

Sentença

Processo nº: 033/1.09.0005652-8 (CNJ:.0056521-89.2009.8.21.0033)

Natureza:Indenizatória

Autor:Aline de Cássia Pereira Fernandes

Nicolas Fernandes de Moura

Réu:EMS Sigma Pharma

Município de São Leopoldo

Juiz Prolator:Juiz de Direito - Dr. Charles Maciel Bittencourt

Data:26/05/2011

Vistos,

ALINE DE CÁSSIA FERNANDES DE MOURA e NICOLAS FERNANDES DE MOURA, ambos qualificados nos autos, ajuizaram ação indenizatória contra EMS – SIGMA PHARMA e MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO, também qualificados, aduzindo que em junho de 2007 a primeira demandante, procurou o posto de saúde de São Leopoldo, onde lhe foi aplicado uma ampola do anticoncepcional Contracep, fabricado pela demandada Sigma Pharma, pois, por recomendações médicas e problemas financeiros não poderia mais engravidar. Disse que já possuía dois filhos. Narrou que, mesmo com a ministração da medicação, engravidou. Informou que o segundo demandante veio a nascer em 08 de maio de 2008. Afirmou que a ineficácia do medicamento foi constatada pela ANVISA que interditou a comercialização do medicamento em 09 de novembro de 2007. Teceu considerações acerca da responsabilidade dos requeridos pelo dano material e moral experimentado e sobre matéria de direito. Requereu a concessão da tutela antecipada. Ao final, pugnou pela procedência ação (fls. 02-16). Instruiu a inicial com procuração e documentos (fls. 17-84).

O requerido EMS SIGMA PHARMA LTDA suscitou em sua defesa (fls. 143-162), em sede de preliminar, falta de interesse de agir dos autores e sua ilegitimidade para arcar com pensão alimentícia ao autor NICOLAS. Quanto ao mérito, aduziu que o medicamento não apresenta irregularidades e que a interdição dos lotes se deu por equívoco em laudo emitido pelo Instituto Adolfo Lutz, que não se atentou à legislação sanitária. Afirma que a análise feita pelo Instituto Adolfo Lutz foi reconhecida como nula em processo judicial

e que nova análise do medicamento foi feita pelo INCQS – Instituto Nacional de Qualidade em Saúde, que comprovou a eficácia do Contracep.

Informou que a Resolução editada pela ANVISA que interditou o medicamento, foi revogada pela Resolução RE nº 475 de 21 de fevereiro de 2008. Afirmou que nenhum medicamento é 100% eficaz, e que estas informações constaram na bula do medicamento. Asseverou que a autora não comprovou se usou corretamente o Contracep. Refutou o pedido de indenização por danos morais, diante da ausência de nexo de causalidade e comprovação do dano. Se insurgiu também contra os danos materiais alegados e subsidiariamente discutiu o valor dos danos a serem fixados. Por fim, propugnou pela improcedência da ação. Juntou documentos (fls. 163-186).

O demandado MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO, da mesma forma, apresentou contestação (fls. 190-200). Em sede de preliminar, suscitou não ser parte legítima para figurar no polo passivo da ação. No mérito, refutou a pretensão declinada na exordial, discorrendo sobre a falibilidade dos métodos anticoncepcionais e a ausência de nexo causal, bem como a culpa exclusiva da autora. Disse não haver prova do dano e impugnou o valor requerido na inicial a título de pensão. Manifestou-se pela improcedência da ação. Acostou documentos (fls. 201-204).

Houve réplica (fls. 206-211) em que os autores rebateram as teses oferecidas em preliminar nas contestações, bem como ratificaram os argumentos da exordial.

Instadas as partes a especificarem as provas que pretendem produzir (fl. 212), o MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO postulou pelo depoimento pessoal da autora (fl. 215). A parte autora postulou pelo depoimento pessoal do demandados e pela produção de prova testemunhal (fl. 219). A ré EMS SIGMA PHARMA LTDA se manifestou pelo desinteresse na produção de outras provas (fl. 224).

O Ministério Público opinou pela reautuação do feito, a fim de constar no polo ativo o menor Nicolas Fernandes de Moura, bem como pela prova oral (fl. 231).

Designada audiência de instrução (fls. 246), foi colhido o depoimento pessoal da autora (fls. 251-4), e inquiridas 03 testemunhas (fls. 254v.-255, 255v.-257, e 257v.).

Encerrada a instrução, sobrevieram aos autos memoriais por parte dos demandados (fl. 273-9 e 280-3).

Transcorreu in albis o prazo para os memoriais da parte autora (fl. 284).

Convertido os autos em diligência (fl. 285) para que fosse concedido vistas ao Ministério público.

Sobreveio parecer ministerial (fls. 287-98v.), opinando pela improcedência dos pedidos em relação ao Município de São Leopoldo e parcial procedência dos pedidos em relação ao réu EMS Sigma Pharma.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

Trata-se de ação de indenização por dano moral cumulada com pensão alimentícia, na qual a autora imputa a ocorrência de gravidez em face da ingestão de medicamento anticoncepcional com princípio ativo insuficiente, ministrado em posto de saúde do município de São Leopoldo.

Além disso, cumpre destacar que as preliminares suscitadas pelos demandados se confundem com o mérito, e, por isso, serão apreciadas em conjunto com este.

A matéria debatida nos autos é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, posto que se trata, em tese, de defeito no produto disponibilizado pelo fornecedor EMS - SIGMA PHARMA, ora réu, junto ao mercado de consumo. Desta forma, depreende-se da leitura do art. 12 da Lei 8078/90 que o fornecedor deve responder pelos danos causados por seu medicamento aos consumidores independentemente da existência de culpa. Ademais, para ele a inversão do ônus da prova se opera *ope legis*, ou seja, decorre da própria lei, conforme exsurge do § 3º do mesmo dispositivo legal:

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

Nesse sentido, cabe o magistério de Sergio Cavalieri Filho em seu Programa de Responsabilidade Civil, Editora Atlas, 2007, p. 476-477, in verbis:

(RECUO) Dispõe o § 3º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar [...]” (grifamos). No mesmo sentido o § 3º do art. 14: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar [...]” (grifamos). Temos aí, indubitavelmente, uma inversão do ônus da prova quanto ao nexo causal, porquanto, em face da prova da primeira aparência, caberá ao fornecedor provar que o defeito inexiste, ou a concorrência de qualquer outra causa de exclusão de responsabilidade. Essa inversão do ônus da prova – cumpre ressaltar – não é igual àquela que está prevista no art. 6º, VIII. Aqui a inversão é ope legis, isto é, por força de lei; ao passo que ali a inversão é ope iudicis, que, a critério do juiz, poderá ser feita quando a alegação for verossímil ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. (grifei)

Afirmou a demandante que, devido a problemas de saúde e por recomendação médica, não poderia mais engravidar, razão pela qual fez uso do medicamento Contracep em posto de saúde do segundo demandado, o que restou verossímil nos autos, haja vista que o Cartão da Mulher e do receituário colacionado com a exordial (fls. 49-50), dão conta que a autora fez uso do fármaco produzido pela primeira demandada, em 22/06/2007, no posto de saúde Cohab-Duque, administrado pela Secretaria Municipal da Saúde do Município de São Leopoldo, afastando, assim, o argumento do segundo réu de que a autora não recebeu a ministração do medicamento em posto de saúde de sua administração.

No caso, o dano alegado é a gravidez não planejada e a relação de causa e efeito seria a ineficácia do medicamento anticoncepcional produzido pela empresa demandada, que seria corroborada pela

interdição do medicamento pela ANVISA, a partir de laudo do Instituto Adolfo Lutz.

Pois bem, a Resolução-RE nº 3.854, publicada em 12 de dezembro de 2007 no Diário Oficial da União (prorrogação da interdição imposta ao Contracep pela ANVISA desde o dia 09 de novembro daquele ano), foi revogada pela Resolução-RE nº 475/2008, conforme documento de fl. 181. Ou seja, não paira mais, sobre o medicamento, qualquer dúvida quanto a eficácia a que pretende, estando devidamente registrado e autorizado pela ANVISA (fls. 181 e 182). Ademais, o laboratório réu juntou sentença favorável em ação cautelar declaratória de nulidade de atos administrativos, processo nº 053.08.102032 (fls. 174-80), cujo objeto era a declaração de nulidade dos atos administrativos que proibiram o Contracep em decorrência de análise insatisfatória realizada pelo Instituto Adolfo Lutz.

Porém, como bem salientou o Ministério Público no parecer de fls. 287-98v., “(...) Não se deve descuidar, contudo, que quando foi tomada tal decisão, não havia mais risco aos consumidores, pois os lotes suspeitos do medicamento foram incinerados de comum acordo entre as autoridades sanitárias e a então demandante, bem como o laboratório já havia modificado o modo de produção do contraceptivo, solucionando as irregularidades apontadas pela ANVISA, técnicos do INCQS, Adolfo Lutz e autoridades de vigilância regional e municipal. (...)” (fls. 288v.-289). E segue dizendo que “(...) o que não significa que os lotes impugnados e que até então haviam circulado estivessem em adequadas condições de consumo, ou que a empresa nunca tenha apresentado qualquer problema na produção dos mesmos.(...)” (fl. 289).

Destarte, o conjunto probatório dos autos aponta para a verossimilhança das alegações da autora quanto à ineficácia do medicamento, na medida em que no próprio corpo da sentença juntada pelo demandado EMS - SIGMA PHARMA (fls. 174 - 180, em especial a fl. 178), o Magistrado traz a informação de que os lotes números 0875359.1, 0880496.1, 080501.1, 103971.2 e 080493.1 teriam sido incinerados, demonstrando que possivelmente tais lotes estivessem com problemas.

Nesse contexto, competia ao primeiro demandado comprovar que o fármaco utilizado pela autora não apresentava nenhum defeito, e, mais do que isso, que não pertencia a um desses lotes, o que não

restou demonstrado no caso comento. E não se diga que o ônus era da autora de comprovar o lote, pois esta realizou o procedimento na rede pública de saúde, conforme restou demonstrado nos autos pela prova documental (fls. 49-50) e oral (fls. 251-4, 254v.-255, 255v.-257) .

Não prospera, também, a tese dos demandados de que a autora estaria ciente dos riscos de uma possível gravidez na medida em que consta na bula do medicamento a informação de que o método não seria 100% eficaz, bem como de que a autora teria utilizado o medicamento de forma errada. Isso porque, a demandante demonstrou que utilizou o anticoncepcional no Posto de Saúde do Município, conforme restou delimitado, sendo-lhe ministrado por profissional da área médica, que, conforme depoimento da autora (fl. 251v.) teria sido informada de que ela poderia “ficar bem tranquila que é seguro”. Aliás, por força da inversão do ônus da prova, cumpria aos demandados comprovarem que o medicamento não foi utilizado conforme as instruções da bula, bem como que a autora foi devidamente informada do grau de eficácia do medicamento, ônus dos quais não se desincumbiram.

Sobre o tema, vale a transcrição de parte do acórdão, APELAÇÃO CÍVEL n. 70021020664, da lavra do Des. Paulo Roberto Lesa Franz, cuja ementa foi trazida no parecer do Ministério Público, verbis:

“(…)Deste modo, indubitável que competia à demandada a prova de que o contraceptivo Contracep não apresentava qualquer defeito, assim como da alegação de que as instruções expressas na bula do medicamento não foram seguidas corretamente, ônus do qual não se desincumbiu.

RECUO Além do mais, apenas a título de registro, recentemente a comercialização do mesmo contraceptivo injetável utilizado pela autora – Contracep – foi temporariamente suspensa para averiguação de irregularidades em alguns dos lotes de fabricação. Segundo informações obtidas junto ao site da Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária (www.anvisa.gov.br), amostras do medicamento “indicaram teor do princípio ativo, aspecto e volume ‘insatisfatórios’ [...] as amostras analisadas apresentavam-se sob forma ‘geleificada’, dificultando a aspiração de todo o conteúdo do anticoncepcional contido na ampola. Por conta disso, as

consumidoras poderiam receber um volume menor do princípio ativo do medicamento, o que acarretaria riscos de inefetividade do contraceptivo”.

Tal informação, aliada a prova oral e documental coligida aos autos, emprega verossimilhança à alegação da autora, no sentido de que embora tenha seguido corretamente as instruções de uso, o contraceptivo fabricado pela ré não obteve a sua segunda e não esperada gravidez. Daí, mais um motivo por que não há como afastar a pretensão indenizatória.(...)” (Sublinhei

Nesse diapasão, resta evidente o dever de indenizar do réu EMS – SIGMA PHARMA, posto que estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil, consistentes no ato ilícito, caracterizado pela disponibilidade do medicamento defeituoso no mercado de consumo, no nexo causal entre a aplicação do medicamento no posto de saúde do município e a gravidez não programada, causando indubitável dano moral, decorrente da angústia de uma gravidez não planejada e inesperada, notadamente, considerando as condições pessoais da autora, que já havia passado por problemas em gravidezes passadas, conforme se denota dos depoimentos das testemunhas de fls. 254v. - 257v., e também, o surgimento de tamanha responsabilidade que é zelar, educar e criar um filho, especialmente, quando já se tem outros para compartilharem a atenção e toda a responsabilidade, oriundo do Poder Familiar.

No que tange ao réu Município de São Leopoldo, é cediço que a responsabilidade objetiva do poder público, assentada na teoria do risco administrativo, por si só já afirma a legitimidade do Município para figurar no polo passivo. Consagrada no art. 37, § 6º da CF/88, esta teoria está centrada na conduta do agente público que, nesta qualidade, presta serviço de natureza pública. Assim informa a regra da Constitucional, in verbis:

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”

Ocorre que na hipótese dos autos o Município de São Leopoldo não é passível de ser considerado co-responsável para qualquer prejuízo material ou moral sofrido pelos autores, já que quando o

medicamento foi ministrado no posto de saúde, o foi de forma legítima, haja vista que o anticoncepcional não estava interdito na data em que foi ministrado (22/06/2007 – fl. 49). Em outras palavras, não há como atribuir responsabilidade ao Município pelo emprego de fármaco até então regular e autorizado pela ANVISA, por um defeito do medicamento fornecido para o consumo, donde se vislumbra a culpa exclusiva de terceiro, qual seja, da empresa corré. Ademais, o fato da médica do Município ter dito que o medicamento “era bem seguro” e que a autora poderia “ficar bem tranquila”, conforme depoimento da demandante (fl. 251v.), não dá ensejo a responsabilização do Município, posto que o cerne da questão é o defeito do produto, o qual somente pode ser atribuído ao réu EMS – SIGMA PHARMA. Também cabe a pertinência da tese do Ministério Público que, quando se refere a conduta da médica do Município, expõe que “(...) A única suposta inadequação é a narrativa da demandante de que a médica haveria garantido 100% de confiabilidade do método anticoncepcional (...). Tal inadequação, ademais, é perfeitamente aceitável, tendo em conta que é muito difícil a ocorrência de gravidez com a utilização do método (0,3%), sendo estes um dos mais confiáveis conhecidos (...)”, e segue, “(...) O fator determinante, sim, foi o defeito do produto, o qual somente é imputável ao Laboratório que o produziu, nada havendo que vincule a ocorrência do resultado (gravidez) como efeito de qualquer conduta adotada pelo ente público.”. Nesse contexto, não há responsabilidade imputável ao réu Município.

Assim, apurada a responsabilidade do primeiro requerido, com a caracterização do ato ilícito e o dano, além do nexos causal entre ambos, mister se faz a quantificação da indenização pelo dano moral, que será devido à mãe, decorrente da angústia de uma gravidez não planejada e inesperada, notadamente considerando as condições pessoais da autora, que já havia passado por problemas em gravidezes passadas, e, também, pela tamanha responsabilidade que é zelar, educar e criar um filho, conforme já fora referido, especialmente, quando já possui outros filhos, cuja a atenção é redobrada, pois é mais um a gerar as preocupações inerentes ao Poder Familiar. Soma-se a isso, as dificuldades financeiras, diante do quadro sócio-econômico da família da parte autora, que não é de classe alta, nem média. E não se diga que o simples nascimento, neste caso, gera a felicidade plena, pois, quem tem filhos possui uma responsabilidade ilimitada, e, porque não dizer, pelo resto da vida, não apenas pela assistência sócio-econômica, mas, em especial, pelo aspecto moral e o dever de

educar e formar uma pessoa para o convívio em sociedade, o que, nos tempos atuais, está cada vez mais difícil, por inúmeras razões, e diversas ordens. Isso, sem falar, na maioria das vezes, da abdicação de sua própria vida em favor da prole, principalmente, quando esta se encontra em tenra idade. Tudo isso, por si só, já seria o suficiente para caracterizar o dano moral no caso comento em relação a genitora do outro demandante.

Por outro lado, não há, por óbvio, direito a indenização ao menor, até porque este ganhou a vida, bem jurídico de mais alta estima no direito pátrio, e, porque não dizer na própria existência, no mínimo, para aqueles que acreditam no âmbito material, quiçá, para os que acreditam, também, em outras esferas.

De qualquer sorte, restou reconhecida a ocorrência do dano moral em favor da genitora do coautor Nicola Fernandes de Moura.

A finalidade da reparação do dano moral é oferecer compensação ao lesado atenuando seu sofrimento, e quanto ao causador do dano tem caráter sancionatório para que não pratique mais ato lesivo à personalidade das pessoas.

A finalidade da reparação do dano moral é oferecer compensação ao lesado atenuando seu sofrimento, e quanto ao causador do dano tem caráter sancionatório para que não pratique mais ato lesivo à personalidade das pessoas.

A parte autora é uma pessoa física, com um orçamento familiar declarado em seu depoimento (fl. 253), em torno de R\$ 1.400,00 a 1.500,00 por mês, e com três filhos. De outro lado, tem-se o demandado, pessoa jurídica, com significativo patrimônio e estrutura, cujo capital social é da monta de R\$ 7.700.000,00 (fl. 166), apresentando-se com empresa sólida no mercado nacional.

Assim, sopesando as condições das partes antes analisadas, a extensão do dano, conforme acima delimitado e os demais princípios supracitados, tenho que se afigure adequada a fixação do quantum em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigidos monetariamente pelo IGPM, desde esta data, e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, estes, a contar da citação.

No que diz respeito ao pensionamento, entendo ser possível mesmo que inexistente previsão específica na legislação para

casos como o dos autos, mas tão somente para as hipóteses de homicídio e diminuição da capacidade laborativa, nos termos dos artigos 948, inciso I, e 950, do Código Civil, por uma interpretação analógica e de equidade, a contrário senso destes dispositivos, forte no que dispõe o artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (nova redação pela Lei n. 11.376/2002).

Ademais, pelo princípio insculpido no art. 944 do Código Civil, bem como na proteção integral da criança e do adolescente de que trata a Constituição Federal (art. 227) e a Lei 8069/90 (arts. 1º, 3º e 4º), impõe-se o deferimento da pensão, no valor de 01 (hum) salário mínimo mensal, desde o nascimento até que o menor NICOLAS FERNANDES DE MOURA complete 18 anos, haja vista que o nascimento da criança, que conta com as mais variadas necessidades, como alimentação, vestuário, saúde, lazer etc, se deu pela ineficiência do fármaco disponibilizado pelo primeiro demandado no mercado de consumo. De outra sorte, é presumível que o aumento da prole acarrete desequilíbrio econômico-financeiro numa família que, despreparada para tal, conte com um orçamento familiar estimado em R\$ 1.500,00.

Por derradeiro, em atenção à sucumbência, consigno que me filio ao entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 326), no sentido de que o valor postulado a título de danos morais é meramente estimatório – visto que se trata de quantum de fixação atinente ao prudente arbítrio do juízo - e, portanto, não importa em decaimento da parte autora.

Em face do exposto, com fulcro no art. 269, inciso I do CPC, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação indenizatória proposta por ALINE DE CÁSSIA PEREIRA FERNANDES e NICOLAS FERNANDES DE MOURA em relação ao réu EMS SIGMA PHARMA, para:

a) condenar o requerido ao pagamento em favor da autora ALINE DE CÁSSIA PEREIRA FERNANDES, a título de danos morais, a importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigidos monetariamente pelo IGPM, desde esta data, e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, estes a contar da citação.

b) condenar o requerido ao pagamento, em favor do menor NICOLAS FERNANDES DE MOURA, a título pensão alimentícia, o

valor de 01 (hum) salário mínimo, desde o seu nascimento até que complete 18 anos de idade.

Sucumbente, condeno os autores ao pagamento de 30% das custas processuais e honorários advocatícios ao procurador da requerida, que fixo em R\$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais), a ser corrigido pelo IGPM a contar desta data e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, estes a contar do trânsito em julgado da presente decisão, tendo em vista a natureza da demanda e o trabalho desempenhado pelo profissional, a teor do disposto no art. 20, § 4º do CPC. Porém, suspendo a exigibilidade em face da AJG deferida (fls. 85). Outrossim, diante da sucumbência recíproca, condeno a requerida, ao pagamento de 70% das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios ao procurador da autora, que fixo em 10% sobre o valor total da condenação a título de danos morais, devidamente atualizado e acrescido de juros moratórios nos mesmos moldes já determinados para o débito principal, tendo em vista o trabalho desenvolvido e a natureza da causa, conforme o disposto no artigo 20, parágrafo 3º do CPC.

Por fim, cumpre destacar que é vedada a compensação da verba honorária, nos termos do artigo 23, da Lei n 8.906/94.

Ainda, a fim de evitar eventual surpresa/insegurança jurídica, ressalvo o entendimento deste Juízo no sentido da aplicabilidade da multa prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil a contar do trânsito em julgado, ou seja: independentemente do retorno dos autos ao juízo ad quem ou de intimação das partes deste retorno.

Outrossim, com fulcro no art. 269, inciso I do CPC, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado na ação indenizatória proposta por ALINE DE CÁSSIA PEREIRA FERNANDES e NICOLAS FERNANDES DE MOURA em relação ao MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO.

Sucumbente, condeno os demandantes ao pagamento de honorários advocatícios ao procurador da requerida, que fixo em R\$ 1.000,00 (hum mil reais) a ser corrigido pelo IGPM a contar desta data e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, estes a contar do trânsito em julgado da presente decisão, tendo em vista a natureza da demanda e o trabalho desempenhado pelo profissional, a teor do disposto no art. 20, § 4º do CPC. Outrossim, suspendo a

exigibilidade do pagamento por ser a parte autora beneficiária da AJG (fl. 85).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

São Leopoldo, 26 de maio de 2011.

CHARLES MACIEL BITTENCOURT,
Juiz de Direito.