



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Quinta Câmara Cível

Apelação Cível/Reex. Nec. nº: 0115927-65.2007.8.19.0001



Vara de Origem: 9ª Vara da Fazenda Pública da Capital
Apelante: Município do Rio de Janeiro
Apelada: Elaine de Souza Santana
Juiz: Dr. Juliana Benevides de Barros Araújo
Relator: Des. Cristina Tereza Gaulia

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município do Rio de Janeiro e reexame necessário da sentença da 9ª Vara da Fazenda Pública da Capital (integrada por decisão em ED – fl. 196) que, nos autos da ação indenizatória por danos materiais, morais e estéticos que lhe foi movida por Elaine de Souza Santana, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para condenar o réu, ora apelante, ao pagamento dos valores de R\$ 6.220,00, a título de indenização por danos materiais, R\$15.000,00, por conta dos danos morais, e idêntica quantia, em referência aos danos estéticos, todas as quantias acrescidas de juros moratórios, a contar da data do evento danoso, e correção monetária, a contar da data do prejuízo, quanto aos danos materiais, e da data do arbitramento, para os danos morais, além de, pelo decaimento mínimo da autora, honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação, dispensadas as custas e a taxa judiciária.

Fundamentou o juízo de 1º grau, em sede de preliminar, que o réu possui legitimidade passiva, pois a intervenção da União no Hospital de Ipanema, se deu em data posterior à realização da cirurgia da autora, fato apontado como danoso. No mérito, assentou que, em se tratando de responsabilidade civil objetiva e considerando a distribuição do ônus probatório, o réu somente se eximiria da obrigação indenizatória caso provasse qualquer das excludentes do nexo causal, o que não ocorreu; que, ao revés, o conjunto probatório traduz que o procedimento cirúrgico a que a autora se submeteu no Hospital de Ipanema não teve o resultado esperado, “apresentando resultado cicatricial inestético”, de modo a ser necessária a realização de cirurgia reparadora; que, apesar do laudo técnico apontar a impossibilidade de se estabelecer nexo causal entre a lesão apresentada pela autora e a técnica médica aplicada no procedimento, outros elementos do mesmo trabalho demonstram que a indicação cirúrgica não foi acertada, ressaltando que, ao tempo da cirurgia, suas condições circulatórias não estavam adequadas e que o recente abandono do vício do tabaco foi um fator relevante para a prejudicialidade da cicatrização; e que, diante deste quadro, se configuraram os danos material, moral e estético, estes cumuláveis,





conforme assentado nas súmulas nº 387 do STJ e 96 do TJRJ, e aquele restrito ao valor da cirurgia reparadora “à qual a parte autora deverá ser submetida, observadas as indicações e precauções ressaltadas pelo perito (...), sendo razoável o valor arbitrado no laudo, em relação ao custo do referido procedimento”, afastado as demais despesas, visto que não comprovadas por aquela.

Em razões de apelação, às fls. 182/194 (ratificadas à fl. 198), o Município do Rio de Janeiro, sustenta, em sede de preliminar, sua ilegitimidade passiva, pois os atos em questão foram praticados quando o Hospital Geral de Ipanema se encontrava sob administração federal, conforme o Decreto Federal nº 5392/05, e que, reconhecida a legitimidade da União, a competência para o processo e julgamento do feito é da justiça federal, sendo o juízo fazendário estadual absolutamente incompetente. No mérito, aduz que, ainda que a responsabilidade da administração seja objetiva, prevalece o entendimento de que a responsabilidade civil dos médicos, mesmo os agentes públicos, é subjetiva, exigindo a comprovação da culpa; e, mesmo que assim não fosse, inexistiu o nexo causal, pois o serviço médico se traduz em obrigação de meio e não de resultado, de modo que não se pode exigir do profissional o compromisso com a cura, e, no presente caso, a conduta dos médicos foi adequada, sendo aplicada a melhor técnica, conforme o conjunto probatório, sobretudo os prontuários médicos, que, por serem atos administrativos, gozam de presunção de legitimidade; e que a autora não comprovou ter seguido, rigorosamente, as orientações médicas (ingestão de remédios prescritos, realização de repouso, ausência de esforço físico e troca de curativos, p. ex.), requisitos essenciais ao êxito da cirurgia, ressaltando que as fotos colacionadas pela autora não indicam, com clareza, o “antes” e o “depois” da cirurgia, ou qualquer atuação inadequada do profissional da saúde. Outrossim, argumenta ser descabida a condenação tanto ao pagamento de cirurgia reparadora, bem como em relação aos danos morais, devido à ausência de comprovação dos constrangimentos, não sendo possível a cumulação de tal verba com a indenização por danos estéticos. Por fim, em atenção ao princípio da eventualidade, sustenta que, em sendo mantida a condenação, deve a obrigação indenizatória por danos materiais ser convertida em obrigação de fazer consistente na realização da referida intervenção em nosocômio público, salvo impossibilidade, sob pena de prejuízo ao erário, bem como reduzida a quantificação da reparação por dano moral, que teria se dado a partir de parâmetros irrazoáveis, e, ainda, reduzida a verba honorária, cuja fixação teria se dado em descompasso com a regra do §4º do art. 20 do CPC. Em face da argumentação, requer o provimento do recurso, anulando-se a sentença para que, reconhecida sua ilegitimidade passiva e a legitimidade da União, seja declinada a competência para a justiça federal, ou, subsidiariamente, reformando-se-na para julgar



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quinta Câmara Cível

Apelação Cível/Reex. Nec. nº: 0115927-65.2007.8.19.0001



improcedente a pretensão autoral, ou, por fim, reduzida as verbas indenizatórias e honorária.

Contrarrazões, às fls. 200/210, nas quais a autora, rebatendo as teses recursais, pugna pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Ao Exmo. Des. Revisor.

Rio de Janeiro, 06 / 03 / 2015.

Des. Cristina Tereza Gaulia
Relator





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quinta Câmara Cível

Apelação Cível/Reex. Nec. nº: 0115927-65.2007.8.19.0001



Vara de Origem: 9ª Vara da Fazenda Pública da Capital
Apelante: Município do Rio de Janeiro
Apelada: Elaine de Souza Santana
Juiz: Dr. Juliana Benevides de Barros Araújo
Relator: Des. Cristina Tereza Gaulia

Ementa: Apelação cível. Ação indenizatória por danos materiais, morais e estéticos. Cirurgia plástica estética (abdominoplastia) realizada em hospital municipal, posteriormente, passado para gestão federal. Complicações no período pós-operatório e cicatriz apresentando deformidade estética. Preliminares de ilegitimidade passiva e incompetência da justiça estadual que se afasta. Procedimento realizado durante a gestão municipal. Responsabilidade civil objetiva decorrente de ineficiência na prestação do serviço médico público. Cirurgias estéticas que representam obrigações de resultado, este, *in casu*, contrário à legítima expectativa da autora. Fatos, nexo causal e danos comprovados. Excludentes de responsabilidade não comprovadas pelo ente federativo. Pretensão autoral, em relação ao dano material, para custeio pelo município-réu de cirurgia reparadora. Impossibilidade de conversão, pelo juiz, em obrigação de fazer consistente na realização, pela própria municipalidade, da referida cirurgia. Pena de julgamento *extra petita*. Princípio da congruência. Indenizações por danos morais e estéticos. Possibilidade de cumulação. Danos morais *in re ipsa*. Verba indenizatória pelos danos morais regularmente fixada. Honorários advocatícios. Fazenda Pública vencida. Redução. Provimento parcial do recurso. Manutenção da sentença, em reexame necessário, quanto aos demais termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os argumentos da apelação cível/reexame necessário de referência, em que constam como partes as acima indicadas, ACORDAM os Desembargadores da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por _____, em **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso e, em reexame necessário, **MANTER A SENTENÇA** quanto aos demais termos, na forma do voto do Relator.

Rio de Janeiro, ____ / ____ / 2015.

Des. Cristina Tereza Gaulia
Relator





VOTO

Estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso, sendo caso de seu conhecimento.

Cinge-se a controvérsia recursal aos seguintes pontos: a) legitimidade passiva com reflexo na competência; b) natureza da responsabilidade civil em questão; c) nexos causal; d) conversão da obrigação indenizatória por danos materiais (pagamento de cirurgia reparadora) em obrigação de fazer (realização da referida cirurgia); e) cumulação de indenizações por danos morais e estéticos; f) quantificação da reparação por dano moral; e, g) quantificação dos honorários advocatícios.

Para melhor análise dos referidos pontos, consigne-se breve relato dos fatos.

Em sua petição inicial, narra a autora, ora apelada, que, após a aprovação de exames pré-operatórios, se submeteu, em 15/12/2004, no Hospital Municipal de Ipanema, a procedimento cirúrgico denominado “abdominoplastia”, com o fim de corrigir flacidez (“lipodistrofia”) abdominal, e que, mesmo apresentando fortes dores e edema na região, recebeu alta hospitalar, em 17/12/2004, com recomendações de repouso relativo, não realização de esforço físico ou troca de curativo, às quais foram “rigorosamente” seguidas; e que, ao retornar à unidade hospitalar para revisão, referiu dores e inchaço, sendo informada que eram efeitos normais da cirurgia, bem como receitados o medicamento “Neutrofer” e o consumo de vitamina C2.

Contudo, relata que, em 25/12/2004, após passar mal em casa, foi levada ao setor de emergência do Hospital Municipal Juscelino Kubistchek, em Nilópolis, onde foi constatado “seroma extruso após lipoaspiração”, o que motivou seu retorno, em 28/12/2004, ao Hospital Municipal de Ipanema, unidade na qual, após esta data, foram realizadas outras nove consultas para acompanhamento do pós-operatório, todavia sem que fosse alcançada a perfeita cicatrização, o que afasta, por completo, o resultado estético esperado.

Delineados os fatos que ensejaram a propositura da ação, passa-se ao exame das teses recursais.



Não há que se falar em ilegitimidade passiva, visto que a cirurgia ocorreu em 15/12/2004 e a União somente assumiu a administração do Hospital Municipal de Ipanema com o advento do Federal nº 5392, de 10/03/2005 (fls. 82/83). Ainda que se impute, além do erro cirúrgico, falhas no tratamento pós-operatório, que se espalhou até o dia 15/06/2005, tal circunstância traria apenas a solidariedade entre os entes federativos (arts. 30, VII, 196 e 198, CF¹; arts. 264 e 265, CC), sendo, portanto, possível a propositura da ação em face de qualquer deles (art. 275, CC²).

Destarte, estando correta a propositura da ação em face do Município do Rio de Janeiro, também não há que se falar em incompetência absoluta da justiça estadual.

No que se refere à natureza da responsabilidade civil em discussão – por ato comissivo –, indiscutível que a matéria se subsume à regra do §6º do art. 37 da CF³, sendo, portanto, objetiva com base na teoria do risco administrativo. De acordo com o referido dispositivo constitucional, a discussão acerca da culpa ou dolo dos agentes públicos – no caso, médicos – se restringe às ações de regresso que, eventualmente, possam ser propostas pela municipalidade.

Corroborando esta assertiva, refira-se a lição de Yussef Said Cahali⁴:

“Assim, enquanto a responsabilidade civil do Estado ou da entidade empregadora é objetiva, a responsabilidade regressiva

¹ CF: “Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

(...)

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

(...)

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.”

² CC: Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.”

³ CF/88: Art. 37 – (...)

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

⁴ “Responsabilidade Civil do Estado”, RT, 3ª ed. rev., atual. e ampl., 2007, p. 215.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quinta Câmara Cível

Apelação Cível/Reex. Nec. nº: 0115927-65.2007.8.19.0001



do servidor ou agente causador do dano vincula-se à teoria subjetiva da responsabilidade civil, apurando-se a sua culpabilidade, segundo os critérios do direito comum, compreendendo o dolo ou a culpa *stricto sensu*, sem qualquer perquirição quanto à gravidade desta.”

No mesmo sentido, refira-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

AI 852237 AgR/RS
SEGUNDA TURMA
Rel. Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 25/06/2013
Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 06/09/2013; PUBLIC 09/09/2013
“**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – (...) RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA ESTATAL QUE DECORRE, NA ESPÉCIE, DA INFLIÇÃO DE DANOS CAUSADA A PACIENTE EM RAZÃO DE PRESTAÇÃO DEFICIENTE DE ATIVIDADE MÉDICO-HOSPITALAR DESENVOLVIDA EM HOSPITAL PÚBLICO – LESÃO ESFINCTERIANA OBSTÉTRICA GRAVE – FATO DANOSO PARA A OFENDIDA RESULTANTE DE EPISIOTOMIA REALIZADA DURANTE O PARTO – OMISSÃO DA EQUIPE DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE, EM REFERIDO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR, NO ACOMPANHAMENTO PÓS-CIRÚRGICO – DANOS MORAIS E MATERIAIS RECONHECIDOS – RESSARCIBILIDADE – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.**”

AgRg no AREsp 403236/DF
SEGUNDA TURMA
Rel. Min. OG FERNANDES
Julgamento: 05/12/2013
Publicação: DJe 12/12/2013
“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. **HOSPITAL PÚBLICO. SEQUELA FONATÓRIA DECORRENTE DE PROCEDIMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. NEXO CAUSAL. COMPROVAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.**

1. A responsabilidade do Estado, quando presta serviços públicos, é objetiva, encontrando sustentação na teoria do risco administrativo e descrição no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

(...)





4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Definida a natureza da responsabilidade civil – objetiva – e considerando que as cirurgias estéticas embelezadoras são obrigações de resultado⁵, à luz da distribuição do ônus probatório (art. 333, I e II, CPC), temos que cumpria à autora provar os fatos apontados como lesivos (no caso, a cirurgia e os atendimentos no pós-operatórios), a lesão (deformidade física) e o nexo causal; e ao município-réu, qualquer das excludentes (culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior).

No presente caso, são indiscutíveis a submissão da autora a procedimento de “abdominoplastia”, que tem caráter estético, em razão de “lipoacúmulo abdominal, com pequena diástase, e algumas estrias medioumbilicais” (fl. 67), no Hospital Municipal de Ipanema, bem como a cicatriz decorrente e os percalços por que passou no pós-operatório, sendo necessária, inclusive, a condução a atendimento emergencial (fls. 33/36, 37/44, 75, 77/81). Desincumbiu-se a autora, portanto, de seu ônus probatório.

Especificamente em relação à cicatriz, comprovada às fls. 37/44, o perito, em seu laudo (fls. 131/149), constatou a ocorrência de “necrose da parte central da cicatriz e deiscência parcial da sutura cirúrgica”, por se encontrar “alargada” e com “área de retração”, qualificando o resultado como “inestético”, merecendo “reparo tanto na cicatriz umbilical quanto na cicatriz da abdominoplastia” (fls. 139/141). Acerca da origem, apesar de afirmar a “relação com o ato operatório”, o experto registrou a impossibilidade de estabelecer “nexo com problemas de natureza técnica ou com a paciente” (fl. 145).

Ressalte-se ter sido comprovada, ainda, a demonstração de insatisfação da autora-apelada com o resultado alcançado, o que ocorreu em consultas de revisão pós-operatória, quando, inclusive, houve indicação de nova cirurgia (fl. 81v.).

Dentro deste campo da origem das lesões, sendo certa a relação com a cirurgia, ainda que inconclusiva a perícia acerca de terem decorrido da atividade médica ou de conduta da paciente, cumpria ao réu-apelante, na forma do supracitado art. 333, II do CPC, a comprovação seja de que os médicos e demais profissionais de saúde envolvidos procederam com a melhor técnica, tanto no pré quanto no pós-operatório e durante a cirurgia,

⁵ STJ: AgRg nos EDcl no AREsp 328110/RS (4ª Turma – rel. Min. Luis Felipe Salomão – julg. 19/09/2013 – publ. DJe 25/09/2013); AgRg no Ag 1132743/RS (3ª Turma – rel. Min. SIDNEI BENETI – julg. 19/06/2009 – publ. DJe 25/06/2009). TJRJ: Ap. Cív. nº 0011567-72.2009.8.19.0207 (10ª CC – rel. Des. Celso Peres – julg. 16/12/2014); Ap. Cív. nº 0029913-02.2008.8.19.0209 (2ª CC – rel. Des. Elisabete Filizzola – julg. 12/02/2014). Na doutrina: CAVALIERI Filho, Sergio. “Programa de Responsabilidade Civil, Atlas, 11ª ed. rev. e ampl., 2014, p. 445.



seja de que a autora sonegou condições físicas inadequadas para a prática do ato ou realizou condutas também inadequadas ao pós-operatório, descumprindo as orientações de “repouso relativo, não troca de curativo e não realização de esforço físico” (fl. 32). Ressalte-se que não se presta a afastar a obrigação indenizatória o “termo de consentimento cirúrgico” acostado à fl. 80, pois ele, por si só, não é suficiente para encobrir todo e qualquer acontecimento, sob pena de se tornar leonino.

Corroborando a argumentação supra, refira-se a jurisprudência para situações assemelhadas:

REsp 1395254/SC

TERCEIRA TURMA

Rel. Min. NANCY ANDRIGHI

Julgamento: 15/10/2013

Publicação: DJe 29/11/2013

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, CAPUT E § 4º, DO CDC.

(...)

3. A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta.

(...)

7. Recurso especial conhecido e provido.”

0076053-39.2008.8.19.0001 – APELAÇÃO

VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR

DES. MARCOS ALCINO A. TORRES

Julgamento: 07/05/2014

“APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO DESCUMPRIDA EM VISTA DO QUE INFORMA O PERITO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL. ESTÉTICO E MATERIAL. Busca a autora indenização por dano material, moral e estético alegando que se submetendo a serviços médicos para realização de cirurgia plástica, não foram alcançados resultados satisfatórios. A responsabilização que se busca em face do réu é de natureza objetiva em razão da relação de consumo que se verifica entre as partes. **Em se tratando de cirurgia plástica embelezadora, não há outro objetivo em sua realização senão a busca da melhora estética. Se os profissionais que militam nesta área obviamente se vêem cada vez mais procurados em decorrência da recente cultura do embelezamento corporal pela via cirúrgica, evidente que a obrigação que se cria é de**



resultado eis tal se constitui no cerne da própria obrigação, cabendo ao réu demonstrar causa excludente de sua responsabilidade. (...) Desprovimento do 2º recurso e parcial provimento do 1º.”

A prestação do serviço foi, portanto, ineficiente, visto que não obtido o resultado esperado, exsurgindo, via de consequência, a obrigação indenizatória.

Melhor sorte não assiste ao Município do Rio de Janeiro quanto ao pleito de conversão da obrigação indenizatória por danos materiais (pagamento de cirurgia reparadora) em obrigação de fazer (realização da referida cirurgia).

Isto porque, à luz dos arts. 128 e 460 do CPC⁶, o juiz está adstrito aos limites do pedido, sob pena de nulidade de seu julgamento. Destarte, caso apresentasse provimento condenatório a obrigação de fazer quando o pleito foi de obrigação de pagar, teria incorrido em julgamento *extra petita*.

Corroborando a assertiva supra, refira-se a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery⁷:

“Correlação entre pedido, causa de pedir e sentença. O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentenças acima (*ultra*), fora (*extra*) ou abaixo (*citra* ou *infra*) do pedido. (...)”

No mesmo sentido, é a assentada jurisprudência do STJ:

AgRg no REsp 1470591/SC
SEGUNDA TURMA
Rel. Min. HUMBERTO MARTINS
Julgamento: 06/11/2014
Publicação: DJe 17/11/2014
“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA.

⁶ CPC: “Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

(...)”

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

⁷ “Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante”, RT, 11ª ed., rev. e ampl., pg. 697.



1. Entende-se por decisão *extra petita* aquela em que o julgador, ao apreciar o pedido ou a causa de pedir, decide de forma diferente do proposto pelo autor na peça inicial.

2. O pedido da ação não é apenas o que foi requerido em um capítulo específico ao final da petição inicial, mas, sim, o que se pretende com a instauração da demanda. A pretensão deve ser extraída da interpretação lógico-sistemática da inicial como um todo.

(...)

Agravo regimental improvido.”

Ainda que assim não fosse, não é razoável a pretensão do apelante. A uma, porque, diante das circunstâncias do caso concreto, é natural que a apelada tenha perdido a confiança na rede municipal de saúde, no que se refere, especificamente, à cirurgia em comento. E, a duas, porque, de acordo com o art. 944 do CC, a indenização deve corresponder à “extensão do dano”, esta que, no presente caso, traz em si a aludida desconfiança. Assim, podendo ser o fato executado por terceiro, razoável que se permita à autora optar pelo custeio, pelo réu, da cirurgia reparadora e não pela sua realização na rede municipal de saúde, o que se pode extrair, inclusive, a partir de interpretação teleológica do art. 249 do mesmo Código, segundo o qual “se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível”, afastadas as condições exigidas pelo dispositivo legal (recusa/mora). Ao revés, ressalte-se que inexistente no ordenamento jurídico qualquer impedimento para que a indenização pelos danos materiais se dê através do custeio de ato a ser praticado por terceiro.

Também não há que se falar em impossibilidade de cumulação de indenização por danos morais e estéticos, pois se tratam de lesões distintas, conforme se depreende da lição de Sergio Cavalieri Filho⁸, citando a posição adotada pelo STJ, que bem elucida a distinção entre os danos morais e estéticos. Refira-se:

“(…) Prevaleceu na Corte do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o dano estético é algo distinto do dano moral, correspondendo o primeiro a uma alteração morfológica de corporal que agride à visão, causando desgosto e repulsa; e o segundo, ao sofrimento mental – dor da alma, aflição e angústia a que a vítima é submetida. Um é de ordem puramente psíquica, pertencente ao foro íntimo; outro é visível, porque concretizado na deformidade. O dano

⁸ Idem nota 5, p. 136.



estético dá causa a uma indenização especial, na forma do §1º do art. 1538 do Código Civil⁹.”

No âmbito do STJ, conforme referido acima, a questão foi assentada através da súmula nº 387, segundo a qual “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”, o que se refletiu nesta Corte conforme o verbete nº 96, segundo o qual “as verbas relativas às indenizações por dano moral e dano estético são acumuláveis”.

Com relação aos danos morais, a narrativa autoral e o conjunto probatório traduzem situações que ultrapassam o mero descumprimento de um dever legal e/ou contratual, sendo de conhecimento comum os desgastes pelos quais passa qualquer pessoa submetida a procedimentos cirúrgicos, sobretudo estéticos, com resultados desconformes com a expectativa. O dano moral, portanto, se apresenta *in re ipsa*. Neste sentido, refira-se:

0021789-33.2008.8.19.0208 – APELAÇÃO

QUARTA CÂMARA CÍVEL

DES. MARCELO LIMA BUHATEM

Julgamento: 16/05/2012

“APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - MAMOPLASTIA E CIRURGIA DE ABDÔMEN - INTERVENÇÃO MAL SUCEDIDA - CICATRIZES PERENES - GRAVES DEFORMIDADES - ERRO MÉDICO COMPROVADO - RESPONSABILIDADE DO MÉDICO-CIRURGIÃO SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM.

(...)

2. A autora alegou, em síntese, que contratou os serviços do réu para realização de mamoplastia e cirurgia de abdômen. (...)

3. Acrescenta que, em 25/12/2004, se submeteu à cirurgia contratada no próprio consultório médico do réu sem a presença de anestesista, e que, após uma semana do procedimento cirúrgico, começou a ter inúmeros problemas, tendo de se submeter a outras intervenções, sendo certo que - a par do sofrimento físico e mental - restaram-lhe cicatrizes pelo corpo, em decorrência do insucesso da cirurgia estética.

4. Fotos carreadas aos autos que comprovam a deformidades causadas à autora, em decorrência dos procedimentos ora debatidos, que, agregadas ao laudo pericial conclusivo, levam à convicção de ocorrência de erro médico.

⁹ Referência ao CC/1916: “Art. 1538 – No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grão médio da pena criminal correspondente.

§1º - Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.”

No atual CC/2002: “Art. 949. 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.**”



(...)

6. Inegável o dano moral experimentado pela demandante, que se afigura *in re ipsa*, sendo de todo presumíveis a dor, angústia, vexame, humilhação, sofrimento e frustração, decorrentes do insucesso da cirurgia.

(...)

NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU.”

Acerca do *quantum* fixado a título de indenização por danos morais, consideradas as peculiaridades do caso concreto, que ressaltam a violação do princípio da eficiência da administração no sistema de saúde (art. 37, *caput*, CF¹⁰), o duplo viés punitivo-pedagógico e os critérios da razoabilidade, conclui-se pela desnecessidade de. Refira-se a jurisprudência em casos assemelhados:

0001813-76.2007.8.19.0078 – APELAÇÃO

DES. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA FILHO -
DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Julgamento: 29/09/2014

“(…) A autora diz que foi submetida à cirurgia plástica reparadora realizada pelo terceiro réu, que havia sido contratado pelo primeiro demandado, para atender os pacientes da localidade. Narra que após o procedimento, executado nas dependências do segundo réu, não lhe foi prescrito nenhum medicamento, apesar de sentir fortes dores. No pós-operatório, foi constatada a necessidade de outra cirurgia, em razão de o primeiro procedimento ter apresentado falhas. (...) Como se vê, a cirurgia realizada pelo terceiro réu não foi bem sucedida e deixou graves sequelas, que, se não corrigidas, podem levar à cegueira. Além disso, o *expert* apontou lesão estética moderada (fl. 286). **Atento a essas circunstâncias e à extensão do dano, a indenização deve ser elevada para R\$ 15.000,00.** (...) Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, monocraticamente, com aplicação do artigo 557, § 1º-A do CPC, e arbitro a indenização em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).”

0098547-19.2013.8.19.0001 – APELAÇÃO

VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR
DES. LUCIANO SILVA BARRETO

Julgamento: 30/07/2014

”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. (...) DESENVOLVIMENTO DE QUADRO INFECCIOSO EM

¹⁰ CF: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”



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. (...) 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, (...).** RECURSO DO 2.º APELANTE A QUE SE DÁ PROVIMENTO E DA 1.ª E DO 3.º DESPROVIDOS.”

Já com relação ao pleito de redução da verba honorária, assiste razão ao Estado do Rio de Janeiro.

Considerando que a Fazenda Pública foi vencida, a fixação da verba honorária se dá com fundamento no § 4º do art. 20 CPC, que remete apenas aos parâmetros qualitativos encontrados no 3º do mesmo dispositivo legal, não havendo qualquer remissão aos percentuais previstos neste último dispositivo legal¹¹.

¹¹ CPC: “Art. 20 – (...)”

§3º - Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;
b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§4º - Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.”



Neste sentido, consolidou-se a jurisprudência do STJ, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (REsp nº 1155125/MG¹²).

No presente caso, constata-se que o causídico foi zeloso na condução do processo, contudo a prestação do serviço se iniciou no mesmo local de seu domicílio profissional, sendo, posteriormente, deslocada, por força do recurso em exame, para a capital do Estado, de modo que, cotejados os parâmetros legais com a verba imposta na sentença (10% sobre o valor da condenação), conclui-se ser razoável o valor de R\$ 2.000,00, o que importa em redução do *quantum* fixado pelo juízo de 1º grau.

Por fim, em reexame necessário, inexistem modificações a fazer na sentença, que deve ser mantida quanto aos demais termos.

Isso posto, voto pelo **PARCIAL PROVIMENTO** do recurso, tão somente para reduzir a verba honorária ao patamar de R\$ 2.000,00, e, em reexame necessário, **MANTER A SENTENÇA**, quanto aos demais termos.

Des. Cristina Tereza Gaulia
Relator

¹² “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. AÇÃO ORDINÁRIA. DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS. ART. 20, §§3º E 4º, DO CPC. CRITÉRIO DE EQUIDADE. 1. **Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, §4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade.** (...) 5. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008.” (REsp 1155125/MG – PRIMEIRA SEÇÃO – Rel. Min. CASTRO MEIRA – julg. 10/03/2010 – publ. DJe 06/04/2010)