



TJSC. Ação de indenização por danos morais e materiais c/c pedido de pensão alimentícia por erro médico. Vasectomia. Inexistência de comprovação da culpa do profissional. Responsabilidade afastada. Aplicação do art. 951 do novo Código Civil. A jurisprudência e a doutrina têm classificado as cirurgias de vasectomia como obrigações de meio, não gerando indenização eventual gravidez indesejada, por não se tratar de método absoluto, eis que, estatisticamente, este procedimento prevê a possibilidade de falha a cada dois mil casos.

Decisão

Acórdão: Apelação Cível n. 2007.008386-1, de Xaxim.

Relator: Des. Fernando Carioni.

Data da decisão: 19.06.2007.

Publicação: DJSC Eletrônico n. 272, edição de 20.08.2007, p. 89.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS CUMULADA COM PEDIDO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA POR ERRO MÉDICO – VASECTOMIA – DESVIO DE CONDUTA TÉCNICA – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CULPA DO PROFISSIONAL – ONUS PROBANDI DO POSTULANTE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – NEXO DE CAUSALIDADE NÃO EVIDENCIADO – RESPONSABILIDADE AFASTADA – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – CONDENAÇÃO NOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – POSSIBILIDADE – SUSPENSÃO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 12 DA LEI N. 1060/50 – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

"A jurisprudência e a doutrina têm classificado as cirurgias de vasectomia como obrigações de meio, não gerando indenização eventual gravidez indesejada, por não se tratar de método absoluto, eis que, estatisticamente, este procedimento prevê a possibilidade de falha a cada dois mil casos" (TJSC, Des. Wilson Augusto do Nascimento).

O deferimento da assistência judiciária não exime o magistrado de condenar o beneficiário nos honorários advocatícios, posto que há apenas a suspensão da cobrança enquanto perdurar a incapacidade financeira pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos, conforme preceituado no artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.008386-1, da comarca de Xaxim (Vara Única), em que é apelante Gilmar José Baldin, e apelado Cleverson Lara Martins:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Gilmar José Baldin ajuizou Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais c/c Pedido de Pensão Alimentícia n. 081.04.002113-1, contra Cleverson Lara Martins, em decorrência de erro médico.

Sustentou que, na data de 19-9-2000, procurou o réu para realizar uma cirurgia de vasectomia. Todavia, 2 (dois) anos após a realização do procedimento cirúrgico, em 30-4-2004, sua esposa engravidou.

Asseverou que a falta de cuidado do médico ao proceder a cirurgia causou-lhe grande contrangimento, afetando a sua auto-estima e a sua vida conjugal, razão pela qual possui o réu o dever de indenizá-lo pelos prejuízos causados.

Requeru diante dos gastos que teve com o nascimento da criança, a devolução em dobro dos valores, aproximadamente R\$ 2.000,00 (dois mil reais), bem como uma pensão alimentícia para o sustento do seu filho, até que este complete a maioridade.

Por fim, postulou a condenação do réu ao pagamento, não inferior a R\$ 118.300,00 (cento e dezoito mil e trezentos reais), a título de danos morais, e R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a título de danos materiais, bem como o deferimento da Assistência Judiciária Gratuita e a condenação de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor da causa.

Juntou documentos às fls. 15 a 37.

Devidamente citado Cleverson Lara Martins, apresentou contestação, alegando preliminarmente a ilegitimidade ativa do autor e a carência da ação.

No mérito, sustentou que realizou a vasectomia no autor, a nível ambulatorial, informando-o que deveria utilizar métodos contraceptivos por um período de 30 (trinta) dias, sendo que após esse período, o paciente deveria realizar um espermograma e retornar para uma nova avaliação, pois conforme informa a literatura médica, para se ter sucesso em uma vasectomia, o paciente precisa fazer o espermograma. Acrescentou que o autor jamais realizou o espermograma ou retornou para uma nova consulta, motivo pelo qual a vasectomia não atingiu o resultado desejado.

Arguiu ter agido com técnica e todos os cuidados possíveis; que não houve negligência, imperícia e nem imprudência, fatos que caracterizariam o erro médico; que conforme o art. 333 do Código Civil e art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não há como atribuir ao réu a inversão do ônus da prova, cabendo ao autor provar o fato constitutivo do seu direito.

Afirmou que a indenização por danos morais, requer a comprovação do dano, do nexo causal e da culpa, pois a responsabilidade civil do médico é subjetiva; que caso o entendimento seja no sentido da existência do dano, este não caracterizaria o direito a indenização por danos morais, por não possuir nexo de causalidade com a sua conduta praticada. Asseverou, ainda, que o autor não comprovou a existência de culpa do réu.

Alegou, por fim, que caso haja a condenação em danos morais, o quantum indenizatório deve ser reduzido.

Houve réplica às fls. 87 a 95.

Sentenciando o feito, o MM. Juiz de Direito julgou improcedente o pedido e condenou o autor a pagar honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa (fls. 96 a 101).

Irresignado com o decisum, Gilmar José Baldin apresentou apelação, alegando que após a realização da vasectomia, em setembro de 2000, retornou ao consultório do apelado, na data de 27-10-2003 (fl. 20), sendo que o apelado não requisitou nenhum exame.

Assevera que para a configuração do dano, faz-se necessária a existência do fato lesivo, o dano patrimonial ou moral e o nexo de causalidade, entre o fato e o dano, independente da culpa; que conforme o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, possui o direito de ser indenizado, em consequência do dano causado pelo apelado, competindo a este a inversão do ônus da prova.

Requer, ao final, a exclusão do pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, uma vez que beneficiado pela assistência judiciária gratuita.

Contra-razões (fls. 112 a 115).

VOTO

A presente inconformação tem por objeto a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa (fls. 96 a 101).

Em suas razões recursais, diz o apelante, em síntese, que a realização da vasectomia ocorreu em setembro de 2000, e que seu filho nasceu em abril de 2004, portanto, mais de 3 (três) anos após a cirurgia, tempo muito além dos 30 (trinta) dias que deveria tomar cuidado.

Diz que retornou ao consultório do apelado, na data de 27-10-2003 (fl. 20), como também em outras oportunidades.

Afirma estar comprovado o desvio da conduta técnica do apelado que, aliado aos inquestionáveis danos a que foi submetido, viabiliza a responsabilização civil do médico.

Em que pesem suas argumentações, estas não merecem prosperar.

Ab initio, de acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, salienta-se que a responsabilidade civil do médico, como atividade profissional liberal ou empregatícia, é subjetiva (in Novo Curso de Direito Civil, vol. 3, Responsabilidade Civil, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 243).

Desse modo, a responsabilidade civil do médico é aquela que resulta do seu dever de compensar os danos causados em seus pacientes, no exercício de sua profissão, expressamente prevista no art. 1.545 do antigo Código Civil, vigente à época dos fatos:

Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que a imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento (com correspondência no art. 951 do CC/02).

A obrigação do médico, via de regra, é de meio, ou seja, não garante a cura, mas, sim, o tratamento adequado, podendo, em outros casos, ser de resultado, como na cirurgia estética e, ainda, de natureza delitual, quando cometido um ilícito penal ou quando houver descumprimento das normas regulamentares da profissão.

Tecendo comentários, ensina Maria Helena Diniz:

A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina. Todavia, há casos em que se supõe a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade, nas cirurgias estéticas e nos contratos de acidentes. Excepcionalmente a responsabilidade do médico terá natureza delitual, se ele cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão (in Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 7, 17. ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 271).

Por oportuno, a insigne doutrinadora resume os deveres do médico em três objetivos principais: a dar conselhos ao seu cliente, cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina e abster-se do abuso ou do desvio de poder (ob. cit., p. 271).

A obrigação no ressarcimento do dano à vítima só será devida se demonstrada a culpa ou outro elemento caracterizador da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta ilícita, sendo esta comissiva ou omissiva; o dano, ou seja, a ocorrência de dano moral e/ou patrimonial; e, por último, o nexo de causalidade, a fim de estabelecer uma ligação entre o dano causado e a conduta culposa.

Salienta-se que a conduta profissional, com base em erro médico, somente será suscetível de gerar o dever de indenizar quando, tanto no diagnóstico como no tratamento clínico ou cirúrgico, ficar evidente a culpa do profissional em seu desempenho.

No caso dos autos, analisando as provas documentais trazidas a lume, não há como considerar, com absoluta certeza, a configuração da culpa do médico e o conseqüente dever de indenizar.

Inquestionavelmente, constata-se que o apelante submeteu-se a uma intervenção cirúrgica de vasectomia em 19 de setembro de 2000.

O eminente Magistrado de primeiro grau Dr. Renato Maurício Basso bem asseverou:

[...] De rigor, a vasectomia é a interrupção dos ductos deferentes realizada por meio cirúrgico e que visa a esterilização definitiva do homem (DR. Eduardo Lopes – Membro Titular da Sociedade Brasileira de Urologia - [http://www.sbu-mg.org.br/Vasectomia lei. htm](http://www.sbu-mg.org.br/Vasectomia%20lei.htm), acesso em 11-8-2006).

Inobstante a simplicidade e eficiência do procedimento cirúrgico, admite-se a possibilidade de recanalização espontânea dos ductos deferentes. A hipótese é rara mas não impossível.

Logo, após a vasectomia, deve-se continuar com os métodos contraceptivos até a realização do exame do esperma. Os segmentos dos ductos deferentes localizados acima dos locais aonde foram fechados permanecem cheios de espermatozoides durante um período variável de tempo. Não é incomum a eliminação de alguns espermatozoides vivos durante muitas ejaculações. Em alguns casos, serão necessários até 30 ejaculações para a realização do exame do esperma. Como regra geral, optamos pela realização do primeiro exame após 20 ejaculações. Na sua absoluta maioria o esperma não conterà mais espermatozoides nem vivos nem mortos. As exceções existem e podem requerer maiores números de ejaculações antes da realização da avaliação laboratorial. A recanalização espontânea precoce ou tardia pode acontecer em menos de 1% das vezes. Geralmente ela é decorrente da técnica inadequada. Portanto é prudente a realização do espermograma de controle até um ano após a vasectomia. Alguns preconizam uma revisão anual com realização de exames do esperma durante os 03 primeiros anos após a intervenção cirúrgica. Achamos um exagero desnecessário. O importante é entender que a vasectomia é um método seguro em 99,99% (quase mas não 100%) (<http://www.sbu-ba.org.br/vasectomia.htm>, acesso em 11-8-2006).

Ainda, de acordo com a experiência médica e conhecimento técnico de que este tipo de cirurgia não tem resultado contraceptivo imediato, deve o médico informar e orientar seu paciente a prosseguir utilizando métodos contraceptivos alternativos e fazendo os espermogramas periodicamente até se diagnosticar a azoospermia (ou seja, ausência total de

espermatozoides). Deixando claro que, somente a partir deste resultado, é que se já é possível abandonar os outros métodos de anticoncepção [...] (fls. 98 e 99).

Conclui-se, assim, que o autor/recorrente não produziu qualquer prova sobre o fato de ter comparecido ou não, no consultório do cirurgião, a fim de avaliar o resultado da cirurgia como exige e recomenda a prática (rotina – fazer o espermograma).

Dessa feita, é dado ao ofendido ajuizar ação de indenização por dano moral desde que venha a comprovar o fato constitutivo de seu direito, conforme artigo 333, inciso I, do CPC:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito

Sobre o tema, lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

A regra estampada no art. 333 é bastante simples, e recorre a paradigmas já consolidados no direito processual. O ônus da prova incumbe a quem alega (ou, mais precisamente, a quem tem o ônus de alegar). Assim, incumbe ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, cabendo ao réu comprovar as exceções indiretas, ou seja, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor (in Manual de Processo de Conhecimento – a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 310).

No mesmo sentido, ensina Sílvio Rodrigues:

Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente (in Direito Civil: Responsabilidade Civil, vol. 4, Saraiva, 1986, p. 18).

Acerca da matéria, convém assentar a ensinância do doutrinador autor Rui Stoco:

Não basta que o agente haja procedido contra jus, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um "erro de conduta". Não basta que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação de indenizar.

É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado [...].

E complementa:

O nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito (in Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 75)

Na espécie, não existem nos autos prova robusta acerca do nexo de causalidade entre a conduta do profissional e os supostos danos sofridos pelo apelante, razão pela qual o desprovimento do apelo é medida cogente.

Ademais, conforme já salientado, o recorrente deveria ter retornado ao consultório médico após o procedimento cirúrgico a fim de atestar o sucesso da cirurgia, por meio do exame de contagem de esperma.

Assim, deveria o paciente ter retornado ao consultório médico para acompanhamento clínico posterior, sob pena de não o fazendo frustrar o resultado satisfatório da cirurgia, como de fato ocorreu.

Por tais motivos, não há cogitar a responsabilidade civil do apelado, ante a ausência de nexo causal entre a conduta do profissional e o suposto dano causado ao autor e sua esposa (gravidez).

Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência:

INDENIZAÇÃO - AGRAVO RETIDO - REVELIA NÃO CARACTERIZADA - CIRURGIA DE VASECTOMIA - GRAVIDEZ DA ESPOSA POSTERIOR - CULPA DO MÉDICO NÃO CARACTERIZADA - SENTENÇA CONFIRMADA - RECURSO DESPROVIDO

A obrigação do médico em cirurgia de vasectomia é de meio, não gerando direito à indenização a gravidez indesejada da esposa, ainda mais quando o espermograma conduz à conclusão de que o paciente tem dificuldade de fecundação (AC n. 2001.007335-8, de Lages, rel. Des. Orli Rodrigues, j. em 22-3-2005).

APELAÇÃO CÍVEL - DANOS MORAIS - INTERVENÇÃO CIRÚRGICA - VASECTOMIA - OCORRÊNCIA DE GRAVIDEZ DA ESPOSA A POSTERIORI - CARACTERIZAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE MEIO - CULPA NÃO DEMONSTRADA - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Ressalvadas algumas exceções (anestesiologista e cirurgião plástico estético), tem o médico obrigação de meio, devendo, portanto, agir sempre em conformidade com os meios que dispõe, na tentativa de alcançar a cura, que eventualmente pode não ser atingida. Somente a inobservância dos cuidados adequados da conduta médica (culpa em uma de suas modalidades: imperícia, imprudência ou negligência) é que pode ensejar a responsabilidade subjetiva do profissional, sendo imprescindível à sua caracterização a comprovação do ato, dano e o nexo de causalidade entre ambos.

2. "A jurisprudência e a doutrina têm classificado as cirurgias de vasectomia como obrigações de meio, não gerando indenização eventual gravidez indesejada, por não se tratar de método absoluto, eis que, estatisticamente, este procedimento prevê a possibilidade de falha a cada dois mil casos." (Des. Wilson Augusto do Nascimento) (AC n. 1999.020056-6, de Brusque, rel. Dionizio Jenczak, j. em 5-11-2004).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - VASECTOMIA - AZOOSPERMIA CONFIRMADA - PRESUNÇÃO DE ESTERILIDADE - GRAVIDEZ POSTERIOR - FERTILIDADE COMPROVADA - POSSIBILIDADE DE FALHA SEM CULPA DO CIRURGIÃO - RECURSO DESPROVIDO.

Não há erro médico na cirurgia que visa esterilidade do paciente se os procedimentos corretos foram adotados e a comprovação da azoospermia se deu em tempo hábil. A fertilidade posterior é falha reconhecida pela medicina que independe de ação culposa do cirurgião. (AC n. 2003.021296-5, de Tubarão, rel. Des^a. Salete Silva Sommariva).

ERRO MÉDICO. INOCORRÊNCIA. LAUDO PERICIAL. DANO MORAL. DANO MATERIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. DANOS MORAL E MATERIAL NEGADOS. VASECTOMIA EM HOSPITAL BENEFICENTE.

Trata-se de cirurgia de meios e não de resultado, de esterilização absoluta, podendo ocorrer "recanalização espontânea dos dutos deferentes" do esperma. Paciente que abandona e não volta ao pós-operatório (aconselhável, inclusive, duplo espermograma de controle). Laudo oficial nega erro médico-cirúrgico (TJ-RJ, AC 17674/2002, Rio de Janeiro, Décima Sétima Câmara Cível, rel. Des. Severiano Ignacio Aragão, j. em 11-9-2002).

A par disso, observa-se que a culpa do profissional não foi evidenciada, pois além do procedimento cirúrgico não oferecer garantia plena de resultado, não tomou o paciente as precauções necessárias com o devido acompanhamento pós-operatório. Logo, afasta-se o dever de o apelado indenizar o erro profissional imputado, visto não ficar caracterizada imperícia, imprudência ou negligência em seus atos. É que afirmar que houve erro médico, particularmente em um caso em que existe fortes indícios de que o paciente contribuiu para o risco ao não se submeter aos cuidados indicados pelo profissional da área da saúde, excede os limites do bom senso e do razoável, como bem atestou o Magistrado a quo em sua decisão à fl. 101.

Portanto, em face do acima exposto, deve ser mantida a sentença neste ponto.

Noutro norte, pugna o recorrente pela impossibilidade de arcar com o pagamento da verba honorária e custas do processo, sob o fundamento de que lhe fora concedido o benefício da assistência judiciária gratuita às fls. 101.

A Lei n. 1.060/50 estabelece que:

Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.
§ 1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

Denota-se, dos autos que o magistrado a quo, tendo por base a declaração de pobreza emitida pelo apelante, concedeu o benefício da assistência judiciária, à fl. 101.

Ressalta-se, ainda, que em qualquer fase do processo, provada a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão, pode a benesse ser revogada (art. 7 da Lei n. 1.060/50).

Nesse norte:

Para usufruir a justiça gratuita basta ao requerente afirmar-se carecedor de condições financeiras para arcar com as despesas do processo. Compete exclusivamente à parte ex adversa o ônus de provar a inverdade da declaração, derruindo a presunção

relativa de carência (Ag n. 2001.001190-0, de Ituporanga, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 21-6-2001, DJ de 23-7-2001).

No entanto, não obstante ser beneficiário da assistência judiciária, deve ser mantida a condenação do apelante ao pagamento dos honorários advocatícios, sendo que sua exigibilidade ficará suspensa pelo prazo de cinco anos previsto no art. 12 da Lei da Assistência Judiciária, e somente após este período, se não houver mudança na situação econômica do beneficiário, prescreverá a obrigação do apelante de pagar os honorários ônus sucumbenciais.

Nesse sentido:

Ao beneficiário vencido da assistência judiciária pode ser imposta condenação em custas e honorários advocatícios, ficando, todavia, suspensa a obrigação enquanto persistir o estado de pobreza, até cinco anos, quando, então, a dívida será extinta pela prescrição. Decisão estadual que se harmoniza com a orientação do STJ a respeito (REsp n. 594.131, de São Paulo, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 1-6-04, DJ 9-8-04, p. 276)

O fato de haver sido a vencida agraciada com os benefícios da justiça gratuita, não a isenta, de plano, dos consectários da sucumbência. Estes impõem-se fixados, suspensa, apenas, a sua exigibilidade pelo prazo previsto na lei de regência (AC n. 2004.003907-7, de Mafra, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 27-5-04).

Assim, permanece a condenação do apelante em arcar com os honorários advocatícios; no entanto, fica suspensa a sua exigibilidade pelo prazo de cinco anos.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, tão-somente para suspender a exigibilidade dos honorários advocatícios pelo prazo de cinco anos, conforme disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/50.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, dá-se parcial provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Sérgio Izidoro Heil.

Florianópolis, 19 de junho de 2007.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

<http://www.cc2002.com.br/noticia.php?id=436>