

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
2ª CÂMARA CÍVEL

=====

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0022678-94.2005.8.19.0001

APELANTE: JORGE HENRIQUE PADILHA DE JESUS

APELADO : JOSÉ VIEIRA JÚNIOR

RELATOR : DES. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS

**Juiz a quo : DRA. JOANA CARDIA JARDIM CORTES – 28ª Vara Cível da
Capital**

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA PARA COLOCAÇÃO DE IMPLANTE DE SILICONE NA PANTURILHA, OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CIRURGIA REALIZADA DE ACORDO COM AS NORMAS MÉDICAS. CULPA PELA NEGLIGÊNCIA NO PÓS-CIRÚRGICO, EM RAZÃO DO AGRAVAMENTO DO PROCESSO INFLAMATÓRIO. CULPA DEMONSTRADA PELA PERÍCIA REALIZADA POR PERITO ESPECIALISTA. DANO MORAL CARACTERIZADO. DANO MATERIAL QUANTO AO AGRAVAMENTO DO PROCESSO INFLAMATÓRIO NÃO COMPROVADO. DANO MATERIAL NÃO CARACTERIDO EM RELAÇÃO À REALIZAÇÃO DA CIRURGIA, POR TER SIDO ESSA BEM REALIZADA. O PROCESSO INFLAMATÓRIO É INERENTE AO PRÓPRIO ORGANISMO DO AUTOR. DANO ESTÉTICO QUE NÃO FOI CAUSADO PELO RÉU. FIXAÇÃO DE VERBA PARA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL, EM VALOR ADEQUADO E PROPORCIONAL, ATENDENDO AO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO DA INDENIZAÇÃO. RELAÇÃO CONTRATUAL. OS JUROS DE MORA DEVEM INCIDIR A PARTIR DA CITAÇÃO, NO PERCENTUAL DE 1% AO MÊS. CORREÇÃO MONETÁRIA QUE DEVE INCIDIR A PARTIR DA DATA DO PRESENTE JULGADO. COMPENSAÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, EM RAZÃO DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO

**POR FALTA DE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE
PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0022678-94.2005.8.19.0001, em que é **apelante: JORGE HENRIQUE PADILHA DE JESUS** e **Apelado: JOSÉ VIEIRA JÚNIOR**.

ACORDAM os Desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por UNANIMIDADE de votos, em NÃO CONHECER O RECURSO ADESIBO E CONHECER O RECURSO DE APELAÇÃO E DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, na forma do voto do Desembargador Relator.

Relatório, às fls. 315/317.

VOTO

O recurso de apelação merece ser conhecido, eis que preencheu todos requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, cabe esclarecer que o Agravo Retido interposto pela parte autora contra a decisão de fls. 97, não deve ser conhecido por não ter preenchido os requisitos de admissibilidade, previsto no parágrafo 1º, do art. 523, do CPC, visto que o autor não requereu expressamente a sua apreciação, tendo apenas se limitado a arguir preliminar de cerceamento de defesa.

A preliminar de cerceamento de defesa arguida pelo autor, em sua apelação, em razão da falta de esclarecimentos minuciosos do Perito do Juízo e pelo indeferimento da oitiva do CD com as conversas gravadas entre autor e réu, não merece acolhimento em relação à oitiva do referido CD, tendo em vista que em nada contribuiria para o deslinde da causa, pois a prova efetivamente imprescindível seria a prova pericial médica, cabendo ainda ressaltar que houve depoimento do réu em audiência de instrução em julgamento.

A alegação do cerceamento de defesa em razão da falta de esclarecimentos minuciosos do Perito do Juízo restou prejudicada, tendo em vista que foi determinada por este Relator a realização de nova perícia, por Perito especialista, em conversão do julgamento em diligência, de acordo com o permissivo legal, visto que o Perito nomeado pelo Juízo *a quo* não tem especialidade em Cirurgia Plástica, tendo a perícia sido realizada com sucesso e de forma esclarecedora.

Quanto ao mérito, trata a hipótese dos autos de Ação Indenizatória, na qual o autor, ora apelante, alegou como causa de pedir, que a cirurgia para o implante de prótese de silicone ao qual se submeteu foi mal realizada pelo réu, ora apelado, que agiu com imperícia, imprudência ou negligência o que levou a um processo inflamatório que levou à retirada das próteses, causando-lhe danos morais, materiais e estéticos, passíveis de reparação.

Sabe-se que a obrigação do Médico, em geral, é de meio, porém, a responsabilidade do Médico Cirurgião Plástico é de resultado, pois efetivamente se trata de uma obrigação de resultado, sendo certo que a responsabilidade do médico é subjetiva, ou seja, há se comprovar que o médico agiu com culpa, para que a sua responsabilidade pelo evento danoso seja caracterizada, ressaltando que estamos diante de uma relação de consumo, na forma do disposto nos art. 3, e art. 14, § 4º, do CDC.

O que se deve ponderar é que a cirurgia plástica é uma intervenção cirúrgica equiparável a todos os demais procedimentos cirúrgicos, havendo que se observar as reações do organismo humano, que são imprevisíveis e que as consequências indesejadas podem sobrevir, ainda que toda a técnica, recursos disponíveis, prudência e perícia tenham sido empregados ao caso concreto, não se podendo, por sua vez, simplesmente culpar o médico pelo infortúnio, por ele também não desejado.

Por tais razões, foi convertido o julgamento do recurso, em diligência, com a determinação da realização da prova pericial por Médico Cirurgião Plástico, tendo restado efetivamente demonstrado, conforme conclusão de fls. 271, que houve uma complicação de procedimento na evolução cirúrgica das próteses de silicone colocados no autor.

Afirmou o Perito em suas considerações, de fls. 270:

“... cientificamente, está previsto de que qualquer tipo de prótese, seja metálica, de silicone, de poliuretano ou de outro tipo de material, pode vir a apresentar uma contaminação bacteriana. Como, apesar do uso de antibióticos, o material artificial não possui circulação própria para levar o antibiótico para seu interior, em todos os casos de contaminação bacteriana, sem exceção, o tratamento só será contemplado de sucesso se a prótese for retirada, pois nela reside o foco intratável da manifestação bacteriana;”

Afirmou ainda o Perito, às fls. 270, que:

“... As complicações previstas são extrusão da prótese, hematomas, seromas, infecção e ruptura da prótese. Em todas elas, cabe ao Médico Assistente a conduta cientificamente correta para a sua retirada e tratamento clínico ou cirúrgico da complicação;”

Em resposta aos Quesitos de nº 10 e 18, elaborados pela parte autora, ora apelante, o perito assim respondeu:

“... ”

10) Queira informar se o procedimento realizado de forma correta impossibilitaria o Autor de esticar suas pernas, em caso positivo por quantos dias;

R.: A infecção presente no Autor era uma complicação prevista na Doutrina Médica para esse tipo de procedimento;

....

18) Queira ainda informar se grave abscesso na perna esquerda do Autor, constatado no HCE poderia ter sido evitado e o que levou a sua aparição;

R.: a) Poderia ter sido evitado com a colocação de drenos após a retirada das próteses; b) Infecção da ferida cirúrgica após a colocação das próteses de panturrilhas;

...

23) Queira informa quanto tempo ficou o Autor impedido de executar suas atividades laborativas e de levar uma vida normal;

R.: Por trinta dias após o tratamento da infecção;

...

25) Se em virtude dos ocorridos o Autor é portador de sequelas que o impedem de levar uma vida normal e prejudicam o seu trabalho e cicatrizes e o que seria necessário para sua recuperação e reparação;

R.: a) Não; b) Ressecção das cicatrizes;"

...

Em resposta aos quesitos do réu, assim respondeu o Perito:

“ ...

13) Queira ainda informar com base nos manuais de medicina, e as atitudes tomadas pelo Réu, se o grave abscesso na perna esquerda do Autor, constatado no HCE poderia ter sido evitado e o que levou a sua aparição;

R.: a) Sim; b) Infecção das próteses de silicone;

14) Queira informar com base nos manuais de medicina, quais deveriam ser os procedimentos médicos adotados pelo Réu quando constatou na ultra-sonografia realizada no HCE o grave abscesso;

R.: O Autor já se encontrava no HCE, onde foi efetivado sua drenagem e a administração de antibióticos;

15) Quería informar com base nos manuais de medicina, se foi negligente o Réu ao afirmar, apesar da existência do abscesso que não havia nenhum problema;

R.: Todo abscesso deve ser drenado;

16) Queira informar com base nos manuais de medicina, se houve negligência do Réu no atendimento ao Autor e se isso levou agravamento do estado do Autor, e quais os procedimentos que deveriam ter sido tomados pelo Réu a fim de evitar que se chegasse ao estado que obrigou o procedimento

de drenagem de hematoma infectado, realizado no HCE;
R.:a)Questões de mérito escapam ao âmbito da Medicina Legal;
b)Colocação de drenagem nas feridas operatórias;
...

Este Relator, ao analisar os autos, entendeu por bem fazer um questionamento para ser respondido pelo Perito, que assim respondeu:

“1) Diante da afirmação feita pelo próprio réu, no sentido de que tinha ciência do processo inflamatório pós-cirúrgico, ocorrido no autor, nos itens de nº 5 e 6 da sua peça de defesa (fls. 42), queira o Sr. Perito responder na íntegra os quesitos de nº 17 e 18 formulados pelo autor.

17)Queria também informar, diante do quadro clinico apresentado pelo Autor, se foi correto o Réu pegar a perna do Autor e fazer pressão sobre a panturrilha, massageando de cima para baixo, tentando empurrar a prótese para baixo, e ter solicitado a ele que esperasse para ver se a mesma desceria;
R.:Esse tipo de conduta só se justifica se o Réu tentou retirar a prótese com uma expulsão manual. Portanto, foi uma manobra correta;

18)Queira ainda informar se grave abscesso na perna esquerda do Autor, constatado no HCE poderia ter sido evitado e o que levou a sua aparição;

R.:a)Poderia ter sido evitado com a colocação de drenos após a retirada das próteses; b)Infecção da ferida cirúrgica após a colocação das próteses de panturrilhas - já devidamente respondido anteriormente;
...

Assim, diante da insofismável prova pericial realizada, restou efetivamente demonstrado que o apelado agiu com negligência no pós-cirúrgico, visto que confessou em sua contestação que tinha ciência do processo inflamatório ocorrido no autor, e de acordo com o constado pelo perito, poderia ter evitado o agravamento do abscesso na perna esquerda do autor, com a colocação de drenos pela retirada das próteses.

Restou efetivamente também demonstrado, que o réu, ora apelante, não agiu com imperícia na colocação das próteses e nem tampouco na retirada, e que o processo inflamatório poderia ter ocorrido, caracterizando um caso fortuito, que rompe o nexo de causalidade pelo insucesso da cirurgia, por se tratar de uma reação do organismo do autor e não poderia ser evitado pelo réu.

Assim, comprovada a culpa do réu, ora apelante, tão-somente, quando ao agravamento do processo inflamatório, com o agravamento do abscesso, que poderia ter sido evitado, com a colocação de drenos após a retirada das próteses, e somente por tal fato deverá responder.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ, que ora se traz à colação:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE.

1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico.

3. No caso, o Tribunal a quo concluiu que não houve advertência a paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da súmula 7/STJ, porque inviável a análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 985.888/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 13/03/2012)

As cicatrizes não podem ser consideradas como sendo de responsabilidade do réu, tendo em vista que são decorrentes da própria retirada das próteses, cuja culpa não pode ser atribuída ao réu, e sim em decorrência de própria reação do organismo do autor.

Por tais razões, o dano estético não pode ser atribuído ao réu, e nem tampouco a obrigação de realização de cirurgia reparadora do referido dano.

Os danos materiais, em razão do agravamento da infecção não restaram comprovados nos autos, e somente por essas despesas seria responsável.

Também não pode o réu ser condenado a proceder à devolução da quantia restante do valor da cirurgia, pois conforme o acima descrito, restou comprovado que o réu não agiu com imperícia na realização da cirurgia e que o processo inflamatório que levou à retirada das próteses, foi decorrência do próprio organismo do autor, restando também demonstrado que não houve imperícia na retirada das próteses.

Quanto ao dano moral, em se tratando de dano *in re ipsa*, esse restou mais do que evidenciado, em razão do agravamento do processo inflamatório pela falta de colocação imediata de drenos, fato que retardou a sua recuperação, conforme o efetivamente comprovado nos autos que, com certeza lhe causou angústia e sofrimento, que exorbitaram o mero aborrecimento.

Cabe ressaltar que a indenização por danos morais deve ser fixada em patamar razoável, não se justificando que venha a se constituir em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento se operar com moderação, posto que deve levar em consideração, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre, a conduta e o dano sofrido.

Assim, entende-se que o valor da indenização deve ser fixada no montante de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), que se mostra razoável e proporcional, para expressar a reprimenda do Estado ao réu apelado, sem se afastar da vedação do locupletamento ilícito, principalmente, levando-se em conta que o autor apelante sofreu vexame e humilhações que exorbitaram o mero aborrecimento, eis que teve que o processo inflamatório agravado e o retardo do seu processo de restabelecimento.

Além das funções pedagógicas, compensatória e punitiva, a compensação pelo dano moral tem também, um papel relevante, porque aloca à incúria corporativa um custo, que deve atuar como elemento dissuasório, devendo ser respeitada a proporcionalidade quanto à gravidade da lesão e ao perfil daquele que a perpetrou.

A referida indenização dever ser acrescida de correção monetária, a contar da data do presente julgado, e acrescido de juros mora de 1% ao mês, a contar da citação, por se tratar de relação contratação.

Assim, o apelo do autor merece parcial provimento.

Diante do exposto, vota-se no sentido de não conhecer o Agravo Retido e no sentido de conhecer o recurso de apelação e dar-lhe parcial provimento, para reformar a sentença, para julgar parcialmente procedente o pedido formulado pelo autor na inicial, para condenar o réu ao pagamento de indenização pelo dano moral suportado, no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), valor esse que deverá ser acrescido de correção monetária, a partir da data do presente julgado, e de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, ficando compensadas as custas processuais e os honorários advocatícios, em razão da sucumbência recíproca.

Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2015.

PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS
Desembargador Relator