



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000876046

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1035632-18.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - HC USP/SP e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelada ----.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: negaram provimento à apelação, ao tempo em que não conheceram do reexame.v.u., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MÔNICA SERRANO (Presidente) E EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 17 de setembro de 2024.

COIMBRA SCHMIDT

Relator

Assinatura Eletrônica

Voto nº 48.802

APELAÇÃO nº 1035632-18.2017.8.26.0053 SÃO PAULO

Recorrente: JUÍZO, EX OFFICIO

Apelante: HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA USP

Apelada: ----

MMª. Juíza de Direito: Drª. Simone Gomes Rodrigues Casoretti

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Má prestação de serviço público. Diagnóstico médico errôneo. Autora que foi submetida a acompanhamento médico por HIV positivo por mais de uma década. É devida indenização pelo dano moral resultante de diagnóstico errôneo de portadora do vírus HIV, mesmo com sorologia negativa. Prova suficiente a evidenciar o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil, notadamente o nexo de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

causalidade. Dano moral presumido. Indenização adequadamente arbitrada em R\$ 20.000,00. Apelação não provida. Reexame não conhecido.

Ação indenizatória ajuizada por
---- contra o Hospital das Clínicas da
Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo _ HCFMUSP,
pleiteando reparação por danos morais decorrentes dos prejuízos que
sofreu em razão de erro de diagnóstico a si imputada.

Julgou-a procedente a sentença de f.
411/7, cujo relatório adoto, *para condenar o réu ao pagamento de indenização à autora por dano moral, que fixo em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com juros de mora a partir do evento danoso*

2

(Súmula 54, STJ) e correção monetária a partir do arbitramento (Súmula 362, STJ). Condeno o réu, ainda, nas custas e despesas processuais e verbas honorárias das partes contrárias que fixo em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, §3º do Código de Processo Civil. Ressalto que os juros de mora e a atualização monetária serão calculados de acordo com os critérios fixados no Tema n. 810 do STF e no Tema n. 905 do STJ, até a data da entrada em vigor da EC n. 113/21 (08.12.21); e, a partir de 09.12.21, de acordo com taxa SELIC, que engloba juros de mora e correção monetária, nos termos do art. 3º da referida Emenda Constitucional. Decorrido o prazo para a interposição de recursos voluntários, ao E. TJSP para apreciação do reexame necessário (f. 416/7).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apela o réu pela reversão do desate.

Afirma que a questão deve ser analisada à luz da responsabilidade subjetiva, por ser de maior a obrigação médica. O paciente deve provar que deixaram de ser empregados os meios mais adequados e a melhor técnica. Diz que inexistente culpa da autarquia ou falha na prestação do serviço. Também não se demonstrou o nexo causal. Assere que, apesar do resultado negativo do teste sorológico para HIV, ao longo de quatro anos os exames realizados de carga viral tiveram resultados positivos. Considerando-se as possibilidades de falso-positivo e falso-negativo, não se vislumbra nenhuma conduta equivocada em todo o atendimento prestado à autora. Assere que as limitações inerentes à metodologia não podem ser imputados à Autarquia. As condutas foram baseadas nos exames e

3

consequentes diagnósticos. Alega fato inevitável e imprevisível. Subsidiariamente, pede a redução da indenização, por entender elevado (f. 422/34).

Contrarrazões a f. 439/44.

É o relatório.

1. Não é caso de se conhecer da remessa necessária, considerando-se que o valor da condenação não ultrapassa os 500 salários-mínimos previstos no art. 496, § 3º, II, do CPC, bem como não se tratar de sentença ilíquida.

2. A ação veio fundada no erro de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

diagnóstico de ser portadora do vírus HIV, que posteriormente constatou-se equivocado, pois a autora não estava contaminada; a dor moral teria decorrido do desgaste sofrido ao ser submetida a acompanhamento médico por HIV positivo, que perdurou por mais de 10 anos.

Consta dos autos que, em 27.3.2003, a autora foi encaminhada para acompanhamento no ambulatório de imunodeficiências secundárias do Hospital das Clínicas por ter tido contato sexual desprotegida com indivíduo portador de HIV. Foram solicitados exames, dentre eles uma sorologia para HIV, realizado em 12.6.2003, cujo resultado foi negativo (f. 264). Continuou em acompanhamento no ambulatório até 10.7.2012, porém nunca fez tratamento medicamentoso para o HIV. Em todas as consultas

4

foram solicitados exames de carga viral e de contagem de células CD4 e CD8 dentre outros exames de avaliação do sistema imune. Em três oportunidades – 4.3.2004, 4.7.2005 e 5.9.2007 – realizou exames de carga viral para HIV, sendo identificada a presença de RNA do vírus HIV. Em 21.9.2004 foi encaminhada para avaliação ginecológica no próprio HC com a informação de que seria HIV positiva há 8 meses, sem comprometimento imunológico. Em abril de 2009 foi solicitado exame de genotipagem de HIV, que não pode ser realizado devido a carga viral inferior ao limite de detecção do teste. Em 22.7.2016 realizou teste rápido para HIV, no HCFMUSP, cujo resultado foi negativo.

Insera-se o caso, na responsabilidade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

irradiada da teoria da falha do serviço.

Ao apreciar a Apelação nº
0164615-66.2007.8.26.0000¹, assentou esta Câmara:

Responsabilidade subjetiva é obrigação de ressarcir que incumbe a alguém por ato culposo ou doloso consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto. No Direito Público, não é necessária a identificação da culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade. Esta noção individualista da culpa está ultrapassada pela idéia da 'faute du service' dos franceses. Ocorre a culpa do serviço ou falta do serviço, diz Celso Antônio, quando este não funciona, devendo funcionar, funcional mal ou funciona atrasado. Essa é a ligação entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a objetiva preceituada no artigo 37, § 6º da Constituição da República. [...] Acentue-se que a responsabilidade por 'falta de serviço', falha do serviço ou culpa do serviço é modalidade de responsabilidade subjetiva, como bem pontuava Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: 'Paul Duez, a quem se deve a sistemática da 'faute', faz expressa menção à culpa nominando

5

'culpa in committendo'; 'culpa in ommittendo' e 'service a fonctionné tardivement'. A jurisprudência francesa nesta linha de raciocínio sempre apreciou 'in concreto' a falta, levando em conta a 'diligência média que se poderia legitimamente exigir do serviço'. (La Responsabilité de La Puissance Publique, Paris, 1927, p. 14). (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 8ª Edição, pág. 579).

A causa de pedir amolda-se à figura, pois a responsabilidade em análise não decorre da atividade administrativa (risco administrativo), mas de alegada falha no cumprimento do dever de cuidado com o diagnóstico, da diligência que deveria ser adotada nos casos de resultado para HIV.

¹ Des. Guerrieri Rezende, j. 5.11.2007.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Destaque-se que, em se tratando de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, competia ao réu a comprovação de que o hospital público em que se deu o fatídico, conduziram o caso de modo satisfatório; bem como o ônus da prova de que não houve culpa de seu preposto nos procedimentos adotados (ou na falta destes), uma vez que havia vínculo com o profissional que atendeu a paciente; o que não ocorreu.

A autora, a seu turno, *para caracterizar o nexo, deveriam provar, às completas, o desleixo, o descaso e o mau funcionamento do serviço público*². Nesse ponto, o conjunto probatório foi suficiente: a autora por mais de dez anos foi submetida a acompanhamento médico por HIV positivo, que depois se demonstrou desnecessário (f. 25/115).

6

A perícia realizada junto ao IMESC (f. 332/8) concluiu que *não há nos autos comprovação de que a autora seja portadora do vírus HIV. A autora foi acompanhada no ambulatório de imunodeficiências secundárias do HCFMUSP, de 27/05/2003 até 10/07/2012, como portadora do vírus HIV porém, sem sinais de imunodeficiência. (...). Houve dano temporário psíquico. O quantum doloris é de grau 5 em uma escala crescente aleatória de 1 a 7 durante o período de 27/05/2003 a 22/07/2016* (f. 337). A perita afirmou ainda que *há nexo causal entre o “quantum doloris” sofrido pela autora e os serviços médicos prestados no HC*

² Embargos Infringentes nº 94.276-5/1-01, Des. Guerrieri Rezende, j. 9.6.2003.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

FMUSP. No período compreendido entre 27/05/2003 e 10/07/2012, a autora conviveu com o diagnóstico errôneo de portadora do vírus HIV, diagnóstico que foi estabelecido pelo réu (f. 397).

Verifica-se que o contexto fático era delicado e impunha cuidados especiais à equipe médica. Em 12.6.2003 a autora realizou teste para detecção de HIV com resultado negativo (f. 264). Em que pese tal resultado, continuou com atendimento no ambulatório de imunodeficiências secundárias do HCFMUSP, como portadora do vírus HIV, sem sinais de imunodeficiência. Durante quatro anos foram solicitados exames de carga viral e de contagem de células CD4 e CD8 dentre outros exames de avaliação do sistema imune, com resultados positivos por três vezes: em 4 de abril de 2004 (15.600 cópias de vírus/ml – f. 43), 4 de julho de 2005 (2.080 cópias de vírus/ml – f. 77) e 5 de setembro de 2007 (98 cópias/ml f. 93).

7

Em resposta aos quesitos do hospital réu, a perita médica afirmou que foram realizados três exames de carga viral positivos para HIV, configurando situação que merecia melhor investigação. Porém, ao ser questionada se existia na literatura médica algum exame que poderia esclarecer esse caso em curto prazo, e se a única conduta médica que poderia esclarecer esse caso consistia no seguimento (acompanhamento médico) prolongado, respondeu que *os exames poderiam ser repetidos, inclusive a sorologia para HIV* (f. 338). O que não foi feito pelo hospital, que manteve o tratamento da autora, insistindo no diagnóstico de ser portadora de HIV.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A perita ainda esclareceu que as possíveis causas para explicar três exames de carga viral, em anos distintos, todos com carga viral positiva para HIV, seria *falso positivos, troca de material, realização incorreta do exame* (f. 338), razão pela qual deveriam ser repetidos os exames, inclusive a sorologia para HIV. Deve ser anotado que, em abril de 2009, foi solicitado exame de genotipagem de HIV, que não pode ser realizado devido a carga viral inferior ao limite de detecção do teste (f. 260). Somente em 22.7.2016 é que foi realizado teste rápido para HIV, cujo resultado novamente foi negativo (f. 112).

Configurada, assim, a prestação de serviço público deficitário por parte do réu ao continuar tratando a autora como portadora de HIV, somente com o resultado de exame de carga viral, mesmo tendo uma sorologia negativa para HIV.

8

O procedimento adotado pelos médicos foi inadequado deixando de aplicar os meios disponíveis para evitar os prejuízos, gerando o dever de indenizar. Ademais, a prova pericial é hígida.

O § 6º do art. 37 da Constituição da República consagra a teoria do risco administrativo como causa suficiente para responsabilização do Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, mesmo que tenham agido com a mais absoluta correção, posto que somente nos casos de dolo ou culpa é assegurado o direito de regresso contra o responsável.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nos dizeres da Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, a doutrina da responsabilidade objetiva do Estado calcada na teoria do risco *baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por algum membro da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelos demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público*³.

O nexó jurídico, consistente na ligação entre ação ou omissão do sujeito e o resultado danoso,

9

também está caracterizado. É dizer, verifica-se no caso dos autos o necessário liame subjetivo entre o evento danoso e a omissão que o produziu. Ou seja, a má conduta dos médicos vinculados ao hospital estadual foi apta e eficaz a produzir a dor da paciente. De outro lado, não se demonstrou circunstância inevitável hábil a caracterizar situação de fortuito externo, capaz de, conseqüentemente, afastar a responsabilidade civil.

Assim, comprovado o nexó causal e os demais pressupostos, faz-se presente o dever de reparar.

³ *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 515.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse sentido:

APELAÇÃO _ RESPONSABILIDADE CIVIL _ Indenização por danos morais _ Pretensão de reparação dos danos ocasionados por suposta falha na prestação de serviço, sob a alegação de resultado falso-positivo para o vírus HIV e início imediato de tratamento _ Aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva Comprovação documental de prescrição de tratamento para HIV sem observância das regras médicas, pois prescrito após resultado positivo em um único teste rápido _ Necessidade de resultado positivo em dois testes rápidos para fins de início imediato do tratamento _ Comprovação do nexo de causalidade _ Fatos devidamente comprovados _ Valor da indenização por danos morais que deve ser fixada em R\$ 10.000,00, pois é o valor razoável e proporcional para atender ao binômio de compensação da dor suportada, além de reprimir desagradáveis condutas similares por parte dos réus, sem que seja fonte de enriquecimento sem causa _ Precedentes _ Sentença reformada _ Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível 1010509-38.2021.8.26.0292; Des. Maurício Fiorito; j. 31/07/2024).

APELAÇÃO _ AÇÃO INDENIZATÓRIA _ RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO _ Sentença de parcial procedência, com a fixação de R\$20.000,00 (vinte mil) a título de danos morais _ Erro médico _ Resultado falso positivo para HIV _ Autora que, durante o trabalho de parto, teve resultado positivo para HIV no teste rápido _ Resultado

10

negativo no exame de sangue realizado posteriormente _ Abalos psicológicos e transtornos no âmbito familiar que foram gerados pelo resultado errôneo, privação da amamentação e do contato com o filho, além da apelada e recém-nascido terem tomado o coquetel AZT desnecessariamente - Restou inegável a conduta culposa da equipe médica, pois a autora e o recém-nascido foram abruptamente separados e submetidos a tratamento desnecessário, gerando nítido abalo moral _ Responsabilidade configurada _ Indenização devida _ Precedentes deste Tribunal _ Manutenção do valor indenizatório fixado na r. sentença _ Acolhimento do pedido subsidiário da apelante quanto aos juros e correção monetária - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível 1002826-70.2022.8.26.0079; Des^a. Mônica Serrano; j.23/04/2024).

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA. Ação de reparação de danos. Erro médico. Sentença de parcial procedência do pedido mantida. 1. Autora que deu à luz em hospital municipal administrado pelo correquerido 'Hospital Albert Einstein'. No momento do preparo para o parto, foi submetida a novo teste de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

HIV, cujo resultado foi inconclusivo. Em razão desse resultado foi ministrado ao recém-nascido o medicamento AZT, com prescrição para que fosse ministrado o medicamento em repetição a cada 12 horas. Recém-nascida que sofreu os reflexos da posologia equivocada. Prova pericial contundente de que o resultado do exame de HIV foi equivocado e o consequente tratamento. 2. Danos morais devidos. Valor arbitrado que se revela adequado. Quantia que se pautou pela razoabilidade e proporcionalidade e, também observou às peculiaridades do caso concreto, estando, portanto, compatível com a lesão imaterial experimentada pela requerente, não comportando redução ou majoração. 3. Negado provimento aos recursos e à remessa necessária. (Apelação/Remessa Necessária 1030351-18.2016.8.26.0053; Des. Oswaldo Luiz Palu; j. 15/02/2024).

3. O dano moral é passível de indenização por força da incidência do preceito do art. 5º, X, da Constituição da República.

Passar mais de uma década, com incertezas e desconforto pelo diagnóstico de uma doença que pode

11

levar à morte e que não existe cura, em virtude do péssimo atendimento em hospital da rede pública, é caso típico de dano moral presumido (evidente o dano psicológico sofrido) que extrapola os limites do mero aborrecimento e tornando desnecessárias maiores ilações sobre a prova do prejuízo moral. Confira-se:

Em outras palavras, não se exige a prova do dano moral, mas prova do fato que gerou o dano moral, posto se tratar de dano *in re ipsa*, caracterizado pelo simples fato de sua ocorrência, ou seja, do ato ilícito, independe de questionamentos de sua existência ou extensão; vincula-se à prova do fato lesivo⁴.

⁴ Ap. n- 9182515-35.2009.8.26.0000, Des. Rubens Rihl, j. 26.10.2011. ⁵ O Ônus da Prova no Processo Civil, Almedina 2000, p. 222.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É presunção natural, a qual Freitas Rangel⁵ conceitua como aquela que se fundamenta nas regras práticas de experiência, nos ensinamentos trazidos mediante a observação empírica dos fatos, concluindo que *“é deste saber de experiência que o juiz se serve e onde se fundamenta para tirar ilações na apreciação de muitas situações de fato”*, acrescentando que tais presunções *“pressupõem a existência de um facto conhecido que constitui a sua base cuja prova compete à parte que a presunção favorece e pode ser feita pelos meios probatórios gerais”*. Prossegue: *“Na situação de ficar provado esse facto, a lei intervém, no caso de presunções legais, ou o julgador, na situação das presunções judiciais, a concluir dele a existência de outro facto, o presumido, servindo-se, neste último caso, o julgador das regras deduzidas da experiência da vida”*.

Deve-se ter em mente não ser a

12

indenização pelo dano moral instrumento de enriquecimento indevido. Simplesmente busca atenuar a dor íntima com alguma satisfação material.

A indenização, arbitrada na sentença de R\$ 20.000,00 é razoável e não se mostra desproporcional ao resultado lesivo. Ao revés, pode ser tida como modesta.

4. Agregados os fundamentos da sentença, nego provimento à apelação, ao tempo em que não conheço do reexame.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Mercê da sucumbência recursal,
elevo a honorária em dois pontos percentuais, nos termos do § 11 do
art. 85 do Código de Processo Civil.

COIMBRA SCHMIDT

Relator

13