

**AO JUÍZO DA Xª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO
JUDICIÁRIA DE XXXXXX/XX**

Processo nº: XXXXXX

Apelantes: FULANO DE TAL e HOSPITAL TAL

Apelada: FULANO DE TAL

FULANO DE TAL, já qualificada nos autos do processo em epígrafe, vem, respeitosamente, por intermédio da DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL, à presença de Vossa Excelência, apresentar

CONTRARRAZÕES

aos Recursos de Apelação interpostos por FULANO DE TAL às fls. 280/299 e HOSPITAL TAL às fls. 300/312, com fulcro no art. 1.010, § 1º do NCPC.

Requer sejam encaminhadas as contrarrazões recursais ao Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para apreciação e superior julgamento.

Pede e espera deferimento.

XXXXXX/XX, XX de XXXXXX de XXXX.

Defensor(a) Público(a)

**EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E
TERRITÓRIOS**

Processo nº: XXXXX

Apelantes: FULANO DE TAL e HOSPITAL TAL

Apelada: FULANO DE TAL

CONTRARRAZÕES AO RECURSO DE APELAÇÃO

COLENDAS TURMAS,

ÍNCLITOS DESEMBARGADORES!

1. DO BREVE RELATÓRIO

Trata-se a presente de contrarrazões aos recursos de apelação interpostos, em que os apelantes se insurgem contra a r. sentença de fls. 269/278.

Cuida-se, na origem, de ação indenizatória ajuizada por FULANO DE TAL, ora apelada, em face do HOSPITAL TAL e de FULANO DE TAL, ora apelantes, com o objetivo de compensação por Danos Morais e Estéticos, em valor a ser determinado por este juízo.

Narra a inicial (fls. 01/14 e docs. de fls. 12/37), em síntese, que em meados de ANO a Apelada realizou procedimento cirúrgico ginecológico com o primeiro Apelante, Dr. FULANO DE TAL, nas dependências do segundo Apelante, Hospital XXXXXX, tendo sofrido diversos danos em razão de erro médico consistente no fato de esquecer material estranho no abdômen da Apelada após a cirurgia invasiva de histerectomia para retirada do Útero, bem como de um Nódulo.

Afirma, ainda, que após ser atendida na emergência do segundo Apelante, foi submetida a novo procedimento cirúrgico para retirada do corpo estranho, tendo que permanecer internada na Unidade de Terapia Intensiva - UTI, para se recuperar de uma infecção generalizada provocada pelo material metálico.

Sustenta a Apelada que, após todos os procedimentos adotados para reparar o erro médico, ficou com cicatrizes relevantes que lhe causaram trauma estético. Nesse sentido, pleiteou reparação por Danos Estéticos e Morais.

Em sede de Decisão interlocutória (fl. 40), o i. magistrado *a quo* deferiu a gratuidade de justiça à apelada.

Devidamente citado, o primeiro Apelante ofereceu contestação às fls.48/57, pugnando pela improcedência do pedido inicial. Aduziu a impossibilidade de ter esquecido o material cirúrgico citado pela Apelada, visto que houve conferência de todo material cirúrgico e compressas. Afirma que teve ciência dos fatos

em XX/XX/XXXX, por meio de ligação telefônica de uma médica cirurgiã plantonista do HOSPITAL TAL.

Declara, ainda, á fl. 51 que, "sobretudo em casos onde a cirurgia possui grande sangramento, e principalmente quando ocorre em cavidade abdominal, o grande número de vísceras permite que uma compressa possa "sumir" das vistas do médico, que está sempre atento ao procedimento em si".

Assim esclarece que é de competência "da enfermeira assistente" que atuou durante o procedimento cirúrgico a conferência do material utilizado naquele ato.

Sustenta que a responsabilidade do profissional médico é subjetiva, com base no art. 951 do Código Civil.

Por sua vez, o segundo Apelante, HOSPITAL TAL, apresentou contestação às fls. 61/73, pugnando pela improcedência dos pedidos autorais, alegando ausência de conduta culposa imputável aos antepostos do Contestante. Afirmou não ter sido utilizado material metálico no curso do procedimento cirúrgico da Apelada como o identificado na tomografia posteriormente realizada por ela. Cita que a responsabilidade civil imputada ao Hospital não tem caráter objetivo, pois depende de comprovação de culpa subjetiva do profissional médico que atuou na espécie. E, caso seja acolhida a reparação pretendida, deve-se cogitar o valor de XXXX (XXXXXXX reais) como parâmetro para fixar o quantum indenizatório.

Em sede de réplica (fl. 111), a autora, ora apelada, refutou os argumentos expostos na contestação e reiterou o pleito inicial.

Em sede de decisão Interlocutória, (fl.142), o i. Magistrado deferiu a produção de prova testemunhal e indeferiu a pericial.

Ata de audiência de Instrução e Julgamento acostada às fls. 155/156.

Memoriais apresentados pelo segundo Apelante às fls. 179/185, bem como pelo primeiro Apelante às fls. 186/188.

Em sede de Decisão Interlocutória, (fl. 190), o i. Magistrado, revisando posicionamento anterior do juízo, deferiu a produção de prova pericial.

O laudo pericial foi acostado às fls. 224/235, sobre o qual houve manifestação das partes (fls. 248/255, 260/262 e 265/266).

Adveio, então, a r. sentença de fls. 269/278, em que o i. magistrado a quo julgou PROCEDENTE o pleito autoral para CONDENAR OS APELANTES, em caráter solidário, a pagarem á APELADA, a título de compensação por danos morais, a importância de R\$ XXXX (XXXXXX reais), acrescido da correção monetária (INPC-IBGE) a partir da data da sentença, nos termos da súmula 362, do STJ, e juros de mora (1% a.m) a partir da citação (art. 40 do Código Civil).

Ademais, CONDENOU os APELANTES, solidariamente, ao pagamento das despesas processuais, declarando encerrada a fase cognitiva do feito.

Inconformado com a r. sentença, o primeiro apelante, interpôs recurso de apelação às fls. 280/298, aduzindo, em síntese, ausência de prova da culpa, afirmando em tese que tomou todas providências e técnicas profissionais sob sua responsabilidade. Desse modo, alega que no laudo pericial a perita afirma que a responsabilidade pelas compressas é da enfermagem e não do médico. E por fim requer ao final a improcedência do pedido de Indenização referente a Apelada, bem como, subsidiariamente, seja reformada a sentença para que o valor do dano moral seja reduzido a

patamares compatíveis com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Por sua vez, o HOSPITAL TAL, segundo apelante, interpôs recurso de apelação às fls. 300/312, alegando não haver efetiva demonstração do nexo de causalidade, informando não existir nenhuma relação de preposição ou relação trabalhista entre o Hospital e o primeiro Apelante, não propiciando concluir que o médico agiu em nome do Hospital. Sustenta que apenas disponibilizou a estrutura hospitalar, não tendo qualquer direcionamento sobre o tratamento a ser realizado, tendo em vista que a sua obrigação consiste apenas em oferecer as dependências físicas. Por fim, requereu a improcedência dos pedidos formulados na inicial, bem como o afastamento ou a redução do valor arbitrado a título de compensação por danos morais.

Em que pese o inconformismo dos apelantes, a r. sentença não merece reforma pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

2. DAS CONTRARRAZÕES RECURSAIS

a) Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Inicialmente, frisa-se que o vínculo jurídico estabelecido entre as partes configura-se, indubitavelmente, como autêntica relação de consumo, nos termos dos artigos 2º e 3º do CDC (Lei 8.078/90), cujo objeto é a prestação de serviços médico-hospitalares contratado pela apelada, por intermédio de seu plano de saúde.

Fora contratato, a princípio, uma cirurgia de miomectomia para tratamento de mioma uterino (tumor de parede

de útero) que culminou, por decorrências cirúrgicas previsíveis, na realização de uma cirurgia de histerectomia (retirada do útero) em virtude do tamanho do mioma e do volume de sangramento uterino apresentado pela apelada.

O artigo 3º do CDC estabelece que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O artigo segundo do mesmo diploma legal estabelece que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

É certo que tanto o HOSPITAL TAL quando o Médico, Dr. FULANO DE TAL, se enquadram no amplo conceito de fornecedor previsto no artigo supracitado e, do mesmo modo, a apelada se enquadra na condição de consumidora, destinatária final dos serviços médico-hospitalares fornecidos pelos apelantes.

b) Da responsabilidade Civil dos apelantes pelos atos ilícitos praticados

Tratando-se o presente caso de relação jurídica de consumo, a legislação estabelece a responsabilidade objetiva do hospital, que subsiste concomitantemente com a responsabilidade subjetiva do médico.

Nessa perspectiva, comprovada a culpa do médico no âmbito da prestação de serviços contratada, exsurge a

responsabilidade solidária entre o profissional médico e a instituição hospitalar em nome da qual prestou os serviços.

Esse é o entendimento pacífico deste Egrégio Tribunal de Justiça, consoante se demonstra com o aresto abaixo colacionado:

DIREITO CIVIL - AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - APELAÇÕES - ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL OFTALMOLOGICO DE BRASÍLIA E MÉDICO - SOLIDARIEDADE - NEGLIGÊNCIA - NEXO DE CAUSALIDADE - VALOR DA INDENIZAÇÃO - RAZOABILIDADE - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - AUSÊNCIA - RECURSOS DESPROVIDOS.

1. No âmbito de incidência da reparação civil, enquanto os hospitais respondem objetivamente por eventual falha na prestação dos serviços, a responsabilidade dos médicos é subjetiva, pressupondo, portanto, a caracterização de conduta dolosa ou culposa da qual tenha decorrido o evento danoso.

2. Evidenciados os elementos da responsabilidade civil, devem ser reparados os danos morais e materiais causados à vítima, especialmente quando a negligência do médico ocasiona a transfixação da lâmina na pálpebra superior do olho esquerdo da paciente com a consequente perfuração da córnea.

[...]

6. Recursos desprovidos.

(Acórdão n.925566, 20130110063575APC, Relator: LEILA ARLANCH, Revisor: GISLENE PINHEIRO, 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 02/03/2016, Publicado no DJE: 11/03/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Não há dúvida, porém, que o médico apelante perpetrou ato ilícito culposamente e causou danos morais e estéticos na apelada, atraindo, de igual sorte, a responsabilidade objetiva do hospital.

No presente caso, o ato ilícito consistiu no defeito da prestação de serviços por parte dos apelantes, decorrente do fato de terem esquecido dentro do corpo da apelada, mais especificamente na cavidade abdominal, uma porção de compressa cirúrgica e uma pinça metálica por ocasião da primeira cirurgia a que foi submetida a apelada (miomectomia e histerectomia), conforme atestam o laudo de fl. 18, o relatório de fl. 33 e o laudo pericial de fls. 225/235. Tal cirurgia foi realizada pelo Dr. FULANO DE TAL nas instalações do HOSPITAL TAL, ora apelantes.

Frisa-se, ademais, que tais circunstâncias foram confirmadas pelo médico, primeiro apelante, ao afirmar em sua contestação (fl. 50) que “recebeu uma ligação de uma cirurgiã de plantão do Hospital XXXX informando que a Sra. FULANO DE TAL estava lá na emergência onde foi realizada uma tomografia que evidenciou corpo estranho na cavidade abdominal. [...] soube o requerido que a autora foi reoperada em XX de XXXXX de XXXX e neste momento foi encontrada compressa”.

Insta ressaltar, por oportuno, que após a alta médica da primeira cirurgia a apelada se queixou de dores e desconfortos

abdominais próximos ao local da cirurgia por diversas vezes ao médico primeiro apelante, que afirmava ser normal e prescrevia paracetamol.

Longos meses após a primeira cirurgia e após diversas visitas ao médico primeiro apelante, a apelada foi novamente ao HOSPITAL TAL, segundo apelante, oportunidade em que a médica cirurgiã plantonista solicitou a feitura de uma Tomografia Computadorizada do Abdome da paciente, que encontrou “segmento de alças intestinais da topografia do jejuno distendida, com grande material fecalóide, espessamento parietal e material filiforme metálico no interior”.

Outro médico do mesmo Hospital, Dr.FULANO DE TAL, após avaliar os resultados da Tomografia, constatou o corpo estranho e a necessidade de retirá-lo para evitar maiores agravamentos à saúde da apelada.

Realizadas três novas cirurgias para retirada do corpo estranho causador das dores e infecção grave generalizada, a saber, laparotomia exploradora (XX/XX/XXXX); apendicectomia com internação em UTI (XX/XX/XXXX); e enterectomia para retirada de segmento de alça intestinal e drenagem da cavidade abdominal (XX/XX/XXXX), a apelada foi internada e passou diversos dias na UTI para se recuperar, o que resultou em duas cicatrizes enormes que lhe causam grande desconforto estético e decorreram dos procedimentos adotados para reparar os graves erros da primeira cirurgia.

A regra esculpida no artigo 14, §1º, do Código de Defesa do Consumidor define que 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.

Em face do exposto, evidencia-se que o serviço prestado foi defeituoso, ante o esquecimento de materiais cirúrgicos empregados pelos profissionais médicos no interior da cavidade abdominal da apelada, causando gravíssimos riscos, como bem salientado no Laudo pericial à fl. 228, “qualquer corpo estranho na cavidade abdominal, pode levar a uma reação inflamatória, abscesso, infecção local, aderência, fistulização e até a morte”.

É considerado como defeituoso pelo CDC o serviço que não fornece a segurança que dele se espera, considerando, dentre outras circunstâncias, o resultado e os riscos que razoavelmente dele possam decorrer.

Não há dúvida, por razões óbvias, que nenhum consumidor espera, ao submeter-se a uma cirurgia com intuito de solucionar um problema de saúde, que terá que novamente ser submetido a procedimentos cirúrgicos em decorrência de atos negligentes dos profissionais e do hospital contratado, notadamente em razão de abandono de corpos estranhos na cavidade abdominal, em contrariedade a todo e qualquer protocolo e procedimento estabelecidos pelos regulamentos da boa prática médica.

Evidentemente demonstrado o ato ilícito e o dano causado à apelada, convém demonstrar o nexos causal entre eles e a culpa do médico, primeiro apelante.

O laudo pericial de fls. 225/235 afirma que o corpo estranho encontrado na paciente decorreu da cirurgia de histerectomia realizada pelo Dr. FULANO DE TAL, pois segundo

anamnese da paciente, ela nunca tinha feito nenhum procedimento cirúrgico no abdome e, relatando as sequelas oriundas dos objetos cirúrgicos deixados no corpo da apelada, consignou que qualquer corpo estranho na cavidade abdominal pode levar a uma reação inflamatória, abscesso, infecção local, aderência, fistulização e até a morte. “No caso da apelada, após uma tomografia abdominal com visualização do corpo estranho foi realizada uma laparotomia exploradora com ressecção de alças intestinais com corpo estranho no seu interior” (fl. 228/229).

Ademais, ao realizar o exame clínico na apelada, a perita Dra. FULANO DE TAL, CRM XXXX/XX, relata “abdome com cicatriz mediana xifo-pubiana, sem herniações, sem retrações. À palpação, abdome plano, flácido, indolor à palpação superficial e profunda, ausência de massas ou visceromegalia. Cicatriz umbilical mediana e retraída, sem hérnia” (fl. 227). Instrui o laudo, ainda, uma fotografia com a cicatriz abdominal, demonstrando inequivocamente o dano estético alegado pela apelada.

Os danos morais alegados decorrem *in re ipsa* e está evidenciado e robustecido pelo acervo probatório colacionado aos autos, tais como relatórios médicos, laudo pericial e fotografias.

Quanto à necessária demonstração da culpa do médico, primeiro apelante, eis que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, tem-se claramente demonstrada a sua conduta negligente ao esquecer materiais cirúrgicos na cavidade abdominal da apelada.

Não merece guarida a alegação do médico, primeiro apelante, de que não seria o responsável pelo controle do material cirúrgico utilizado no procedimento, notadamente as compressas, que seria de obrigação da equipe de enfermagem, em especial da enfermeira assistente.

O laudo pericial, ao responder o quesito 6 formulado pelo médico, primeiro apelante, acerca da conferencia/realização da contagem das compressas, se houve esquecimento por parte do médico em conferir a contagem e anotar na descrição cirúrgica; e se houve indicação de que faltava algum material cirúrgico (compressa) na descrição cirúrgica, a perita afirmou que o quesito restou prejudicado, pois “consta na descrição cirúrgica feita pelo Dr. FULANO DE TAL (pág. 92) que as compressas foram contadas e conferidas, mas não há anotação do procedimento de contagem, ou mesmo, de quantas compressas foram utilizadas no procedimento” (fl. 232 – grifo nosso).

Corroborando com o laudo pericial e tornando ainda mais clara a negligência do médico, primeiro apelante, consta do documento de fl. 92 que a conferência das compressas foi revisada pelo próprio médico, que atestou a conferência e a revisão delas, evidenciando a sua corresponsabilidade pelo controle dos materiais utilizados no procedimento cirúrgico.

Ademais, o Protocolo para Cirurgia Segura editado pelo Ministério da Saúde, ANVISA e FIOCRUZ define como equipe cirúrgica a “equipe composta por cirurgiões, anesthesiologistas, profissionais de enfermagem, técnicos e todos os profissionais envolvidos na cirurgia” e, em seu item 5.3 determina que, antes do paciente sair da sala de cirurgia:

A **equipe deverá revisar em conjunto** a cirurgia realizada por meio dos seguintes passos:

5.3.1 A conclusão da **contagem de compressas e instrumentais**.

Evidente, portanto, que a responsabilidade pela revisão e conferência do material cirúrgico utilizado no procedimento compete a toda a equipe médica, não se restringindo tal responsabilidade apenas aos profissionais de enfermagem.

Em face do exposto, ao atestar que o material cirúrgico utilizado no procedimento de miomectomia e histerectomia fora conferido, quando em verdade uma das compressas e um material filiforme metálico foi localizado no interior da cavidade abdominal da apelada, assumiu o médico, primeiro apelante, a responsabilidade *in concreto* pela conferência do material, evidenciando a sua conduta negligente. A responsabilidade do hospital, segundo apelante, é objetiva e solidária e emerge automaticamente ante a demonstração da culpa do médico.

Evidenciados os elementos da responsabilidade civil, como o ato ilícito decorrente do defeito na prestação dos serviços médicos, dos evidentes danos morais e estéticos experimentados pela apelada, pelo nexos de causalidade entre os danos e a conduta dos réus, e pela demonstração da culpa do médico, primeiro apelante, ante a inequívoca negligência no esquecimento de materiais cirúrgicos na cavidade abdominal da apelada, resta configurado o dever de indenizar.

c) Da quantificação do Dano Moral

Quanto ao pedido de indenização por danos morais, no presente caso, está facilmente demonstrado por toda a angústia e desgastes gerados à apelada, pelo transtorno decorrente da realização de três novas cirurgias com a finalidade de livrá-la das dores e demais consequências deletérias decorrentes do ilícito

perpetrado pelos apelantes, operando ofensa ao seu patrimônio ideal, ante o inegável sentimento de impotência frente à conduta dos apelantes.

É certo que o mero descumprimento de contrato, em regra, não gera dano moral, podendo, todavia, restar caracterizada a ofensa considerando fato específico e excepcional, tal como a profunda violação da vida privada da apelada que, em decorrência do serviço defeituoso prestado pelos apelantes, restou obstaculizada até a realização dos novos atos cirúrgicos.

Os danos morais devem ser fixados de forma moderada, atentando-se para os critérios da proporcionalidade dos danos sofridos, da exemplaridade e do caráter sancionatório da condenação, de forma que essa não se situe acima do que é razoavelmente devido – para evitar o enriquecimento ilícito – nem aquém desse patamar, para evitar que se torne inócua a condenação.

É válido mencionar, ademais, que a indenização deve atingir três finalidades: a prestação pecuniária que serve como meio de compensação pelos constrangimentos, aborrecimentos e humilhações experimentadas pela parte requerente; punição para a parte requerida e prevenção futura quanto a fatos semelhantes.

Nesse sentido é o seguinte julgado do E. TJDF:

CIVIL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. AMIL. APLICAÇÃO DO CDC. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÚMULA 469 DO STJ. CUSTEIO DE INTERNAÇÃO MÉDICO-HOSPITALAR. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. GRAVE RISCO À SAÚDE DO BENEFICIÁRIO. ATESTADO MÉDICO. INAPLICABILIDADE DO PRAZO DE CARÊNCIA. RECUSA INJUSTIFICADA. DESCUMPRIMENTO DE NORMA LEGAL E CONTRATUAL. LEI Nº 9.656/98. OCORRÊNCIA DE ABALO MORAL.

PREJUÍZO IN RE IPSA. QUANTUM COMPENSATÓRIO REDUZIDO. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. NORMATIVA DA EFETIVA EXTENSÃO DO DANO (CPC, ART. 944). FUNÇÃO PREVENTIVA-PEDAGÓGICA-REPARADORA-PUNITIVA. APELO PROVIDO EM PARTE. SENTENÇA REFORMADA.

[...]

10. O quantum compensatório a título de dano moral deve ser arbitrado em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Normativa da efetiva extensão do dano, por inteligência do artigo 944 do Código Civil. Não se pode olvidar, ainda, da incidência da função preventivo-pedagógica-reparadora-punitiva, para que se previna novas ocorrências, ensine-se aos sujeitos os cuidados devidos, sob pena de se sujeitar às penalidades legais, à reparação dos danos ao consumidor e à punição pelos danos causados.

[...]

(Acórdão n.1013051, 20160110025379APC, Relator: ALFEU MACHADO 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 26/04/2017, Publicado no DJE: 02/05/2017. Pág.: 686/702) (grifos nossos)

Vê-se, portanto, que para a quantificação do dano moral faz-se imprescindível a análise do grau de reprovabilidade da conduta lesiva e, com base neste, arbitrar indenização suficiente para punir e impedir a prática de novas condutas desta espécie.

No caso em tela, não se pode olvidar que a conduta dos apelantes foi do mais alto grau de reprovabilidade, uma vez que expôs a sérios riscos a vida e a saúde da apelada, e ainda configurou grave afronta à sua vida privada e à sua dignidade. Logo, a

indenização fixada pelo i. magistrado *a quo* em R\$ XXXXX (XXXXXX reais) foi adequada ao fim de reparar os danos morais sofridos pela apelada e para que os apelantes se tornem mais diligentes e não exponham a risco a vida e a saúde de outras pessoas.

3. DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer seja **negado provimento** aos recursos de apelação interpostos, mantendo-se integralmente a r. sentença impugnada.

Pede e espera provimento.

XXXXXXXX/XX, XX de XXXXXXX de XXXX.

Defensor(a) Público(a)