



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2014.0000013633

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0740140-37.1997.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados MARIA APARECIDA DELAQUA e VICTOR HUGO CIMINO SALMERON GIRALDI (MENOR(ES) ASSISTIDO(S)), são apelados/apelantes CLÍNICA ESTÉTICA PAULO DE TARSO MITIDIERO, MARLISE GIANNOCARO BUENO e NIZOMAR LOPES GONÇALVES.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos deram provimento ao recurso dos réus, prejudicado o dos autores. Votou vencido o Relator na parte relativa ao arbitramento dos honorários advocatícios, que a maioria fixou em 10.000,00 reais. Acórdão com o Relator", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO GARBI E ROBERTO MAIA.

São Paulo, 21 de janeiro de 2014

CESAR CIAMPOLINI

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Apelação com Revisão nº 0740140-37.1997.8.26.0100

Comarca: São Paulo - 20ª Vara Cível

MM. Juíza de Direito Dra. Claudia Felix de Lima

Apelantes: Maria Aparecida Delaqua e outros

Apelados: Clínica Estética Paulo de Tarso Mitidiero e outros

VOTO Nº 5.600

Responsabilidade civil de médicos por cirurgia plástica que resultou no óbito da paciente, por embolia pulmonar. Prova pericial contundente no sentido de que se trata de mal imprevisível que dificilmente se pode diagnosticar ou prever com antecedência. Seja de meios ou de resultado a atividade que desempenham os cirurgiões plásticos, são passíveis de alegação e comprovação as tradicionais causas excludentes da responsabilidade civil, dentre elas o caso fortuito e a força maior. Não se pode, ademais, exigir do médico que alerte o paciente senão dos riscos previsíveis do ato cirúrgico, não cabendo adverti-lo do imponderável.

A responsabilidade da clínica em que feita a cirurgia não é objetiva, dependendo de prova de culpa. E, de todo o modo, ainda que houvesse, como entende parcela da doutrina, uma obrigação de garantia, nada se podendo apodar ao procedimento dos cirurgiões e não tendo havido intercorrências no ato cirúrgico, a clínica não responde pelo sucedido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Sentença de procedência da ação que se reforma. Apelação dos médicos e da clínica a que se dá provimento, prejudicado o exame de recurso dos autores da ação de indenização.

RELATÓRIO.

Como tal adoto o da r. sentença apelada, **verbis**:

“Trata-se de ação proposta por MARIA APARECIDA DELAQUA e VICTOR HUGO CIMINO SALMERON GIRALDI, menor impúbere representado pelo pai Silvio Fernando Giraldi, em face de CLÍNICA ESTÉTICA PAULO DE TARSO MITIDIERO, MARLISE GIANNOCARO BUENO e NIZOMAR L. GONÇALVES.

Alegam os autores que Cibele Cimino Giraldi, respectivamente filha e mãe dos autores, procurou a segunda ré com o intuito de realizar operação estética nos seios, e em 26 de agosto de 1995 ela se submeteu ao procedimento cirúrgico na clínica ré, sendo o terceiro requerido o anestesiolologista responsável. A cirurgia teria transcorrido tranquilamente, mas durante o pós-operatório ocorreram complicações que levaram à transferência da paciente ao Hospital São Lucas e a seu subsequente óbito.

Entendem os autores que a conduta dos réus colaborou para o óbito, devido a suposta imperícia na avaliação do estado clínico da paciente, decorrente da desconsideração da recente gravidez como fator de predisposição a complicações, imprudência na forma de atendimento da complicação pós-cirúrgica, e defendem a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Pleiteiam a condenação dos réus à devolução da quantia paga a título de honorários médicos e ao pagamento de indenização por danos morais.

Com a inicial foram juntados documentos.

Os réus foram citados e apresentaram contestação, na qual sustentaram que o exame necroscópico atestou que a causa da morte foi embolia pulmonar, a qual surgiu repentinamente e não poderia ser verificada anteriormente durante os exames pré-operatórios. Sustentaram não haver nexo de causalidade entre o atendimento médico e a doença que determinou a morte, sendo que o inquérito policial instaurado para apurar os fatos foi arquivado.

Preliminarmente, foi alegada a coisa julgada material na esfera penal, que impediria novo questionamento na esfera civil, a ilegitimidade ativa da autora Maria Aparecida, cujo sobrenome é totalmente diverso do sobrenome da *de cujus* e que não comprovou qualquer relação de dependência econômica com ela, a impossibilidade de deferimento do benefício da gratuidade processual, e a ilegitimidade passiva da clínica.

No mérito, sustentaram a inexistência de qualquer fator que atribuisse à clínica, suas instalações e equipamentos a responsabilidade pelo óbito, e a correção das ações de toda a equipe médica antes, durante e após a cirurgia, de modo que a nenhum deles poderia ser atribuída a responsabilidade pelas complicações que envolveram o quadro clínico da paciente e sua evolução para o óbito. Pleitearam a extinção do feito sem julgamento do mérito ou o decreto de improcedência dos pedidos.

Com a defesa foram apresentados documentos.

Os autores apresentaram réplica, na qual pleitearam a apreciação do pedido de justiça gratuita e combateram os argumentos apresentados



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

na contestação.

Os réus apresentaram tréplica.

Foi determinado que as partes especificassem as provas que desejavam produzir, tendo as partes se manifestado.

A seguir, houve manifestação do Ministério Público, que opinou pela rejeição das matérias preliminares arguidas na contestação, pelo prosseguimento do feito e pela produção das provas pertinentes.

A audiência de tentativa de conciliação restou infrutífera.

O feito foi, então, julgado extinto sem exame do mérito, por entender o Magistrado então oficiante que o arquivamento do inquérito penal com fundamento na ausência de conduta culposa dos requeridos e na inexistência de nexo de causalidade entre as condutas dos profissionais e o evento morte gerou a aceitação judicial da ausência de culpa e do nexo de responsabilidade, pressupostos essenciais para o reconhecimento da responsabilidade civil por parte das pessoas físicas e, conseqüentemente, da pessoa jurídica.

Os autores apelaram, sendo dado provimento ao recurso, para o fim de determinar a análise das demais preliminares suscitadas em defesa e, se o caso, o julgamento do mérito da lide.

Houve o saneamento do feito, no qual foram rejeitadas as preliminares de ilegitimidade ativa da genitora da falecida Cibele Cimino Giraldi, de ilegitimidade passiva da clínica acionada, a impugnação ao pedido de justiça gratuita (saliente-se, mesmo reconhecida a necessidade de se utilizar do expediente de impugnação em autos apartados). Foi deferida a produção de prova pericial médica indireta e de prova testemunhal, e indeferidas a produção de prova documental e o depoimento pessoal das partes.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Da decisão saneadora foi interposto recurso de agravo de instrumento, ao qual foi dado provimento para determinar que fossem colhidos os depoimentos pessoais requeridos pelos réus.

As partes e o Ministério Público puderam oferecer os quesitos para a prova pericial e indicar assistentes técnicos.

Em razão da impossibilidade de realização da perícia pelo IMESC, expediu-se ofício ao Hospital das Clínicas, que informou não possuir nenhum perito com habilidades para emitir o laudo pericial necessário.

Os autos foram remetidos ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo para análise da admissibilidade de recursos especial e extraordinário anteriormente interpostos pelos réus, sendo negado seguimento ao recurso extraordinário e deferido em parte o processamento do recurso especial. Foi negado provimento ao recurso especial.

O laudo médico produzido enquanto o feito aguardava julgamento do recurso especial foi juntado aos autos, as partes foram intimadas para que sobre ele se manifestassem, e pelos autores foi requerida a nomeação de outros profissionais, especialistas em ginecologia e em anestesiologia, para esclarecimentos pertinentes a essas áreas de atuação, e a apresentação de documentos faltantes por parte dos réus.

O Ministério Público se manifestou pela procedência dos pedidos.

Pela Magistrada oficiante foi deferida a complementação da prova pericial realizada.

Os quesitos complementares foram respondidos pelo IMESC, e as partes puderam se manifestar sobre eles.

Concluída a prova pericial, foi realizada audiência para produção da prova oral requerida pelas partes, ocasião em que também foram apresentadas respostas aos quesitos suplementares elaborados pelos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

autores.

Os autores apresentaram alegações finais alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa pela falta de documento essencial de apresentação obrigatória pelo réu, referente ao prontuário médico da falecida, em especial o termo de consentimento com aviso dos riscos cirúrgicos. No mérito, reiteraram seus argumentos anteriores.

Os réus também apresentaram memoriais reiterando os argumentos anteriormente já deduzidos.

Por fim, o Ministério Público apresentou parecer, em que opina pela procedência dos pedidos.” (fls. 1362/1.366).

Eis agora a fundamentação sentencial quanto ao mérito da causa, que é o que cabe julgar, posto não haver preliminares nas apelações interpostas:

“Pois bem. Discute-se nos autos a responsabilidade civil decorrente de cirurgia estética a que se submeteu Cibele Cimino Giraldi, que culminou com embolia pulmonar e o posterior falecimento da paciente.

A falecida compareceu a consulta no consultório da ré Marlise, com a finalidade de se submeter a procedimento cirúrgico estético, consistente em mamoplastia.

Realizados exames pela paciente, foi esta submetida ao procedimento cirúrgico, que aparentemente não teve intercorrências. No pós-operatório, a paciente começou a apresentar dificuldades respiratórias, sendo novamente sedada e intubada, e, cerca de três horas depois, não



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

havendo progresso em seu quadro, foi levada ao Hospital São Lucas, onde veio a falecer naquele mesmo dia, às 23h45min.

Pois bem.

No primeiro exame pericial realizado (fls. 198/241), o perito responsável elencou uma gama de condições clínicas que interferem na coagulação sanguínea, relacionada ao tromboembolismo pulmonar. *'Uma clara tendência à incidência maior de TVP acompanha as seguintes entidades clínicas: síndrome nefrótica, diabetes melito, insuficiência cardíaca, doença reumática do coração com fibrilação atrial, trauma ou queimaduras graves, estado pós-operatório ou pós-parto, gravidez avançada... Além disso, o uso crônico de estrôgenos aumenta a incidência de trombose...'. 'Por último, não poderia deixar de chamar a atenção para a estreita relação entre TEP e o uso de contraceptivos orais e gravidez. Nesta última situação, deve-se ter atenção especial com aquelas mulheres que ficam confinadas ao leito devido a eclampsia, pré-eclâmpsia e cesariana. O risco de TEP é muito maior nos primeiros seis meses após o parto, do que durante a gravidez propriamente dita...'*

O laudo também discorre acerca da síndrome da angústia respiratória do adulto (SARA), que se refere à insuficiência respiratória aguda e progressiva.

Na análise do perito, *'Os sinais e sintomas apresentados pela pericianda, como tosse, apreensão, falta de ar, taquipnéia, taquicardia, e cianose, são compatíveis com tromboembolismo pulmonar, de difícil diagnóstico em vida. Os estados de hipercoagulabilidade primários (como deficiência de antitrombina III, deficiência de proteína C, deficiência de proteína S, anticoagulante lúpico e anticorpo anticardiolipina) não são pesquisados de rotina numa paciente sadia. Todavia, apresentava como estados de*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

hipercoagulabilidade secundários os contraceptivos orais, gestação há menos de 1 ano e lactação. Desta forma, a pericianda faleceu, sem dúvida, por tromboembolismo pulmonar.' (fls. 236; grifo meu).

De tal trecho, subentende-se que o parto realizado menos de um ano antes da nova cirurgia e o uso de contraceptivos orais seriam fatores que aumentariam a coagulabilidade sanguínea.

Nas respostas aos quesitos, há que se salientar que o perito afirmou ser impossível determinar que a demora na transferência da paciente para o hospital tenha sido fator determinante para a evolução do mal apresentado a óbito.

Na complementação às respostas dos quesitos apresentados pelas partes (fls. 1068/1077), foi, da mesma forma, afirmado que o risco de embolia pulmonar aumenta em casos de cirurgia que são realizadas no período puerperal (pós-gestacional). Ainda, concluiu-se que o tratamento ministrado à paciente após o surgimento das complicações foi o adequado ao caso concreto, uma vez que o diagnóstico de embolia pulmonar é muito difícil e os sintomas apresentados pela paciente poderiam ser gerados por outros quadros além do tromboembolismo.

Houve indicação de que a gravidez recente não é uma causa da embolia pulmonar, mas um fator predisponente ou contributivo para seu desenvolvimento, havendo vários outros fatores que se relacionam ao desenvolvimento do quadro (quesito 22 dos autores). Novamente foi respondido que não há como afirmar que o período entre o término da cirurgia e a transferência para o hospital tenha agravado o quadro da paciente, por ser a doença *potencialmente fatal, independentemente dos cuidados prestados* (quesito 25).

Ainda, em resposta ao quesito 19 dos réus, a perita informou que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

'ainda que possa ser previsível, considerando-se os fatores de risco existentes, a afecção é inevitável e também pode ocorrer sem fator que possa ser diagnosticado como determinante, como consta na literatura médica. Não há como impedir, em absoluto, sua ocorrência...'

Nas respostas aos quesitos complementares dos autores, a perita reafirmou que, embora exista medicação que diminua o risco de embolia pulmonar, o risco continua existindo, e por esse motivo o quadro é inevitável, sendo que o estado de saúde da autora levaria a crer num risco baixo de ocorrência da embolia. A perita, da mesma forma, concluiu não ser possível aferir se a paciente foi informada do risco cirúrgico, não havendo obrigatoriedade legal de assinatura de qualquer termo, mas sim recomendações do Conselho Federal de Medicina e de Sociedades de Especialidades Médicas nesse sentido.

Ressalto que nada nos esclarecimentos prestados pela Senhora Perita leva a crer em seu desconhecimento da matéria analisada, sendo que suas conclusões são compatíveis inclusive com o laudo anterior. Assim, mostra-se desnecessária nova realização de perícia por profissionais com as habilitações requeridas (anestesiologista e ginecologista).

Quanto à prova oral colhida, consiste ela no depoimento da médica perita Regina Ferreira Andrade Messina, no depoimento do médico Sérgio Rangel de Souza, cardiologista que foi chamado à clínica quando se evidenciou complicação na cirurgia, a fim de auxiliar os médicos presentes na condução do tratamento da paciente, sendo que de suas declarações não restou evidenciado, do ponto de vista do declarante, qualquer conduta inapropriada para o contexto.

A prova pericial, a meu ver, esclareceu suficientemente que a embolia pulmonar é mal súbito, que pode acometer qualquer pessoa, sendo que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

alguns fatores podem aumentar o risco de sua ocorrência, como o período pós-parto e a utilização de anticoncepcionais, por interferirem na coagulabilidade.

Era possível adotar medidas profiláticas para reduzir seu risco, embora este continuasse existindo, sendo impossível se assegurar de que a embolia não ocorrerá. Ocorre que, se seria impossível impedir totalmente a ocorrência, certamente não o era reduzir seu risco.

Se a autora se enquadrava em algum dos fatores que aumentariam a predisposição ao desenvolvimento da embolia, decerto poderia ter sido prescrita medicação que diminuísse a ocorrência desse mal, o que não ocorreu.

O exame pré-anestésico (fls. 538, dentre outras), contém alguns dados que se refeririam à paciente, mas nele não foi aposta data ou assinatura da paciente ou do anestesiológico. A ficha de anestesia, encontrada no verso, contém dados clínicos da própria cirurgia.

No mais, há o relato do pós-operatório, o boletim do centro cirúrgico, a ficha de identificação, exames de hemograma, coagulograma, dosagem de glicose, uréia (soro) e creatinina, exame de urina, avaliação cardiológica, e documentos médicos emitidos pelo Hospital São Lucas e referentes ao período em que a paciente lá permaneceu.

Ficou evidenciado que a clínica não possuía UTI para as situações emergenciais, tanto que foi providenciada vaga em hospital, ainda que três horas depois do início do período pós-operatório.

Embora não haja prova de que a embolia pulmonar tenha decorrido de erro na realização da cirurgia ou na conduta dos profissionais que atenderam a falecida (ante os inúmeros fatores que poderiam causá-la), não há justificativa para a demora de cerca de três horas entre o início de seu atendimento e a transferência para hospital.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Se a embolia pulmonar era evento previsível, conquanto inevitável, aos réus caberia, uma vez evidenciado que o estado de saúde da paciente não evoluiu como esperado, providenciar o imediato socorro em local adequado, justamente para permitir rápida intervenção em local com todos os equipamentos. Somente assim, (e já ressalvada anteriormente a possibilidade de prescrição de medicação para diminuir o risco do mal) teriam se desincumbido da obrigação de demonstrar que realizaram todo o possível no intuito de preservar a vida da paciente.

Foi devidamente provada a imprudência na conduta dos requeridos.

Além disso, vislumbro, no caso, a falha na prestação de informações claras e precisas para a paciente, obrigação esta do fornecedor nos moldes do Código de Defesa do Consumidor. Quanto a isso passo a discorrer.

Embora seja sustentada a ausência de obrigação legal de assinatura de termo de consentimento por parte do paciente que se submeterá a procedimento ou cirurgia, é fato que há normatização estipulando o dever do médico de informar ao paciente exatamente o que é esperado do procedimento e os riscos dele advindos.

Artigo 31 do Código de Ética Médica de 1965, elaborado pelo Conselho Federal de Medicina, estipulava que *'O médico tem o dever de informar o doente quanto ao diagnostico, prognostico e objetivos do tratamento, salvo se as informações puderem causar-lhe dano, devendo ele neste caso, prestá-las à família ou aos responsáveis'*.

Ainda, estipulava o artigo 25 do Código Brasileiro de Deontologia Médica de 1984 a vedação de *'Deixar de informar o paciente, sua família ou responsável do diagnostico terapêutico, prognostico e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação possa provocar*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

danos ao paciente'.

O artigo 59 do Código de Ética Médica, vigente à época (Resolução CFM n. 1.246, de 08/01/1988), estipulava que é vedado ao médico: *'deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal'.*

O atual Código de Ética Médica estipula que é vedado ao médico: *'Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte;... Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal'.*

Desse modo, se de um lado não existe norma com a obrigação expressa de assinatura do termo de consentimento, ou documento equivalente, de outro é certa a obrigação do profissional de prestar informações claras e precisas quanto ao diagnóstico e prognóstico.

Nada nos autos demonstra o cumprimento dessa obrigação, o que poderia ser feito por qualquer meio de prova idônea.

Além de tais normativos, é cediço que o Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor o dever de prestar informações claras e precisas sobre os produtos e serviços disponibilizados ao consumidor. Mais especificamente, dispõe o artigo 6º, inciso III, que *'a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

apresentem'.

Não há dúvida alguma quanto à incidência da lei consumerista no caso em testilha.

Em relação aos médicos, pessoas físicas, há a previsão expressa do artigo 14, parágrafo 4.º, do CDC (*'a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa'*). Com relação à clínica, trata-se de prestadora de serviços médicos, respondendo objetivamente por defeitos no serviço prestado, também conforme o artigo 14, parágrafo 3.º, do mesmo diploma legal (*'o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro'*).

Continua o diploma legal dispondo, no artigo 8.º, que *'Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito'*.

A cirurgia plástica tem como objetivo melhorar a aparência do paciente que não padece de mal que, não submetido a procedimento cirúrgico, possa piorar sua saúde ou levá-lo a óbito. Ainda que se considere que por vezes trata-se de garantia da dignidade de pessoa que convive com defeito físico que lhe causa angústia e vergonha, é certo que o paciente procura um resultado específico.

Ao cirurgião é necessário aplicar toda a técnica necessária e realizar todos os esforços possíveis para que se chegue ao resultado pretendido, embora, é claro, não se possa excluir a possibilidade de que ocorra evento inesperado ou que o resultado não saia a contento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

por causa fora da previsibilidade do médico.

O que é certo é que o médico tem condições de prever as mais comuns intercorrências nesse tipo de procedimento, e cabe a ele alertar o paciente quanto ao resultado efetivamente esperado, os limites da técnica a ser empregada, e os riscos que o procedimento cirúrgico pode acarretar para a saúde.

O cirurgião plástico não pode se eximir de forma alguma da responsabilidade de prestar todas as informações ao paciente, inclusive a respeito dos riscos do procedimento e das cautelas necessárias para uma boa recuperação.

Nesse sentido:

'O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios, embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão de ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não obtenção de consentimento plenamente esclarecido



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios' (AGUIAR, Rui Rosado. Responsabilidade civil dos médicos. RT 718/33, pp. 39/40, grifo meu)

Ainda, segue a jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL GRAVIDEZ INDESEJADA APROXIMADAMENTE UM ANO E OITO MESES APÓS REALIZAÇÃO DA CIRURGIA DE LAQUEADURA - PROCEDÊNCIA INCONFORMISMO DESACOLHIMENTO RÉ NÃO LOGROU BOM ÊXITO EM DEMONSTRAR QUE PRESTOU A ADEQUADA INFORMAÇÃO À AUTORA SOBRE O RISCO DE RECANALIZAÇÃO TUBÁRIA ESPONTÂNEA (REVERSÃO DO PROCEDIMENTO) OFENSA AO ART. 14 DO CDC E AO ART. 10, § 1º, DA LEI 9.263/1996 (LEI DE PLANEJAMENTO FAMILIAR). (TJSP, Apelação Cível nº 0121557-13.2007.8.26.0000, Relator(a): Antonio Vilenilson, Data do julgamento: 08/05/2012)

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - CIRURGIA DE BLEFAROPLASTIA INFERIOR - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE RECURSO DA DECISÃO QUE INDEFERIU A PRODUÇÃO DA PROVA ORAL - PRECLUSÃO - CIRURGIA EMBELEZADORA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - DEVER DE INFORMAÇÃO DOS RISCOS AUSÊNCIA DO TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO ESCLERA APARENTE, DECORRENTE DA BLEFAROPLASTIA - AINDA QUE SE TRATASSE DE COMPLICAÇÃO PREVISÍVEL, NESTA ESPÉCIE DE CIRURGIA, RESULTANTE NO



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

ARREDONDAMENTO DO CANTO LATERAL, HÁ QUE SE PRESUMIR A CULPA DOS MÉDICOS, TANTO QUE OCORREU EM APENAS UM DOS OLHOS, E O CIRURGIÃO CHEGOU A AVENTAR QUE ERA DECORRÊNCIA 'DE UM POSSÍVEL AFROUXAMENTO OU ATÉ SOLTURA DO PONTO DE FIXAÇÃO DO RETALHO MÚSCULO-CUTÂNEO EM PERIÓSTEO', E CABIA AOS REQUERIDOS A PRÉVIA INFORMAÇÃO QUANTO À POSSIBILIDADE DE SUA OCORRÊNCIA E DOS RISCOS, BEM COMO DOS PROCEDIMENTOS NECESSÁRIOS À CORREÇÃO E DE DOR, UMA VEZ QUE SE SUBMETEU A SETE SESSÕES DE CARBOXITERAPIA, EM QUE O GÁS CARBÔNICO É INJETADO NO TECIDO SUBCUTÂNEO, UTILIZANDO-SE UMA AGULHA MUITO FINA, CARACTERIZANDO-SE O DANO MORAL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP, Apelação 0106795-46.2008.8.26.0100 Relator(a): Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data do julgamento: 27/03/2012)

INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - CICATRIZ APARENTE - IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA - INCONFORMISMO - ADMISSIBILIDADE - DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS CONFIGURADOS - FALHA CULPOSA DO PROFISSIONAL QUE NÃO ADVERTIU ADEQUADAMENTE A PACIENTE ACERCA DA OCORRÊNCIA DE CICATRIZ - DIREITO DO CONSUMIDOR DE RECEBER AS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS SOBRE OS RISCOS E CONSEQÜÊNCIAS DO PROCEDIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 60, INC. III, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - EXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PARCIALMENTE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

PROVIDO (TJSP, Apelação 9067259-49.2006.8.26.0000, Relator: J.L. Mônaco da Silva, Data do julgamento: 5/10/2011).

Em momento algum se demonstrou que a falecida foi informada da seriedade e dos riscos do procedimento cirúrgico a que se submeteria.

Aparentemente tomada pela empolgação do sonho de corrigir a estética dos seios, certamente alterada em razão da gestação e da lactação, a autora decidiu se submeter a procedimento cirúrgico, e o faria junto com amiga, que desistiu do intento.

A respectivamente filha e mãe dos autores era uma mulher jovem, de 30 anos de idade, casada, e possuía um filho de apenas 8 meses, que certamente demandava seus cuidados constantes.

É crível que ela resolvesse postergar a realização da cirurgia, ou mesmo que dela desistisse, caso soubesse dos riscos a que estaria exposta com a realização do procedimento. E, embora a embolia pulmonar seja inevitável, certamente é previsível, e isso deveria ser informado à paciente.

A falha na informação foi não só da cirurgiã responsável pela cirurgia, como também do anestesiológista que dela participou, pois este também deveria ter cientificado a paciente, já que ciente dos riscos que a anestesia também gera.

Houve desídia dos dois profissionais, caracterizando-se a culpa na modalidade de negligência, consistente na omissão do cumprimento da obrigação de informar a paciente de todos os riscos a que estaria submetida.

Ainda, há que se reconhecer a responsabilidade da clínica onde foi realizada a cirurgia, ainda que os profissionais que atenderam a falecida não fossem empregados naquele local.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Não há dúvidas de que há algum vínculo entre eles, do contrário a cirurgia não seria realizada na clínica. Sejam os réus pessoas físicas proprietários da clínica, sócios da pessoa jurídica, ou mesmo que tenham apenas combinado o repasse de determinado valor pela utilização de seu espaço, é certo que a pessoa jurídica ora acionada teve participação nos eventos, por ter cedido suas instalações e equipamentos.

Assim, por ter participado da prestação dos serviços à paciente, deve ser considerada fornecedora do serviço.

Uma vez demonstrada a culpa dos médicos que participaram da cirurgia, também há que se reconhecer a responsabilidade da clínica requerida.

Tratando-se do falecimento da filha e mãe dos autores, respectivamente, não há como não reconhecer a existência de danos morais.

O dano moral, não é apenas o descontentamento ou aborrecimento cotidiano, mas se caracteriza como a consequência de algum ato que cause dor, angústia, aflição física ou espiritual, ou qualquer padecimento infligido à vítima de algum evento danoso.

É, assim, o menoscabo a qualquer direito inerente à pessoa, como a vida, a integridade física, a honra, a intimidade.

O perfeito entendimento sobre a configuração do dano moral está na verificação da magnitude, da grandeza do ato ilícito.

Conforme o conceito apresentado por Rui Stoco, *'...o que se convencionou chamar de 'dano moral' é a violação da personalidade da pessoa, como direito fundamental protegido, em seus vários aspectos ou categorias, como a intimidade e privacidade, a honra, a*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

imagem, o nome e outros, causando dor, tristeza, aflição, angústia, sofrimento, humilhação e outros sentimentos internos ou anímicos...Significa, portanto, que o dano que se deve vislumbrar é aquele que atinge a pessoa nos seus bens mais importantes, integrantes do seu patrimônio subjetivo' (Tratado de Responsabilidade Civil, 7.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 1683)

No caso, a perda de um ente querido causa dor imensurável para aqueles que dela padecem, sendo impossível não reconhecê-la para aqueles que perdem um filho ou a mãe. Para ambos os autores houve a perda de pessoa que desempenhava e ainda desempenharia papel importantíssimo em suas vidas, e tal perda é geradora de danos morais.

Sendo reconhecida a existência do dano, a responsabilidade dos réus, a culpa por parte dos réus pessoas físicas, e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta dos réus, passo a fixar o valor da indenização.

O valor da indenização pelo dano moral experimentado deve adotar critérios de razoabilidade, considerando-se a finalidade compensatória da indenização.

Conforme o artigo 944 do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano.

Nestes termos, para o fim de compensar os autores e considerando o dano causado e sua repercussão, reputo conveniente e adequada a indenização pelos danos morais no equivalente a 150 salários mínimos atualmente em vigor para cada um dos autores, o que equivale a R\$ 101.700,00 para cada autor, apto a reparar o dano experimentado sem gerar enriquecimento sem causa.

Ressalto que para a fixação do valor de indenização considereirei que a incidência de correção monetária e juros de mora se dá a partir da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

sentença, uma vez que somente neste momento é dado aos réus saber o valor exato a ser pago. Nesse sentido:

'O valor certo fixado, na sentença exequenda, quanto ao dano moral, tem seu termo a quo para o cômputo dos consectários (juros e correção monetária), a partir da prolação do título exequendo (sentença) que estabeleceu aquele valor líquido. Precedente do STJ (STJ 3ª T. Resp Rel. Waldemar Zveiter j. 18/06/98 RSTJ 112/184)' (Rui Stoco, Tratado de Responsabilidade Civil, 7.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 1311)

Quanto a danos materiais, não há prova alguma de que o valor acordado para pagamento de tudo atinente ao procedimento cirúrgico e pré e pós-operatório tenha sido pago, de forma que não há como reconhecê-lo.” (fls. 1.367/1.380).

Copio, por fim, o dispositivo da r. sentença:

“Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A LIDE para o fim de condenar os requeridos ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 101.700,00 (cento e um mil e setecentos Reais) para cada um dos autores, no total de R\$ 203.400,00 (duzentos e três mil e quatrocentos Reais), valor este a ser corrigido e acrescido de juros de mora desde a presente data.

Condeno os réus ao pagamento das custas e despesas processuais, e de honorários advocatícios que fixo em 20% do valor total da condenação, considerando os fatores elencados no artigo 20, parágrafo 3.º, do Código de Processo Civil.” (fls. 1.380).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Dessa r. decisão, há recursos de apelação de todas as partes.

O apelo dos autores, a fls. 1.389/1.413, é pela majoração dos danos morais, pela condenação dos réus a compor danos materiais e pela retroação dos juros de mora na forma da Súmula 54/STJ.

O apelo dos réus (fls. 1.415/1.449) se bate pela reforma da r. sentença, decretando-se a improcedência da ação.

Contrarrazões ofertadas pelos réus a fls. 1.457/1.465.

Contrarrazões dos autores a fls. 1.467/1.494.

A douta Procuradoria Geral de Justiça abstém-se de intervir, diante da superveniente maioria do coautor que era menor ao ajuizar a ação (fls. 1.497/1.498).

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Cumpre, neste julgamento, essencialmente,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

analisar a presença de culpa médica no triste caso que os autos relatam.

E isto se apura pela prova pericial que se vê nos autos, toda ela coerentemente a indicar a negativa, isto é, a ausência de ação ou omissão de que tivesse decorrido o óbito da filha e mãe dos autores.

A começar pelo exame do caso, feito logo após o evento, pelos médicos assistentes técnicos do Ministério Público que atuaram no inquérito policial arquivado (fls. 147) por inexistência de culpa.

Os Drs. SÉRGIO BELMIRO ACQUESTA e CHEN CHIN YEN, ditos assistentes, assim concluem seu laudo:

“Diante dos fatos narrados, permitem-se inferir os seguintes pontos:

- a) Pelo exame necroscópico realizado na vítima, foi evidenciada embolia pulmonar como responsável pela morte. Esta doença surgida repentinamente, no decorrer de um ato cirúrgico de médio porte, podendo originar-se de trombose da veia profunda dos membros inferiores ou da pelve.
- b) Não havia condição clínica de ser evidenciada anteriormente segundo os exames pré-operatórios.
- c) Não há nexos causal entre os atendimentos médicos realizados na vítima e a doença que determinou a morte. Esta, a nosso ver, é



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

imprevisível e tida como morte natural.

d) Portanto não vemos nenhum deslize nos tratamentos médicos procedidos na vítima em questão.” (fls. 160/161).

Daí, de resto, ter o M.P. pedido o arquivamento do inquérito, escrevendo na conclusão do requerimento:

“5- Diante da conclusão dos "experts" no sentido de que a morte da vítima deveu-se a uma "embolia pulmonar", que não poderia ser evidenciada pelos médicos que a operaram na ocasião do ato cirúrgico. Também, dada a ausência do nexo de causalidade entre a ação dos profissionais que atenderam a paciente e o resultado morte, e por derradeiro, em virtude da inexistência de negligência medica no presente caso, outra medida não resta senão o arquivamento.” (fls. 145/146).

No curso da instrução probatória da presente ação, após anulação por este Tribunal (fls. 418/423) de uma primeira sentença (fls. 350/354), que havia decretado a extinção do processo por reconhecer, em decorrência da supra transcrita conclusão ministerial, efeitos de coisa julgada penal impeditente da abertura desta ação de indenização civil, consoante r. despacho saneador (fls. 504/506), na instrução, dizia, produziram-se duas perícias pelo IMESC.

A primeira teve como perito o ilustre Dr. NEPHTALI SEGAL GRINBAUM, pneumologista, que produziu volumoso laudo (fls. 773/816), de que destaco, no capítulo da análise



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

dos fatos:

“Avaliação cardiológica realizada pelo Dr. Frederico Bianchi Neto, CRM 39.629, refere uso de anticoncepcional. Liberada para a cirurgia. Risco cirúrgico compatível com a cirurgia. Grau I paciente sadio. Em 04/08/1995.” (fls. 807).

“CREMESP considera que não houve erro médico, visto que a causa morte se deu devido a um quadro de embolia pulmonar, que constitui uma das principais causas de morte em pacientes hospitalizados, complicando a evolução de casos clínicos e cirúrgicos (páginas 162 e 163)” – fls. 809/810.

Colho, agora, no capítulo “discussão e conclusão”:

“Desta forma, a pericianda faleceu, sem dúvida, por tromboembolismo pulmonar. **Deve-se ressaltar que, em séries de necropsias, as taxas de casos não diagnosticados em vida situam-se em torno de 85%. O tromboembolismo é difícil de diagnosticar, caro para tratar e ocasionalmente letal, a despeito do tratamento (Capítulo 48 – tromboembolismo pulmonar do livro texto Bethlen-Pneumologia).**” (fls. 811/812; os destaques em negrito, assim como os dos textos transcritos a seguir do mesmo laudo, vêm do original).

Indagado acerca da ocorrência de intercorrências durante o ato cirúrgico (9º quesito dos autores, fls. 526), respondeu o perito:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“Não, segundo declaração do Dr. Nizomar Lopes Gonçalves na página 26.” (fls. 812).

Indagado acerca do que seja “Síndrome da Angústia Respiratória do Adulto” (SARA) e do porquê, no caso, teria ela se manifestado (20º quesito dos autores, fls. 527), respondeu o perito:

“A síndrome da angústia respiratória do adulto (SARA) é uma forma de insuficiência respiratória aguda e progressiva, devido a edema pulmonar intersticial induzido por diversas causas diretas e indiretas, que se manifesta por traquiplnéia, dispnéia, cianose, diminuição progressiva da complacência pulmonar e hipoxemia refratária constante. Segundo laudo de necrópsia, a pericianda NÃO apresentou síndrome da angústia respiratória do adulto (SARA).” (fls. 813).

Perguntado sobre ter sido o tempo decorrido entre o fim da cirurgia e a transferência da paciente a hospital fator determinante do óbito (25º quesito dos autores, fls. 527), respondeu:

“De impossível determinação.” (fls.. 814).

Perguntado acerca de poder ocorrer morte por embolia pulmonar no pós operatório de qualquer cirurgia e se seus sinais são sempre detectáveis (19º quesito dos réus, fls. 537), asseverou:

“Sim. Morte pode ocorrer nas duas primeiras horas de instalação do tromboembolismo pulmonar quando a oclusão é de 85% da vasculatura pulmonar (segundo os Drs Terezinha Yoshiko Maeda,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Luiz Figueira Machado, Hélio Ribeiro de Siqueira, Munir Rafful e Ismar Chaves da Silveira no Capítulo 39 – Tromboembolia Pulmonar do livro-texto O Pulmão na prática médica: sintoma diagnóstico e tratamento, de autoria do Prof. Ismar Chaves da Silveira, 3 edição, Rio de Janeiro, EPUME, 1992). A ocorrência de diagnóstico falso-positivo quando de falso-negativo é elevada, e isto se deve basicamente à pouca especificidade e à baixa sensibilidade dos métodos usualmente empregados para o diagnóstico.” (fls. 814/815).

Com tais conclusões concordou o assistente técnico dos réus (fls. 848/852), não tendo os autores indicado quem por eles acompanhasse a prova.

Foi então, determinada a segunda perícia (r. decisão de fls. 1.035), para complementação do laudo inicial, que não respondia senão aos quesitos que o douto médico entendera ligados à sua especialidade (pneumologia).

Funcionou como perita a ilustre Dra. REGINA FERREIRA ANDRADE MESSINA, cuja especialidade não vem esclarecida nos autos. De seu escoreito laudo (em duas cópias nos autos, fls. 1.068/1.077 e fls. 1.080/1.089), do capítulo que a médica denominou “esclarecimentos ao MM. Juízo”, copio o seguinte:

“No exame necroscópico encontraram-se achados cardíacos e pulmonares, macro e microscópicos, característicos de embolia pulmonar. Trata-se de afecção de ocorrência rara, com alta letalidade,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

impossível de ser evitada, ainda que esteja prevista na literatura e haja medidas para reduzir o risco de sua ocorrência, de diagnóstico complexo e de tratamento pouco efetivo. Não se pode estabelecer nexo causal entre os procedimento médicos anestésico-cirúrgicos realizados e o óbito da pericianda. As condutas médicas deram-se conforme o preconizado para o caso. O óbito se deu por causa natural, apesar das medidas e dos cuidados médicos instituídos.” (fls. 1.069).

Ressalto a resposta dada pela Dra. REGINA ao 8º quesito dos réus constante de fls. 1.040 (que indagava acerca da previsibilidade -- “diagnóstico prévio” -- da embolia que vitimou a filha e mãe dos autores):

“Não, pelas condições clínicas da pericianda, os resultados dos exames complementares e a evolução do caso” (fls. 1.077)

A fls. 1.106/1.108 vê-se laudo de assistente técnico dos réus, com conclusões coincidentes com as da digna perita. Assim como na primeira, os autores não indicaram assistente técnico para acompanhar a segunda perícia.

Respondendo por escrito a quesitos que lhe foram endereçados pelo douto Juízo previamente à audiência de instrução e julgamento para a qual convocada, quando discorreu outra vez acerca de a opção por anestesia geral importar em maiores riscos de embolia, disse a Dr. REGINA:

“Não, os protocolos norte-americano de Davison-Capriani e o de Sandri



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Modificado determinam o mesmo risco tanto para anestesia geral quanto para cirurgia com mais de uma hora, independente da técnica anestésica adotada; ademais, o protocolo da Clínica Ivo Pitanguy e o de Anger-Knobel nem citam o tipo de anestesia adotada na estratificação do risco, mas apenas a duração da cirurgia.” (fls. 1.216).

E, ouvida, a pedido dos autores, em esclarecimentos verbais adicionais, assim se expressou a digna perita:

“MM:JUÍZA: Sobre quesito 7, de fls. 1176, item a).

MM.JUÍZA: No laudo consta que das folhas 41 dos autos, há ficha clínica de procedimentos de pré-operatórios e das fls. 41 dos autos, mas não identifica como ficha de conduta pré-operatória, anamnese.

PERITA: Folhas 41 tem ficha de avaliação que eu acredito ter sido feita no momento de avaliação e folhas 46 tem relatório médico pré-operatório, emitido por cardiologista. Consta que os exames cardiológicos estão normais e risco considerado 'asa' 1, que é risco normal de qualquer procedimento cirúrgico.

MM. JUÍZA: Tem risco menor que esse?

PERITA: Não.

MM. JUÍZA: É o menor risco?

PERITA: Sim.

Dada a palavra ao patrono dos réus, por esse foi dito que:

Folhas 41 não está identificada como anamnese, mas consta que a paciente nega alergia, informou não fumar, teve gestação normal menos de ano antes, indicou anticoncepcional que tomaria, que amamentou pouco. Então, embora não esteja identificado como



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

anamnese, há referências a exames que foram apresentados a pedido do médico, todos OK, ecocardiograma OK, orientação para não tomar anticoncepcional um mês antes.

MM. JUÍZA: Isso é anamnese?

PERITA: É.” (fls. 1.222/1.223).

Pois bem.

Tal sendo a prova produzida, tenho para mim, ***data venia*** do entendimento contrário da r. sentença apelada, que, efetivamente, não houve culpa médica no caso que os autos revelam.

Era muito difícil, disse o primeiro perito, o diagnóstico de embolia pulmonar em vida, no pré operatório, enfatizando que chega a 85% o índice de casos não percebidos desse mal, que foi a ***causa mortis*** da paciente.

A segunda perita menciona tratar-se, a embolia, de ocorrência rara, “*de alta letalidade, impossível de ser evitada*” (fls. 1.069), embora conhecida na literatura e se possa reduzir o risco de sua ocorrência. E, peremptoriamente, afirma a inexistência de nexo causal entre os procedimentos médicos e a morte, no caso concreto. “*O óbito se deu por causa natural, apesar das medidas e dos cuidados médicos instituídos*”, foi como, ainda a fls. 1.069, fechou sua apreciação do caso, antes de passar à resposta dos quesitos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Não houve, sob tal ótica, portanto, culpa médica. Não se pode estabelecer nexos causal entre o sucedido e o proceder dos médicos.

Nem se argumente que se está, aqui, no caso sob julgamento, a se tratar de responsabilidade médica em cirurgia plástica, onde se costuma dizer que a obrigação do facultativo é de resultado, não de meios.

Não é bem assim que a melhor doutrina trata da questão. O correto é dizer *"que a responsabilidade do especialista em estética tem a mesma natureza que a do cirurgião em geral, mas dela difere em extensão, dado que se aprecia (a do plástico) com mais severidade do que a dos demais cirurgiões"*. Noutras palavras, *"em matéria de responsabilidade, a cirurgia estética é regida pelos mesmos princípios que se aplicam à cirurgia em geral"*. Mais precisamente, assim como a responsabilidade dos demais cirurgiões, a do plástico também se rege pela apuração de culpa profissional, com maior rigor apenas na verificação do resultado prometido, certo, todavia, *"que os deveres jurídicos qualificados dos médicos de modo geral se devem considerar como de meios."* (conceitos, aspeados ou não, de ALBERTO J. BUERES, Responsabilidad Civil de los Médicos, Buenos Aires, 1979, págs. 373/374; traduzi).

"As regras gerais que disciplinam a responsabilidade civil do médico abrangem também a cirurgia plástica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

estética, não obstante generalizada tendência a se presumir a culpa do cirurgião pelo não atingimento do resultado esperado", doutrina MIGUEL KFOURI NETO, A Responsabilidade Civil do Médico, pág. 195).

Em suma, certo é que, mesmo na cirurgia plástica, como não poderia deixar de ser, em que pese se poder esperar uma melhoria estética do paciente, *"um resultado feliz"*, sempre há, como nas demais cirurgias, uma álea, um risco de frustração. O que importa avaliar é que o risco previsível *"não seja desproporcional ou exagerado em sua confrontação com o mal que se cuidou de dissipar com o ato cirúrgico"* (BUERES, ob. cit., pág. 375; traduzi).

Nas palavras de VILLEGAS PULLIDO, *"ainda que não corresponda ao sucesso esperado, a operação estética pode bem deixar de acarretar a responsabilidade profissional, desde que: a) seja razoavelmente necessária; b) o risco a correr seja menor que a vantagem procurada; c) seja praticada de acordo com as normas da profissão."* (citação colhida em WALTER BLOISE, A Responsabilidade Civil e o Dano Médico, pág. 94; grifei)

Ora, se a paciente entrou na sala de cirurgia com risco operatório o menor possível, como atestado pela avaliação cardiológica do Dr. FREDERICO BIANCHI NETO que se lê a fls. 46 (risco "I", o mais leve dos riscos: vide depoimento oral da Dra. REGINA, fls. 1.222/1.223, reportando-se ao documento de fls. 46), e se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

o ato cirúrgico foi praticado de acordo com as normas da profissão, no caso ***sub judice*** a ocorrência de uma fatalidade, risco inerente a qualquer procedimento cirúrgico -- está-se a falar da embolia pulmonar que infelizmente sucedeu -- não acarreta responsabilidade civil médica.

Em suma, em que pese estética a cirurgia, o risco corrido foi o corriqueiro. Sobrevindo a fatalidade que vitimou a filha e mãe dos autores, e não podendo isto, como se viu, ser imputado aos médicos, estes não respondem nem penal (como antes reconhecido com trânsito em julgado), nem civilmente.

Seja de meios, seja de resultado, enfim, havendo causa de exclusão da responsabilidade, causa da natureza, caso fortuito, não se pode imputar aos médicos culpa pelo ocorrido.

Por aí também se vê que não tem razão a r. sentença, ***data venia***, quando argumenta com a falta de dever de informação dos médicos.

Se a morte se deu por causa natural não detectável previamente, como está provado nos autos pela perícia médica, consoante penso ter demonstrado, e, principalmente, como se visto, o risco operatório era “I”, o menor dos riscos, simplesmente não havia do que ser a paciente alertada. Não cabia ao médico mais do que exigir o exame pré operatório por cardiologista, como efetivamente o fez.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

"Se ao próprio profissional no caso a consequência surpreende, como poderia advertir o cliente de que tais resultados poderiam ocorrer ?", indaga WANDERBY LACERDA PANASCO, quando estuda o consentimento do paciente na relação contratual que mantém com o facultativo (A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos, pág. 80)

Vem a calhar, por fim, quanto à responsabilidade dos médicos, a invocação de recente precedente do STJ, que muito bem enfatiza que se exclui a responsabilidade civil do médico dando-se **caso fortuito** ou **força maior**. Colho, efetivamente, de v. acórdão da Colenda Corte Superior, tomado em caso de substrato fático similar ao presente, de ação de responsabilidade de cirurgia plástica:

"4.1. Sob essa perspectiva, no procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra uma 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.

Não é outro o teor do art. 14, § 4º, do CDC:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Nessa linha de intelecção, são passíveis de alegação e comprovação pelo médico as tradicionais causas excludentes da responsabilidade, quais sejam, o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima.

4.2. Com efeito, somente eventual intercorrência de fatores e reações estranhas à cirurgia, embora não infirme a tese da obrigação de resultado do cirurgião plástico, consubstancia causa eficiente e autônoma que, por si só, seria capaz de romper o nexo de causalidade entre o dano e a conduta médica.

Assim leciona Rui Stoco:

Há, porém, casos em que o cirurgião, embora aplicando corretamente as técnicas que sempre utilizou em outros pacientes com absoluto sucesso, não obtém o resultado esperado.

Se o insucesso parcial ou total da intervenção ocorrer em razão de peculiar característica inerente ao próprio paciente e se essa circunstância não for possível de ser detectada antes da cirurgia, estar-se-á diante de verdadeira escusa absolutória ou causa excludente da responsabilidade. (*Op. Cit.* [Tratado da Responsabilidade Civil, São Paulo, Editora Revista dos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Tribunais, 2011] p. 646).

É bem verdade que, conquanto o Código de Defesa do Consumidor não faça referência expressa ao caso fortuito como excludente da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, Ada Pellegrini Grinover destaca que:

[...] é certo que a eximente do caso fortuito ou da força maior coloca-se no mundo fenomênico e não será nenhuma disposição normativa que irá suprimi-la do universo jurídico.

[...] Na verdade, diante do impacto do acontecimento, a vítima sequer pode alegar que o produto se ressentia de defeito, vale dizer, fica afastada a responsabilidade do fornecedor pela inocorrência dos respectivos pressupostos. (Grinover, Ada Pellegrini *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, p. 207).

(...). (REsp 985.888, LUIZ FELIPE SALOMÃO; grifei e destaquei em negrito o trecho acerca de caso fortuito ou força maior).

O julgado do Ministro LUIZ FELIPE, de resto, segue a boa trilha aberta pelo Supremo Tribunal Federal, que antes da instalação do STJ decidia temas de direito civil:

"RESPONSABILIDADE CIVIL – Cirurgia estética – Ocorrência de infração que obstou ao prosseguimento do tratamento avençado – Caracterização de caso fortuito - Restituição das partes ao 'status quo ante', com a devolução dos honorários - Recurso extraordinário não



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

conhecido" (RT 592/254, relator Ministro CARLOS THOMPSON FLORES; cit. por KFOURI NETO, ob. cit., pág. 223).

Como, sendo os fatos aqueles antes vistos, diante da boa doutrina e do que vai nos decisórios acima, responsabilizar os réus pelo infausto sucedido, sob o argumento de que não alertaram a paciente do risco de embolia pulmonar ?

Caberia o alerta pertinente a riscos previsíveis. Do imponderável não cabia alertar a paciente.

Não é razoável, resulta claro, o argumento sentencial, com a maior das vênias.

Eis porque, em suma, me parece que não se possam responsabilizar os médicos pelo infausto sucedido com a filha e mãe dos autores da ação.

Uma palavra final sobre a responsabilidade da clínica corré.

A responsabilidade desta não é objetiva, dependendo da prova de culpa, como, precisamente, abordam a questão a doutrina e a jurisprudência trazidos nas razões de apelação dos réus (JUDITH MARTINS COSTA, Entendendo Problemas Médicos-Jurídicos em Ginecologia e Obstetrícia, RT 831/106; TJSP, Ap.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

390.175-4/3-00, relator Desembargador GAVIÃO DE ALMEIDA; SÉRGIO CAVALIERI FILHO, cit. no acórdão que, no TJRS, decidiu a Ap. Cív. 70035004373, relatora a Desembargadora MARILENE BONZANINI BERNARDI; CARLOS ALBERTO BITTAR, Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar, pág. 198).

Assim é a doutrina tradicional, à qual tendo a me filiar, sempre atenta à existência de culpa, ainda que ***in eligendo*** ou ***in vigilando*** do hospital, ou da clínica, como, sob a regência do art. 1.521, III, do Código Beviláqua (responsabilidade civil do patrão por atos do empregado), teve ensejo de decidir o Pretório Excelso:

"RESPONSABILIDADE CIVIL – HOSPITAL. Inexistência de relação de emprego entre médico e hospital. Credenciamento do médico pela Previdência Social. Desde que não exista relação de emprego entre o médico e o hospital, porquanto o médico era pago pelo INAMPS para fazer o atendimento do paciente, não há porque se considerar a responsabilidade prevista no art. 1.521, III, do CC." (Juriscível do STF 152/104, Rev. Jurídica 159/149; relator Ministro MOREIRA ALVES, cit. por KFOURI NETO, ob. cit., pág. 229).

Acrescento, todavia, que, mesmo aqueles que modernamente – como, noutra obra, o faz antes citado ALBERTO J. BUERES, e também, como BUERES refere, A. C. BELLUSCIO – tendem a reconhecer a responsabilidade dos hospitais e clínicas mais largamente, em que pese não lhes estejam subordinados os médicos, o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

que advogam tais doutrinadores é que existe uma obrigação de garantia, mas de "*garantia **pela conduta** dos encarregados ou executores materiais da prestação*" (Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, Buenos Aires, 1981, pág. 30; traduzi e destaquei em negrito).

Ora, como visto, no caso dos autos, nada se pode opor à **conduta** dos médicos corréus, que procederam à cirurgia. A operação deu-se sem intercorrências, apurou-se na prova pericial. O infausto sucedido se deveu a fator da natureza, inserido dentro da álea existente em todo ato cirúrgico praticado sob anestesia geral, em que circunstâncias imprevisíveis, como a ocorrência de embolia pulmonar, sempre estão presentes.

Eis porque, por meu voto, agora realmente finalizando, reformo a r. sentença apelada e julgo a ação improcedente, prejudicada, logicamente, a apreciação do recurso dos autores, que visava ao aumento da condenação imposta aos réus.

Condenava, por meu voto, os autores nos ônus sucumbenciais, com honorários de advogado que arbitro em R\$ 50.000,00 em prol dos ilustres patronos dos réus, cerca de 20% da condenação constante da r. sentença reformada. Honorários que, de todo o modo, não se poderiam cobrar enquanto perdurasse a situação de hipossuficiência que motivou o deferimento dos benefícios da Justiça Gratuita (Lei da Assistência Judiciária, art. 12). No localizado ponto da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

remuneração do causídico, todavia, restei vencido, prevalecendo o pensar dos ilustres Desembargadores revisor e 3º Juiz, que fixaram a verba honorária em R\$ 10.000,00, observada a mesma restrição da Lei 1.060/50.

DISPOSITIVO.

Por unanimidade, **deu-se provimento** ao recurso dos réus, salvo no tocante ao **quantum** dos honorários advocatícios, como acima esclarecido.

Negou-se provimento, também por votação unânime, ao recurso dos autores.

CESAR CIAMPOLINI
Relator