

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL/CONSUMIDOR



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0098547-19.2013.8.19.0001

1.^a APELANTE: BIANCA ROLDÃO BARBOSA LUZ (AUTORA)

2.^o APELANTE: CHRIS WILLENSHOFER (1.^o RÉU)

3.^o APELANTE: ESHO EMPRESA DE SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA. (2.^o RÉU)

APELADOS: OS MESMOS e SILIMED - SILICONE E INSTRUMENTAL MÉDICO-CIRÚRGICO E HOSPITALAR LTDA.

ORIGEM: JUÍZO DA 48^a VARA CÍVEL DA CAPITAL

RELATOR: DESEMBARGADOR LUCIANO SILVA BARRETO

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. CIRURGIA ESTÉTICA DE IMPLANTE DE PRÓTESE MAMÁRIA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. INOCORRÊNCIA. DESENVOLVIMENTO DE QUADRO INFECCIOSO EM UMA DAS MAMAS DA PACIENTE. INFECÇÃO HOSPITALAR PELA BACTÉRIA *MYCROBACTERIUM FORTUITUM*. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO HOSPITAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO EXTERNO. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS CONFIGURADOS. *QUANTUM* QUE DEVE SER MANTIDO EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL. 1. Paciente que apresentou infecção em uma das mamas após cirurgia para implante de próteses de silicone. 2. Na hipótese de responsabilidade civil por erro médico oriunda de cirurgia estética, a qual se notabiliza pela obrigação de resultado a ser atingido pelo profissional, são aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida. 3. Na espécie, a melhora estética pretendida (implante de silicone nos seios), o conjunto probatório evidencia a adoção do procedimento adequado ao fim pretendido e a infecção contraída não enseja erro médico, afastando-se o dever de indenizar. 4. A responsabilidade civil dos hospitais e estabelecimentos de saúde congêneres é objetiva no que diz respeito à atividade hospitalar em si, caso da infecção hospitalar, conforme precedentes do STJ e deste Tribunal. 5. Na espécie, embora nenhum nosocômio esteja imune ao surgimento de infecções nas suas dependências, a clínica de saúde não se desincumbiu do ônus da prova do alegado atendimento das rotinas estabelecidas pela Lei nº. 9.431/97 e Portaria nº 2.616/98 do Ministério da Saúde. 6. Hipótese em que a infecção hospitalar foi contraída pela autora em razão de falha do nosocômio nos procedimentos e métodos de desinfecção e assepsia dos instrumentos cirúrgicos, o que acarreta defeito na prestação do serviço e o consequente dever de indenizar. 7. Prova pericial conclusiva. 8. Danos extrapatrimoniais configurados. 9. A reparação por danos extrapatrimoniais deve ser suficiente para atenuar as consequências das ofensas aos bens jurídicos tutelados, não significando, por outro lado, um enriquecimento sem causa, assim como deve ter o efeito de punir o responsável de forma a dissuadi-lo da prática de nova conduta, sendo que a quantia fixada na sentença em R\$ 15.000,00 está em consonância com os parâmetros deste Tribunal, levando-se em consideração também o Enunciado nº 116 veiculado pelo Aviso 52/2011 e precedentes desta Corte. 10. A cicatriz no seio da autora gera sentimento negativo, de natureza intimamente subjetiva, que autoriza a indenização pela deformidade estética no valor de R\$ 5.000,00 fixado na sentença. 11. Danos materiais regularmente comprovados. RECURSO DO 2.^o APELANTE A QUE SE DÁ PROVIMENTO E DA 1.^a E DO 3.^o DESPROVIDOS.



Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n.º 0098547-19.2013.8.19.0001, em que são apelantes **BIANCA ROLDÃO BARBOSA LUZ, CHRIS WILLENSHOFER e ESHO EMPRESA DE SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA**, e apelados **OS MESMOS e SILIMED - SILICONE E INSTRUMENTAL MÉDICO-CIRÚRGICO E HOSPITALAR LTDA**.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Vigésima Terceira Câmara Cível/Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada nesta data e **por unanimidade de votos, em conhecer os recursos interpostos para dar provimento ao do 2.º apelante (CHRIS WILLENSHOFER) e negar provimento ao da 1.ª (BIANCA ROLDÃO BARBOSA LUZ) e do 3.º (ESHO EMPRESA DE SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA)**, nos termos do voto do Relator.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos por **BIANCA ROLDÃO BARBOSA LUZ, CHRIS WILLENSHOFER e ESHO EMPRESA DE SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA**, contra a sentença de mérito prolatada pelo Juízo da 48ª Vara Cível desta Capital, nos autos da **ação de reparação por danos morais, materiais e estéticos**, que move a 1ª em face dos demais e contra **SILIMED - SILICONE E INSTRUMENTAL MÉDICO-CIRÚRGICO E HOSPITALAR LTDA**, que julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar o 2º e a 3ª, **“solidariamente e à razão de 20% e 80%, respectivamente, ao pagamento das seguintes verbas: (a) R\$ 42.000,00 a título de danos materiais que será corrigido pela variação da UFIR a partir de junho de 2011; (b) R\$ 15.000,00 pelos danos morais, corrigido monetariamente pela variação da UFIR a partir desta data; e (c) R\$ 5.000,00 pelos danos estéticos causados, corrigidos pela variação da UFIR a partir desta data. Todos os valores serão acrescidos de juros de mora legais de 1% ao mês contados da citação em aplicação da Sumula 54 do STJ. Por força da sucumbência condeno ainda os 1º e 2º réus ao pagamento, também solidariamente, das custas processuais, taxa judiciária, honorários periciais e advocatícios sendo que estes fixados em 10% sobre valor da condenação”**.

Cinge-se a controvérsia em perquirir se a autora contraiu a infecção hospitalar causada pela micobactéria versada nestes autos em razão da má esterilização dos instrumentos cirúrgicos utilizados pelo médico durante o procedimento cirúrgico para a colocação de implante de silicone nos seios daquela, o que determinou a necessidade de retirada da sua prótese mamária esquerda pouco tempo após o implante e o uso prolongado de antibioticoterapia.

Registre-se que a relação existente entre as partes litigantes é de caráter consumerista, vez que presentes os requisitos objetivos e subjetivos constantes dos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo, portanto, plenamente aplicáveis à espécie as normas protetivas do aludido diploma legal, mais especificamente o preceito contido no *caput* do seu artigo 14, que consagra a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de serviços, fundada na *teoria do risco empresarial* ou *do empreendimento*, bastando somente a demonstração do dano e donexo causal entre o comportamento do prestador do serviço e a lesão causada, prescindida a demonstração de culpa.

Trata-se, pois de responsabilidade objetiva do fornecedor, prescindindo, portanto, de demonstração da conduta culposa.

No que respeita a responsabilidade civil objetiva dos nosocômios e estabelecimentos de saúde em geral, segue a doutrina do abalizado doutrinador e magistrado SÉRGIO CAVALIERI FILHO¹, *in verbis*:

“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”. (grifei)

¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 420.

Observe-se, que não existe aqui relação direta entre o serviço médico contratado e o resultado esperado do hospital, tendo em vista que este é apenas o local onde são efetuados os procedimentos, com garantia de hospedagem que forneça os meios necessários e recomendados por profissional habilitado.

De outro modo e de maneira mais simples, diga-se que o nosocômio, seja de que nível for, se não tem a obrigação de devolver o paciente ao seio social sempre curado, o que seria em tese inviável, pelo menos não deve contribuir para que a moléstia seja acrescida de outras ofertadas, quando da estadia do paciente naquele local.

Trocando mais ainda em miúdos. Não se pode admitir por mero exemplo, que o paciente se interne por conta de uma diverticulite e saia do hospital com um tétano, adquirido em função da má higiene do local, ou mesmo nem saia com vida. Deveriam ser suficientes as vicissitudes que a vida oferece a cada um, sem necessidade de ajuda de quem deveria ter a obrigação de oferecer serviços de excelência em matéria de higiene e combate bacteriano.

Difere aqui da responsabilidade contratual com o médico, ou mesmo o plano de saúde, pois se provado que o erro foi médico ou do procedimento indicado, outras questões deverão ser discutidas, como a natureza do tratamento, se era obrigação de meio ou de fim. Desta forma, partindo deste pressuposto, ficando provado o nexo de causalidade entre o fato e o dano e que a responsabilidade não era do médico e sim do nosocômio, este deve responder pelos eventuais danos causados a seus pacientes.

Acerca do fundamento jurídico do dever de indenizar por infecção hospitalar, oportuna a moderna doutrina do magistrado paulista HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR²:

"Segundo Miguel Kfoury Neto, não se pode adotar a teoria do risco para consagrar o dever indenizatório dos hospitais em qualquer circunstância em que se verificar a infecção, pois 'tal exacerbação não se coaduna com a ordem jurídica'. Em razão desse argumento, o autor conclui que infecção preexistente e decorrente da própria enfermidade não justificaria a imputação do dever indenizatório ao hospital. Convém, porém, observar que na hipótese da infecção não se está em face do erro médico – sujeito à responsabilidade subjetiva (art. 14, § 4º, do CDC). **Os hospitais respondem pelos danos que seus serviços causarem na condição de fornecedores de serviço de saúde e, portanto, à luz do mencionado art. 14.**

² BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Responsabilidade Civil na Área da Saúde*, coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

independentemente de culpa, mas sempre em virtude de defeito. Ora, se a infecção é defeito e dela decorre dano, há obrigação de indenizar [...]. Essa obrigação, contudo, não subsiste se não houver defeito ou se o dano resulta de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º, I e II). Destarte, na hipótese de a infecção preexistir à internação ou resultar da própria enfermidade, a responsabilidade indenizatória se afasta pela inexistência do defeito ou pela ausência de nexo causal entre o serviço desenvolvido e o dano ao paciente internado." (grifei)

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"(...) 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). (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - INDENIZAÇÃO - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - **INFECÇÃO HOSPITALAR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL** - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO. (AgRg no AREsp 10.851/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 17/10/2011). (grifei)

Portanto, em se tratando de defeito na prestação do serviço, consistente em infecção adquirida durante a internação hospitalar, a responsabilidade do nosocômio é objetiva, ou seja, independe de culpa.

Desta forma, cabe destacar que os hospitais são importantes e indispensáveis prestadores de serviços na área da saúde. Em relação ao primeiro requisito a ser examinado (**conduta**), é preciso investigar se o hospital participou, no caso concreto, na colocação do serviço no mercado, **e referida situação está devidamente configurada pelo conjunto probatório trazido aos autos, uma vez que a autora lá se internou.**

Outrossim, no que tange ao segundo requisito (**dano**), o serviço colocado no mercado de consumo deverá apresentar padrões de segurança, sob pena de ser considerado defeituoso.

Corolário, no horizonte da **teoria do risco do empreendimento**, os hospitais possuem o dever jurídico de segurança dos serviços que disponibilizam no mercado, respondendo pelos danos causados aos consumidores quando configurado o acidente de consumo. Sobre as **expectativas legítimas, no atual momento dos serviços de saúde, assim como na época em que a parte autora realizou o procedimento cirúrgico, é curial destacar a íntima relação entre o conceito supra e o cumprimento fiel do marco regulatório de direito sanitário e específico das medidas preventivas de infecção hospitalar.**

Por fim, o **último requisito** para configurar a responsabilidade civil dos hospitais é o **nexo causal**.

É claro que o pressuposto citado sempre deverá ser considerado a partir das circunstâncias do caso concreto e sempre envolve um juízo de aparência, de plausibilidade, não se exigindo a prova absoluta da relação entre o fato do serviço e o dano. Aliás, é interessante a observação do renomado doutrinador e magistrado SÉRGIO CAVALIERI FILHO³:

“No que diz respeito ao nexo causal, cumpre ressaltar que não se exige da vítima a prova do defeito do produto, apenas a prova do acidente de consumo. (...) Para configurá-la é indispensável a ocorrência do fato do produto ou do serviço, e vale dizer, do acidente do consumo, ônus do consumidor. Mas quanto a esta, bastará a chamada prova de primeira aparência, prova de verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permita um juízo de probabilidade, como, por exemplo, a repetição de determinado evento em relação a um certo produto.”(grifei)

No âmbito legal, ressalte-se a existência da Lei nº. 9.431, de 06 de janeiro de 1997, que dispõe sobre a obrigatoriedade da manutenção de programa de controle de infecções hospitalares pelos hospitais do país.

O artigo 1º e seus parágrafos do referido texto legal preveem que:

Artigo 1º Os hospitais do País são obrigados a manter Programa de Controle de Infecções Hospitalares - PCIH.

§ 1º Considera-se programa de controle de infecções hospitalares, para os efeitos desta Lei, o conjunto de ações desenvolvidas deliberada e sistematicamente com vistas à redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares.

§ 2º Para os mesmos efeitos, entende-se por infecção hospitalar, também denominada institucional ou nosocomial, qualquer infecção adquirida após a internação de um paciente em hospital e que se manifeste durante a internação ou mesmo após a alta, quando puder ser relacionada com a hospitalização. (grifei)

³ FILHO, Sérgio Cavaliere. *Programa de Direito do Consumidor*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 270.

Por sua vez, o aludido diploma legal foi regulamentado pela Portaria nº. 2.616/1998 do Ministério da Saúde que, no seu Anexo III, ao tratar dos conceitos e critérios diagnósticos das infecções hospitalares disciplina que ***infecção hospitalar é aquela adquirida após a admissão do paciente e que se manifeste durante a internação ou após a alta, quando puder ser relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares.***

O ilustre jurista ARNALDO RIZZARDO⁴, citando Orlando Gomes, alude que, ***“em sentido amplo, infecção é a penetração, contaminação e multiplicação de um micróbio no organismo”***. Prossegue o doutrinador referindo que:

“...tem-se como causa mais comum da contaminação a falta de assepsia, que consiste no conjunto de providências ou medidas preventivas para evitar a contaminação de germes. Para tanto, rigorosas condutas de higiene são impostas, como a esterilização dos aparelhos cirúrgicos, das vestimentas médicas e demais pessoas que tratam dos pacientes, e do próprio ambiente interno do hospital”. (grifei)

Em complemento, a literatura médica⁵ aponta duas hipóteses para a aquisição da infecção hospitalar:

“...infecção endógena, que é a que decorre das próprias condições pessoais do paciente ou, no dizer médico, “oriunda da própria microbiota do paciente” e a infecção exógena, “oriunda de reservatórios e através de vetores como o próprio paciente, equipe de saúde e artigos hospitalares”. (grifei)

Trata-se, portanto, de **defeito do serviço, embora seja verdade que nenhum nosocômio está imune ao surgimento de infecções nas suas dependências. Contudo, o estabelecimento de saúde não se desincumbiu do ônus da prova acerca do atendimento das rotinas estabelecidas pelo Ministério da Saúde na ocasião.** De plano, é importante a citada Portaria 2.616/98 que, ao regulamentar a competência da Comissão de Controle de Infecção Hospitalar, fixou alguns deveres fundamentais, como:

⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4ª ed., 2009, p. 321.

⁵ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. *Responsabilidade Civil dos Hospitais e Clínicas. Direito e Medicina, um Estudo Interdisciplinar* Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris. 2007, p. 225

COMPETÊNCIAS

3. A CCIH do hospital deverá:

3.1. elaborar, implementar, manter e avaliar programa de controle de infecção hospitalar, adequado às características e necessidades da instituição, contemplando, no mínimo, ações relativas a:

3.1.1. implantação de um Sistema de Vigilância Epidemiológica das Infecções Hospitalares, de acordo com o Anexo III;

3.1.2. adequação, implementação e supervisão das normas e rotinas técnico-operacionais, visando à prevenção e controle das infecções hospitalares;

Examinando os autos, observa-se que a entidade hospitalar não comprovou a implementação fática de medidas de prevenção de infecção hospitalar, como a realização efetiva do programa para as medidas determinadas nos Anexos II, III e V da Portaria em exame. Outrossim, as próprias rotinas técnico-operacionais visando à prevenção deveriam ter sido muito bem explicitadas pelo clínica/ré.

A referida portaria, vigente na época dos fatos, estabelece um conjunto de competências, sendo que inexistem nos autos qualquer documento comprovando o cumprimento de aspectos cruciais como, por exemplo, implantação de um sistema de vigilância epidemiológica das infecções de acordo com o anexo III; capacitação do quadro de funcionários e profissionais da instituição; uso racional de antimicrobianos, germicidas e materiais médico-hospitalares; elaborar, implantar e supervisionar a aplicação de normas e rotinas técnico-operacionais, visando limitar a disseminação de agentes nas infecções em curso no hospital, por meio de medidas de precaução e isolamento; elaborar periodicamente um relatório com os indicadores epidemiológicos interpretados e analisados; lavagem de mãos com antisséptico; utilização de antissépticos, desinfetantes e esterilizantes, etc.

A entidade hospitalar não produziu provas suficientes no sentido de comprovar sua prática, na época, de combate à infecção hospitalar. Por outro lado, há prova nos autos da infecção hospitalar contraída pela autora.

Nessa linha de compreensão, importante trazer à colação o laudo pericial que foi bastante conclusivo (fls. 642 – índice eletrônico nº 00636), *in verbis*:

“Por fim, há de se concluir que a autora foi contaminada, durante o ato cirúrgico de mamoplastia com implante de silicone, por *Micobacterium Fortuitum*, provocada, segundo estudo realizado pela Anvisa, por uma falha na esterilização e desinfecção no material utilizado no procedimento cirúrgico, incluindo as soluções de marcação de pele (azul demetileno ou violeta gerciana) e moldes de prótese de silicone. No entanto, não há relato na literatura médica sobre infecção por micobactéria provocado pela prótese de silicone.”.

Os autos revelam, portanto, infecção exógena, não tendo o nosocômio atuado com o devido cuidado, o que acarreta defeito na prestação do serviço e o conseqüente dever de indenizar, afastando-se também as alegações de caso fortuito ou força maior.

Para o doutrinador ÁLVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE ALMEIDA⁶:

“... patente esse dever de indenizar porque, embora inexista na literatura médica hospital com ‘grau zero’ de infecções, é possível, no entanto, reduzir-lhe a incidência, não se apresentando a ocorrência de infecção hospitalar, portanto, como fato imprevisível, nem tampouco pode ser equiparada às hipóteses de caso fortuito ou força maior.”
(grifei)

Isto porque, na espécie, alega o estabelecimento de saúde que o procedimento cirúrgico foi realizado em obediência às técnicas usuais e às diretrizes de esterilização autorizadas pela ANVISA, ressaltando que à época do evento era desconhecida no meio médico a possibilidade de infecção pela bactéria *mycobacterium fortuitum*.

Ressalte-se que a bactéria em análise, ao contrário do que se pensava inicialmente, é velha conhecida da literatura, sendo uma micobactéria de crescimento rápido (MCR). Foi reconhecida em 1953 como um patógeno humano dadas suas características e incluída no complexo *M. fortuitum*, consistente ainda da espécie *M. chelonae*, sendo este posteriormente dividido em subespécie *abcessus* e subespécie *chelonae*, logo, não se trata de uma novidade que desafie novos estudos, mas investigação e meios adequados para evitá-la. Assim, não são poucos os casos de infecções descritos no Brasil.

⁶ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. *Responsabilidade Civil dos Hospitais e Clínicas. Direito e Medicina, um Estudo Interdisciplinar* Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris. 2007, p. 225/226.

Incontestável, portanto, a caracterização da responsabilidade civil da clínica/ré e da obrigação de reparar os danos suportados pela autora, diante da ofensa à sua integridade corporal, do tempo de recuperação e do expressivo sofrimento experimentado, mormente porque foi compelida a submeter-se a outra intervenção cirúrgica para retirada da prótese infectada.

Noutro giro, relativamente à responsabilidade imputada aos profissionais liberais, para a definição quanto ao ônus da prova há que, primeiramente, perquirir acerca da natureza da obrigação assumida pelo médico perante o paciente, se de meio ou de resultado.

Segundo o magistrado paranaense MIGUEL KFOURI NETO⁷, há obrigação de meio:

“...quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. É o caso do médico, que se obriga a envidar seus melhores esforços e usar de todos os meios indispensáveis à obtenção da cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, ou seja, a própria cura”.

Para o citado doutrinador, na **obrigação de resultado**:

“...o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou terá que arcar com as consequências. (...) Em outras palavras, na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade”.

A distinção é importante porque, se de meio a obrigação assumida pelo médico, o encargo de comprovar a culpa do profissional pertence ao paciente.

Por outro lado, **tratando-se de obrigação de resultado, o ônus de demonstrar que não agiu de forma imprudente, negligente ou imperita é do médico e não do paciente.**

⁷ 7 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7^a Ed. 2010. p. 190.

Nessa linha, é de se seguir a orientação adotada pelo STJ e por esta Corte,

in verbis:

“1. Pela valoração do contexto fático extraído do v. aresto recorrido, constata-se que na cirurgia plástica a que se submeteu a autora havia finalidade não apenas estética, mas também reparadora, de natureza terapêutica, sobressaindo, assim, a natureza mista da intervenção. 2. **A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética.** 3. "Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora" (REsp 1.097.955/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/9/2011, DJe de 3/10/2011). 4. Recurso especial provido. (REsp 819.008/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 29/10/2012). (grifei)

“1. **Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca da relação médico-paciente, concluindo tratar-se de obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas, que é o caso tratado nos autos.** 2. Assevere-se desse parco contexto probatório a impossibilidade de averiguar a ocorrência de dano e de liame entre os fatos narrados pelo autor, mormente se comparados à prova técnica produzida. Isto porque, a própria alegação de obtenção de um resultado diverso do pretendido e prometido (o dano) não restou evidenciado nos autos. 3. Registre-se aqui que bastaria uma prova mínima, mas coerente para se vislumbrar a ocorrência de um dano e, como consequência, o dever de reparar. 4. Recurso ao qual se nega seguimento. (0141750-70.2009.8.19.0001 - APELACAO DES. TEREZA C. S. BITTENCOURT SAMPAIO - Julgamento: 15/01/2014 - VIGESIMA SETIMA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR). (grifei)

Assim, está consolidado o entendimento jurisprudencial de que a responsabilidade do cirurgião plástico estético é de resultado, como visto anteriormente, e o médico deve, além das obrigações normais à profissão, informar o paciente dos riscos que corre com a operação embelezadora. Relevante ressaltar, ainda, que o médico deve se recusar a realizar a intervenção cirúrgica, caso se convença de que os riscos não compensam para chegar ao resultado pretendido.

Compulsando os autos, verifica-se que a cirurgia a que se submeteu a autora (implante de próteses mamárias) foi eminentemente estética, sem qualquer função reparadora e a obrigação assumida pelo demandado é de resultado, sendo seu o ônus de comprovar a inexistência de culpa, o motivo de força maior e o caso fortuito.

Na hipótese dos autos, o demandado logrou comprovar a inexistência de erro médico, uma vez que o quadro infeccioso que acometeu a autora decorreu de falha no procedimento de higienização do material cirúrgico de responsabilidade do estabelecimento de saúde/réu, como bem consignado no laudo pericial (fls. 642 – i.e. 00636):

“Quanto à técnica cirúrgica em si – mamoplastia com implante de silicone – a mesma foi corretamente aplicada e o resultado imediato, inclusive o pós-operatório, foi o esperado. Cabendo destacar, na oportunidade, que não há relatos na literatura médica sobre infecção por micobactéria nas próteses de silicone, uma vez que, as mesmas são adquiridas de forma lacrada e esterilizadas, portanto, não sendo um meio hábil de contaminação”. (grifei)

Reconhecida a responsabilidade do estabelecimento hospitalar, sobreleva o fato de que a falha na prestação de serviço provocou transtornos à autora que ultrapassam o mero aborrecimento, ressaltando-se, por oportuno, ser desnecessária a comprovação do dano moral, pois este ocorre *in re ipsa*, ou seja, deriva do próprio fato ofensivo, de tal modo que provada a ofensa, demonstrado está o dano.

Adotando o entendimento acima, são as seguintes variáveis para a fixação do dano moral: **1)** a ocorrência de infecção hospitalar; **2)** a situação econômica das partes; **3)** a ausência de contribuição da parte autora para o ocorrido; **4)** as consequências do fato, que além de imputar dor e aflição à parte autora, trouxe importante sequela; **5)** a falha do serviço.

Na demanda em apreciação, partindo de todos os elementos colacionados, o valor de R\$ 15.000,00, fixado na sentença, a título de reparação moral se mostra suficiente, não configurando enriquecimento ilícito ou mesmo valor ínfimo, consoante o seguinte julgado deste Tribunal:

Prova emprestada que demonstrou que a causa principal para o desenvolvimento da micobactéria foi a falha na limpeza e esterilização dos equipamentos, não existindo relato de transmissão de pessoa para pessoa. Réu que não comprovou qualquer hipótese excludente da sua responsabilidade. Dano material a ser arbitrado em sede de liquidação por artigos. **Indenização do dano moral que deve ser majorada, de acordo com os parâmetros impostos pelos princípios da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento sem causa para a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), em consonância com a jurisprudência deste Tribunal.** Parcial provimento ao recurso da autora. Recurso do réu desprovido. (0003274-12.2010.8.19.0003 – APELAÇÃO. DES. AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR - J: 12/12/2013 - VIGESIMA QUINTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR) (grifei)

É de bom aviso observar que não sendo manifestamente desarrazoado, mantém-se o *quantum reparatorio* arbitrado em primeiro grau de jurisdição se a parte inconformada não demonstra objetivamente, como na espécie versada, sua exiguidade ou exasperação.

Esse, aliás, é o entendimento que predomina neste Tribunal por meio do seu Enunciado nº 116:

“A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação”.

Em relação aos danos estéticos, cabe consignar que é possível a cumulação dos danos morais e estéticos na linha do verbete nº 387 da Súmula de jurisprudência do STJ: ***“É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”***

Outrossim, nem poderia ser diferente, tendo em vista se tratarem de danos distintos. O dano estético é uma alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desagrado e repulsa, é visível. O dano moral, por sua vez, é o sofrimento, a dor da alma, a aflição, a angústia a que a vítima é submetida, é a dor de ordem puramente psíquica, pertencente ao foro íntimo⁸.

Segundo o mestre ARNALDO RIZZARDO⁹:

“... dano estético é aquele que atinge o aspecto físico da pessoa. Compreende o aleijão, que é a amputação ou perda de um braço, de uma perna, de dedos, de um órgão que é o canal do sentido. Já a deformidade envolve a cicatriz, a ferida, a marca deixada pelo ferimento. Uma ou outra situação enfeia a pessoa, prejudica a aparência, causa o desequilíbrio na disposição do corpo humano, prejudicando sua integridade, e infunde uma sensação de desagradabilidade.” (grifei)

Em igual sentido preleciona o Superior Tribunal de Justiça:

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10^a ed. rev. ampl. - São Paulo: Ed. Atlas, 2012, p. 114.

⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 237.

“As sequelas físicas decorrentes do ato ilícito, mesmo que não sejam visíveis de ordinário e, por isso, não causem repercussão negativa na aparência da vítima, certamente provocam intenso sofrimento. Desta forma, as lesões não precisam estar expostas a terceiros para que sejam indenizáveis, pois o que se considera para os danos estéticos é a degradação da integridade física da vítima, decorrente do ato ilícito”
(STJ-3ª T., REsp 899.869, Min. Gomes de Barros, j. 13.2.07, DJU 26.3.07).

Em complemento ao anteriormente esposado, e contrariamente ao sustentado pela clínica/ré, a moderna doutrina civilista entende que a averiguação do dano estético não mais compreende uma deformação permanente da integridade física da vítima, na esteira do que era disposto no Código Civil de 1916, bastando que implique em alteração na aparência física do indivíduo causando constrangimento.

E mais. Numa sociedade em que a aparência externa e superficial é superestimada, com altos padrões de beleza, que nos remetem a julgamentos de adequação, é inconteste a lesão ao direito da personalidade do indivíduo que, por fato alheio, perde a aparência natural de seu corpo, de maneira lesiva e evidente.

Nesse sentido é a seguinte lição doutrinária¹⁰:

“O fato, portanto, é que hoje não mais interessa se houve literalmente um aleijão ou uma deformidade. Por dano estético entende-se a lesão que seja significante para alterar a vida pessoal e social da vítima, trazendo-lhe o sentimento de desprezo ou constrangimento diante da exposição da sua imagem alterada. Esse também parece ser o entendimento do novo Código Civil, que não mais menciona o aleijão ou a deformidade. A ideia de dano estético termina por se inserir no art. 949, que trata somente de lesão ou outra ofensa à saúde, ou seja, refere-se a lesões de forma genérica”. (grifei)

Assim, na situação retratada nos autos, a cicatriz no seio esquerdo da autora acarretou lesões em sua aparência externa, as quais resultaram em dano estético leve que, por sua vez, vincula-se à lesão ou prejuízo no corpo da vítima, forte no artigo 949, parte final, do Código Civil de 2002.

Nesse diapasão, a reparação por dano estético visa cobrir a ofensa à imagem pessoal e também deve pautar-se pela **proporcionalidade**, possuindo, igualmente, o condão de reparar o malefício causado à vítima e de infligir ao causador do dano uma sanção para que não volte a repetir o ato. Não pode, todavia, constituir causa de enriquecimento injustificado ou mesmo ser fixada em valor ínfimo, o que desatenderia tais funções.

¹⁰ SILVA, Nereida Veloso. *Dano estético*. São Paulo: LTr, 2004, p.33.

Na demanda em apreciação, levando-se em consideração as variáveis acima examinadas, **a reparação fixada pela sentença de R\$ 5.000,00, revela-se em valor consentâneo com a orientação deste Tribunal, em hipóteses semelhantes:**

Apelação cível. Ação indenizatória. Erro médico. Cirurgia estética. Obrigação de resultado. Profissional médico que responde de forma subjetiva, por força do art. 14, §4º, do CDC, porém com presunção de culpa. Precedentes do STJ. Laudo pericial que aponta equívoco do médico em um dos procedimentos realizados. Dever de indenizar os danos materiais, morais e estéticos acarretados à paciente. Reforma parcial da sentença. 1. Não merece prosperar o agravo retido interposto contra decisão que rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva do 2º réu, pois, se a autora afirma ter contratado a Clínica, imputando ao médico que lhe cede o nome a responsabilidade pelo insucesso do procedimento estético realizado, ajuizando ação contra ambos, a legitimação está perfeita. Trata-se da aplicação da teoria da asserção. 2. Não se ignora que a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, como regra geral, obrigação de meio. Todavia, em se tratando de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética, a obrigação assumida pelo médico é de resultado, comprometendo-se o profissional em atingir o efeito embelezador prometido ao paciente. Conforme reiteradamente decidido pelo STJ, essa responsabilidade, malgrado subjetiva, se dará com inversão do ônus da prova, cabendo ao médico comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios à sua atuação profissional. 3. O laudo pericial concluiu que o cirurgião aplicou técnica diversa da pactuada com a paciente, sem colher o prévio consentimento desta, conduta que viola não apenas o dever de informação previsto no art. 6º, III, do CDC, como também o princípio do consentimento informado, que traduz o direito do paciente de participar de toda e qualquer decisão sobre tratamento que possa afetar sua integridade psicofísica, devendo ser alertado pelo médico dos riscos e benefícios das alternativas envolvidas, sendo manifestação do reconhecimento de que o ser humano é capaz de escolher o melhor para si sob o prisma da igualdade de direitos e oportunidades. 4. É cediço que o conceito moderno de obrigação como processo dinâmico (e não estático) inclui uma série de deveres que ultrapassam a simples prestação positiva ou negativa, dando margem ao surgimento de outras formas de inadimplemento, como a violação positiva do contrato pelo cumprimento defeituoso ou ruim. 5. A autora faz jus à devolução dos valores despendidos para a realização dos procedimentos estéticos, ressalvado apenas a quantia correspondente à abdominoplastia, considerando que a perita não verificou qualquer equívoco na prestação deste serviço. **Com relação aos danos estéticos, considerando que a perita apontou a assimetria, dentre outros problemas nos seios da autora, porém afirmou não ter ocorrido qualquer erro médico com relação à abdominoplastia - e às cicatrizes dela decorrentes - entendo que o valor de R\$ 15.000,00, fixado pelo sentenciante, deve ser reduzido para R\$ 5.000,00.** Por fim, quanto aos danos morais, o valor de R\$ 10.000,00, fixado pelo juízo sentenciante, não se mostra exagerado ou desproporcional, devendo ser mantido. 6. Parcial provimento do recurso do réu. Desprovimento do apelo da autora. (0468415-45.2012.8.19.0001 – APELACAO DES. MARCOS ALCINO A TORRES - Julgamento: 04/12/2013 - VIGESIMA SETIMA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR). (grifei)

Em relação aos **danos materiais**, estes ficam mantidos como bem consignado na sentença: ***“Os valores discriminados na inicial encontram-se em consonância com os apurados na perícia. Ademais, não foram objeto de impugnação específica em nenhuma das contestações. Já os valores buscados igualmente a título de danos materiais indicados às fls. 542/549 não podem ser objeto de apreciação no âmbito deste processo. Afinal, referem a segundo procedimento de colocação de próteses mamárias não abrangido na inicial. Semelhante aditamento ao pedido é vedado após a citação efetivamente realizada (art. 294, CPC), como ocorreu na espécie”***.

Pelos fundamentos expostos, conheço dos recursos e voto no sentido de dar provimento ao do 2.º apelante (CHRIS WILLENSHOFER), para excluir a sua responsabilidade pelo evento danoso, e julgar improcedentes os pedidos quanto ao mesmo. E negar provimento aos demais manejados pela 1.ª (BIANCA ROLDÃO BARBOSA LUZ) e 3.º (ESHO EMPRESA DE SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA.), devendo este último arcar com a integralidade do pagamento das verbas a título de danos materiais, morais e estéticos, além das despesas do processo e honorários advocatícios ante a sua total sucumbência, mantendo a sentença nos seus demais termos.

Rio de Janeiro, 30 de julho de 2014.

Desembargador LUCIANO SILVA BARRETO
Relator