



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do 1.0024.09.589513-2/001 **Númeraço** 5895132-
Relator: Des.(a) Carlos Roberto de Faria
Relator do Acordão: Des.(a) Carlos Roberto de Faria
Data do Julgamento: 03/10/2019
Data da Publicação: 14/10/2019

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - TEORIA DA FAUTE DU SERVICE - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - ERRO MÉDICO - PERDA DE UM TESTÍCULO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

1. A FHEMIG, na qualidade de fundação de direito público sem fins lucrativos, está dispensada do preparo do recurso.
2. Tratando-se de pretensão baseada em falha na prestação de serviço público, deve ser aplicada a Teoria da Falta do Serviço, segundo a qual, a responsabilidade pela omissão é subjetiva e, por isso, exige a comprovação da conduta, do dano, do nexo causal e também da culpa da Administração.
3. Prevalece o dever de indenizar quando comprovada a conduta, o dano, o nexo causal e a culpa da Administração, que agiu com imprudência ao não realizar o ultrassom escrotal para exclusão de diagnóstico e ao não realizar o acompanhamento ambulatorial investigativo do paciente.
4. Uma vez configurado o dever de indenizar, nos termos do art. 944 do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano, devendo ser mantida quando adequada ao grau de culpa do agente causador, à gravidade da ofensa e à proporção do sofrimento imputado.
5. Os honorários advocatícios devem ser fixados, preferencialmente, com base no valor da condenação ou do proveito econômico.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.589513-2/001 - COMARCA DE BELO



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

HORIZONTE - APELANTE(S): FHEMIG - FUNDAÇÃO HOSPITALAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APTE(S) ADESIV: DIVINO JOSE GONÇALVES JUNIOR - APELADO(A)(S): DIVINO JOSE GONÇALVES JUNIOR, FHEMIG - FUNDAÇÃO HOSPITALAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento aos recursos principal e adesivo.

DES. CARLOS ROBERTO DE FARIA

RELATOR.

DES. CARLOS ROBERTO DE FARIA (RELATOR)

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta pela FHEMIG e apelação adesiva interposta por Divino José Gonçalves Junior, em face da sentença proferida pelo juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte, nos autos da ação de indenização, proposta pelo apelante adesivo em desfavor da apelante principal.

O juiz julgou procedente o pedido nos seguintes termos:

Posto isso, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial, condenando a FUNDAÇÃO HOSPITALAR DO ESTADO DE MINAS GERIAS - FHEMIG a pagar à DIVINO JOSÉ GONÇALVES JUNIOR indenização por



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

sobre o valor devido juros de mora, nos termos da Lei 11.960/09, a partir da data do evento danoso, conforme Súmula 54 do STJ e correção monetária pelos índices do IPCA, a partir do arbitramento, nos termos da Súmula 362 do STJ. Condeno o réu ao pagamento das custas e honorários advocatícios de sucumbência no percentual de 10% sobre o valor atualizado da causa.

A apelante principal defende que inexistente ilegalidade na conduta médica e, por conseguinte, inexistente dever de indenizar. Acrescenta que o médico tem uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultados, sendo que o insucesso terapêutico não se confunde com erro médico. Sustenta que o nexo causal não ficou comprovado, uma vez que não existe indício ou evidência de que o suposto dano tenha sido provocado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência da maternidade ou de qualquer de seus funcionários. Pela eventualidade, pleiteia redução do valor da indenização. Salienta que a verba honorária deve ser fixada por apreciação equitativa. Requer o provimento do recurso.

O apelante adesivo defende a ilegalidade da conduta médica e a existência de nexo causal. Assevera que o valor da indenização deve ser majorado para 200 salários mínimos, conforme pleiteado na inicial. Alega que os honorários advocatícios devem ser fixados em 20% do valor atualizado da causa. Requer o provimento do recurso.

O apelado principal, em suas contrarrazões, preliminarmente, defende que os requisitos do art. 1.010 do CPC não foram cumpridos. Alega que o recurso é deserto, em razão do não pagamento do preparo. No mérito, destaca a ilegalidade da conduta médica e a presença do nexo causal. Reforça que o dano moral e os honorários advocatícios não devem ser reduzidos. Requer preliminarmente o não conhecimento da apelação principal. No mérito, requer seja negado provimento ao recurso.

O prazo da apelada adesiva decorreu sem manifestação.

A apelante principal, intimada para se manifestar sobre as



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

questões suscitadas nas contrarrazões do apelado, argumentou que não se verifica deserção nem intempestividade no recurso.

É o relatório.

Inicialmente, considerando que a legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, a presente apelação cível deverá ser analisada segundo as disposições do Novo Código de Processo Civil.

Em atenção à Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, conforme dicção do art. 14 do CPC, a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

1. PRELIMINARES

1.1. REQUISITOS DO ART. 1.010 DO CPC

O apelado alega que o recurso principal não pode ser conhecido, pois o apelante não qualificou as partes e não fez pedido de nova decisão, como manda o art. 1.010 do CPC, in verbis:

Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterà:

I - os nomes e a qualificação das partes;

(...)

IV - o pedido de nova decisão.

A análise do recurso principal revela que o apelante indicou adequadamente o número do processo e o nome completo das partes. De fato, não houve qualificação completa das partes. Todavia, essa qualificação detalhada consta na petição inicial (f.02) e, também, na



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

contestação (f.57). Como não foi gerado nenhum prejuízo ao processo ou às partes, o conhecimento do recurso não pode ser obstaculizado.

Em relação ao pedido de nova decisão, sem razão a apelada, uma vez que a apelante requereu "seja RECEBIDO E DADO PROVIMENTO ao presente recurso, reformando-se a sentença para que seja JULGADA TOTALMENTE IMPROCEDENTE A AÇÃO, nos termos acima expostos" (f.184). Além disso, é certo que, conforme art. 322 do CPC, "a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé". Logo, evidente que houve pedido de nova decisão.

Assim, rejeito a preliminar.

1.2. DESERÇÃO

O apelado, ainda, sustenta que o recurso principal é deserto, em razão do não pagamento do preparo. Entretanto, a FHEMIG é uma fundação com personalidade jurídica de direito público sem fins lucrativos (art. 1º do Decreto Estadual nº 45.691/2011). Por isso, é dispensada de preparo, conforme previsão do inciso I do art. 10 da Lei Estadual 14.939/2003 e do §1º do art. 1.007 do CPC, respectivamente:

Art. 10 - São isentos do pagamento de custas:

I - a União, o Estado de Minas Gerais e seus Municípios e as respectivas autarquias e fundações;

Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

§ 1º São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.

Assim, rejeito a preliminar e conheço da apelação cível e da apelação adesiva, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade, recebendo os recursos no duplo efeito, a teor do art. 1.012, caput, do CPC.

2. MÉRITO

Como se sabe, os contornos da responsabilidade das pessoas de direito público interno e as de direito privado prestadoras de serviços públicos estão explicitados no art. 37, § 6º, da Constituição da República, no seguinte sentido:

Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O texto constitucional, dessa forma, consagra a responsabilidade objetiva como fundamento jurídico para o ressarcimento dos danos causados a terceiros em virtude da atuação dos agentes vinculados às pessoas de direito público e seus delegatários.

Com amparo na Teoria do Risco Administrativo, a responsabilidade objetiva do Estado independente de prova de culpa, exigindo apenas a presença de três pressupostos: a conduta antijurídica atribuída ao Poder Público, de natureza dolosa ou culposa; o dano, de expressão patrimonial ou extrapatrimonial; e o nexo de causalidade entre a atividade funcional desempenhada pelo agente estatal e o prejuízo.

Ocorre que, tratando-se de pretensão baseada em falha na prestação de serviço público, deve ser aplicada a Teoria da Falta do Serviço, segundo a qual, a responsabilidade pela omissão é subjetiva e, por isso, exige a comprovação da conduta, do dano, do nexo causal e também da culpa da Administração.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Conforme ensina Hely Lopes Meirelles

O que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da Natureza. Observe-se que o art. 37, §6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos e não relacionados com a atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano - culpa essa, que pode ser genérica. Daí por que a jurisprudência, mui acertadamente, tem exigido a prova da culpa da Administração nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam danos aos particulares. Nestas hipóteses, a indenização pela Fazenda Pública só é devida se se comprovar a culpa da Administração. E na exigência do elemento subjetivo culpa não há qualquer afronta ao princípio objetivo da responsabilidade sem culpa, estabelecido no art. 37, §6º, da CF, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos, e não os atos de terceiros e os fatos da Natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos. (HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 39ª ed., São Paulo: Malheiros 2013, p.732-733).

No caso, conforme informações reunidas pela prova pericial, o autor, quando tinha 15 anos de idade, apresentou quatro episódios de dor escrotal aguda, intensa, sendo atendido nas unidades de emergência dos Hospitais João XXIII e Alberto Cavalcante. Em dois desses episódios diagnosticou-se, com certeza, torção testicular à direita. No primeiro episódio, confirmado por clínica e ultrassom com Doppler, ocorreu redução espontânea da torção; no segundo foi feita



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

destorção manual com sucesso (f.153).

A perita completa informando que não há, nos autos, evidências de que o acompanhamento ambulatorial investigativo do paciente tenha sido formalmente realizado, perdendo-se a oportunidade de fazer uma intervenção precoce, que evitaria os episódios que culminaram em necrose testicular por torção do testículo direito (f.153).

Além disso, a perita acrescentou que, considerando-se terem ocorrido dois episódios recentes, confirmados, de torção testicular e retorno do periciado ao atendimento de urgência com sintomas de dor escrotal aguda teria sido adequado e prudente, por ocasião do penúltimo atendimento na urgência, excluir esse diagnóstico mediante realização de ultrassom escrotal.

Diante do exposto, é possível verificar que ficou comprovada a conduta, o dano, o nexo causal e a culpa da Administração, que agiu com imprudência ao não realizar o ultrassom escrotal para exclusão de diagnóstico e ao deixar de realizar ou mesmo recomendar o acompanhamento ambulatorial investigativo do paciente. Logo, sem razão o apelante principal em sua irresignação.

2.1. DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

A quantificação dos danos morais em valor econômico, por sua vez, é tarefa árdua, pela inexistência de parâmetro objetivo para sua fixação. Entende-se que deve ser observado o grau de culpa do agente causador, a gravidade da ofensa e a proporção do sofrimento imputado como norteadores para o arbitramento do valor. Ainda, a fixação dos danos morais tem função punitiva, visando a coibir a reiteração da conduta lesiva.

Nessa linha, uma vez configurado o dever de indenizar, nos termos do art. 944 do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano. No caso, o valor de R\$50.000,00 se mostra suficiente para indenizar os danos morais sofridos pelo autor,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

notadamente porque atende ao caráter educativo e punitivo da medida.

Vale destacar que o apelante principal não trouxe nenhum motivo concreto para justificar a necessidade de redução do valor. Da mesma forma, o apelante adesivo também não demonstrou a necessidade de majoração da quantia, especialmente porque a remoção de um testículo não deixou o autor estéril, sendo confirmado pela perícia que o outro testículo é suficiente para manter a fertilidade e produção dos hormônios em níveis normais (f.159).

2.2. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Nos termos do art. 85 do CPC, os honorários advocatícios devem ser fixados, preferencialmente, com base no valor da condenação ou do proveito econômico. Quando não houver condenação principal ou quando não for possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa. Tendo em vista que houve condenação, a pretensão do apelante adesivo, de fixar os honorários em 20% do valor atualizado da causa, não merece ser acolhida.

Lado outro, a fixação dos honorários advocatícios por apreciação equitativa restringe-se aos casos em que for incalculável ou insignificante o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo. Considerando que essa hipótese não se amolda ao caso, sem razão a apelante principal em sua irresignação.

Nesse sentido é a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS. CAUSAS EM QUE É PARTE A FAZENDA PÚBLICA. CPC/2015. APLICAÇÃO DO ART. 85, §§ 3º E 4º.

1. Nas causas em que é parte a Fazenda Pública, para a fixação de honorários nos termos do art. 85 do CPC/2015, é imprescindível a



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

aplicação inicial dos §§ 3º e 4º, recorrendo-se, subsidiariamente, ao § 8º apenas na hipótese de proveito econômico irrisório ou de valor da causa muito baixo.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1758633/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 06/12/2018)

Além disso, conforme §2º do art. 85, os honorários devem ser fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor do proveito econômico obtido, observando o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Por fim, na forma do §11 do art. 85 do CPC, os honorários fixados em primeiro grau devem ser majorados pelo Tribunal na ocasião do julgamento do recurso, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, o disposto nos §§ 2º a 6º e os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º.

Assim, nego provimento ao recurso principal e ao recurso adesivo.

Condeno o apelante principal a pagar 50% das custas recursais, observada sua isenção legal, e a pagar ao advogado do apelante adesivo, os honorários advocatícios, que majoro em 3%, passando a totalizar 13% do valor da condenação.

Condeno o apelante adesivo a pagar 50% das custas recursais, e a pagar ao procurador do apelante principal, os honorários advocatícios, que fixo em 3% do valor da condenação, suspensa a exigibilidade, em razão da justiça gratuita deferida.

JD. CONVOCADO FÁBIO TORRES DE SOUSA - De acordo com o(a)



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Relator(a).

DESA. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - De acordo com o(a)
Relator(a).

SÚMULA: "NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS
PRINCIPAL E ADESIVO."