



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL ESPECIALIZADA

Apelação Cível nº 0072367-34.2011.8.19.0001

Apelante: ANDREA CRISTINE DOMINGOS

Apelado: INSTITUTO IVO PITANGUY

Relatora: Jds. Des. Lucia Mothé Glioche

A C Ó R D ã O

APELAÇÃO CÍVEL. PACIENTE QUE SE SUBMETE A CIRURGIA PLÁSTICA PARA IMPLANTE DE SILICONE NOS SEIOS E ALEGA PERDA DA SENSIBILIDADE. TERMO DE RESPONSABILIDADE GENÉRICO QUE NÃO INFORMA SOBRE ESSA POSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE REFORMA. INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM 20 MIL REAIS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível no Processo **0072367-34.2011.8.19.0001**, em que é



Apelante **ANDREA CRISTINE DOMINGOS** e Apelado
INSTITUTO IVO PITANGUY

ACORDAM os Desembargadores que integram a Vigésima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade de votos, em **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de ação pelo rito sumário, em que a parte autora (fls. 02/13) alegou que, em 28.03.2008, teria se submetido a uma cirurgia na clínica do Réu, localizada na Santa Casa da Misericórdia para implante de prótese de silicone nos seios. Nessa ocasião, a Autora teria despendido R\$ 1.750,00 (mil, setecentos e cinquenta reais). Sustentou que teria perdido a sensibilidade na região dos seios, o que estaria lhe causando enorme angústia e constrangimento, inclusive em suas relações particulares.

No pedido, requereu a Autora, em suma, (i) o deferimento do benefício da gratuidade de justiça; (ii) a inversão do ônus probatório; (iii) fosse oficiada a Santa Casa da Misericórdia a fim de que esta fornecesse ao Juízo cópias relativas aos procedimentos cirúrgicos executados no corpo da Autora; (iv) fosse o Réu condenado a indenizar a Autora no valor de 200 (duzentos) salários mínimos, sendo que caso, no curso do processo, fosse constatada lesão

irreversível, tal valor deveria ser dobrado; (v) fosse o Réu compelido a custear um novo procedimento cirúrgico ou tratamento necessário, conforme escolha da Autora, caso constatada possibilidade de reversão do supostamente ocorrido; (vii) fosse o Réu condenado a indenizar materialmente a Autora no que tange as despesas médicas; (viii) fosse o Réu condenado a pagar as custas judiciais e honorários advocatícios em 20% (vinte por cento).

Em cumprimento ao disposto em nosso diploma processual, trouxe a Autora os quesitos de fls. 14/15.

Decisão de fl. 66 que deferiu o benefício da gratuidade de justiça.

Contestação de fls. 74/83, na qual o Réu alegou que em 12.02.2008 a Autora teria realizado consulta médica, na qual teria sido informada sobre o procedimento de implante de próteses de silicone, bem como das possíveis intercorrências, conforme “termo de consentimento” assinado. Nessa esteira, disse o Réu que, em 29.03.2008, após a cirurgia, a Autora teria comparecido ao consultório médico e não teria se queixado de quaisquer problemas, sendo que os seios estariam com bom aspecto.

Em seguida, aduziu o Réu que teria agendado consulta para o mês de janeiro, quando seriam realizadas fotos pós-cirúrgicas. Contudo – narrou o Réu – a Autora não teria

retornado ao consultório médico, sendo que só teria tomado conhecimento acerca do alegado com a exordial, quando do ajuizamento desta ação.

Em sua fundamentação jurídica, alegou o Réu que seria impossível inverter o ônus probatório *in casu* e que a Autora teria capacidade de produzir as provas que corroborassem seus argumentos. Impugnou o Réu, ainda, o pedido indenizatório formulado na inicial, alegando que não teria havido qualquer erro quando da realização da cirurgia. Por fim, pugnou o Réu pela produção de provas testemunhal, documental, pericial e pela colheita do depoimento pessoal da Autora.

Rol de quesitos do Réu oferecido às fls. 84/86.

Foram anexados à contestação os seguintes documentos: Prontuário médico (fl. 115), laudo (fl. 116), autorização de matrícula (fl. 116), descrição da intervenção, do ato cirúrgico e do pós-operatório (fl. 117/118), termo de consentimento (fl. 119), termo de responsabilidade (fl. 120), requisição de exame (fl. 122/123), boletim do centro cirúrgico e ficha de anestesia (fl. 125/126), relatório de enfermagem (fl. 128/130), fotos pré-operatórias (fl. 132/133).

Frise-se que, conforme fl. 116, foram lançadas anotações no sentido de que a Autora estaria com bom estado de saúde após a cirurgia.

Decisão interlocutória de fl. 134, a qual (i) deferiu o pedido de produção de prova documental suplementar; e (ii) deferiu o pedido de produção de prova pericial.

Laudo pericial de fls. 143/157 com a seguinte conclusão: “Autora em pós-operatório de cirurgia de aumento de mama bilateral. As mamas apresentam discreta assimetria, sendo a esquerda mais ptosada que a direita, com cicatrizes corretamente colocadas, conforme a técnica clássica de inclusão de prótese de silicone por via peri areolar. O reflexo de contração ereção areolo-papilar está preservado bilateralmente. A autora refere perda de sensibilidade tátil bilateralmente, sendo a esquerda em maior intensidade.”

Precisamente à fl. 152, afirmou o perito do Juízo que a perda de sensibilidade ocorreria nas regiões adjacentes à incisão e geralmente tenderiam a melhorar após alguns meses, variando de 03 (três) meses a 01 (um) ano e que, ocorrendo perda de sensibilidade permanente, nada poderia ser feito. Adiante, afirmou o perito (fl. 153), que a perda de sensibilidade seria algo subjetivo e que não haveria como se confirmar tal condição no caso concreto, sendo que esta estaria relacionada a qualquer ato cirúrgico.

Especificamente na folha 157, afirmou o perito que a ocorrência narrada pela Autora seria rara, de acordo com a literatura médica sobre o tema, tornando a repisar que nada

poderia ser feito no caso de perda permanente de sensibilidade.

Manifestação da Autora de fls. 159/160, quanto o laudo pericial, na qual esta afirma que já teria decorrido lapso temporal de 05 (cinco) anos, sendo que o perito teria dito que em situações normais, a sensibilidade retornaria entre 03 (três) meses e 01 (um) ano. Aduziu, ainda, que não teria sido advertida sobre tal possibilidade.

Manifestação do Réu de fls. 161/165, o qual afirmou que alguns de seus quesitos não teriam sido respondidos pelo perito. Ademais, sustentou o Réu que as complicações narradas pela Autora seriam inerentes ao procedimento cirúrgica e que seriam de ocorrência incomum, mas não relacionadas a qualquer erro da equipe médica.

Resposta do perito de fls. 168/170 quanto aos quesitos do Réu, os quais o *expert* não havia respondido.

Sentença de fls. 174/176, a qual julgou improcedente o pedido indenizatório formulado na exordial, tendo condenado a Autora ao pagamento das custas judiciais e de R\$ 1.000,00 (mil reais) a título de honorários advocatícios. Entendeu o Juízo recorrido que não teria sido constatada falha médico-hospitalar no procedimento cirúrgico realizado nas dependências do Réu.

Apelação Cível da Autora de fls. 117/191, a qual pugna pela reforma da sentença, a fim de que o Réu seja condenado a indenizar a consumidora. Em suma, sustentou a Autora que a matéria estaria sob a proteção da legislação consumerista, tendo esta colacionado julgados que destacariam a aplicação do CDC.

Contrarrazões do Réu de fls. 194/200, pela qual este requer seja a sentença prolatada pelo Juízo de origem mantida em sua integralidade.

V O T O

Deve ser conhecido o recurso, eis que presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade do mesmo.

Inicialmente, deve-se destacar que se aplica o Código de Defesa do Consumidor, o qual traz em seu bojo normas de ordem pública e de interesse social, objetivando a proteção e defesa do consumidor, em razão de sua vulnerabilidade.

Isso porque, há nítida relação de consumo, em virtude da perfeita adequação aos conceitos de consumidor (art. 2º), fornecedor (art. 3º, caput) e serviço (art. 3º, § 2º), contidos na Lei 8.078/90.

Assim, pelo art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, aplica-se o Princípio da Boa-fé Objetiva. Ele impõe para os contratantes o dever de agirem com lealdade, transparência, informação, desde as tratativas até a execução do contrato.

Outrossim, a responsabilidade civil da parte ré, como fornecedor de serviço médico e hospitalar, pelos danos causados aos consumidores, é objetiva, devendo reparar os mesmos, ainda que não tenha agido com dolo ou com culpa, conforme prevê o art. 14 *caput* do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o tema, a doutrina do abalizado doutrinador e magistrado SÉRGIO CAVALIERI FILHO in Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 420:

“Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, quer se tratem de serviços decorrentes da exploração de sua atividade empresarial, tais como defeito de equipamento (v. g. em Porto Seguro a mesa de cirurgia quebrou durante o parto e o bebê caiu no chão, não resistindo ao traumatismo craniano), equívocos e omissões da enfermagem na aplicação de medicamentos, falta de vigilância e acompanhamento do paciente durante a internação (v. g. queda do paciente do leito hospitalar com fratura do crânio), infecção hospitalar etc., quer se tratem de serviços técnicos-profissionais prestados por médicos que neles atuam ou a

eles sejam conveniados. É o que o CDC chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço”.

Na jurisprudência do STJ:

“(…) 3. "O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si" (REsp 629.212/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, DJ de 17.9.2007). (...). (AgRg no AREsp 24.602/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 01/02/2012).

Contudo, nas hipóteses em que o dano decorrer de falha na atuação dos membros da equipe médica, ou de outros profissionais técnicos, que atuem no hospital, a responsabilidade deste será subjetiva, sendo necessária a verificação dos elementos caracterizadores da culpa, quais sejam, negligência, imprudência ou imperícia, nos termos da exceção prevista no art. 14, § 4º do CDC.

Esse é o entendimento do STJ:

“(…) 2. No julgamento do REsp 258.389/SP, da relatoria do eminente Ministro FERNANDO GONÇALVES (DJ de 16.6.2005), este Pretório já decidiu que "a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva,

ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto", de modo que não comporta guarida a assertiva de que a responsabilidade do hospital seria objetiva na hipótese. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1261145/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 03/09/2013).

Oportuno destacar o seguinte trecho do julgamento do REsp 1145728/MG, pelo Ministro Luis Felipe Salomão:

“1- as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC);

2 - os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano;

3- quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC).”

Entretanto, oportuno dizer que, em regra, o médico assume obrigação de meio, não recaindo sobre ele o compromisso de “cura”, mas, sim, o de prestar seus serviços de forma diligente e cuidadosa, empregando toda a técnica disponível, mas sem garantir o êxito.

Especificamente sobre o erro médico e o erro de diagnóstico, doutrina e jurisprudência entendem que a má conduta profissional, suscetível de indenização, deve evidenciar um erro crasso no diagnóstico ou no tratamento dispensado ao paciente, que revele a falta de conhecimento ou de cuidado razoavelmente esperado daquele profissional.

Nesse sentido, são as palavras do mencionado professor, em Programa de Responsabilidade Civil, 5ª ed., Malheiros Editores, Rio de Janeiro, 2004, p. 384:

“Será preciso apurar em cada caso se, à luz da ciência e do avanço tecnológico que o médico tinha à sua disposição, era-lhe possível chegar a um diagnóstico correto, ou a

um tratamento satisfatório, resultado, esse, não obtido por imperícia, negligência ou imprudência injustificável.”

Sobre o tema, o seguinte julgado do STJ:

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;

II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a

morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde;

III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, não é indenizável;

IV - *In casu*, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance";

V- Recurso especial provido.”

(REsp 1104665/RS; Ministro Relator Massami Uyeda; Terceira Turma; julgado em 09.06.2009; DJe 04.08.2009)

Isto posto, cumpre analisar se o conteúdo probatório esclarece acerca da ocorrência de erro na conduta adotada pelos profissionais (imperícia, a negligência ou a imprudência). Bem como se houve falha na prestação dos serviços hospitalares, quando da realização da cirurgia de implante de próteses de silicone.

Para tanto, como se trata de matéria técnica, foi necessária a produção de prova pericial médica, que se

realizou através de especialista, cujo laudo está acostado às fls. 143/157.

No laudo, afirma o perito que a perda de sensibilidade poderia ocorrer no procedimento executado no caso dos autos e que, normalmente, a mesma se restabeleceria entre 03 (três) meses e 01 (um) ano. Frise-se, conforme se depreende da data de distribuição da ação, tal prazo já teria se esgotado, sugerindo que, *in casu*, tenha ocorrido uma limitação permanente.

Ademais, informou o perito que quando tal perda se mostra definitiva, não há procedimento médico a ser adotado, tornando-se esta, portanto, insanável.

Compulsando os autos, verifico que o termo de responsabilidade anexado pelo Réu (fls. 120) é genérico, não especificando os riscos relativos à cirurgia executada na Autora. Não se fala, por exemplo, na possibilidade, de perda de sensibilidade, algo que o médico perito, consoante laudo pericial acostado, afirmou poder acontecer, tendo este assentado que em casos permanentes, não há procedimento de reversão do quadro.

Ora, tratando-se de uma clínica de grande renome, como é o caso da instituição ré, espera-se que seus termos de responsabilidade cumpram o dever de informação positivado no Código de Defesa de Consumidor (art. 6º. III,

CDC) e decorrente da Boa-fé Objetiva (art. 422, CC), a qual permeia todas as relações contratuais – consumeristas ou não – e tem diversos desdobramentos, dentre eles o dever de cuidado e de informação. Existindo possibilidade – o que é confirmado pelo *expert* – de perda de sensibilidade em uma área tão importante à saúde e à autoestima da mulher, incluindo-se aí sua autoestima de ordem íntima, deveria ter sido tal possibilidade informada à Autora.

Considerando, ainda, que a clínica é especializada em cirurgias plásticas, sendo sabido que a cirurgia em questão é extremamente comum no Brasil, o qual figura entre os países onde esta é mais realizada, deveria o termo mencionar, detalhadamente, as possíveis consequências do procedimento, o que não fez de forma clara e elucidativa. Por outro lado, repise-se, não há prova testemunhal nos autos que comprove que os médicos alertaram a Autora quanto tal possibilidade.

Na verdade, competia ao Réu demonstrar o fato desconstitutivo do direito da autora, ou seja, que teria informado para a mesma sobre o risco de perda de sensibilidade permanente, a teor do art. 333, inciso II, do CPC. Tal prova podia ser produzida através de prova testemunhal dos profissionais.

Sobre o tema, os seguintes aresto do STJ e desta Corte de Justiça:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido.” (REsp 467.878/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2002, DJ 10/02/2003, p. 222)

“Responsabilidade civil. Profissional liberal. Oftalmologista. Responsabilidade subjetiva. Realização de cirurgia para retirada de pterígio. Reação imunológica apresentada pelo paciente provocada pelo fio de sutura cirúrgico (reação do tipo corpo estranho). Recidivas consecutivas, inerentes ao caráter progressivo da patologia. Lesões iatrogênicas. **Elemento subjetivo e nexos de causalidade indemonstrados.** Adoção das cautelas devidas e emprego da técnica adequada. **Violação, contudo, do dever de informação.** **Teoria do consentimento informado. Não comprovação de fato desconstitutivo do direito do autor.** Ônus do demandado. Dano moral configurado. Fixação da verba compensatória em conformidade com o princípio da razoabilidade. Recurso a que se nega provimento.” (Agravo Interno na Apelação Cível nº 0089319-64.2006.8.19.0001; Segunda Câmara Cível; Desembargador Relator Carlos Eduardo Passos; julgado em 25.07.2012)

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. LASER OFTALMOLÓGICO. DANOS SOFRIDOS EM RAZÃO DE INTERCORRÊNCIAS PRÓPRIAS DA ANOMALIA DE QUE A AUTORA ERA PORTADORA. **DANO DECORRENTE DO NECESSÁRIO ATUAR MÉDICO, QUE AFASTARIA, EM PRINCÍPIO, O DEVER DE REPARAR. CONTUDO, PATENTE A OFENSA AO DEVER DE INFORMAÇÃO.** INEXISTÊNCIA DE CONSENTIMENTO INFORMADO. REFORMA DO JULGADO. Restou provado nos autos que o resultado lesivo não foi ocasionado pela atuação do médico, preposto do Hospital acionado, mas resultante da própria anomalia de que a autora era portadora, podendo ser considerado, em princípio, como dano iatrogênico. Contudo, verifico que o dever de indenizar exsurge a partir da ausência do dever de informação acerca das possíveis alergias e rejeição ocasionadas pela aplicação do laser empregado. Não há termo de consentimento informado ou qualquer prova cabal de fornecimento à apelante sobre todos os riscos e perigos resultantes do procedimento realizado. Ainda que o dano tenha decorrido da atuação médica, **não se escusa o profissional de informar adequadamente, de forma clara e precisa, acerca de todas as possíveis contraindicações, para que reste comprovado que o paciente tenha decidido, de forma inequivocamente consciente, sobre o interesse na realização do ato cirúrgico.** Isto posto, observando-se as circunstâncias do caso concreto, no qual o autor teve uma deformidade angular no braço, com limitação nos movimentos, com alteração estética de grau médio, e uma incapacidade

parcial permanente de grau mínimo de 5%, bem fixada a quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).” (Apelação Cível nº 0000860-52.2008.8.19.0022; Décima Segunda Câmara Cível; Desembargadora Relatora Lucia Miguel S. Lima; julgado em 12.03.2013)

Assim, no caso presente, considero que houve falha na prestação do serviço da parte ré, pois violou o dever de boa fé contratual e não informou, previamente, para a parte autora que poderia sofrer a perda da sensibilidade nos seios, após o ato cirúrgico que se submeteria.

A perda da sensibilidade para a parte autora violou sua condição de pessoa humana e de mulher, pelo que considero que sofreu dano moral.

O valor do dano moral deve ser arbitrado, considerando a extensão do dano, a irreversibilidade da conduta da parte ré, a ausência de dolo do atuar da parte ré, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Arbitro em vinte mil reais.

Por tais razões e fundamentos, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO**, a fim de condenar o Réu a pagar **R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)** a título de indenização por danos morais à Autora. Honorários em 10% (dez por cento) e custas na forma da lei.

Rio de Janeiro, 23 de setembro de 2014.

Jds. Des. LUCIA MOTHÉ GLIOCHE
Relatora