



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

Registro: 2018.0000091301

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0003406-63.2015.8.26.0629, da Comarca de Tietê, em que é apelante PATRICIA LEME BRUSAROSO, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE TIETÊ.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente sem voto), JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR E PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2018

ANTONIO CELSO FARIA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

ACF nº 6.617/2018

8ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 0003406-63.2015.8.26.0629

Comarca de Tietê

Apelante: **Patricia Leme Macedo Brusarosco**

Apelado: **Prefeitura Municipal de Tietê**

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO por danos morais. Autora que durante todo seu pré-natal, poucas vezes foi examinada por médico ginecologista – Morte do feto em decorrência de DHEG-doença hipertensiva específica da gravidez – Gestante que menos de um mês antes da morte do feto, estava acima do peso, sentia fortes dores, procurou atendimento e foi dispensada para que retornasse somente na consulta seguinte – Aplicação da teoria de perda de uma chance que deve ser levada em consideração para o desfecho da causa – Nexo de causalidade decorrente do atendimento insatisfatório por enfermeira que impossibilitou a chance de salvar o feto – O que é indenizável neste caso é a perda de oportunidade, que poderia ter evitado a morte do feto – Evidente sofrimento da gestante ante a desídia do Município – A indenização deve corresponder unicamente à chance perdida – Recurso da autora parcialmente provido.

Cuida-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por **Patricia Leme Macedo Brusarosco** em face da **Prefeitura Municipal de Tietê**.

Alega a autora, em suma, que em agosto de 2012 ficou gestante e, durante todo seu pré-natal, poucas vezes foi examinada por médico ginecologista, sendo constantemente examinada pela enfermeira Ivana, no Posto de Saúde do Bairro Povo Feliz. Em fevereiro de 2013, a autora começou sentir complicações e, ao se dirigir até o Posto de Saúde, a enfermeira supra lhe informou que não havia nenhuma anormalidade em sua



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

gestação. No entanto, em março de 2013 a autora passou mal e, após ser atendida por um médico ginecologista na Santa Casa local, foi constatada a morte do feto. Argumenta, ainda, que o Município réu foi negligente ao disponibilizar profissional mal preparado, uma vez que o correto seria fazer as consultas do pré-natal com médico ginecologista, por se tratar de uma gravidez de risco. Assim, requer indenização por dano moral no valor equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos vigentes à época.

Foram produzidas provas testemunhais e documentais, sem que fosse requerida prova pericial.

A r. sentença de fls. 240/246, cujo relatório ora se adota, julgou improcedente o pedido, e condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observado o disposto no artigo 98, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil (gratuidade da justiça).

Inconformada, recorre a autora pedindo a inversão do julgado e consequente procedência da ação, reiterando a responsabilidade da requerida quanto aos danos morais sofridos, conforme razões de fls. 254/261.

Sem contrarrazões, conforme certidão de fl. 263.

É o relatório.

Trata-se de pretensão jurisdicional voltada ao recebimento de indenização por danos morais decorrente de falha no atendimento do pré-natal que resultou na morte do feto



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

por DHEG- doença hipertensiva específica da gravidez.

Ficou demonstrado nos autos que a autora, durante todo seu pré-natal, poucas vezes foi examinada por médico ginecologista, vindo a ocorrer a morte do feto em decorrência de DHEG-doença hipertensiva específica da gravidez. A gestante, menos de um mês antes da morte do feto, estava acima do peso, sentia fortes dores, procurou atendimento e foi dispensada para que retornasse somente na consulta seguinte.

Como constou da sentença: *“a carteira de gestante da autora revela que, dos seis atendimentos à autora realizados no posto de saúde do Município, quatro deles foram feitos pela enfermeira Ivana e os outros dois por uma médica clínica geral”* (fl. 242).

Embora bem fundamentada a sentença de primeiro grau que julgou improcedente a ação, não há comprovação que a enfermeira tenha encaminhado a paciente para realização do exame de urina no atendimento feito no dia 22/02/2013. Também não se pode atribuir à autora a responsabilidade pela ausência de medição da pressão arterial, como constou à fl. 244 da sentença.

As fichas de atendimento juntadas aos autos demonstram que a autora não foi atendida na primeira consulta por médico especializado na área, sendo que somente em duas oportunidades foi atendido por médica, que inclusive não era ginecologista ou obstetra, mas clínica geral. No manual técnico



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

do pré-natal e puerpério, juntado pela autora (fls. 45 e seguintes), menciona-se que a consulta de pré-natal e perupério deve ser intercalada com consulta de enfermagem. Além de não ter ocorrido a intercalação, a gestante não foi encaminhada à médica no momento em que sentia dores anormais, no dia 22/02/2013 (fl. 18-verso).

Há prova de que no dia 20/02/2013, a gestante procurou a Santa Casa de Misericórdia de Tietê, sendo atendida pela Dra. Ana Claudia Jacomin, que embora não constatando o edema, anotou uma pressão arterial de 14x8. Entretanto, a autora dois dias depois retornou ao posto de saúde clamando por atenção no atendimento já que apontava algo de errado na gestação. Nesse dia 22/02/2013, só foi atendida pela enfermeira Ivana G. Cecílio, sendo que reclamava de uma sensação de peso e estava 6 quilos acima do normal, de maneira que, nesta oportunidade, não poderia ter sido dispensada pela enfermeira. Além do atendimento precário durante a gestação, houve um evento em que a autora procurou atendimento especializado, apontou sintomas que indicavam problemas na gestação e foi orientada a voltar um mês depois. Retornou menos de um mês depois, quando foi constatada a morte do feto.

Evidente que o município deve ser responsabilizado quando a conduta médico hospitalar resultar em dano ao paciente, seja este de natureza moral ou material.

Neste caso, o que se deve indenizar não é o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

resultado morte propriamente, mas a perda de uma oportunidade, que poderia ter evitado o óbito do feto.

Segundo a doutrina, a teoria da “perda de uma chance” pode ser compreendida da seguinte forma:

“O princípio de responsabilização em razão da perda de uma chance ocorre tanto no exercício da Advocacia como no da Medicina - nesta última, com maior incidência; Ela ocorre quando o erro grave do advogado limitou-se à perda da *probabilidade plausível* de êxito. Daí a razão de ter semelhança com indenização por dano *moral puro*, mas com valor reduzido, porque não há certeza de vitória, caso o advogado tivesse aproveitado a chance que existia. E, por isso, de um lado, a *punição* patrimonial ao advogado relapso, e de outro, uma *compensação* à vítima – o cliente. Se o *erro* grave causou dano *material* direto não mais se cogita mais de perda de uma chance, mas, sim, do ressarcimento material, o quanto necessário (extensão do dano), pelas regras comuns” (A Responsabilidade Civil do Advogado e o ônus da Prova. Jurandir Sebastião “in” Revista Jurídica, ano 55- Janeiro de 2007- nº 351).

Portanto, o nexo de causalidade entre o atendimento precário prestado e a perda da chance foi claramente comprovado nos autos.

Segue, abaixo, precedente do C. STJ sobre o assunto:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

“DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.” (REsp 1254141 / PR / RECURSO ESPECIAL 2011/0078939-4 / Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) / Órgão Julgador / T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 04/12/2012) (grifamos)

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO.

1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto.

2. Legitimidade do recém nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).

3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.

4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.

5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.

6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada.

7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.”

(REsp 1291247 / RJ / RECURSO ESPECIAL / 2011/0267279-8 / Relator(a) Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO (1144) / Órgão Julgador / T3 - TERCEIRA TURMA / Data do Julgamento / 19/08/2014) (grifamos)

Assim, a indenização deve corresponder à chance perdida. Seguem abaixo decisões nesse sentido desse E. Tribunal de Justiça:

“Responsabilidade civil. Falha no atendimento médico-hospitalar. Alta prematura da UTI. Concausa assentada em perícia ao evento morte do companheiro da autora. Perda de uma chance. Indenização devida, ainda que proporcionalizada, do ponto de vista material. Valor do dano moral, porém, já compatível com a natureza da responsabilidade reconhecida, e atribuível também ao Hospital. Sentença revista em parte. Agravo retido desprovido. Apelação da ré provida em parte.” (Apelação nº 4015150-62.2013.8.26.0562 / Relator(a): Claudio Godoy / Comarca: Santos / Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado / Data do julgamento: 07/06/2016).

“APELAÇÕES E REEXAME NECESSÁRIO – Município de Sumaré – Indenização por danos morais – Falecimento do filho da autora, vítima de acidente de motocicleta - Suposta negligência médica ocorrida em pronto-socorro municipal – Procedência – Pretensão de inversão do julgamento – Impossibilidade – Interesse de agir presente - Negligência caracterizada – Alta médica indevida, após somente duas horas da entrada no hospital –



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

Gravidade das lesões que demandava maior período de observação – Perícia judicial nesse sentido – Aplicação da teoria da perda de uma chance – Precedente do Eg. STJ – Possibilidade maior de sobrevivência do adolescente, caso tivessem sido adotados os procedimentos médicos adequados - Redução do valor da indenização e dos honorários advocatícios – Correção monetária, desde o arbitramento e juros de mora a partir do evento danoso – Súmulas nº 54 e 362 do Eg. STJ - Rejeição da matéria preliminar - Parcial provimento dos recursos, com solução extensiva ao reexame necessário. (Apelação nº 0001622-68.2011.8.26.0604 / Relator(a): Maria Olívia Alves / Comarca: Sumaré / Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público / Data do julgamento: 28/09/2015).

*“RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - PROCEDIMENTO DE PARTO ANOXIA NEONATAL MÃE COM DEMONSTRAÇÃO DE PRÉ-ECLÂMPsia - **RETARDO NO DIAGNÓSTICO PROVA PERICIAL DANOS AO SER EM NASCIMENTO CARACTERIZAÇÃO. REPARAÇÃO CABÍVEL.** A recepção da paciente ao hospital, embora realizada de maneira convencional, não levou em consideração situações peculiares ao caso, seja quanto ao ser em nascimento seja com relação a mãe, ensejando diagnóstico de pré-eclâmpsia e danos neurológicos ao filho, resultados que poderiam ter sido evitados. Caracterização de deficiência no atendimento, implicando em culpa, na esteira da previsão constitucional, viabilizando indenização por danos materiais e de ordem moral, observado o prazo do dano material até que o menor venha a falecer. Procedência mantida. **RECURSO NEGADO,** com observação.”(Apelação nº 0071614-44.2005.8.26.0114, 1ª Câmara de Direito Público, Comarca de Campinas, Relator Des. Danilo Panizza, Data do julgamento: 15/04/2016).*

Os danos morais são presumidos em razão da gravidade do fato da perda da chance de evitar a morte do feto. Além disso, o atendimento inadequado certamente gerou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

angústia à autora e demais familiares. Há, portanto, danos morais passíveis de reparação.

Ressalte-se que a indenização pelo dano moral tem dupla finalidade de indenizar o sofrimento da gestante cujo feto veio a óbito, bem como desestimular o seu causador a voltar a praticar ou deixar de praticar atos que o causem. Não visa ao enriquecimento, nem permite que se desvirtue sua finalidade; sua fixação deve levar em conta as circunstâncias de cada caso.

Nesse sentido a jurisprudência do C. STJ:

“Não destoa o entendimento do STJ no sentido de que: “admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional” (REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGUI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012. DJe 20/02/2013)”

O valor da indenização deve ser pago de uma só vez, com incidência de juros de mora a contar da data do evento danoso, em se tratando de obrigação derivada de responsabilidade extracontratual (Súmula 54 do STJ), e correção monetária, a partir da data da sessão de julgamento, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça.

A autora formulou o pedido em “50 salários mínimos nacional vigentes” que deve ser convertido em valor em dinheiro. Considerando a data do óbito, de 15/03/2013 (certidão



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

de natimorto- fl. 103), o valor do salário mínimo era de R\$ 678,00. Assim, condena-se a ré em 30 salário mínimos à data do óbito, fixando-se o valor de indenização em R\$ 23.340,00 (vinte e três mil, trezentos e quarenta reais) mostrando-se adequado ao caso, pois não serve como fator de enriquecimento da vítima, nem se trata de quantia desprezível para o causador do dano, pois aí não se atenderia ao objetivo de lhe mostrar a reprovabilidade social da sua conduta.

No que diz respeito aos juros moratórios incidentes sobre os valores finais para pagamento, tendo em vista não ostentarem natureza tributária, deve-se observar o disposto no artigo 1º-F da lei Federal nº 9.494/97, com a redação que lhe foi dada pelo art. 5º da lei Federal nº 11.960/2009.

Nesse ponto, de se mencionar que a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do referido dispositivo teve alcance limitado, como se vê da manifestação do Ministro Luiz Fux, no Tema de Repercussão Geral nº 810, no Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, julgado em 20/09/2017, que definiu duas teses sobre a matéria.

A primeira tese firmada, referente aos juros moratórios e sugerida pelo relator do recurso, Ministro Luiz Fux, dispõe:

“O artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, “caput”); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não tributária, a fixação dos juros moratórios segundos o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997 com a redação dada pela Lei 11.960/2009.”

Já quanto à segunda tese, relativa à correção monetária, decidiu o Ministro que:

“O artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela lei nº 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CF, art. XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.”

Sendo assim, em observância ao disposto no julgamento proferido pelo colendo Plenário do STF, foi afastado o uso da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária dos débitos judiciais da Fazenda Pública, mesmo no período anterior à expedição do precatório, e em seu lugar, o índice de correção monetário adotado foi o IPCA-E. Quanto aos juros de mora incidentes sobre esses débitos, o julgamento manteve o uso do índice de remuneração da poupança previsto na Lei nº 11.960/2009, apenas para débitos de natureza não tributária.

Na hipótese, a condenação imposta à ré é de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

natureza não tributária, e a correção monetária deverá ser calculada com base no IPCA-E e os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da Lei nº 11.960/2009, por força do julgamento no Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, do STF.

Havendo a procedência parcial da ação, fixam-se os honorários advocatícios, incluindo-se todo o trabalho realizado em 1º e 2º graus, previstos no artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, em 12% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso da autora, nos termos expostos.

Antonio Celso Faria
Relator