avaliar o dano psicológico e físico sofrido pelas vítimas, através de uma estimativa que compreenda a importância de satisfazer a dor daquela vítima com aquela quantia, seguindo os requisitos do art. 489 do NCPC.

No caso de lesão o médico indenizará o paciente e arcará com os seus lucros cessantes até sua total recuperação, como preceitua o artigo 949 do Código Civil:

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

Segundo o Código Civil em seu artigo 948, ocorrendo falecimento do paciente causado por erro médico, será aplicado o seu teor:

“No caso homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento de despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – na prestação de alimentos as pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima; ”

Baseado nesse artigo o juiz estipulará a indenização e se tiver dependentes, pensão para estes. Cumpre destacar que a indenização será cumulativa (moral e patrimonial); em se tratando de pensão alimentícia levar-se-á em conta o salário da vítima e a expectativa de vida desta. Portanto, a indenização moral por erro médico é compensatória, ela não tem a capacidade de extinguir o sofrimento da vítima ou família em caso de morte do paciente.

O STJ concretizou a orientação de que a revisão do valor da indenização apenas é possível quando exagerada ou insignificante a importância arbitrada, em evidente transgressão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

1. **APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**
	1. **A RELEVÂNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

 O Código de Defesa do Consumidor como determinação expressa surgiu na CRFB de 1988, ao introduzir dentre os direitos e garantias fundamentais a defesa do consumidor (CF, art. 5°, XXXII). Ademais, ao regular os princípios que regem a ordem econômica, incluiu a defesa do consumidor como postulado (CF, art. 170) e ao tratar das Disposições Constitucionais Transitórias foi determinado a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (ADCT, art. 48).

 O CDC (Lei no 8.078/90), ao se autodenominar norma de ordem pública e de interesse social (art. 12), assegurou sua aplicação a todos os ramos do direito, em que a presença do consumidor possa ser encontrada. Sempre que ocorrer uma relação de consumo, a lei que será aplicada é a consumerista, não importando se é relação contratual ou extracontratual, isto porque as regras do Código de Defesa do Consumidor deverão permear todo o sistema jurídico vigente, predominando em relação a qualquer outra norma que com ela choque.

De acordo com Sergio Cavalieri Filho o CDC, "não é uma mera lei geral; ele é uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar aplicável a todas as relações de consumo qualquer que seja o ramo do direito onde vierem a ocorrer". Logo, o CDC é para o consumidor o que a CLT é para o trabalhador, ou seja, ambas são legislações direcionadas a um segmento específico da população, protegendo os mais fracos na relação jurídica.

O Código de Defesa do Consumidor não se restringiu a conceituar o consumidor somente como destinatário final de produtos, abrangendo também o por equiparação (art. 2°, parágrafo único, artigos 17 e 29), o vulnerável (art. 4°, I), o carente (art. 5°, I), o hipossuficiente que pode se utilizar da inversão do ônus da prova (art. 6°, VIII) e o que precisa da proteção do Estado, ao garantir o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, visando à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos (art. 6°, VII).

* 1. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

O Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade objetiva como base da reparação dos danos dos acidentes de consumo (arts. 12 a 14), se sustentando na Teoria do Risco da Atividade Profissional como forma de socializar os riscos e de garantir a reparação eficaz dos danos causados.

Mesmo que o CDC tenha adotado esta teoria, em que a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço é objetiva, o fornecedor poderá isentar-se do dever de indenizar se provar a ocorrência de uma das excludentes expressamente previstas, quais sejam: a não colocação do produto ou serviço no mercado; ou que, mesmo tendo colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; e, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 12, § 32, e art. 14, § 3°).

Assim, com base nesta teoria quem desenvolve uma atividade com fins de lucros tem que assumir as responsabilidades decorrentes da própria atividade, sustentando-se na premissa de que as perdas decorrentes do dever de indenizar serão compensadas com os lucros obtidos na atividade negocial do agente causador do dano. Cumpre esclarecer, que a obtenção de proveito econômico na atividade desenvolvida não é requisito para que se atribua ao empreendedor o dever de indenizar.

Logo, o CDC (arts. 12 e 14, caput) está ligado ao dever jurídico de respeitar a integridade física, psíquica e patrimonial da vítima, seja ela o próprio consumidor ou o usuário. Transgredido este dever jurídico, surgirá ao lesado o direito à indenização e, para o detentor da atividade, o dever de indenizar em razão de sua atividade. Assim, no caso da responsabilidade objetiva, não se discute a existência de culpa do agente, necessitando a vítima comprovar o dano e o nexo de causalidade.

Ademais a responsabilidade que o Código de Defesa do Consumidor estabelece ao fornecedor é um dever de qualidade e de segurança, tendo seu produto ou serviço no mercado a obrigação legal de respeitar à saúde, à integridade física e o patrimônio do consumidor.

Em relação ao erro médico, a desobrigação do dever de indenizar acontecerá apenas se o prestador de serviços provar que tendo fornecido o serviço inexiste o defeito apontado (art. 14, § 3°, I), ou ainda, que o dano decorrente ocorreu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 14, § 3°, 11).

* 1. **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

A responsabilidade civil dos profissionais liberais é subjetiva, por falhas na prestação de serviços e deve ser fixada mediante a apuração de culpa, conforme o art. 14, § 4° do CDC, constituindo-se em exceção à regra geral na lei consumerista. Dessa forma, na ação indenizatória contra profissional liberal se exigirá de seu proponente, além da demonstração do dano e do nexo causal, a prova da culpa do fornecedor de serviço, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

O profissional liberal é o prestador de serviço que atua em nome próprio, fazendo do exercício de sua profissão uma ferramenta de trabalho e de sobrevivência, sem vínculo de subordinação com aquele que o remunera.

O CDC utiliza para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, um sistema sustentado na culpa. Logo, se o médico trabalhar em hospital responderá apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apurada objetivamente.

* 1. **OBRIGAÇÕES E OS LIMITES DA APLICABILIDADE DO CDC**

É possível definir “obrigação” como sendo o vínculo jurídico, através do qual o devedor (sujeito passivo) se obriga dar, fazer ou não fazer determinada coisa (prestação), em favor de um credor (sujeito ativo), sob pena de responder com o seu patrimônio pela sua inadimplência, inclusive perdas e danos.

Assim, pode-se observar que as “obrigações” apresentam elementos constitutivos, dentre eles: o subjetivo que são as partes na relação obrigacional (credor e devedor); o objetivo que é a obrigação a ser cumprida; e por último o vínculo jurídico que é o liame que conecta os sujeitos da relação, permitindo ao credor demandar do devedor o seu completo cumprimento, como resultado da lei ou do contrato.

Já na responsabilidade contratual, há obrigações acertadas entre as partes, nas quais é necessário avaliar se a obrigação da parte contratada é de resultado ou de meio para a apuração da responsabilidade. Isto, também é muito importante, no que se refere à inversão do ônus da prova nas ações que visam ressarcimento em face de danos resultantes da atividade dos profissionais liberais.

Deste modo, define-se obrigação de meio como sendo aquela, na qual o profissional deve empregar seus conhecimentos e técnicas com o objetivo de alcançar um resultado preestabelecido em favor de seu contratante, não se responsabilizando pelo êxito. Não alcançada a finalidade do contrato, o lesado apenas irá conseguir indenização se provar que os resultados não foram atingidos porque o profissional não agiu com o interesse, empenho e o cuidado necessários para a cumprimento do contratado.

Já a obrigação de resultado será aquela em que o profissional tem por dever alcançar o resultado pretendido, caso isto não ocorra o credor poderá demandar do prestador de serviços indenização. Trata-se de presunção de culpa relativa, ou seja, nesta situação específica o consumidor se libera do ônus probatório que passará a ser do profissional.

Este deverá provar que agiu com prudência, diligência ou perícia e caso seja adequado demonstrar o acontecimento de força maior ou caso fortuito para ser desobrigado. Nesta hipótese observa-se a aplicação do artigo 6°, inciso VIII do CDC que traz como direito básico do consumidor a facilitação da defesa dos direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, demonstrando dessa forma que não agiu com culpa.

O profissional liberal, muitas vezes, assume de forma implícita uma obrigação de segurança atribuída pelo Código de Defesa do Consumidor no que se refere aos seus serviços, visto que estes não poderão oferecer riscos a não serem aqueles previsíveis ou os que derivem da essência de sua natureza, e mesmo nessas situações o paciente precisará ser devidamente informado (Lei no 8.078/90, arts. 8° 9° e 10°).

Na área da saúde, a relação entre o paciente e o prestador de serviços é uma relação de consumo. O paciente utiliza o serviço como destinatário final, aplicando-se a Teoria Finalista Aprofundada, na qual nota-se a relação de consumo diante da existência de desequilíbrio econômico ou técnico, de modo que a vulnerabilidade do consumidor é o norte principal.

1. **RELEVÂNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA DA SAÚDE**

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme o artigo 196 Constituição Federal.

Pode-se dizer que a responsabilidade civil na área da saúde está relacionada com a dignidade da pessoa humana, pois esta é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, que são o direito à vida, à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade, ou seja, todos os direitos da personalidade.

De acordo com o art. 6º do Código de Ética Médica, o médico tem a obrigação de guardar absoluto respeito pela vida humana, operando sempre em benefício do paciente e que nunca empregará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para consentir e encobertar tentativa contra a dignidade e integridade da pessoa humana.

Segundo Carlos A. Ghersi em seu livro “Derecho y reparación de daños” a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, existe independente de qualquer norma positiva. A qualidade de digno é uma condição da essência e existência do ser humano e, simultaneamente, um condicionante para atuar na sociedade, e desse direito inato derivam todos os direitos personalíssimos.

1. **DIREITOS E DEVERES DO MÉDICO**
	1. **DIREITOS DO MÉDICO**

Os médicos têm os mesmos direitos reconhecidos na CLT como qualquer trabalhador, tais como: férias, 13º salário, auxilio em caso de doença, limite de horas de trabalho semanal, aposentadoria por tempo de serviço; exceto quando o trabalhador for autônomo ou existir previsão legal especifica, etc.

Ainda conforme o Código de Ética Médica da CFM em seus artigos 20 a 28, o médico tem o direito a exercer a medicina sem sofrer descriminação, seja por quaisquer desses motivos “religião, raça, sexo, nacionalidade, cor, opção sexual, idade, condição social, opinião política, ou de qualquer outra natureza”.

Ele pode se recusar a exercer a medicina em entidade pública ou privada onde não existam condições dignas para o trabalho ou que possa vir a prejudicar a saúde do paciente, tendo a autonomia para suspender suas atividades onde não houver condições mínimas para o trabalho ou não o remunerar proporcionalmente ao seu trabalho, exceto em casos de emergência e urgência.

Todas essas e outras medidas são impostas pelo Estado buscando o controle moral e legal no exercício da atividade médica e que está sujeita a uma fiscalização para coibir exploração trabalhista e garantir condições para o exercício da profissão.

* 1. **DEVERES MÉDICOS**

O médico tem o dever de agir com cuidado no desempenho da medicina (sua profissão) segundo as regras pré-estabelecidas para a prática.

A responsabilidade civil em um contrato médico se funda em pilares básicos: a informação, o cuidado e abstenção de abuso ou desvio de poder.

Na parte da informação, o médico deve dar ciência ao paciente sobre seu estado de saúde (doença), indicações a seguir, possíveis riscos a sua saúde, quais cuidados devem ter em relação ao seu tratamento, tanto a ele quanto a sua família.

A partir da informação, surge o essencial conhecimento e consentimento do paciente sobre seu tratamento e possível intervenção cirúrgica; se esta corre o risco de ser letal, de causar uma lesão grave, para que esse possa aceitar ou não a intervenção cirúrgica. Ela só é dispensada em caso de urgência, que não haja outro modo de manter a vida do enfermo; com exceção deste caso de urgência, não ocorrendo à informação ao paciente o que se configura a responsabilidade civil.

Já o cuidado, vem no modo de que todo ato médico tem no cuidado essencial para salvar a vida do enfermo (não cortando o membro errado na hora da cirurgia, não esquecendo material hospitalar na incisão do operado, derrubar o paciente etc.), tendo cuidado também no diagnostico, de intervenção cirúrgica ou no tratamento e em seu prognóstico (o que pode vir a acontecer com base no diagnostico).

No abuso de poder, se configura quando o médico submete o paciente a experiências, tratamentos que são incompatíveis com a situação. Além dessas, o médico tem o dever de em caso de impedimento, garantir que sua substituição seja por profissional qualificado; não recusar atendimento urgente a paciente quando não houver outro profissional em condições de fazer.

1. **A NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO**

De acordo com Arthur Aguiar em seu livro “Da Responsabilidade Civil”, a responsabilidade médica é contratual, ainda que se possa considerar um tipo de contrato *sui generis*, pelo qual o profissional da medicina se obriga à prestação de um serviço consciencioso e de acordo com as técnicas científicas disponíveis, sendo assim, uma típica obrigação de meio, havendo exceções como no caso de cirurgiões plásticos que será abordado neste trabalho.

Este autor adverte que ao se considerar como contratual a responsabilidade médica, cumpre esclarecer que este profissional não se compromete a curar; mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão.

Este tipo de contrato que envolve responsabilidade médica envolve a atuação do médico e a colaboração do paciente (direta ou indireta), pois não basta exclusivamente a competência deste profissional, sendo que muitas vezes dependerá do próprio organismo do paciente, das informações por ele prestada, da correta aceitação do que foi prescrito...

Deste modo, cumpre-se dizer que o adimplemento do contrato não é a cura, mas a dedicação, o zelo e o esforço do profissional. Se o médico aplicou toda sua técnica e conhecimento para que obtivesse um bom resultado e porventura isso não ocorreu; este profissional terá cumprido sua parte no contrato e não se poderá falar em inadimplemento, pois a obrigação terá sido de meio e não de resultado.

É dessa relação pessoal entre médico e paciente que surge o caráter *intuitu* *personae* desse tipo de contrato, no qual muitas vezes o paciente opta por determinado profissional em decorrência do seu currículo, prêmios e também fama. Esse contrato é bilateral, no qual atribui obrigações recíprocas, sendo geralmente oneroso, de trato sucessivo e comutativo.

O contrato médico de acordo com Humberto Theodoro Júnior apresenta-se, como um contrato de prestação de serviços, que não é regido pela legislação do trabalho, porque versa sobre atividade de profissional liberal. Logo, caberá ao médico prestar o melhor serviço correspondente à sua formação técnica; e ao cliente caberá o pagamento dos honorários adequados ao serviço médico prestado e cumprir com as orientações médicas, independente dos resultados que serão obtidos.

Vale ressaltar, que haverá um contrato de prestação de serviços de natureza complexa, em regra geral, quando apresentar em uma de suas partes uma entidade hospitalar, tendo em vista que nele a prestação dos serviços médicos, principalmente quando este atua na emergência, perde aquele caráter personalíssimo. Nesta situação específica, o paciente será atendido por qualquer dos médicos que estejam trabalhando no setor, bem como se for necessário por outro especialista.

1. **ERRO MÉDICO: RESPONSABILIDADE E CULPA**

Antes tudo, o médico não possui o dever de restituir a saúde ao seu paciente e sim de atuar com toda a diligência, cuidado, utilizando seus conhecimentos científicos e tecnologias ao seu alcance para apresentar um diagnóstico correto e determinar o tratamento mais adequado.

No que se refere a este profissional, fica claro que a cura ou melhora do paciente pode não ser o resultado alcançado, pois não depende somente dos seus conhecimentos e empenho, visto que pode ocorrer a interferência de fatores externos e aleatórios. Isto acontece, principalmente, porque cada organismo pode reagir diferentemente a um mesmo tratamento ou medicamento, dentre outras variáveis que interferem na cura.

Assim, como foi dito anteriormente, a responsabilidade civil dos médicos, como profissionais liberais será apurada mediante aferição da culpa (imprudência, negligência ou imperícia), conforme o art. 14, §4° do Código de Defesa do Consumidor e art. 951 do Código Civil.

Deste modo, surge a expressão “erro médico” que está intimamente relacionada à atuação negligente, imperita ou imprudente, isto é, de culpa em sentido estrito, que pode levar conforme o art. 186 do Código Civil à aplicação do Princípio da Reparação de Danos.

Considera-se imprudência como a prática de ação irrefletida e intempestiva ou precipitada inconsiderada sem as necessárias precauções. No exercício da sua profissão, o médico deve atuar com prudência, principalmente, porque trata com bens jurídicos cruciais que são a saúde e a vida humana. Assim, o médico é prudente quando com base nos resultados da sua experiência, sua formação acadêmica e utilizando de todos os meios tecnológicos/laboratoriais, atua com toda cautela necessária para evitar o insucesso, que pode gerar lesão ou mesmo à morte do paciente.

A negligência é o descuido em si, sendo que os casos mais comuns no tocante aos médicos são os erros de diagnóstico, tratamento impróprio ou inadequado e falta de cuidados e higiene necessários. É configurada quando se consegue provar que o profissional não utilizou os cuidados e as normas técnicas.

A imperícia é o despreparo ou a falta de habilidade. Na área da saúde, é a insuficiência de conhecimentos técnicos, sendo verificada quando o médico atua sem experiência, técnica e com desconhecimento.

O Código de Ética Médica exige do médico contínuo aprimoramento, de modo que o profissional desatualizado será considerado imperito e atrairá para si a responsabilidade por danos ocorridos na utilização de técnicas, procedimentos ou medicamentos que não são mais utilizados. Além disso, o art. 1º, do Capítulo III do mesmo diploma estabelece ser vedado ao médico causar dano ao paciente por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência, ou negligência, sendo que a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Na atuação do médico, muitas vezes, ocorre a chamada concorrência de culpa quando estes atuam em equipes e nos serviços de hospital, durante intervenções cirúrgicas e internamentos. De tal modo que a causa do dano pode ser imputada a serviços secundários vinculados à estrutura do hospital. A este caberá suportar a indenização, conforme a Súmula nº 341 do STF que estabelece ser presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

O erro grosseiro ocorre quando o médico viola os mais elementares conhecimentos da matéria, sendo que na sua atuação é notável a negligência em sua forma mais acentuada. Neste caso, o profissional não poderá ser isento da responsabilidade.

Enquanto, o erro escusável será aquele provocado pelas limitações da medicina, da gravidade da doença (algumas a depender sem cura descoberta ou em estágio evoluído), bem como da omissão de informações pelo doente que terminou por prejudicar o correto processo de diagnóstico ou de tratamento. Nesse caso o erro existe, porém será considerado intrínseco à profissão ou decorrente da natureza humana, não se podendo atribuir culpa ao médico. Portanto, o erro de diagnóstico, com exceção do grotesco, não pode ser considerado indicativo da culpa médica.

No que tange a atuação da equipe médica que participa de certo ato cirúrgico é necessário definir aqueles que se sujeitam às ordens do cirurgião e aqueles que exercem função especializada. Assim, os que cumprem ordens do chefe da equipe são meros prepostos e por sua falhas responde o preponente, independentemente de culpa própria. Enquanto, no que diz respeito ao anestesista, o cirurgião, em princípio, não responde por suas falhas, a não ser que, tendo sido rejeitado expressamente pelo paciente, só veio a atuar por deliberação do médico chefe da equipe. Já, no pré e pós-operatório, a falha do anestesista é sempre autônoma, não havendo razão para atingir o cirurgião.

Vale destacar, que o Código Civil ao utilizar a Teoria da Gradação da Culpa, permite a fixação da indenização não só pela extensão do dano, mas também prevê a sua redução equitativa, caso ocorra desproporção exagerada entre a culpa e o dano.

1. **RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE**

No art. 58 do Código do Conselho Federal de Medicina a omissão médica é descrita como: “Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo”.

Deste modo, qualquer cidadão que deixar de prestar assistência a outro ferido, comete o crime omissivo próprio, tipificado no art.135 do Código Penal Brasileiro. No caso do médico, este possui o dever de agir como imposição legal por motivos que procedem da natureza de sua profissão, sendo um dever moral previsto no Código da Ética Médica.

A omissão do médico implica responsabilidade civil, sendo que os prejuízos ocasionados são considerados danos a pessoa e predispõem indenizações morais e materiais, conforme os artigos 186, 927, 948 e 949 do Código Civil.

Estima-se que há 400 anos AC, surgiu o Juramento de Hipócrates que contém os princípios fundadores da ética médica e trouxe a importância do segredo médico. Este juramento é recitado solenemente até os dias atuais pelos formandos em medicina que proferem: “*Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto”.* Após o século XVIII, o sigilo médico que era um dever moral passou a ser um dever legal do médico imposto pela lei.

O Código Penal Brasileiro em seu art. 154 determina: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa”.

 O Código Civil, também aborda o segredo de profissão, em seu art. 229: “Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato a cujo respeito, por estado ou profissão, deve guardar em segredo”.

Já o Código de Ética Médica em seu Capítulo IX, art. 73 estabelece que seja vedado ao médico: “revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente”. A proibição permanece mesmo que: o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; quando de seu depoimento como testemunha, sendo que nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; e na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal. Portanto, o sigilo médico é uma obrigação profissional e sua transgressão vai determinar uma infração penal, civil e ética.

A relação do médico com o paciente é um processo interativo, que possui como base alguns princípios: privacidade e confidencialidade. O paciente tem o direito de ter a sua vida privada e honra mantidas em sigilo, pois a transgressão disso geraria danos morais.

O sigilo médico só poderá ser quebrado em casos bem específicos e necessários, sendo eles: quando existir risco físico ao paciente ou se não houver outra opção que permita o paciente responder por sua própria saúde. E por fim no caso do artigo 269 do CP: “Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”, no qual sua pena será “detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Nas relações médico e paciente, quem dispõe de maior número e melhores dados sobre o fato é o médico, cabendo a ele o dever processual de levá-los ao processo. Incumbe ao médico, também, o ônus de provar que agiu sem culpa, exigindo dele a demonstração de quais conhecimentos e técnicas utilizou para determinar o diagnóstico, bem como se ministrou a medicação adequada e qual tratamento o paciente foi submetido.

Desta forma, surge o Princípio da Carga Probatória Dinâmica que determina que as partes possuem o dever de agir com lealdade e boa-fé; levando ao juiz o maior número de informações possíveis para a devida individualização do fato e para a melhor solução da causa.

1. **RESPONSABILIDADE DO MÉDICO PELO DIAGNÓSTICO**

Atualmente com a evolução da medicina, ou seja, com um grande número de recursos e exames, é aceitável ser mais rigoroso na averiguação da culpa em possibilidades de erro médico no diagnóstico.

É complexo reconhecer a culpabilidade do médico, pois pode ser resultado de um erro de tratamento ou um erro de diagnóstico. Hipótese que pode agravar a responsabilidade do médico imperito, negligente ou imprudente; sendo que o erro pelo diagnóstico é perdoável quando o médico se vale de todos os cuidados e da atenção exigíveis.

Para que o diagnóstico seja satisfatório, o médico utilizará de todos os exames à sua disposição, para obter o maior número de informações possível na identificação da doença. Porém, é preciso avaliar a circunstância de exercício de um profissional no sistema público de saúde, devendo apreciar na avaliação da culpa a precariedade dos elementos colocados a sua disposição. Em alguns casos, será possível direcionar a questão para a responsabilidade objetiva disciplinada pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Todavia, se os meios materiais estavam à disposição do médico que deles não se utilizou, haverá culpa por negligência e consequente obrigação de indenizar.

Além disso, não haverá erro de diagnóstico se ele procede de informação errônea do paciente, o que não implicaria em imputabilidade da conduta ao médico, não havendo nexo de causalidade entre o diagnóstico e o dano, provocado por negligência ou imprudência proveniente do paciente.

Contudo, não se pode ignorar que em determinadas situações, o equívoco ou a omissão do paciente pode ser detectado pelo médico com diligência e conhecimento técnico, sendo possível dele identificar distorção da informação. Nestas hipóteses, o comportamento do médico poderá ser dito culposo, implicando em sua responsabilidade indenizatória integral ou concorrente.

O médico para obter o diagnóstico poderá solicitar exames. Contudo, também se considera erro, exames e intervenções cirúrgicas desnecessárias, que são solicitados em consequência de conduta culposa. O profissional deverá arcar com o dano material ou extrapatrimonial ocasionados pelas despesas ou pelo sofrimento e constrangimento sofridos pelo paciente sem justificativa.

É importante frisar que o diagnóstico é ato médico por excelência, não sendo possível ser delegado, ao contrário de outras condutas profissionais que necessitam uma atuação de terceiros, ainda que sob supervisão do médico. Mesmo que a informação do diagnóstico ao paciente possa ser delegada, a sua efetiva realização somente caberá ao médico.

O diagnóstico poderá ser elaborado a partir de uma atuação conjunta de especialistas e generalistas. Assim sendo, caso ocorra erro responderá o generalista que deixa de chamar um especialista, quando necessário. Vale destacar que o clínico geral que segue as recomendações do especialista, contratado pelo paciente, não responde pelas consequências atribuíveis ao especialista. Todavia, o generalista se optar por outra indicação terapêutica, responderá pelos danos.

O art. 7º do Código de Defesa do Consumidor reconhece a responsabilidade solidária para os casos em que a ofensa tiver mais de um autor. Contudo, se o erro não foi cometido por apenas um médico no diagnóstico, todos responderão solidariamente pelos danos causados.

Nas hipóteses em que o erro de diagnóstico não emana da culpa do médico, mas de erro do laboratório que realiza os exames, ocorrerá responsabilidade objetiva, regida pelo art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, pois paciente e laboratório são, respectivamente, consumidor e fornecedor nos termos dos arts. 2º e 3º do CDC.

Cumpre esclarecer que os laboratórios não terão responsabilidade indenizatória, pela imprecisão do resultado, quando a ciência e seus elementos disponíveis não permitirem a certeza a que se visa. Deste modo, se não há aparelhos ou técnicas suficientes, não há como exigir a exatidão do resultado. Porém, o paciente deverá ser informado da ausência do mencionado aparelho e da possibilidade e necessidade de realizá-lo em outro estabelecimento, ou buscar alternativas junto ao médico.

Nessa hipótese, não existirá defeito do serviço, tal como definido no § 1º do art. 14 do CDC, porque o consumidor não tem legítima expectativa da identificação da doença, posto que tem conhecimento dos limites de que o laboratório lhe oferece em termos de aparelhos e resultados. Caso o laboratório falhe na análise dos dados colhidos ou dos materiais, de modo a fornecer resultado incorreto que leve ao diagnóstico errôneo, haverá responsabilidade objetiva de indenizar, principalmente se tal erro provoque graves prejuízos à saúde do indivíduo.

Além do diagnóstico, compete ao médico informar ao paciente de todas as suas conclusões, orientando-o sobre os tratamentos possíveis, e aceitar as opções que ele fizer, pois segundo o art. 15 do Código Civil, ninguém é obrigado a submeter-se, com risco de vida, a qualquer tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

O erro de diagnóstico pode ocasionar o dano patrimonial ou extrapatrimonial. O primeiro equivale às despesas sofridas pelo paciente em consequência do diagnóstico incorreto. Enquanto, o extrapatrimonial refere-se à angústia e sofrimento do paciente com o resultado do diagnóstico. Todavia, se não for detectada a doença por falta de correto diagnóstico, poderá o paciente pleitar danos decorrentes do atraso do tratamento.

1. **RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIA PLÁSTICA**

No que se refere à cirurgia plástica de caráter meramente estético (também denominada embelezadora ou cosmetológica), na qual o paciente goza de plena saúde e deseja melhorar sua aparência, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento que a considera como uma obrigação de resultado. Neste caso, o médico deverá alcançar um resultado satisfatório e se isto não ocorrer apenas será responsabilizado se demonstrar a ocorrência de caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Enquanto, as cirurgias corretivas são obrigações de meio, sendo realizadas para resolver problemas congênitos ou deformidade decorrente de acidente. Assim, nesta hipótese, o cirurgião plástico não se responsabiliza com o resultado.

O resultado obtido através de uma intervenção plástica estética dependerá também das condições orgânicas do paciente, a elasticidade da pele e o poder de cicatrização. A avaliação do resultado é subjetiva, podendo parecer ao paciente que não foi obtido o resultado esperado e ao mesmo o médico acreditar que o objetivo foi alcançado.

Na cirurgia estética que tenha sido mal sucedida, surge a responsabilização do médico e a obrigação indenizatória, cujo valor deverá incluir as despesas com a própria cirurgia, dano moral em razão do sofrimento, dano estético em razão das eventuais sequelas, bem como verba para custear o tratamento e novas cirurgias.

Nesta situação específica, a responsabilidade do cirurugião será evidente se verificada a piora na aparência do paciente, acarretando uma inversão do ônus da prova que passará a ser do médico que para se desobrigar do pagamento da indenização deverá convencer o juiz da inexistência de negligência, imperícia ou imprudência.

Seja cirurgia corretiva ou de embelezamento, a apuração da responsabilidade do médico continua sendo subjetiva, sendo necessária a comprovação da culpa, segundo o art. 14, §4° do Código de Defesa do Consumidor.

Os procedimentos dermatológicos estéticos contêm obrigações de meio, visto que, o êxito do tratamento não depende somente da diligência, prudência e perícia do médico; está também relacionado às condições do organismo e da pele do paciente. Entretanto, se acarretar piora nas condições do paciente, poderá ser invertido o ônus da prova.

1. **CONCLUSÃO**

No decorrer do desenvolvimento deste artigo científico ficou evidente a tamanha relevância da responsabilidade civil na atividade médica, que requer uma atenção especial, pois trata diretamente com o bem mais precioso, que é a vida. Assim, se espera do profissional de medicina que atue respeitando o Princípio Geral da Dignidade Humana, não só por ser determinação do seu Código de Ética, mas também por ser a dignidade um valor supremo, universal e orientador da proteção dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana.

Observa-se a importância que o Judiciário exerce nesta responsabilidade civil, sendo notável a atuação dos tribunais no que se refere à identificação justa do agente, com a comprovação do nexo de causalidade entre a sua ação ou omissão e o dano, bem como no que se refere ao cálculo da indenização à vítima.

Sobretudo, nesta situação específica, no que diz respeito à proteção do consumidor/paciente, a Legislação Consumerista é uma conquista, pois é um marco na consolidação dos direitos do cidadão, reconhecendo novos valores, fundados na personalidade humana, abandonando o nítido caráter individual e patrimonialista. Assim, promove o desenvolvimento econômico e social em todos os setores da sociedade, inclusive na área da saúde e na atuação do médico, sendo que estabelece o paciente/consumidor como um sujeito de direito.

Ao final do presente artigo científico, é possível afirmar que diante da evolução da ciência médica, não se pode perder de vista a concepção no sentido jurídico que guia a ordem do ambiente de incessantes transformações. Portanto, sempre que alguém causar dano a outrem deverá arcar com suas responsabilidades e deveres.

1. **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**
* CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas,

2007.

* Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra\_preambulo.asp. Acesso em: 21 de abril de 2018.
* DIAS, José de Aguiar Da responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. V. 11.
* DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7.
* GHERSI. Carlos Alberto. Teoría General de La Reparación de daños. Disponível em: https://pt.scribd.com/doc/155756140/Teoria-General-de-La-Reparacion-de-Da-Os-Carlos-Alberto-Ghersi-PDF. Acesso em: 26 de abril de 2018.
* GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2002.