Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

Registro: 2016.0000472057

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008773-11.2013.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, PREFEITURA MUNICIPAL DE MURUTINGA DO SUL e IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE MURUTINGA DO SUL, é apelado [redacted] SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo retido e deram parcial provimento aos apelos e ao reexame necessário, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA E RUBENS RIHL.

São Paulo, 5 de julho de 2016.

Vicente de Abreu Amadei
RELATOR
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 12.742

APELAÇÃO Nº 0008773-11.2013.8.26.0024 E REEXAME NECESSÁRIO.

APELANTES: Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Murutinga do Sul e Prefeitura Municipal de Murutinga do Sul (rés).

APELADA: [redacted] Santos (autora).

INTERESSADA: Fazenda do Estado de São Paulo.

APELAÇÕES, AGRAVO RETIDO E REEXAME NECESSÁRIO - Ação de Indenização - Danos materiais e morais - Alegação de negligência, no atendimento médico efetuado, e dispensado ao companheiro da autora em Santa Casa conveniada ao SUS e com repasse de verbas municipais - Legitimidade passiva da municipalidade - Paciente atendido por *"falso médico"* contratado pela Santa Casa do município, que veio a óbito após internação de urgência e emergência em nosocômio de outra cidade, em virtude de traumatismo craniano - - Prova produzida pela autora não rebatida ou desfeita pelas rés - Nexo de causalidade configurado à luz dos elementos de prova dos autos e do bom senso, considerando a falta grave em manter, em seus quadros técnicos, pessoa inabilitada para o exercício da medicina - Responsabilidade dos entes públicos, pelos errôneos atos praticados por seus prepostos - Dever de indenizar de previsão constitucional inafastável - Responsabilidade das rés pela atuação de seus agentes e do dever de fiscalizar - Indenização por danos materiais e morais devida - Valor fixado para a indenização de dano moral que bem atende aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade - Sentença de procedência mantida em seu miolo, com pequeno reparo para a observação da Lei Federal nº 11.960/2009 no cômputo dos acréscimos, retificação do termo inicial de suas incidências e realinhamento do *quantum* da verba honorária - AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÕES DAS RÉS E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

Trata-se de apelações sucessivamente interpostas pela Prefeitura Municipal de Murutinga do Sul (fls. 381/386) e pela Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Murutinga do Sul (fls. 388/407), às quais se agrega o reexame necessário, em ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por [redacted] Santos, em face da r. sentença (fls. 333/337), que julgou procedente a demanda, para condenar solidariamente as rés ao pagamento (a) de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de indenização por danos morais, corrigidos pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça a partir da data da decisão, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a data do dano sofrido; e, (b) pensão mensal 50% (cinquenta por cento) de 2/3 (dois terços) do salário então percebido pela vítima a partir de seu falecimento, no valor de R$ 402,67 (quatrocentos e dois reais e sessenta e sete centavos), a título de danos materiais, pagos até a data em que a vítima completaria 70 (setenta) anos de idade ou até que a autora contrair novas núpcias, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, nos termos do art. 1º-F, da Lei Federal nº 9.494/97, com a redação da Lei nº 11.960/09, desde a data do evento morte. Por fim, condenou as rés ao pagamento das despesas do processo e da verba honorária de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

A municipalidade ré, irresignada, apela para a reforma da r. sentença e, reiterando o Agravo Retido nos autos (fls. 246/247), alega, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva; e, no mérito, a ausência de nexo de causalidade e, daí, a inexistência do dever de indenizar.

Por seu turno, a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia

de Murutinga do Sul, em suas razões de apelo para a reforma da r. sentença, alega, preliminarmente, a carência da ação por ilegitimidade de parte da autora; e, no mérito, a inexistência do nexo causal entre os atos praticados pelos seus prepostos e o evento morte, aliado, ainda, ao fato da ausência de prova hábil nos autos sobre o fato de ter contratado um *"falso médico"*, cabendo à apelada fazer prova de suas alegações, o que não ocorreu nos autos desta demanda, impugnando, ao final, a existência de dano material indenizável, pois ausente a prova cabal necessária ao seu reconhecimento. Subsidiariamente pugna pela redução do valor da condenação e da verba honorária fixada, pois em desacordo com os princípios que regem a matéria.

Recebidos os recursos no duplo efeito (fls. 409), foram contrariados (fls. 416/432), a Fazenda Pública do Estado de São Paulo integrou, inicialmente, o polo passivo desta demanda e, no despacho saneador (198/2012), o Juízo de piso reconheceu a sua ilegitimidade de parte, extinguindo o processo sem resolução do mérito quanto a ela. Todavia, a Fazenda, após a r. sentença, ofertou apelação (fls. 342/377), e, antes da subida dos autos a este segundo grau de jurisdição, a Douta Procuradoria desistiu (fls. 439) do recurso interposto, desistência esta que foi homologada pelo Juízo *a quo* (fls. 440).

Assim, os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça.

Anotadas, em contrarrazões, a alegação de que a Fazenda do Estado de São Paulo é legítima para figurar no polo passivo da demanda, pois solidária no dever de indenizar e, ainda, o pedido de majoração na condenação dos danos materiais, bem como a extensão do pagamento até a idade em que o falecido completaria 74 (setenta e quatro) anos.

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade dos recursos voluntários, observando, ainda, a imposição do reexame necessário ante a condenação ilíquida contra a Fazenda Publica Municipal.

Primeiro, quanto às pretensões retificadoras de decisões judiciais lançadas em contrarrazões, elas não podem ser conhecidas: a uma, pois a matéria da ilegitimidade passiva da Fazenda do Estado de São Paulo encontra-se coberta pela preclusão consumativa (decidida, aliás, antes da prolação da r. sentença); a duas, pois a matéria de mérito levantada foi manejada em peça processual inadequada para a expressão da irresignação da autora, de acordo com a regra processual vigente à época da interposição das contrarrazões. Daí, pois, delas não conheço.

Quanto às outras preliminares levantadas nos apelos das rés, elas não vingam.

A municipalidade ré é parte legítima para figurar no polo passivo desta ação, conforme as razões expostas ao tempo do saneador, e, ainda, consoante o que vem decidindo esta C. 1ª Câmara de Direito Público sobre esta matéria:

> *"PRELIMINAR - Alegada a ilegitimidade passiva do Município de Dracena - Evento danoso praticado por hospital conveniado ao SUS (Santa Casa) - Impossibilidade de afastar-se a responsabilidade do ente municipal, já que a realização de convênio gera responsabilidade para todos os efeitos, inclusive reparatórios - Preliminar rejeitada. INDENIZATÓRIA - Procedimento cirúrgico - Esquecimento de material metálico (agulha) na cavidade abdominal da autora - Fortes dores geradas por longo período que causaram sensível sofrimento à vítima - Caracterização do nexo causal entre o ato negligente do agente público e o evento danoso - Dever de indenizar - Inteligência do art. 37, § 6º da CF - Sentença mantida - Recursos desprovidos.*
>
> *(...)*
>
> *A preliminar de ilegitimidade passiva também não merece*

guarida, considerando que embora a apelante apegue-se ao fato de que o Hospital de Santa Casa de Dracena tenha natureza jurídica de direito privado, o certo é que o nosocômio é conveniado ao SUS e realiza os procedimentos e atendimentos médicos à população local, considerando que o Município de Dracena não tem condições de atender a todos os munícipes senão através da realização de convênios que permita o atendimento da população.

Portanto, sem qualquer embasamento jurídico a tese sustentada pela apelante, o que leva à rejeição da preliminar de ilegitimidade." (Ap. nº 0003494-34.2012.8.26.0168, rel. Des. Danilo Panizza, j. em 29/04/2014).

Por seu turno, a autora é parte legítima para figurar no polo ativo desta demanda: primeiro, pois a r. sentença do feito que correu na Justiça Federal, e que reconheceu a união estável entre ela e o falecido Sr. *Edmilson Barbosa da Silva* transitou em julgado (fls. 322), não procedendo a afirmação da ré de que a autora não fez prova disso; segundo, pois, ainda que se dissesse que aquele reconhecimento de união estável é apenas para fins previdenciários, sem força vinculativa nestes autos, o fato é que aquela outra decisão reforça a prova aqui produzida e que autoriza a assertiva de que a autora vivia em união estável e em dependência econômica do falecido, conforme lançado na r. sentença, anotando-se, ainda, a desídia das rés em oferecer contraprova desses fatos.

Assim, não vingam as preliminares.

Quanto ao mérito, em que pese o entendimento contrário, a r. sentença, em seu miolo, deve ser mantida, comportando reparo na forma de cálculo dos acréscimos e readequação nos efeitos econômicos da sucumbência.

Confira-se as boas razões que, em seu cerne, decidiu a lide com parcimônia e acerto:

"O processo merece julgamento antecipado nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, haja vista a prova documental acostada, que se revela suficiente para o deslinde da questão.

Afasto as preliminares arguidas pelas corré Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Murutinga do Sul; pelos mesmos fundamentos

delineados no saneador de fls. 198/203, eis que não há que se falar em ilegitimidade ativa, já que é fato que a autora manteve relacionamento público, contínuo e duradouro, com o objetivo de constituir família, com o falecido até o momento de seu óbito. No que concerne a alegada ilegitimidade passiva, também não merece guarida, eis que inconteste que os fatos se deram nos meandros do interior do estabelecimento da requerida alhures.

Quanto ao mérito, a ação é procedente.

Como regra, para a configuração da responsabilidade civil, se faz necessária a coexistência de três requisitos basilares, quais sejam, conduta ilícita (ação ou omissão) praticada pelo agente, dano à vítima e nexo de causalidade entre o fato e o dano, anotando-se que a inexistência de quaisquer destes requisitos inviabiliza o dever de indenizar.

Sabe-se que é atribuição da Mesa Administrativa da Irmandade de Santa Casa decidir sobre o ingresso de qualquer membro no Corpo Clínico, inclusive admitir e demitir todo o pessoal a serviço da Irmandade, quer administrativo, técnico ou médico, bem como decidir sobre o ingresso de qualquer membro no Corpo Médico da Santa Casa. Portanto, como a corré Irmandade da Santa Casa de Misericórdia era o órgão administrativo competente para aprovar ou não o ingresso e permanência de médicos efetivos ou estagiários em seu Corpo Clínico, é evidente que a admissão do 'falso médico' Quanto ao mérito jamais poderia ter sido autorizada.

Ademais, está documentado nos autos que o falecido foi atendido no Pronto-Socorro da Santa Casa de Murutinga, no dia 15 de agosto de 2011, por volta de 06h31min, em razão de traumatismo cerebral focal (fls. 24), pelo falso médico de plantão, Quanto ao mérito, que liberou alta médica, porém, quando encaminhado para a Santa Casa de Andradina, o médico plantonista identificou um coágulo em seu cérebro, o exame de RX mostrou úmero normal e ausência de sequelas (fl. 26).

Consoante a responsabilização do ente municipal, é sabido que cabe a este o custeamento do atendimento médico pelo Sistema Único de Saúde, e em conformidade do que dispõe o artigo 197 da Constituição, cabe ao municípios a fiscalização e controle das ações e serviços de saúde. A admissão do Sr. Bruno, pessoa incompetente para o exercício da medicina, por não possuir pré-requisito basilar e sine qua non para tanto, qual seja, formação em Ciências Médicas, faz concluir que o ente em questão falhou em seu dever fiscalizatório, o que, em última análise, impediu o falecido de ter a chance de obter tratamento adequado junto a pessoa capacitada. Resta clara, portanto, a configuração da responsabilidade deste requerido, insurgindo, assim, o dever de indenizar.

Quanto a ocorrência de danos à demandante, também se mostram claros, diante dos contexto probatório dos autos, que a Autora suportou todos os ônus advindos do inadequado tratamento dado ao seu então companheiro. Somada a perda precoce do mesmo, o que, de per si, já demonstra a dor acometida, a mesma também se viu subtraída da contribuição patrimonial que seu amásio prestava à família, constituída, no caso, do casal.

Neste cenário, diante de tudo que dos autos consta, anoto que restaram comprovados os requisitos referentes à conduta ilícita praticada pelos requeridos, o dano à vítima e nexo de causalidade entre o fato e o dano que, por consequência, gera a obrigar de indenizar.

Com relação ao pedido de indenização por danos patrimoniais,

verifica-se que o falecido era arrimo de família, de modo que sua morte deixou a demandante em situação econômica precária, consoante narrado na exordial (fls. 11) e não impugnado pelos requeridos. Por outro lado, consta do documento de fls. 38, que o último salário registrado na Carteira de Trabalho do de cujus era de R$402,67. Dessa forma, em consonância com o entendimento jurisprudencial dominante, e considerando o valor que a vítima aplicaria na manutenção do lar, entendo conveniente a fixação da pensão em 2/3 do salário então percebido pela vítima, a partir da data do evento morte (27/04/10 ? fls. 22). A demandada deverá receber 50% do valor devido mensalmente, até a data em que a vítima do acidente completaria 70 (setenta) anos ou até a data em que ela contrair nova união conjugal, o que vier a ocorrer primeiro.

(...)

Como é cediço, a indenização por dano moral tem sido admitida como forma de mitigar o sofrimento experimentado pela vítima, compensando-se suas angústias, dores, aflições, constrangimentos e, enfim, as situações vexatórias em geral, impondo-se ao culpado ou ao seu responsável pena pecuniária pelo mal causado, pautada pelo bom-senso, vez que a indenização por dano moral situa-se no plano satisfatório e não no enriquecimento injustificado, ou seja, a satisfação se dará na justa medida do abalo sofrido, sem, contudo, gerar enriquecimento sem causa e também sem deixar impune o agente do dano moral.

No caso em comento comprovado está que a autora sofreu redução patrimonial em virtude do ato ilícito, o que configura motivo de sofrimento e dor suficiente para caracterizar o dano moral."

Ora, as rés tiveram toda a oportunidade de produzir a prova que achassem necessária à contestação das alegações da autora, todavia, quedaram-se inertes, pugnando pela produção de prova de maneira genérica.

Os fatos narrados na inicial estão provados pela autora. As rés não desmontaram a versão dela, nem mesmo contestam o ocorrido. Ainda que se avente não ocorrer confissão *ficta* contra a Fazenda Pública, era dever das rés empreender defesa hábil à impugnação específica dos fatos narrados pela autora, especialmente do que ela afirmou quanto ao atendimento por *"falso médico"*.

Não a fizeram, com especial nota de que elas detinham grande parte das provas necessárias à elucidação do caso.

O companheiro da autora sofreu um acidente, foi atendido por um *"falso médico"*, que, por presunção decorrente de sua falta de habilitação técnica, não lhe dispensou os devidos cuidados médicos, e, então, foi transferido em estado de urgência e emergência para outro município, onde veio a falecer.

Enfim, nas circunstâncias em que os fatos ocorreram, não há como afastar a responsabilidade das demandadas, quer ante a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, quer ante a teoria do *faute du service,* por negligência ou imprudência, quer, ainda, ante a teoria da responsabilidade aquiliana por imperícia ou descuido de conduta médica adequada em tempo oportuno, observando a irregular e grave contratação de um *"falso médico"*, com manifesta culpa *in eligendo*, para prestar serviços em nosocômio conveniado ao SUS, o qual atendeu a vítima do acidente, agindo como se médico fosse.

E nisso, o nexo causal entre o fato e os danos materiais e morais é eloquente, não se olvidando que a morte consequente do companheiro da autora configura dor e sofrimento.

Assim, de acordo com a prova dos autos, a verossimilhança, o bom senso e o direito posto, a demanda procede, todavia, há que se ajustar a forma de cálculo dos acréscimos e a verba honorária fixada, pois, de fato, excessiva.

As indenizações foram bem fixadas na r. sentença, quer para o dano material (pensionamento), quer para o valor arbitrado a título de danos morais, em favor da requerente, que atende aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, segundo os dados do processo.

De fato, o montante fixado para indenizar os danos morais

não é irrisório nem exagerado, considerando todas as circunstâncias dos fatos.

E, para a pensão, é preciso anotar: a) ela é devida mês a mês, contada da data do evento, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, nos termos da Lei nº 11.960/09; b) calcular-se-á, pois, o valor de cada pensão segundo o valor fixado na r. sentença; c) cuidando-se de Poder Público, não há que se falar em garantia do cumprimento da obrigação, mediante constituição de capital ou modo diverso.

A indenização por dano moral, aliás, foi arbitrada considerando os elementos dos autos, o escopo de consolo da indenização, as peculiaridades concretas do sofrimento psíquico gerado, as condições pessoais e econômicas das partes e as circunstâncias do infortúnio em ordem à reprovabilidade da conduta ilícita. Forçoso, então, reconhecer, também neste ponto, o acerto da r. sentença.

A finalidade compensatória (para a vítima) e, em certa medida, punitiva (para o agente do ilícito) impõe prudência na sua fixação, evitando arbitramento exagerado e irrisório, para se atender aos fins de consolo e prevenção. Tudo, pois, na medida do necessário, para que não haja, de um lado, enriquecimento sem causa, e, de outro, desatenção pedagógica.

Assim, no caso, a valoração do magistrado, de fato, pautou-se na razoabilidade, e, por isso, deve ser prestigiada.

Todavia, anote-se que o termo inicial para a incidência de correção monetária, em relação ao valor fixado a título de danos morais, é a data de seu arbitramento, nos termos da Súmula 362 do

STJ.

E, quanto aos acréscimos - correção monetária e juros de mora - devem observância ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 e às Leis nºs 11.960/09 e 12.703/2012, conforme a orientação atual do E. STF sobre a matéria (cf. RE 747703 AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. 24/02/2015, bem como as ADIs de nºs 4357 e 4425, inclusa a decisão do Plenário de 25/03/2015, que conferiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade pronunciada nestas ADIs - § 12 do art. 100 da CF, introduzido pela EC nº 62/09, e, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/09 - , observando que essa decisão é limitada ao regime dos precatórios, e não ao do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, que ainda não foi objeto de pronunciamento expresso pelo E. STF: em trâmite, para tanto, na Corte Suprema, novo tema referente à Repercussão Geral, de nº 810, atrelado ao RE 870947, apontado como *leading case*).

Quanto à verba honorária, fixada em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, ela merece redução, pois foi fixada com exagero.

Assim, observando que o feito não teve extrema complexidade, pois não foram produzidas provas oral e pericial, nem houve situação complexa que demandasse excessivo trabalho e deslocamentos. Fixo, então, a verba honorária em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), que bem atende aos critérios legais, aos princípios da equidade e da complexidade da causa.

Logo, é o caso de prover parcialmente os recursos.

Outrossim, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no v. acórdão, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ, EDCL. no RMS nº 18.205/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18/04/2006), mas, mesmo assim, para que não se diga haver

cerceamento do direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo retido nos autos e DOU PARCIAL PROVIMENTO aos recursos de apelação e ao reexame necessário, somente para que seja observada a Lei Federal nº 11.960/2009 e o que for julgado, em repercussão geral, no tema nº 810 pelo E. STF, no cômputo dos acréscimos (correção monetária e juros de mora), bem como para observar a data de início da correção monetária e dos juros de mora na forma retro, e, por fim, para readequar a verba honorária, fixando-a em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), tudo, na forma e para os fins retro.

VICENTE DE ABREU AMADEI
Relator