



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000001481

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0029035-11.2013.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante/apelado NEIDE PEDROSO DE AGUIAR (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados/apelantes FUNDAÇÃO ABC - COMPLEXO DE SAÚDE SÃO BERNARDO DO CAMPO, FUNDAÇÃO DO ABC e MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, Apelados MARCELO KIRSCH e FUNDAÇÃO DO ABC - HOSPITAL MUNICIPAL UNIVERSITÁRIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), HELOÍSA MIMESSI E FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

EDUARDO PRATAVIERA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Cível nº 0029035-11.2013.8.26.0564

Apelante/apelada: Neide Pedroso de Aguiar

Apelados/apelantes: Fundação do ABC, Fundação ABC – Complexo de Saúde São Bernardo do Campo

Apelados: Marcelo Kirsch e Fundação do ABC – Hospital Municipal Universitário de São Bernardo do Campo

Origem: 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro da Comarca de São Bernardo do Campo

MM juiz sentenciante: Dr. Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Voto nº 04635

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. Ação de indenização por danos morais e estéticos decorrentes de erro médico. Sentença de parcial procedência. Inconformismo de ambas as partes. Esquecimento de compressa cirúrgica de tecido na cavidade abdominal da autora durante histerectomia subtotal. Autora que necessitou de exames e de nova cirurgia, laparotomia exploradora, para tratamento. Ausência de inversão do ônus da prova no caso. Observada a regra geral do art. 373 do CPC. Autora que demonstrou o fato constitutivo de seu direito. Prova pericial produzida sob o crivo do contraditório. Erro médico e danos morais e estéticos bem caracterizados. Ausência de prova em sentido contrário ou de requerimento visando desconstituir a prova técnica. Pedidos subsidiários de redução do valor das indenizações. Acolhimento, observada a extensão do dano e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Termo inicial dos juros moratórios. Evento danoso. Súmula nº 54 do STJ. Sentença parcialmente reformada. Recursos providos em parte.

Trata-se de recursos de apelação interpostos em face da r. sentença de fls. 662/665, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a pretensão autoral, nos seguintes termos:

Passo ao julgamento do feito no estado em que se encontra, já que

os fatos relevantes para o caso estão demonstrados nos autos.

Inicialmente afasto a alegação de prescrição suscitada pelo Município. Deve ser considerado como termo inicial não a data da primeira cirurgia (quando teria ocorrido o erro médico), mas sim a data da segunda cirurgia (quando a autora tomou conhecimento do dano), que se deu em 11/12/2012. Assim, tendo a ação sido ajuizada em 14/06/2013, cabe reconhecer que a pretensão não foi alcançada pela prescrição.

Afasto também a preliminar de ilegitimidade passiva lançada pelo Município uma vez que, ainda que os serviços de saúde tenham sido delegados à Fundação do ABC, tanto não afasta, pelo menos em tese, eventual responsabilidade do Poder Público quanto à fiscalização a ser feita sobre o delegatário acerca do adequado desempenho das atividades cuja execução lhe foi conferida.

Se tanto não bastasse, também não se sabe se a referida Fundação tem de fato autonomia financeira para arcar com a obrigação que lhe é imputada, de modo que, em sendo o serviço analisado de incumbência última ente público, necessário que este componha o polo passivo da lide como garantia do respectivo adimplemento.

Por fim, em que pese as requeridas pretenderem que não se aplique a inversão do ônus da prova tal como prevista no Código de Defesa do Consumidor para a situação posta, tem-se que é dever das requeridas a demonstração da regularidade dos serviços prestados à população, isso independentemente da cobrança de contraprestação pecuniária específica dos respectivos usuários, o que não ocorreu no presente caso.

Em relação ao corréu MARCELO KIRSCH a ação deve ser julgada improcedente.

Com efeito, conforme alegado pelo requerido e demonstrado nos autos, a sua atuação na cirurgia de histerectomia subtotal não foi como médico cirurgião supervisor, como alegado na inicial, mas como médico anestesista residente (fls. 36, 516/517 e 633/634), de modo que não há elementos que justifiquem a sua responsabilidade pessoal pelo erro médico e pelos danos deste decorrentes.

Vale dizer, embora se afirme falha no serviço médico, cabe reconhecer que o requerido não atendeu a autora de forma autônoma, não havendo elementos que comprovem que agiu ou concorreu individualmente de forma dolosa ou culposa para o dano alegado.

Já em relação aos demais réus, a ação deve ser julgada parcialmente procedente.

A falha na prestação do serviço, consistente no esquecimento de uma compressa no interior do corpo da autora por ocasião da cirurgia de histerectomia subtotal, em 2002, foi comprovada nos laudos periciais de fls. 581/601 e restou incontroversa.

Segundo o expert:

"as cirurgias foram realizadas dentro dos padrões e técnicas normais à época, porém com a intercorrência causada pelas dificuldades encontradas deixou-se uma das compressas na

cavidade abdominal. Há nexo causal entre o 'corpo estranho' (compressa cirúrgica) retirado da vítima na segunda operação com a histerectomia à qual foi submetida dez anos atrás" (fl. 585)

É certo, portanto, que a segunda cirurgia, de laparotomia, realizada no dia 20/12/2012, apenas foi necessária em razão da falha no primeiro procedimento, consistente no esquecimento de uma compressa no interior do corpo da autora.

Assim sendo, os argumentos dos requeridos no sentido de que não teriam ocorrido danos físicos, estéticos ou limitação laborativa, ou ainda, de que a segunda cirurgia se mostrou eficaz na retirada do corpo estranho, não comportam acolhimento para afastar o dever de indenizar, embora devam ser levados em consideração no valor a ser fixado.

O laudo pericial consignou que "houve dano físico patrimonial pela retirada do anexo esquerdo na cirurgia realizada no dia 20/12/21" (fl. 600), bem como que a autora "necessitou de 60 dias para sua recuperação" e que "ocorreu ligeira mudança na estética do segmento corpóreo atingido (dano estético). Grau 2 em 7" (fl. 586).

Anoto a respeito o quando já decidido pelo E. Tribunal de Justiça em casos semelhantes:

APELAÇÃO – Ação indenizatória – Pedido de indenização por danos morais em razão de erro médico – Autora que, semanas após trabalho de parto realizado no hospital réu, sentiu dores na região vaginal e constatou a presença de corpo estranho (compressa de gaze) esquecido pela equipe médica – Sentença de

procedência – Irresignação – Parcial cabimento – Ilegitimidade passiva afastada – Imputação de responsabilidade civil à Administração Pública analisada sob a lente da teoria objetiva - Art. 37, §6º, da CF/1988 – Necessidade de verificar: (i) conduta estatal comissiva ou omissiva; (ii) dano na esfera jurídica de outrem; e (iii) liame de causalidade entre a conduta e o dano gerado – Inocorrência de cerceamento de defesa no indeferimento de provas requeridas pela ré – Corpo estranho que foi introduzido na autora no bojo de uma intervenção cirúrgica, estando corroborada a versão de que isso ocorreu quando da realização da parto havido no hospital réu – Princípio da primazia do interesse da vítima na responsabilidade civil – Dever de indenizar configurado – Danos morais – Manutenção da verba indenizatória que se impõe – Precedentes desta Câmara de Direito Público – Sentença mantida e recursos desprovidos (TJSP; Apelação Cível 1007395-47.2022.8.26.0554; Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Santo André - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/08/2023; Data de Registro: 31/08/2023)

Responsabilidade civil – danos extrapatrimoniais – laparotomia exploradora – esquecimento de compressas na cavidade abdominal da paciente – detecção de quadro de abdome obstrutivo agudo meses após, com novo ato cirúrgico urgencial para remoção dos corpos estranhos – perda parcial do intestino delgado - culpa bizarra na execução de serviço público essencialíssimo – obrigação de compensar ofensas ao direito de personalidade - sentença de parcial procedência integralmente confirmada - recurso de apelação improvido (TJSP; Apelação Cível 1030135-18.2020.8.26.0053; Relator (a): Souza Meirelles; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data

do Julgamento: 08/08/2023; Data de Registro: 08/08/2023)

Passo, pois, a quantificar o valor da indenização devida à autora.

Danos morais

Considerando que a laparotomia realizada em 2012 apenas foi necessária em razão do erro médico ocorrido anteriormente, sendo evidente o desgaste físico e emocional decorrente de um procedimento médico cirúrgico, entendo que os danos suportados pela autora devem ser indenizados no valor de R\$ 50.000,00.

Conforme já consignado deve ser levado em consideração que a atuação eficaz na segunda cirurgia foi capaz de evitar maiores sequelas à autora, que não sofreu limitação na sua capacidade física ou laboral.

Danos estéticos.

Segundo a perícia realizada, o dano estético foi considerado como de nível 2 numa escala de 1 a 7 (fl. 586).

Destarte, em face do dano constatado entendo razoável o valor de R\$ 10.000,00, eis que confirmada a existência de dano estético, ainda que numa escala leve.

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação, nos termos do inciso I do art. 487, I do C.P.C., para condenar Município, Fundação ABC e Hospital Universitário a pagar à

autora R\$ 50.000,00, a título de danos morais e R\$ 10.000,00, a título de danos estéticos, montante que deverá ser atualizado monetariamente pelo IPCA-E e acrescido de juros de mora nos moldes da Lei 11.960/09 desde a publicação desta decisão.

Sucumbentes, condeno os réus referidos ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação. Pelo princípio da causalidade, condeno ainda tais réus ao reembolso das custas e despesas processuais dispendidas pelo corréu Marcelo, bem como honorários advocatícios a favor de seu patrono que arbitro equitativamente a seu favor no valor de R\$ 3.000,00.

P.I.C.

Contra a r. sentença foram opostos embargos declaratórios a fls. 670/672 e 678/682. Ao primeiro foi dado provimento para sanar omissão da sentença e indeferir o pedido de gratuidade da Fundação ABC. Ao segundo foi negado provimento.

A autora Neide Pedroso de Aguiar apela a fls. 689/705 visando a majoração da indenização a título de danos morais (fls. 692/698), da indenização a título de danos estéticos (fls. 698/702) e a alteração dos consectários de mora (fls. 702/705).

A corré Fundação do ABC – Complexo de Saúde São Bernardo do Campo apela a fls. 706/723. Impugna o indeferimento da gratuidade (fls. 707/716). Alega inexistência de ato ilícito ou conduta lesiva capaz de caracterizar dano moral ou estético (fls. 716/720). Sustenta a não cumulatividade dos danos morais e estéticos, alegando que são idênticos (fls. 720/722) e, subsidiariamente, pede a redução do valor da indenização (fls. 722/723).

A Fundação do ABC também apela a fls. 739/756. Alega que a prova
Apelação Cível nº 0029035-11.2013.8.26.0564 -Voto nº 04635

pericial corrobora suas teses defensivas de ausência dos requisitos da responsabilidade civil, não tendo sido constatado erro médico (fls. 743/750). Sustenta que não houve erro médico nem culpa (fls. 750/752). Afirma não haver nexo causal entre a conduta dos médicos da instituição e o ocorrido com o paciente (fls. 752/753). Impugna a ocorrência de danos morais (fls. 753) e também invoca a tese de *bis in idem* quanto à condenação simultânea por danos morais e estéticos (fls. 753/754). Argumenta que o valor fixado para a condenação caracteriza enriquecimento ilícito da vítima (fls. 754/756).

Por fim, apela o Município de São Bernardo do Campo a fls. 762/772. Sustenta as teses de ausência de prova (fls. 764/765), inaplicabilidade do art. 37, § 6º, da CF/88, ausência de nexo causal, inexistência de erro médico e a natureza de obrigação de meio (fls. 765/770). Afirma ainda a ausência dos danos pleiteados (fls. 770/771).

Contrarrazões a fls. 773/778, 784/789, 790/796 e 797/805. Nas contrarrazões de fls. 784/789, apresentadas pelo corréu Marcelo Kirsch, há preliminar de coisa julgada. Nas contrarrazões da autora a fls. 797/805 há preliminar requerendo o não conhecimento do recurso de apelação interposto pela Fundação do ABC, por considerar que se trata de segundo recurso da Fundação do ABC – Complexo de Saúde São Bernardo do Campo.

O recurso foi distribuído originalmente à 7ª Câmara de Direito Privado, que não conheceu do recurso e determinou a sua redistribuição (fls. 808/812).

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhece-se dos recursos.

Prejudicada a preliminar de coisa julgada apresentada pelo corréu Marcelo Kirsch nas contrarrazões de fls. 784/789. Embora tenha sido, de fato, equivocadamente inserido no sistema como apelado, o recurso interposto pela autora e atacado pelas suas

contrarrazões não lhe diz respeito, não havendo impugnação do capítulo da r. sentença que julgou a ação inteiramente improcedente quanto a tal corrêu, tampouco havendo pedido de inclusão sua na condenação. Ausente, portanto, interesse processual para a preliminar apresentada.

A preliminar apresentada pela autora requerendo o não conhecimento da apelação interposta pela Fundação do ABC também não merece guarida. A autora sustentou em suas contrarrazões de fls. 797/805 que a Fundação do ABC e a Fundação do ABC – Complexo de Saúde São Bernardo do Campo, pese possuírem CNPJs distintos e serem representadas por pessoas distintas, seriam exatamente a mesma pessoa jurídica, havendo duas apelações interpostas pela mesma pessoa.

Sem razão.

A autora ajuizou a ação, além dos outros réus, contra a Fundação do ABC e também contra o Hospital Municipal Universitário de São Bernardo do Campo (fls. 4):

(...)HOSPITAL MUNICIPAL UNIVERSITÁRIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, fundação privada n regularmente inscrita no CNPJ/MF de nº 57.571.275/0005-26, com endereço na Avenida Bispo César Dacorso Filho, nº 161, Bairro Rudge Ramos, São Bernardo do 3 Campo/SP – CEP 09735-260; FUNDAÇÃO DO ABC – Organização Social de Saúde., fundação privada regularmente inscrita no CNPJ/MF de nº 57.571.275/0001-00, com endereço na Avenida Príncipe de Gales, nº 821, Bairro Vila príncipe de Gales, Santo André/SP – CEP 09060-650;(…)

(fls. 4)

Como esclarecido pelos embargos declaratórios a fls. 670/672, acolhidos

pela decisão de fls. 683 neste ponto, foi criada uma nova unidade denominada Fundação do ABC – Complexo de Saúde do Município de São Bernardo do Campo que consiste na nova administradora do corréu HOSPITAL MUNICIPAL UNIVERSITÁRIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO e que, segundo a própria autora, não se confunde com a FUNDAÇÃO DO ABC. Referido complexo não se confunde com a Fundação do ABC, apenas sendo mantido por ela – daí a inclusão no nome social.

A autora não se insurgiu contra referido capítulo da decisão de fls. 683. A partir de referida decisão houve a retificação do polo passivo para constar, no lugar do hospital corréu, o complexo responsável pela sua administração. Não são as mesmas pessoas jurídicas. Além de possuírem CNPJs distintos, estão representadas nos autos por bancas distintas de advogados. E como colocado, a distinção já foi reconhecida *ab initio* pela própria autora em sua petição inicial.

Assim sendo, não se trata de dois recursos interpostos pela mesma pessoa.

A preliminar da apelação de fls. 706/723 relativa ao capítulo da sentença que dispôs sobre o indeferimento da gratuidade requerida pelo Complexo de Saúde de São Bernardo do Campo também não merece guarida, porque houve o recolhimento espontâneo do preparo no momento de interposição do recurso (fls. 724/725), ato absolutamente incompatível com a tese de insuficiência de recursos para arcar com as despesas processuais – haja vista que se houvesse de fato insuficiência de recursos, não teria a apelante logrado depositar o valor das custas.

De qualquer modo, a Súmula 481 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, admite a concessão da gratuidade da justiça a pessoas jurídicas:

“Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”

Contudo, deve ser comprovada objetivamente a alegada hipossuficiência, restando inequívoca a impossibilidade de arcar com os encargos processuais. Isto porque às

peças jurídicas favorece a presunção de veracidade da alegação de hipossuficiência prevista no art. 99, § 3º, do Código de Processo Civil.

E, no caso, não há comprovação mínima da alegada hipossuficiência, pelo contrário: produzida prova em sentido contrário, tendo em vista que foi demonstrada a disponibilidade de recursos através do recolhimento espontâneo do preparo.

Sob qualquer ótica, portanto, seria o caso de rejeição de tal preliminar.

Merece guarida a tese do Município de São Bernardo do Campo quanto à natureza subjetiva da responsabilidade civil no caso.

Apesar de o artigo 37, § 6º, da CF/88, estabelecer que a responsabilidade do Estado é objetiva, no tocante à responsabilidade civil estatal por ato omissivo, predomina o entendimento de que a responsabilidade é subjetiva e, tratando-se de erro médico, tem-se que a responsabilidade do hospital é vinculada à comprovação da culpa do médico, pois é preciso essa comprovação para somente depois se ter como presumida a culpa do hospital. Isto porque a medicina, como atividade de meio, apresenta incertezas, e se em razão delas a lei exige a presença da demonstração de dolo ou culpa do médico para fins de responsabilização pelos danos sofridos pelo paciente, não faz sentido a lei ignorar tais incertezas e admitir a responsabilidade objetiva do hospital com relação aos erros médicos, sem prova de culpa ou dolo destes profissionais.

Nesse sentido:

RECURSO DE APELAÇÃO AÇÃO INDENIZATÓRIA DANOS MORAIS ERRO MÉDICO 1. Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte autora contra a r. sentença por meio da qual o D. Magistrado a quo, em ação indenizatória ajuizada em face do Município de São Paulo, julgou improcedente o pedido da demanda consistente em condenar a parte requerida, ora apelada,

ao pagamento de trezentos mil reais à parte autora, a título de danos morais, devido a alegado erro médico quando do parto que lhe resultou sequelas no braço (paralisia obstétrica CID: P14.3).

2. Pretensão de condenar a requerida pelos danos morais decorrentes de falha na realização de atendimento médico de paciente que veio a sofrer, quando de seu nascimento, danos permanentes no braço.

2.1. Na responsabilidade estatal por "faute du service" imperiosa a prova da culpa do Poder Público inaplicabilidade do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal à hipótese.

2.2. Ausência de comprovação cabal acerca de falha na prestação do serviço e de erro médico. Elementos probatórios constantes dos autos (provas periciais) que não dão suporte à tese autoral: 'A distocia de ombro é um evento impossível de ser previsto. Os fatores de risco não são específicos. Por mais experiente que seja o obstetra existem situações em que o desprendimento do feto é virtualmente impossível ... Muitas vezes lesões com fatura de clavícula e lesão de plexo braquial ocorrem em consequência de uma tração excessiva necessária para salvar a vida do concepto ... podemos inferir que a lesão do plexo braquial nem sempre está associada a tração excessiva do feto, podendo ocorrer intraútero, independente da manobra obstétrica'. Ausência, ademais, de indicação para o parto cirúrgico e de fator de risco, não constando do prontuário informação do peso do recém-nascido intraútero. A duração do trabalho de parto (cerca de doze horas) encontra-se dentro do esperado para uma primigesta (doze a quatorze horas). Foi realizado um parto normal fisiológico, sem utilização de droga indutora do parto (vide fls. 294/295). Mantença da r. sentença. Apelo desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1021006-96.2014.8.26.0053; Relator (a): Nogueira Diefenthaler; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de

Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/03/2023; Data de Registro: 23/03/2023)

RECURSO DE APELAÇÃO AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS IMPOSSIBILIDADE. 1. Os elementos de convicção produzidos nos autos são insuficientes e não autorizam o acolhimento da pretensão deduzida pela parte autora na petição inicial. 2. Ausência de demonstração da presença de culpa por ação ou omissão do Poder Público e os respectivos agentes. 3. O resultado da prova pericial produzida nos autos durante a fase instrutória, sob o crivo do contraditório, afastou o nexo de causalidade. 4. Danos morais, passíveis de reconhecimento e indenização, não caracterizados. 5. Ação de procedimento ordinário, julgada procedente, em Primeiro Grau. 6. Sentença, reformada. 7. Ação, julgada improcedente, invertido o resultado inicial da lide e fixados os ônus decorrentes da sucumbência. 8. Recurso de apelação, apresentado pela parte ré, provido.

(TJSP; Apelação Cível 0002170-86.2010.8.26.0068; Relator (a): Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/11/2018; Data de Registro: 09/11/2018)

São requisitos da responsabilidade civil subjetiva: (I) conduta; (II) dano; (III) nexo de causalidade; (IV) elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa). E nos autos restou demonstrada a existência de erro médico caracterizado por negligência.

A prova pericial, de natureza técnica, produzida por *expert* de confiança do Juízo e sob o crivo do contraditório, foi categórica ao afirmar que foi esquecida na cavidade

abdominal da autora compressa cirúrgica de tecido em cirurgia realizada, que foi a causa dos danos relatados e da necessidade da cirurgia subsequente. Comprovadas a conduta, o nexo de causalidade e o elemento subjetivo da conduta.

Não se olvida os apontamentos do *expert* no sentido de que o esquecimento de materiais estranhos nos corpos de pacientes durante cirurgias seria evento raro e esperado na vida laboral médica passível de ocorrer mesmo com *renomados cirurgiões*.

Todavia, tal apontamento não afasta a natureza de erro médico da conduta.

Sérgio Cavalieri Filho define os elementos da responsabilidade civil subjetiva da seguinte forma:

8.10 Imprudência, negligência e imperícia

A falta de cautela exterioriza-se através da imprudência, da negligência e da imperícia. Não são, como se vê, espécies de culpa, nem elementos desta, mas formas de exteriorização da conduta culposa. A imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou que avança o sinal. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não estiver em condições de trafegar, por deficiência de freios, pneus etc. O médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia, ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente. A imperícia, por sua vez, decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente. Haverá imperícia do motorista que provoca acidente por falta de habilitação. O erro médico grosseiro também exemplifica a

imperícia.

(CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 16. ed. Barueri/SP: Atlas, 2023, p. 50).

A conduta discutida nestes autos, de esquecimento de objeto dentro do paciente durante a realização de cirurgia, é exatamente a conduta-exemplo da negligência indicada pela abalizada doutrina citada, pois ilustra a falta de cuidado do cirurgião.

Ainda de acordo com a literatura médica citada pelo *expert*, o tema é tratado como negligência médica (fls. 587), representando falta de qualidade dos profissionais médicos (fls. 588) e o erro poderia ser facilmente prevenido pela adoção de medidas preventivas descritas a fls. 588. Foi afirmado, ainda, que se trata de um problema médico-legal sério e sua incidência tem aumentado.

Mais do que isso, o perito também apresenta informações de que se trata de erro médico potencialmente letal e com probabilidade de complicações proporcional ao tempo demorado para o diagnóstico – isto é, quanto mais tempo demorar para a sua constatação, maior a probabilidade de complicações (fls. 589). A mortalidade foi descrita como elevada em tais casos, da ordem de 10 a 17,6% (fls. 589).

Sendo assim, ainda que se trate de evento raro e passível de ocorrer até com renomados cirurgiões, tais fatos não afastam a causa subjacente do esquecimento de corpo estranho dentro de paciente: a falta de cuidado no procedimento cirúrgico – negligência. Tanto que a profilaxia indicada para tal fenômeno é, precisamente, que haja zelo do cirurgião no exercício da profissão (fls. 590).

Descabidas, portanto, as teses ventiladas de inexistência de erro médico. Há precedentes desta 5ª Câmara de Direito Público relativos a casos análogos de abandono de objeto estranho no corpo de pacientes durante a realização de procedimentos cirúrgicos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. Ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de erro médico. Parcial procedência. Esquecimento de compressa na cavidade abdominal da autora durante parto por cesárea. Necessidade de realização de nova cirurgia para retirada do corpo estranho. Fato incontroverso. Conclusão do laudo pericial de que a conduta médica foi adequada que não pode ser acolhida. Juiz que não está adstrito à conclusão do laudo pericial (CPC, art. 479). Erro médico e dano moral bem caracterizados. Ausência de prova convincente de que o ovário esquerdo da autora tenha sido extirpado durante a segunda cirurgia. Laudo pericial inconclusivo nesse ponto. Ônus da prova da autora. Pedidos subsidiários de redução do valor da indenização por dano moral. Acolhimento, observada a extensão do dano e a ausência de sequelas. Termo inicial dos juros moratórios. Evento danoso. Súmula nº 54 do STJ. Observação quanto à incidência da Emenda Constitucional nº 113/2021 a partir da sua entrada em vigor, aplicando-se a taxa SELIC para fins de atualização monetária e juros. Caráter subsidiário da condenação dos corréus em relação à obrigação pecuniária imposta ao médico responsável pela cirurgia. Ausência de recurso da autora. Subsidiariedade da obrigação que também se aplica aos honorários de sucumbência. Acessório segue o principal. Recursos parcialmente providos, com observação.

(TJSP; Apelação Cível 1004273-02.2016.8.26.0048; Relator (a): Eduardo Prata Vieira; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Atibaia - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/05/2024; Data de Registro: 10/05/2024)

APELAÇÃO CÍVEL - Responsabilidade Civil – Erro médico – Autora que foi submetida a procedimento cirúrgico no hospital requerido e que, após três dias, foi constatada a presença de corpo estranho em seu abdome (compressa cirúrgica), com a necessidade de realização de nova cirurgia para retirada do objeto - Atuação culposa bem demonstrada – Nexo causal configurado – Danos comprovados - Responsabilidade da requerida pelo pagamento de indenização – Redução do quantum indenizatório para R\$ 15.000,00, diante das circunstâncias do caso concreto – Juros moratórios de acordo com a Lei nº 11.960/09, desde o evento danoso – Correção monetária pelo IPCA, desde o arbitramento - Incidência exclusiva da Taxa SELIC para fins de correção monetária e de juros moratórios a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 113/2021 – Sentença parcialmente reformada – Ilegitimidade passiva do agente público (médico) reconhecida - Recurso da requerida parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Cível 1001879-54.2017.8.26.0220; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Guaratinguetá - 2ª Vara; Data do Julgamento: 23/06/2022; Data de Registro: 23/06/2022)

APELAÇÕES. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. PRESCRIÇÃO. Inocorrência. Prazo prescricional quinquenal. Inaplicabilidade do art. 206, § 3º, V, do CC. CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. Desnecessidade de prova pericial. Livre convencimento motivado e autos bem instruídos. MÉRITO. Esquecimento de um instrumento cirúrgico na cavidade abdominal da autora, quando

da realização de uma cirurgia bariátrica. Necessidade de outra intervenção cirúrgica para retirada do corpo estranho, após quase dois anos de quadro de dor e sem diagnóstico correto. Erro médico caracterizado, presente a culpa a ensejar a responsabilidade civil dos réus. Dano caracterizado. Indenização devida, e fixada em valor adequado na sentença. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Fixação de acordo com o art. 85, § 2º e § 3º, I, do CPC/15, em valor que remunera adequadamente o patrono da parte vencedora, considerada a complexidade da causa. Manutenção. Recursos não providos, com determinação.

(TJSP; Apelação Cível 1042702-52.2018.8.26.0053; Relator (a): Heloísa Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/08/2019; Data de Registro: 13/08/2019)

Quanto aos danos e o nexo de causalidade, o perito também concluiu satisfatoriamente, como já exposto acima, que como decorrência do esquecimento do objeto na cavidade abdominal da autora esta foi submetida a risco elevado de complicações e inclusive de óbito. Foi apontado ainda nas respostas aos quesitos que sim, houve prejuízo efetivo à saúde da autora/sequelas irreversíveis (quesito 7 do assistente técnico da Prefeitura de São Bernardo do Campo); e que sim, houve prejuízo estético com relação à segunda cirurgia realizada, de grau 2 (quesito 8 do assistente técnico da Prefeitura de São Bernardo do Campo). Quanto aos quesitos do Hospital Municipal (fls. 548), o perito também afirmou categoricamente que o fato relatado *trouxe danos físicos* à autora e que a correção do erro não ocorreu sem danos à paciente, vez que acarretou a perda do ovário esquerdo da autora (fls. 593).

A prova técnica, portanto, conclui satisfatoriamente pela existência da conduta, do dano e do nexo de causalidade entre eles, da qual também é possível inferir que o esquecimento de corpo estranho durante cirurgia por falta de zelo do cirurgião caracteriza

erro médico por negligência – falta de cuidado.

Presentes, portanto, todos os requisitos da responsabilidade civil subjetiva.

A tese sustentada pela Fundação do ABC – Complexo de Saúde São Bernardo do Campo e pela Fundação do ABC de que os danos morais e estéticos são exatamente o mesmo instituto, havendo condenação *bis in idem*, não merece prosperar. A doutrina há muito se pacificou, bem como a jurisprudência, quanto às diferenças entre danos materiais, danos morais e danos estéticos, sendo a teoria das rés arcaica e incompatível com o direito moderno.

A possibilidade de cumulação de pedido de indenização por danos estéticos e morais já se encontra, inclusive, sumulada, conforme súmula nº 387 do C. Superior Tribunal de Justiça: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”.

É inquestionável a ocorrência de danos morais e estéticos, diante das graves sequelas físicas suportadas pela autora, de caráter irreversível, sendo imensurável o sofrimento daí advindo. A autora também foi submetida a risco extraordinário que poderia ter sido facilmente evitado acaso o médico tivesse procedido com zelo no desempenho da sua função, tendo sofrido dores, problemas de saúde subsequentes e inclusive necessitando de novo procedimento médico invasivo para sanar o erro médico original, consistente no abandono de objeto estranho dentro do corpo da paciente. E o perito apontou a existência de dano estético de grau 2 como decorrência do erro.

Resta analisar o valor da condenação. Ambas as partes se insurgem contra o valor definido pelo Juízo *a quo*: a parte autora pretendendo sua majoração; as rés pretendendo a redução.

Em relação ao quantum indenizatório, os recursos das rés comportam parcial provimento, à luz da extensão do dano. Entendo razoável a fixação do valor da

indenização por danos morais em R\$ 20.000,00, montante que se alinha à jurisprudência desta Câmara relativa a casos análogos como suficiente para compensar o abalo moral suportado sem implicar no enriquecimento sem causa da parte autora, observado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a reprovabilidade da conduta do apelante e a capacidade econômica dos causadores dos danos como critérios de quantificação. Quanto ao dano estético, considerando que a prova técnica apontou se enquadrar no nível 2 de uma escala de 1 a 7, a implicar na leveza do dano sofrido, entendo razoável a redução do valor da indenização para R\$ 5.000,00, suficiente para compensar o dano estético de grau 2 sem ensejar enriquecimento ilícito da parte autora.

Em outro caso desta 5ª Câmara de Direito Público envolvendo dano estético do mesmo nível (grau 2), o valor da indenização foi similar ao que ora se postula:

APELAÇÃO. INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. Autora que se acidentou em via pública, alegando ausência de adequada sinalização em obra para instalação de novas lombadas. Nexo causal demonstrado. Falha do Departamento Estadual de Rodagem em fiscalizar a empresa contratada para a realização da obra. Parte autora que se insurge contra a ausência de fixação de forma autônoma dos danos morais e estético. Parte ré que pugna pelo reconhecimento de culpa concorrente, bem como pela alteração do índice determinado para fins de correção monetária. Ausência de comprovação de culpa concorrente da Autora. Culpa exclusiva da Requerida. Dano estético que deve ser fixado de forma independente do dano moral, haja vista possuírem fundamentos diversos. Quantum indenizatório que deve ser proporcional ao dano sofrido. Dano estético comprovado por perícia. Indenização de rigor. Procedência mantida, com fixação do dano estético de forma dissociada do dano moral. Adequação dos consectários legais de acordo com o Tema 810/STF, Tema 905/STJ e EC 113/21. Recurso da autora provido. Recurso do réu desprovido. Consectários legais alterados de ofício.

(TJSP; Apelação Cível 0006725-95.2014.8.26.0072; Relator (a):
Heloísa Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público;
Foro de Bebedouro - 1ª Vara; Data do Julgamento: 22/11/2022;
Data de Registro: 22/11/2022)

Por fim, a autora controverteu os consectários legais da condenação, afirmando que os juros de mora foram fixados desde a publicação da r. sentença, mas deveriam contar desde o evento danoso (no caso, ocorrido em 21/01/2002). Razão lhe assiste, pois há entendimento jurisprudencial vinculante e já sumulado sobre o tema:

Súmula nº 54 do C. STJ: *Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.*

Em igual sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. MUNICÍPIO DE TATUI. Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o réu ao pagamento de indenização por dano moral fixada R\$5.000,00, e ao ressarcimento das despesas médicas no valor de R\$644,00. Pretensão do réu à reforma. Descabimento. Responsabilidade civil extracontratual de natureza objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF. Adoção da "teoria do risco administrativo". Autor que se dirigiu três vezes ao Pronto Socorro, mas não recebeu o tratamento médico adequado. Fatos demonstrados pelas provas documental e pericial. Comprovados (i) a conduta do Município, (ii) o dano causado e (iii) o nexo causal, exsurge o dever de indenizar. Ausência de causas excludentes da responsabilidade civil. Danos materiais em conformidade com os recibos juntados. Dano moral fixado em patamar adequado, atendendo à proporcionalidade. Precedentes.

Alteração, de ofício, do termo inicial dos juros moratórios para a indenização por dano moral (art. 398 do CC e Súmula 54 do STJ). Inexistência de reformatio in pejus. Sentença reformada neste ponto. Recurso desprovido, com determinação. (TJSP; Apelação Cível 1006169-30.2018.8.26.0624; Relator (a): Heloísa Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Tatuí - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/07/2022; Data de Registro: 11/07/2022).

A parte ré invoca a Súmula nº 362 do STJ ao falar de juros de mora, mas referida súmula não versa sobre juros, apenas sobre correção monetária. Há, portanto, subsunção à hipótese da Súmula nº 54 do C. STJ, que disciplina especificamente os juros de mora em casos de responsabilidade extracontratual, como o caso sob análise.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da parte autora para fixar como termo inicial dos juros de mora a data do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ); **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos das rés para reduzir o valor das indenizações para R\$ 20.000,00 no caso dos danos morais e R\$ 5.000,00 no caso dos danos estéticos.

Deixa-se de majorar os honorários advocatícios já fixados, uma vez que “Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento e limitada a consectários da condenação” (REsp. 1.864.633-RS, Tema 1.059/STJ).

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, à luz do entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à desnecessidade da citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006, p. 240).

EDUARDO PRATAVIERA
Relator