



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
25ª Câmara

Registro: 2014.0000794035

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002385-50.2010.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que são apelantes [REDACTED] (JUSTIÇA GRATUITA) e [REDACTED] [REDACTED] é apelado SOCIEDADE PORTUGUESA DE BENEFICENCIA.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VANDERCI ÁLVARES (Presidente sem voto), CLAUDIO HAMILTON E EDGARD ROSA.

São Paulo, 4 de dezembro de 2014.

Hugo Crepaldi
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
 25ª Câmara

Apelação Cível nº 0002385-50.2010.8.26.0266
 Comarca: Itanhaém
 Apelantes: [REDACTED] e outro
 Apelada: Sociedade Portuguesa de Beneficência
 Voto nº 10.274

APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES – RELAÇÃO DE CONSUMO – Sentença de improcedência com fulcro no artigo 333, inciso I, do CPC – Acordada a realização do parto do filho dos autores nas dependências da ré, que se obrigou a prestar serviços de hotelaria e assistência médica, dirigiram-se às suas dependências e foram informados de que não havia leitos disponíveis no local – Autora que, ao fim, veio a dar a luz em ala destinada ao atendimento pelo SUS em outro hospital, obtendo assistência médica junto a rede pública – NULIDADE – Inexistência – A aplicação do princípio da identidade física do juiz não é absoluta e só enseja nulidade quando sua não observância importar violação ao contraditório e à ampla defesa (art. 132 do CPC) – INADIMPLENTO CONTRATUAL – Caracterizado – Contrato de adesão (art. 47 e 54, §§ 3º e 4º, do CDC) – Multa de 40% sobre o valor total da obrigação, estipulada contratualmente, a que fazem jus os autores – DANOS MORAIS – Configurado fato do serviço, a prestadora responde objetivamente pelos danos causados – Abalos que fogem à normalidade – Quantum indenizatório fixado de forma justa e suficiente à reparação, porquanto condizente com as quantias envolvidas na demanda e a dimensão do dano – Recurso provido.

Vistos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
25ª Câmara

Trata-se de Apelação interposta por [REDACTED] [REDACTED] **E OUTRO**, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que move contra **SOCIEDADE PORTUGUESA DE BENEFICIÊNCIA**, objetivando a reforma da sentença (fls. 151/152) proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Aluísio Moreira Bueno, que julgou improcedente a ação, condenando os autores ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00.

Apelam os autores (fls. 156/175), sustentando, preliminarmente, ofensa ao artigo 132 do Código de Processo Civil e, no mérito, falha na prestação de serviços hospitalares pela ré a ensejar indenização por danos materiais e morais.

Alegam ter acordado com a ré a realização de uma cesariana a ser realizada em suas dependências, quando do início dos trabalhos de parto, entretanto, ao se dirigirem ao hospital, foram informados de que não havia leito disponível no local e que seriam encaminhados a outro hospital particular que mantinha parceria com a ré.

Foram, então, encaminhados ao Hospital Santa Casa da Misericórdia de Santos para atendimento particular, onde, contudo, afirmam terem sofrido a exigência do pagamento de R\$ 3.000,00 adicionais para que o procedimento fosse realizado na ala particular.

Não podendo arcar com tal custo, a autora teria sido mais uma vez transferida, dessa vez para a ala destinada ao atendimento pelo o SUS naquele mesmo hospital, aonde, de fato, veio a dar a luz por parto normal às 3h50min, aproximadamente, do dia seguinte ao de sua entrada no nosocômio (fls. 27), que ocorreu por volta das 22h14min (fls. 30).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
 25ª Câmara

Ante tais circunstâncias, manejam recurso contra a decisão de improcedência pretendendo seja anulada a decisão, ou, subsidiariamente, julgada totalmente improcedente, condenando-se ré ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes dos transtornos sofridos e materiais consistentes na multa contratual prevista na cláusula 34 do instrumento celebrado, além da diferença referente a juros, correção monetária e multa de mora sobre o valor total da contratação, repetido após os fatos narrados.

Recebido o apelo nos efeitos devolutivo e suspensivo (fls. 177), foram apresentadas contrarrazões (fls. 178/190).

É o relatório.

Cuida-se de típica relação de consumo, consistente em contrato de serviços hospitalares celebrado entre as partes visando à prestação de serviços de *hotelaria e assistência médica* durante a internação para o parto do primeiro filho dos autores, destacando-se as seguintes cláusulas do instrumento acostado a fls. 26:

“Art. 1º - Pelo presente contrato de assistência hospitalar à maternidade,... Sociedade Portuguesa de Beneficência,... garante e se obriga, nos direitos relativos à prestação de serviços de hotelaria e assistência médica (anestesista, pediatria e auxiliar) à gestante durante a internação para o parto (normal, cesariana ou fórceps), e ao recém-nascido.

(...)

Art. 9º - A Sociedade Portuguesa de Beneficência não se obriga em hipótese alguma, ao pagamento de qualquer honorário médico ao obstetra, sendo de total responsabilidade do (a) adquirente e/ou da beneficiária, o pagamento de tais honorários.



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
25ª Câmara

Parágrafo único – No caso de obstetra de plantão, os honorários médicos deverão ser pagos com base na tabela vigente.

(...)

Art. 17 – Será rescindido o presente contrato, independentemente de notificação, judicial ou extrajudicial, quando ocorrerem as seguintes hipóteses,... e) incidência de caso fortuito ou de força maior, nas atividades normais da SPB que venham a impedi-la de atender a beneficiária, o que, entretanto, não ensejará qualquer ônus a ser arcado pelo mesmo.

(...)

Art. 19 – Fica estipulada a multa contratual no valor de 40% sobre o valor total do presente contrato, a ser pago por qualquer das partes que der causa a rescisão deste contrato levando-se em conta as disposições aqui contidas... [sic]

Enquadram-se autora e ré na condição, respectivamente, de consumidora e fornecedor nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei 8.078/90, reputam-se, preenchidos os requisitos necessários para aplicação do regime protetivo estabelecido por este diploma, reconhece-se, pois, a condição de hipossuficiência da parte autora.

Impõe-se, assim, a interpretação do instrumento firmado entre as partes enquanto contrato de adesão que é, bem como à luz, em especial, dos preceitos trazidos pelos artigos 47 e 54, §§ 3º e 4º, do Código Consumerista.

Cumpre, no entanto, afastar inicialmente a alegada ofensa ao disposto no artigo 132 do Código de Processo Civil, uma vez que a aplicação do princípio da identidade física do juiz não é absoluta, só enseja nulidade quando importar violação ao contraditório e à ampla defesa.

Igualmente, não assiste razão aos autores no



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
25ª Câmara

tocante ao pedido de indenização em decorrência da realização de parto *normal*, ao invés de *cesárea*, como era da vontade da autora, isso porque, em que pese sua irresignação, a obrigação de realizar tal procedimento cirúrgico não poderia decorrer, e de fato não consta, do instrumento celebrado entre as partes.

Ademais de ser vedado “*praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País*” segundo o artigo 14 do Código de Ética Médica, de tal sorte que o parto normal é recomendado com prevalência sobre a cesárea pela literatura médica, tem-se como notório o fato de que qualquer procedimento cirúrgico oferece riscos consideráveis, sendo a cesariana exceção, destaque-se, cujo pós-operatório oferece várias desvantagens à mãe e ao bebê.

Acolhendo tal entendimento já se posicionou esta Corte de Justiça:

“Indenização por danos morais. Autora submetida a parto normal, enquanto preferia a realização de parto cesariana. Conduta adotada pelos prepostos da Ré no sentido da realização do parto normal que ocorreu conforme estabelece a literatura médica. Prova técnica produzida que não foi infirmada por prova equivalente. Ausência de responsabilidade da Ré em indenizar. Sentença de improcedência mantida. Aplicação do artigo 252 do RITJESP. Recurso não provido.” (TJSP, Apelação n. 0007988-64.2008.8.26.0108, Rel. João Pazine Neto, Terceira Câmara de Direito Privado, J. 22.07.2014).

“APELAÇÕES. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Ação ajuizada em face de hospital e cirurgião obstetra por paciente que aduz ter sido acometida de fístula vesicovaginal, por ter sido submetida a parto fórceps quando, no seu entender, deveria ter sido realizada uma cesariana. Procedência da ação. Apelo dos réus. Acolhimento. Preliminar de



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
25ª Câmara

ilegitimidade passiva repisada pelo hospital. Não configuração. Profissional pertencente ao corpo clínico da Santa Casa de Misericórdia. Irrelevância de existência de vínculo empregatício. Responsabilidade objetiva da instituição. Incidência do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Preliminar afastada. Agravo retido reiterado pela autora em contrarrazões. Aventado encerramento abrupto da instrução não configurado. Agravo desprovido. Obrigação de meio. Responsabilidade subjetiva do médico e objetiva do hospital, que pressupõem a prova da culpa do profissional a quem se imputa a prática direta do ato ilícito. Retidão do procedimento médico atestado pela perícia. Conclusão de que o parto vaginal era adequado àquela situação. Descartada a alegação de que a fístula tenha decorrido de imperícia no emprego do fórceps. Constatação de demora no diagnóstico e na correção do problema. Por tratar-se de fístula muito pequena, segundo a conclusão pericial, a realização do 'teste do azul de metileno' teria possibilitado o diagnóstico. Todavia, não foi essa a causa de pedir, o que inviabiliza a condenação dos réus. Improcedência da ação, com condenação da autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios dos patronos dos réus, arbitrados por equidade em R\$ 2.000,00. Negado provimento ao agravo retido e apelos providos." (v.15248). (TJSP, Apelação n. 0019390-93.2007.8.26.0362, Relatora Viviani Nicolau, Terceira Câmara de Direito Privado, J. 25.03.2014).

"RESPONSABILIDADE CIVIL - Vício do serviço - Imputação a hospital de falha na prestação dos serviços, consistente de recusa de atendimento a gestante - Inexistência de ato ilícito - Perícia médica realizada nos autos que concluiu categoricamente pela adequação do procedimento adotado pelo hospital que, após avaliação médica das condições clínicas do feto e da gestante, houve por bem dispensar a paciente - Constatação da desnecessidade de realização do parto de urgência na ocasião - Parto cesária não indicado à espécie, dando-se preferência à realização do parto pelas vias naturais - Histórico da gestante que não era determinante para a indicação de parto cesareana - parto cesareana de urgência realizado horas depois, em outro hospital, apenas em função da evolução do quadro clínico da gestante - Adequação do procedimento adotado pelo hospital - Inexistência de falha ou recusa de atendimento - Inexistência de dano material ou moral indenizável - Serviços do réu que



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
25ª Câmara

permaneciam à disposição da autora, que optou por sua própria vontade em ser atendida em outro nosocômio - Manutenção da improcedência da ação – Recurso improvido.” (TJSP, Apelação Cível n. 684.563.4/2-00, Rel. Francisco Loureiro, Quarta Câmara de Direito Privado, J. 10.12.2009).

Por outro lado, resta caracterizado *fato do serviço* a ensejar reparação, pois incontroversa a quebra de expectativa dos autores pela não realização do parto de seu filho nas dependências da ré, agravada pela impossibilidade de o pai eventualmente acompanhar o procedimento, dada transferência e posterior encaminhamento ao SUS, assim como pela demora no atendimento e ausência do devido acompanhamento e suporte da ré nesse íterim.

Outrossim, o fato de a *assistência médica* à gestante durante o parto, ao fim, ter sido obtida junto ao SUS, também incontroverso, constituiu inadimplemento contratual por parte da ré, fazendo jus a parte autora ao recebimento da multa de 40% sobre do *valor total* da obrigação, estabelecida nos termos da cláusula 19 do instrumento particular.

Ressalte-se que a ré, em sua defesa, não chega a negar a falta cometida na prestação, não obstante desempenhe esforço argumentativo no sentido de tentar atribuí-la à instituição com a qual mantém parceria ou aos próprios autores (fls. 52/53):

“A ré, a exemplo de todos os grandes Hospitais Gerais, mantém relação de apoio e retaguarda com os melhores hospitais da do município, exatamente para as hipóteses em que impedimentos técnicos ou a lotação de leitos impeçam o atendimento aos pacientes,... Entretanto, por algum descontrole havido na burocracia daquela instituição [Santa Casa da Misericórdia], a 1ª autora foi atendida pelo Sistema Único de Saúde,... É evidente que a ré não pode ser condenada por erro ou descontrole burocrático eventualmente havidos nas dependências de outra instituição



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
25ª Câmara

hospitalar,... O caso em tela,... é de culpa exclusiva de terceiro.” (grifou-se)

Contudo, a ré, enquanto estabelecimento prestador de serviços de saúde, responde *objetiva* ou, tendo mais de um autor a ofensa, *solidariamente*, pelo *fato do serviço*, em consonância com os artigos 7º e 14 do Código de Defesa do Consumidor, não havendo falar em culpa exclusiva de terceiro neste caso. Presente o dano, cabe fixar indenização.

Nesse sentido, em casos análogos quanto à configuração de danos morais, já se posicionou este Tribunal:

“Plano de Saúde Indenização por danos morais Autora que teve cirurgia cesariana realizada em hospital diferente do planejado – Demanda ajuizada em face da operadora do plano de saúde e do hospital que se negou a fazer o atendimento – Sentença de parcial procedência – Preliminares de nulidade e ilegitimidade passiva afastadas – Danos morais configurados – Genitor impedido de assistir o parto do filho – Ausência do aviso prévio ao consumidor previsto no artigo 17, § 1º, da Lei 9.656/98 – Recurso improvido.” (TJSP, Apelação n. 0009027-51.2011.8.26.0477, Rel. Eduardo Sá Pinto Sandeville, Sexta Câmara de Direito Privado, J. 10.02.2014 – grifou-se).

Para a quantificação de tal indenização, todavia, segue-se a orientação jurisprudencial no sentido de que o valor da indenização deve ser fixado com moderação, considerando o ânimo de ofender, o risco criado, as repercussões da ofensa, e, por fim, evitando-se o enriquecimento ilícito.

Ademais, *“se inexistente uma regra legal que trate a indenização do dano moral como pena, seu cálculo haverá de se fazer*



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
25ª Câmara

apenas dentro dos parâmetros razoáveis da dor sofrida e da conduta do agente..., com equidade haverá de ser arbitrada a indenização, que tem institucionalmente o propósito de compensar a lesão e nunca de castigar o causador do dano e de premiar o ofendido com enriquecimento sem causa” (Humberto Theodoro Júnior, *in* “Comentários ao Novo Código Civil”, vol. III, Tomo II, 4ª ed., pp. 82/85).

Nesse liame, leciona Sérgio Cavalieri Filho sobre os critérios para a fixação da indenização, quais sejam, o sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano e as condições sociais do ofendido:

Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes (*in* “Programa de Responsabilidade Civil”, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 98).

Considerando estes aspectos, entendo o valor de R\$ 5.000,00 como sendo suficiente à reparação, porquanto condizente com as quantias envolvidas na demanda e a dimensão do dano, devendo ser corrigido monetariamente pelos índices da tabela prática do Tribunal de Justiça de São Paulo a partir deste arbitramento, incidindo juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Integra a reparação por danos materiais, por sua vez, a multa contratual por inadimplemento, devida nos termos mencionados e no montante de 40% sobre o *valor total* da obrigação (R\$ 1.759,00), sobre a qual devem incidir correção monetária (Súmula 43 do STJ) e juros de mora a partir do *termo* da obrigação (artigo 397 do Código



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
25ª Câmara

Civil), que, no caso, coincide com a data do evento danoso, ou seja, momento no qual se efetivou a condição para a exigibilidade do serviço a ser prestado (início dos trabalhos de parto), dirigindo-se os autores às dependências da ré.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

HUGO CREPALDI
Relator