



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA NO JOELHO ERRADO. FALHA DO SERVIÇO. LEGITIMIDADE DO NOSOCÔMIO. FALTA DO DEVER DE CUIDADO EXTERIORIZADO NA NEGLIGÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANOS MORAIS MAJORADOS.

A responsabilidade do estabelecimento hospitalar, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico. Precedentes da Câmara.

Culpa do médico pelo ocorrido que decorre do próprio acordo entabulado com a autora.

Hipótese em que restou comprovada a falha no serviço prestado pelo hospital, caracterizada pela negligência no atendimento pré-operatório da autora, não sendo admissível que esta fosse encaminhada ao bloco cirúrgico com indicação para cirurgia no joelho errado. Se ao médico cumpria averiguar a correção do procedimento a ser executado, outra conduta não poderia ser exigida do nosocômio, por meio dos funcionários responsáveis, uma vez que a estes é atribuída a realização da correta preparação do paciente para a cirurgia.

Presença do nexo de causalidade, uma vez que o evento (cirurgia no joelho errado) resultou de um agir descuidado dos profissionais de saúde do nosocômio.

Erro inescusável. Cabimento do dano moral.

Indenização pelo dano moral que deve ser suficiente para atenuar as conseqüências da ofensa à honra da parte autora, não significando, por outro lado, um enriquecimento sem causa, bem como deve ter o efeito de punir o responsável de forma a dissuadi-lo da prática de nova conduta.

Majoração do quantum fixado pela sentença.

APELO DA AUTORA PROVIDO.

NEGADO PROVIMENTO AO APELO DO RÉU.

APELAÇÃO CÍVEL

NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70042169748

COMARCA DE CAXIAS DO SUL

EVA MARISETE CORTES THIBES
LAND

APELANTE/APELADO

CIRCULO OPERARIO CAXIENSE

APELANTE/APELADO



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao apelo da autora e negar provimento ao apelo do réu.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA (PRESIDENTE E REVISORA) E DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY.**

Porto Alegre, 11 de maio de 2011.

DES. LEONEL PIRES OHLWEILER,
Relator.

RELATÓRIO

DES. LEONEL PIRES OHLWEILER (RELATOR)

Trata-se de apelações interpostas por EVA MARISETE CORTES THIBES LAND e CÍRCULO OPERÁRIO CAXIENSE em face da sentença proferida nos autos da ação indenizatória movida pela primeira, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, condenando o réu a pagar à autora, a título de reparação por danos morais, a quantia equivalente a vinte salários mínimos nacionais,



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

conforme conversão nesta data, devidamente corrigida até o efetivo pagamento.

Ipso facto, considerando que a autora decaiu de parte mínima do pedido, condeno o réu a pagar as despesas processuais e os honorários da autora, que, considerando a natureza da causa, a existência de dilações probatórias e o grau de zelo profissional, fixo em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da condenação supra, apoiado no § 3.º do art. 20 do CPC.”

Interpostos embargos de declaração pelas partes, sobreveio decisão nos seguintes termos:

“V.etc. Embora considerando despiendo esclarecer que o termo "devidamente" usado antes da palavra "corrigida" no dispositivo sentencial (fl. 277) se refere ao índice usual no TJRS no momento da atualização, esclareço que se trata, no caso, do IGP-M/FGV. Quanto aos juros moratórios, não foram fixados porque a ré não está em mora, pois a sentença não transitou em julgado. Logo, não há omissão. Assim, acolho em parte os embargos declaratórios de fls. 279/80. Quanto aos de fls. 281/5, protocolados em 8.9.10, deixo de conhecê-los, eis que extemporâneos. Com efeito, o prazo do art. 536 do CPC terminou em 6.9.10, uma vez que a intimação da sentença ocorreu em 1.º.9.10 (fl. 278). Intimem-se. Dil.legais.”

A parte ré interpôs novos embargos, assim decididos:

V.etc. Acolho os embargos declaratórios de fls. 288/93 para, reconsiderando em parte o despacho de fl. 286, conhecer dos embargos declaratórios de fls. 281/5. Com efeito, a disponibilização da nota de expediente no Diário da Justiça Eletrônico ocorreu em 01/09/2010 (quarta-feira). A data legal da publicação (Lei nº 11.419/06, art. 4º, §3º) ocorreu em 02/09/2010 (quinta-feira), já que 07/08 é feriado - Independência do Brasil. O primeiro dia do prazo (art. 4º, §4º) foi 03/09/2010 (sexta-feira), já que 07/08 é feriado - Independência do



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

Brasil. O lapso temporal de 5 dias encerrou em 08/09/2010 (quarta-feira). Os embargos foram protocolados no dia 08/09/2010, portanto, de forma tempestiva. Nesse passo, verifico que a sentença de fls. 273/7 foi omissa quanto à análise da tese da responsabilidade exclusiva de terceiro, no caso, o médico Rogério Rachele Winkler, excluído da lide. Suprindo esse defeito, declaro que a tese não vai acolhida ante os elementos existentes nos autos. Veja-se que a conduta do hospital réu não se restringiu à cedência das instalações para realização do procedimento cirúrgico reputado defeituoso. De fato, a equipe de enfermagem que preparou a paciente para a operação é do hospital réu, como se depreende dos depoimentos prestados por Aloir Neri de Oliveira (fls. 248v. e 249v.) e Ângela Bonfilho Moreira Souto (fls. 252/3), esta coordenadora do Centro Cirúrgico. Assim, tendo sido preparado pela equipe de enfermagem o joelho errado a ser operado pelo médico, não se pode falar em culpa exclusiva deste. Por outro lado, não foi determinada a data inicial da incidência de juros moratórios, porque se trata de ocorrência futura e incerta, desconhecida ao tempo da sentença, sendo inexigível que a decisão disponha que os juros moratórios incidirão a partir da ocorrência de possível mora, acaso o réu não cumpra a decisão quando transitada em julgado. Mesmo assim, para evitar novos requerimentos de esclareamento, dessa forma o declaro para que conste do dispositivo sentencial. No mais, a sentença vai mantida. Intimem-se, inclusive para que o réu responda ao recurso de apelação de fls. 294/326 no prazo legal, querendo. Dil.legais.

A parte autora apela unicamente para majorar o *quantum* da indenização fixado na sentença. Refere que valor equivalente a vinte salários mínimos é insuficiente para atender os objetivos apontados pelo próprio julgador, quais sejam, a posição social do réu e da autora, bem como o grau de reprovabilidade da conduta lesiva. Menciona precedentes sobre o tema. Postula o provimento do apelo para reformar a sentença no ponto.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

O demandado apela sustentando, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva. Aduz que a escolha do médico coube à recorrida, ou seja, se houve erro do profissional, as consequências restringem-se a tal relação. Salaria que não há relação de subordinação entre o recorrente e o médico que realizou o procedimento, além de que ao nosocômio cumpre apenas o custeio dos tratamentos, de modo que resta evidente a sua ilegitimidade. No mérito, sustenta que a sentença não valorou corretamente a prova existente nos autos. O laudo pericial médico é taxativo no sentido de que a preparação da paciente e da sala cirúrgica é da responsabilidade única e exclusiva do médico responsável pelo procedimento. Assim, não há como imputar-lhe qualquer responsabilidade. Ademais, o acordo celebrado entre o médico (co-réu) e a autora só corrobora o afirmado. Faz referência ao art. 131 do CPC. Alega a culpa exclusiva de terceiro e a ausência de nexo de causalidade. Caso não seja reformada a sentença, requer a redução dos danos morais arbitrados. Refere, ainda, que é vedada a utilização do salário mínimo para fixação da indenização. Minorada a indenização, os juros e a correção monetária deverão incidir a partir da fixação da condenação.

As partes apresentaram contrarrazões.

Os autos vieram conclusos.

É o relatório.

VOTOS

DES. LEONEL PIRES OHLWEILER (RELATOR)



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

I – PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Os apelos são tempestivos. O da parte autora está isento de preparo. O do réu foi devidamente preparado. Presentes os demais pressupostos, conheço dos apelos.

II – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA

Conforme consta na fl. 332 destes autos, a entidade hospitalar alega sua ilegitimidade passiva, pois a escolha do médico coube à parte autora e, havendo erro médico, o ressarcimento destes danos restringe-se a esta relação. Destarte, não há relação de subordinação entre o hospital e o médico.

No intuito de albergar tal entendimento, transcreveu ementa de decisão desta 9ª Câmara Cível, Apelação nº 70035084128, cujo relator foi o ilustre Des. Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 04/08/2010. A decisão citada tratou de hipótese na qual prevaleceu o entendimento de ilegitimidade do hospital, pois a parte autora foi internada mediante autorização do IPERGS, sendo que o hospital apenas disponibilizou suas dependências para a realização da cirurgia no joelho.

Mas, o precedente possui **situação fática** bem diversa da situação destes autos, pois além de o médico não possuir vínculo empregatício com o hospital, os danos causados à paciente decorreram exclusivamente de decisão do médico que modificou o procedimento operatório, sem o prévio consentimento da paciente.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

Ora, a causa de pedir que consta na petição inicial de fls. 02-12, é bem clara: a autora atribui responsabilidade à equipe cirúrgica, incluindo as enfermeiras do hospital, por ocasião da preparação para a cirurgia, pois realizaram tal procedimento preparatório no joelho errado.

O médico, por sua vez, segundo relatado na petição inicial, agiu com culpa, eis que foi negligente ao não adotar procedimento de cuidado e sabia previamente qual o joelho correto deveria ser operado.

Logo, a demanda direciona-se contra o hospital não por erro médico, mas por erro da equipe cirúrgica, empregados do nosocômio. Destarte, também se direciona contra o médico, por violação do dever de cuidado.

Aliás, houve a juntada nas fls. 19-21 dos autos do contrato de internação hospitalar celebrado entre as partes, o que legitima o direcionamento da ação contra o referido hospital. Vale referir o seguinte entendimento:

“Estabelecido um contrato entre o doente e o hospital, constata-se de plano, que este se compromete, implicitamente, a proporcionar àquele uma assistência idônea e satisfatória, assistência essa que tem por escopo não só a prestação de serviços médicos propriamente ditos, quando convencionados, como também a prestação de serviços decorrentes da hospedagem que oferece.”¹

Assim, não acolho a preliminar de ilegitimidade passiva.

¹ Cf. ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. *Responsabilidade dos Hospitais*, In: Direito Médico. Implicações Éticas e Jurídicas na Prática Médica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 308.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

III - MÉRITO

Da Responsabilidade Objetiva do Hospital

A responsabilidade civil de hospitais e de entidades de saúde congêneres, como prestadores de serviços que são, tem por fundamento o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que assim prevê:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º 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.

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



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

Logo, os estabelecimentos prestadores de serviços de saúde respondem pelo fato do serviço objetivamente, conforme leciona Sérgio Cavalieri Filho²:

“Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes. É o que o Código chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço.

Essa responsabilidade, como se constata da leitura do próprio texto legal, tem por fundamento o fato gerador do serviço, que, fornecido ao mercado, vem dar causa a um acidente de consumo.”

Esta é a orientação tanto da jurisprudência do STJ (RESP 1184128/MS, 3ª Turma) quanto desta Egrégia Câmara, nos termos dos precedentes que colaciono:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL HOSPITALAR PELA ATUAÇÃO DO CORPO CLÍNICO. ERRO MÉDICO. NÃO VERIFICAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO QUE SEGUIU O NORMALMENTE OBSERVADO PELA CULTURA MÉDICA. INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR. *A responsabilidade civil das instituições hospitalares é, em regra, objetiva, fundada no Código de Defesa do Consumidor. Isso porque, ao oferecer no mercado de consumo serviços de assistência médica e hospitalar mediante remuneração, os hospitais se sujeitam às disposições da legislação consumerista, enquadrando-se no conceito de fornecedora de serviços da área de saúde, nos termos do art. 14 do CDC. Não obstante isso, se a pretensão da parte*

² Programa de Responsabilidade Civil, 9ª edição, Malheiros, São Paulo, 2010, p. 399.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

autora se baseia na falha na atuação dos médicos, não poderá o hospital responder objetivamente, pois o art. 14, § 4º do CDC, impõe aos profissionais liberais responsabilidade subjetiva. Caso concreto em que, considerando a prova dos autos, é de se concluir pela adequação e regularidade do tratamento médico-hospitalar oferecido ao autor, não tendo os hospitais-réus, por meio de seu corpo clínico, atuado com culpa em qualquer de suas modalidades. Esta conclusão, aliada à ausência de sequelas decorrentes do tratamento, leva ao reconhecimento da inexistência dos pressupostos da responsabilidade civil dos demandados. Improcedência do pedido mantida. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70035004373, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 15/09/2010) (grifei)

Deste modo, considerando a causa de pedir exposta na petição inicial, a responsabilidade do hospital é objetiva, impondo-se a seguinte distinção, aliás, como já adiantado no item anterior:

*“Pode acontecer que o paciente procure direta e unicamente o especialista – quase sempre um cirurgião – para realizar a intervenção ou o ato médico determinado. Normalmente, após haver ajustado com o cirurgião, o paciente não se envolve com nenhuma outra providência – e cabe ao médico eger a clínica ou o hospital em cujas dependências ocorrerá a intervenção. Admite-se, geralmente, que o médico detém autorização tácita do paciente para ingressar nesse ou naquele nosocômio. **Caso sobrevenham danos ao paciente, há que identificar a origem: se causados pela atuação do próprio médico, ou se decorrentes da hospitalização (estado dos instrumentos, medicamentos deteriorados, sangue contaminado, etc.) – ou danos causados por pessoal de enfermagem, fora do ato médico propriamente dito. Basicamente, o médico responderá pelos danos ocasionados em decorrência da sua própria atuação; pela atuação***



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

dos funcionários, ou pela falha de algum equipamento, responderá o estabelecimento.³

Com efeito, para o deslinde do feito seria crucial fazer esta distinção: o âmbito da conduta de responsabilidade do hospital e o âmbito da conduta de responsabilidade do médico que operou a parte autora.

Relativamente ao hospital, examinando os autos, verifico que a hipótese é de **violação do dever de preservação da incolumidade** do paciente, diretamente relacionado com os serviços prestados pela entidade hospitalar. Ao examinar os deveres oriundos da hospedagem ou internamento, menciona Décio Policastro:

*“A hospedagem hospitalar adequada está intimaente associada ao dever de boa prestação de serviço ao usuário internado. Compreende: alojamento, o respeito à dignidade da pessoa, a preservação da incolumidade e, no geral, todos os cuidados necessários ao bem estar durante o tempo da internação. O bom atendimento ao usuário deve estar em toda parte do hospital.”*⁴

No mesmo sentido, aduz Álvaro Henrique Teixeira Almedida:

*“Serviço de internamento são aqueles que poderíamos classificar como decorrentes da atividade hospitalar propriamente dita. São os serviços que não compreendem um ato médico. São os serviços prestados pelo hospital, relativamente à hospedagem e aos serviços paramédicos. **Tais serviços, tácito ou expressamente, são contratados pelo paciente quando se interna num estabelecimento hospitalar. Do contrato de internamento decorre um dever de***

³ Cf. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil dos Hospitais*. São Paulo: RT, 2010, p. 109-110.

⁴ *Erro Médico e suas Conseqüências Jurídicas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 97.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

incolumidade que tem por escopo colocar a salvo o paciente das conseqüências de uma prestação de serviço defeituoso.”⁵

No caso concreto, pelos documentos juntados verifica-se que a autora foi atendida em data de 06.08.2007 no ambulatório do Hospital Arcanjo São Miguel, na cidade de Gramado, com torção no joelho direito (boletim de fl. 14). Na ocasião, foi solicitado exame de Raio-x e imobilizado o local. No dia 16.10.2007, a autora realizou exame com médico ortopedista que atestou lesão meniscal no joelho direito (fl. 15).

Submetida a novos exames, em especial de ressonância magnética, a autora foi orientada à realização de cirurgia, em decorrência das impressões diagnósticas constantes do laudo da fl. 16. Na fl. 31 há registro de ocorrência policial, dando conta que a cirurgia foi realizada no joelho errado, isto é, no joelho esquerdo da autora.

A guia de solicitação de internação da fl. 23 sugere a realização de videoartroscopia com cirurgia do joelho direito. E, de fato, as descrições cirúrgicas das fls. 22 e 24 confirmam o alegado. Ou seja, a autora teve o joelho esquerdo operado. Só depois que constatado o erro é que foi operada do joelho direito, no mesmo dia. Tal situação é corroborada pela prova dos autos, em especial pela perícia judicial (fls. 189/195) e depoimentos das testemunhas das fls. 247/253.

Com relação à aventada escolha do profissional pela autora e ausência de subordinação, destaco que isso não tem relevância para o

⁵ *Responsabilidade dos Hospitais*, p. 317.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

desate da questão, pois como se verá a seguir, há falha no serviço atribuível ao nosocômio.

Na verdade, o que pretende o nosocômio réu em seu apelo é eximir-se da responsabilidade, atribuindo-a unicamente ao médico que operou a autora. Contudo, a prova dos autos leva a crer que, além da culpa do profissional, houve falha no serviço prestado pelo nosocômio.

Examinando os autos entendo que houve falha no serviço prestado pelo hospital, caracterizada pela negligência no atendimento pré-operatório da autora, pois não é admissível que esta fosse encaminhada ao bloco cirúrgico com indicação para cirurgia no joelho errado. Se ao médico cumpria averiguar a correção do procedimento a ser executado, outra conduta não poderia ser exigida do nosocômio, por meio dos funcionários responsáveis (sejam eles enfermeiros, técnicos de enfermagem, auxiliares, etc...), uma vez que a estes é atribuída a realização da correta preparação do paciente para a cirurgia.

Na medida em que a parte autora teve operado, num primeiro momento, o joelho errado, configurada a violação do dever de preservar a incolumidade física do paciente por parte dos serviços paramédico do hospital. A testemunha Aloir Neri de Oliveira, médico que em situação anterior havia atendido a autora, fls. 247/253, declarou:

“Procurador do Réu Rogério: Toda a preparação do paciente é feita pela equipe que está no bloco cirúrgico?”

Depoente: Exatamente

Procurador do Réu Rogério: Quem faz o posicionamento do material?”



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

Depoente: Normalmente a funcionária da sala, ela posiciona o material do lado inverso do joelho a ser realizado o procedimento. Ela já vai fazendo isso para agilizar.

Procurador do Réu Hospital: quando o cirurgião chega na sala o paciente está sedado?

Depoente: Na maioria das vezes sim.

Procurador do Réu Hospital: O preparo específico do campo cirúrgico é realizado por quem?

Depoente: Normalmente quando o cirurgião chega o campo cirúrgico está praticamente pronto, muitas vezes o paciente já está colocado, lavado, pintado.”

Ou seja, toda a preparação do paciente para cirurgia é feita pela equipe de funcionários do próprio nosocômio, decorrendo daí a responsabilidade deste.

Ao tratar da responsabilidade por fato de outrem, leciona Arnaldo Rizzardo⁶:

“Em qualquer dos casos, há uma equipe formada para assistir e auxiliar o cirurgião ou médico contratado. Se ele partiu a escolha, imputa-se-lhe a responsabilidade pelos danos produzidos ao paciente. Do contrário, se o hospital contratou os auxiliares, nele recaem as obrigações por danos verificados. Bem fez a distinção o Tribunal de Justiça de São Paulo: “Na responsabilidade pelos atos dos auxiliares e enfermeiros é preciso distinguir entre os danos cometidos por aqueles que estão diretamente sob as ordens do cirurgião, ou os destacados especialmente para servi-lo, daqueles cometidos por funcionários do hospital. No primeiro caso o cirurgião responderá. No segundo, a culpa deverá ser imputada ao hospital...”

Em importante trabalho sobre o tema⁷, é referido o seguinte:

⁶ *Responsabilidade Civil*. 4ª ed., 2009, p. 337.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

“3.5 Atendimento durante o ato cirúrgico

No decorrer do ato cirúrgico, são atividades do auxiliar de enfermagem:

- receber o paciente na sala cirúrgica, conferindo seus dados pessoais e sua identificação, e ficar ao lado dele enquanto estiver consciente;

...

- verificar se o campo operatório está preparado e, caso não esteja adequado, refazer seu preparo;”

A corroborar este entendimento, ressalto o depoimento prestado pela testemunha Ângela Bonfilho Moreira Souto (fls. 252/253), Coordenadora do Centro Cirúrgico do nosocômio réu:

“Procurador do Réu Hospital: *A questão da identificação específica do campo cirúrgico é um ato realizado por quem?*

Depoente: *A equipe de enfermagem quem faz.”*

Do trabalho acima referido, extraio as seguintes passagens, igualmente importantes para o caso em exame:

“5 O PACIENTE NA SALA CIRÚRGICA

Os procedimentos no Centro Cirúrgico devem estar sempre sob a supervisão do enfermeiro, a começar pelo recebimento do paciente na unidade, por ser este o profissional capacitado para avaliar-lhe o estado físico, emocional e dar-lhe p devido atendimento.

5.1 Recepção e preparo inicial

O paciente deve ser cordialmente recebido pelo pessoal de enfermagem, que confere seus dados pessoais e seu prontuário, certificando-se de que todos os exames se encontram anexos. Nesse momento são também verificadas as anotações pré-

⁷ In <http://pt.scribd.com/doc/53096935/Trabalho-Manual-de-Normas-e-Rotinas-Centro-Cirurgico>



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

operatórias feitas na unidade de internação: aplicação da medicação pré-anestésica, sinais vitais, retirada de próteses e jóias, problemas alérgicos e condições físicas e emocionais do paciente etc.

O paciente deve, então, ter os cabelos protegidos com um gorro descartável e encaminhado a sala cirúrgica, aos cuidados do circulante de sala, cuja função, nesse momento é a de manter uma conversa tranqüila com ele e orientá-lo sobre os procedimentos que virão. Na transferência do paciente da maca para a mesa cirúrgica, é preciso igualar as alturas desses dois equipamentos e encostar um no outro, a fim de facilitar a passagem. Deve-se verificar se a área operatória está devidamente preparada, realizando a tricotomia, se necessário, e manter o paciente aquecido e protegido até a entrada da equipe cirúrgica. Atualmente a tricotomia no local onde será realizada a incisão cirúrgica, deve ocorrer minutos antes da indução anestésica, como medida preventiva de infecção.”

...

“10 PREPARO DO CAMPO OPERATÓRIO

Ao ser colocado sobre a mesa cirúrgica, o paciente é cuidadosamente examinado pelo circulante de sala, que verifica se o campo operatório está devidamente preparado. Esse local deve estar rigorosamente limpo e, se necessário, isento de pelos.

As laterais do corpo do paciente devem ser protegidas com compressas ou campos cirúrgicos, que não precisam ser estéreis, com a finalidade precípua de absorver o excesso de produtos anti-sépticos. Com isso, evitam-se reações químicas adversas, como queimaduras químicas, que normalmente acontecem quando o paciente permanece por muito tempo na mesa cirúrgica.

O campo operatório deve ser exposto ao cirurgião, que normalmente faz a antissepsia, com produtos apropriados, já com técnica asséptica, ou seja, devidamente paramentado.

Dependendo do porte da cirurgia, ou mesmo da rotina de algumas equipes cirúrgicas, a área operatória é lavada com solução antisséptica detergente, por meio de compressas cirúrgicas estéreis, o excesso é limpo



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

com água destilada estéril, que é secada com compressa cirúrgica estéril. Em seguida é usado o antisséptico para o preparo do campo operatório.”

Especificamente com relação ao trabalho desenvolvido pela equipe de enfermagem, é crível sustentar que tais profissionais também estão sujeitos a erro, mas, muitas vezes o próprio sistema organizacional das entidades hospitalares favorece consideravelmente sua ocorrência. Se houver equívoco por parte da equipe de enfermagem, ao demarcar o campo cirúrgico de forma equivocada, como rotina, deve haver procedimento de conferência posterior, até mesmo pelo próprio cirurgião, salvo emergências que não permitam a realização tranqüila das rotinas hospitalares.

A testemunha Aloir Neri de Oliveira, como já referido, mencionou a responsabilidade tanto da equipe de enfermagem quanto do médico. Outrossim, a Coordenadora do Centro Cirúrgico, Ângela Bonfilho Moreira, afirmou nas fls. 252 que era a coordenadora e lhe relataram na ocasião que a cirurgia tinha sido feita no joelho errado. Mencionou que o preparo é feito pela equipe de enfermagem, mas que quando o cirurgião chega também é habito fazer a conferência. Outro dado importante relatado pela testemunha foi decorrente de pergunta do próprio procurado do réu Rogério. Afirmou que quando o paciente dá entrada no hospital todas as documentações necessárias já estão no hospital, mas o prontuário e o laudo não vêm.

Complementou que o laudo da cirurgia fica com o médico e que **fica uma cópia na recepção do hospital**, sendo que em alguns casos não é utilizado para fazer o preparo de cirurgia, pois **“alguns casos não saem da pasta”**. Questionada sobre a razão de adotarem tal procedimento, a testemunha respondeu: **depende da recepção, depende do convênio.**



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

Ora, sobre a ocorrência do erro as provas produzidas indicam que efetivamente a paciente foi operada, por engano, no joelho esquerdo, sendo logo em seguida constatado o erro, operando o joelho correto (direito) logo em seguida, por volta de 21:00 horas do mesmo dia.

O fato de o laudo pericial ter concluído em sentido diverso não infirma os demais elementos de prova dos autos. Disse o perito, fl. 194:

“- Quesitos do Réu

...

letra “f”: O posicionamento do paciente para a cirurgia, bem como o preparo do campo operatório é de responsabilidade do médico?

Resposta:

f) Sim.”

É que na forma do artigo 436 do CPC, o *juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.*

Houve, assim, **falha no dever de cuidado objetivo**, que impõe a observância da devida cautela, da atenção ou da diligência necessárias a fim de que determinado ato não resulte em lesão a bens jurídicos alheios.

Ao tratar do dever de cuidado, Cavalieri Filho⁸ leciona:

⁸ *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed., 2010, p. 33.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

“De se destacar, ainda, que no grau de diligência ou cautela exigível deve ser levado em conta não só o esforço da vontade para avaliar e determinar a conduta adequada ao cumprimento do dever, mas também os conhecimentos e a capacidade ou aptidão exigíveis das pessoas. O padrão que se toma para apreciar a conduta do agente não é só a do homem diligente, cuidadoso e zeloso, mas também do homem medianamente sensato, avisado, razoável e capaz.”

E finaliza o autor:

“A inobservância desse dever de cuidado torna a conduta culposa – o que evidencia que a culpa é, na verdade, uma conduta deficiente, que decorrente de uma deficiência da vontade, quer de inaptidões ou deficiências próprias ou naturais. Exprime um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, por ter violado o dever de cuidado quando, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo.”

De fato, em face das circunstâncias do caso, é possível imputar ao nosocômio, por intermédio dos seus funcionários, violação a dever de cuidado, já que deviam e podiam ter agido de outro modo. Isto fica claro a partir dos próprios exames da autora constantes nos autos. Todo o tratamento foi realizado no joelho direito, não sendo possível admitir que o outro fosse o operado. Na espécie, tivesse o corpo clínico adotado a devida cautela, não teria dado causa à desnecessária cirurgia, ao menos no momento, a que foi submetida a autora. Tenho que a equipe do nosocômio ignorou os métodos científicos (exames clínicos) que facilitariam o acerto na realização da cirurgia.

A falta de cuidado, no feito em apreço, exterioriza-se na negligência. Pela negligência, a culpa equivale a uma conduta passiva



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

(omissiva). Ocorre quando se deixa de observar medidas e precauções necessárias, conforme leciona Humberto Theodoro Júnior.⁹

Ademais, cumpre consignar que se trata de erro inescusável, porquanto ficou evidente a falta de diligência dos profissionais em relação ao quadro clínico da paciente.

Destarte, há responsabilidade atribuível ao nosocômio demandado, uma vez que os profissionais que lá trabalham não agiram com o cuidado recomendável no tratamento da autora. Portanto, o hospital demandado deve responder pela conduta dos seus prepostos.

O nexos de causalidade igualmente se faz presente, uma vez que o evento (cirurgia no joelho errado) resultou de um agir descuidado dos profissionais de saúde do nosocômio.

O dano moral suportado pela autora é patente, pois foi submetida a uma cirurgia sem necessidade, por flagrante equívoco na avaliação do seu quadro clínico.

Da Responsabilidade Civil do Médico

O Código de Defesa do Consumidor trouxe diversas inovações no que se refere às relações de consumo, antes preconizada pela

⁹ *DANO MORAL*. 4ª ed., p. 75.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

Constituição Federal, que tratou do tema da defesa e proteção do consumidor em seu capítulo sobre os direitos e garantias fundamentais¹⁰.

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor¹¹ instituiu, acertadamente, a responsabilidade civil do fornecedor de serviços, a qual ostenta natureza objetiva, porquanto não exige, para sua configuração, que seja perquirida a culpa no agir do agente.

Pelo que consta no dispositivo, pode-se dizer, sem dúvidas, que o Código de Defesa do Consumidor esposou a teoria do risco, ou seja, a responsabilidade objetiva, invertendo o quadro até então existente, na qual a parte mais fraca - o consumidor - tinha dificuldades enormes em provar os prejuízos causados pelo empreendedor.

Entretanto, o legislador, com prudência, estabeleceu uma exceção, prevista no § 4º do artigo 14 do CDC¹², ao ressaltar que a responsabilidade civil dos profissionais liberais seria regulada pela modalidade culposa.

Assim, trata-se de uma exceção à teoria objetiva largamente preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor. E, nesta hipótese de responsabilização, enquadra-se o médico, pois, além de constituir-se em prestador de serviços, também é profissional liberal, de modo que o disposto

¹⁰ “Artigo 5º.

(...)

XXXII - O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

¹¹ Art. 14 – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e risco.

¹² “§ 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

no parágrafo supracitado aplica-se quando lhe for imputada a prática de ato ilícito.

Desta forma, prevalece para o profissional da medicina a teoria subjetiva, isto é, a responsabilidade com culpa em qualquer uma de suas modalidades, quais sejam, imprudência, imperícia ou negligência.

Neste sentido, pertinente trazer ao exame o seguinte entendimento¹³:

“Exceção para profissionais liberais. Responsabilidade subjetiva: A única exceção do sistema do CD de responsabilidade objetiva é o §4º do art. 14 do CDC, que privilegia os profissionais liberais, retornando ao sistema subjetivo de culpa. Relembre-se que este artigo apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, falhas na segurança deste, muito comum no caso dos médicos, mas pouco comum no caso dos advogados. As falhas de adequação dos serviços dos profissionais continuam reguladas pelo art. 200 e SS. Do CDC, com sua responsabilidade solidária e de estilo contratual, logo, sem culpa. Também me parece que as pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais perdem este privilégio, devendo ser tratadas como fornecedores normais, elas mesmas são profissionais liberais. Aqui privilegiado não é o tipo de serviço, mas a pessoa (física) do profissional liberal. Difícil o caso das cadeias de profissionais liberais, como grupos médicos ou cirúrgicos que não abram mão de sua característica de profissionais liberais, mas atuem em grupo, talvez até com pessoas que não sejam profissionais liberais.”

Apesar da existência de posicionamento no sentido da não aplicabilidade do referido código, tem prevalecido o posicionamento contrário

¹³ Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 421-2.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

a este, ou seja, aplica-se o código, pois essa relação, paciente-médico, decorre da prestação de um serviço.

A este respeito, calha a lição de Sílvio Rodrigues¹⁴:

“O Código de Defesa do Consumidor regula todas as relações contratuais entre pessoas que adquirirem um produto e um serviço como destinatário final (art. 2º) e um fornecedor, que é todo aquele que fornece um produto ou um serviço mediante remuneração. Ora entre o cirurgião e paciente se estabelece um contrato tácito em que o cirurgião se propõe a realizar uma cirurgia na pessoa do paciente mediante remuneração e se obriga a usar toda a sua habilidade para alcançar o resultado almejado. Trata-se de um contrato de prestação de serviço, pois esse contrato na linguagem daquele código é toda atividade fornecida no mercado mediante remuneração (art. 3º par. 2º). Aliás, o Código do consumidor contempla a espécie de serviço fornecido pelos profissionais, tais como médicos, dentistas, etc ao declarar no par. 4ª do art. 14 que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”.

Contudo, cumpre ressaltar que tal prerrogativa legal apenas se refere ao médico, sem que a norma alcance os hospitais, empresas de assistência médica, os chamados convênios, e outros estabelecimentos destinados a cuidar de pacientes. Assim, pode-se concluir que a responsabilidade subjetiva do profissional liberal não atinge a pessoa jurídica, mas ambos, médico e convênios ou hospitais, são responsabilizados solidariamente.

No caso, a culpa do médico pelo ocorrido decorre do próprio acordo entabulado com a autora (fls. 254/255), homologado na fl. 272, que o

¹⁴ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 345.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

excluiu do polo passivo. Tal acordo equivale aos termos do reconhecimento do pedido, uma vez que o médico pagou à autora o valor de R\$ 5.000,00 pelos possíveis danos sofridos, bem como arcou com o pagamento da verba honorária ao patrono da demandante (no montante de R\$ 1.000,00).

Mas, é importante destacar: como o médico foi excluído da lide, em virtude do citado acordo homologado judicialmente, bem como considerando a causa de pedir formulada contra o hospital, referente ao serviço defeituoso, a consideração da culpa do médico não possui contornos fundamentais para delinear o dever de indenizar.

A partir de tudo que foi explicitado, cabível o pagamento da indenização por danos morais, impondo-se o exame de sua quantificação.

Fixação do *Quantum* dos Danos Morais

Conforme acima relatado, o apelo da autora está restrito ao pedido de reforma da sentença para majorar a indenização por danos morais fixada em quantia equivalente a 20 salários mínimos.

Inicialmente, cabe referir que, relativamente ao dano moral, não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso X, normatizou, de forma expressa, que são invioláveis a intimidade, a vida privada e a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Trata-se de previsão inserida no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, ou



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

seja, os bens jurídicos ali referidos são cruciais para o desenvolvimento do Estado Democrático.

Corolário, os bens jurídicos protegidos no artigo 5º e a reparação por danos morais não são elementos isolados na Constituição Federal, mas conectados, por exemplo, com o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal e que foi definida assim por Ingo Wolfgang Sarlet:

“Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo o qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar a promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”¹⁵

Outrossim, a indenização por danos morais, partindo desta pré-compreensão, segundo a qual, está interligada com a própria idéia de dignidade humana, insere-se nos fins da ordem econômica, pois no artigo 170 da Constituição Federal, está previsto como um dos seus fins assegurar a todos existência digna, além da defesa do consumidor (inciso V).

Urge, desta forma, repensar a própria noção de dano moral, como reflete Sérgio Cavalieri Filho:

¹⁵ *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 4ª ed. 2006, p. 60.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

*“À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é a violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral. Este e, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral, que já começou a ser assimilado pelo Judiciário...”*¹⁶

De qualquer sorte, apenas deve-se considerar como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que foge à normalidade, situação a ser verificada conforme a equidade, atentando-se para os próprios fins sociais a que se dirige a normatização da indenização por danos morais e as exigências do bem comum (artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Sobre o arbitramento do dano moral leciona Arnaldo Rizzardo¹⁷:

“Ao arbitrar o montante da reparação, o órgão judiciário deverá levar em conta que a indenização por dano moral visa duplo objetivo, no alvitre de Caio Mário da Silva Pereira¹⁸: “O fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: ‘caráter punitivo’, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter ressarcitório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido...”

¹⁶ Programa de Responsabilidade Civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 82.

¹⁷ Ob cit., p. 229.

¹⁸ Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro, Forense, nº 45, p. 62, 1989.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

Parece crível, assim, a necessidade de utilizar o parâmetro da proporcionalidade, seja sobre o ponto de vista da proibição do excesso (*Übermassverbot*) ou da proibição da insuficiência (*Untermassverbot*). Logo, não se pode fixar um valor deficiente, em termos de satisfação da vítima e punitivo para o agente causador, bem como não há como ser excessivo de modo a aniquilar os bens e valores contrários.

Adotando este entendimento, considero as seguintes variáveis para a fixação do dano moral: 1) a situação econômica das partes; 2) a ausência de contribuição da parte autora para o ocorrido; 3) a natureza da falha do serviço (operação no joelho errado); 4) as conseqüências à honra subjetiva da autora advindas da falha; 5) o fato de a cirurgia não ter prejudicado a mobilidade da autora.

Neste sentido, mais uma vez as palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

“Em conclusão, após a Constituição Federal de 1988 não há mais nenhum valor legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar o valor da indenização pelo dano moral, embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom-senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro não pode tornar-se fonte de lucro indevido.”¹⁹

No caso concreto, partindo de todos os elementos colacionados, fixo a indenização no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), revelando-se suficiente à devida reparação dos danos morais suportados

¹⁹ Programa de Responsabilidade Civil, p. 100.



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

pela parte autora, não configurando enriquecimento ilícito ou mesmo valor ínfimo.

Tal quantia vai acrescida de correção monetária pela variação mensal do IGP-M e juros de mora de 1% ao mês, ambos desde a data deste acórdão.

Como decorrência, pelos mesmos fundamentos, nego provimento ao apelo do nosocômio/réu no ponto em que postulado a redução do *quantum* dos danos morais.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao apelo da parte autora para majorar os danos morais para o valor de R\$ 20.000,00, e **NEGO PROVIMENTO** ao apelo do réu.

O valor dos danos morais majorados vão acrescidos de correção monetária conforme variação mensal do IGP-M e juros de mora de 1% ao mês, ambos desde a data deste acórdão.

DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA (PRESIDENTE E REVISORA) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY - De acordo com o(a) Relator(a).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LPO
Nº 70042169748
2011/CÍVEL

DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA - Presidente - Apelação Cível
nº 70042169748, Comarca de Caxias do Sul: "DERAM PROVIMENTO AO
APELO DA AUTORA E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO RÉU,
UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: DARLAN ELIS DE BORBA E ROCHA