



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000928650

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 100321997.2019.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante ----- REPRESENTADO POR -----, são apelados HOSPITAL DAS CLINICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DE BOTUCATU, -----, ----- e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª 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 Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), ISABEL COGAN E FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 13 de novembro de 2020.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA
Relator
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 17.546 (processo digital)

APELAÇÃO Nº 1003219-97.2019.8.26.0079

Nº ORIGEM: 1003219-97.2019.8.26.0079

COMARCA: BOTUCATU (1ª VARA CÍVEL)

APELANTE: ----- (representado por -----)

APELADOS: HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DE BOTUCATU, -----, ----- e ESTADO DE SÃO PAULO

MM. JUIZ DE PRIMEIRO GRAU: Marcus Vinicius Bachiega

RESPONSABILIDADE CIVIL. PRONTUÁRIO MÉDICO. VIOLAÇÃO. Pretensão do autor à indenização a título de danos morais em face dos médicos e do Hospital das Clínicas de Botucatu.

Ilegitimidade passiva dos médicos, que foi reconhecida por v. acórdão proferido por esta C. 13ª Câmara de Direito Público nos autos do agravo de instrumento nº 2258438-40.2019.8.26.0000. Prosseguimento do feito somente em relação ao Hospital das Clínicas de Botucatu.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MMÉRITO. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO A SER PRESTADA PELO HOSPITAL EM RELAÇÃO AO AUTOR. Dano moral configurado. CONDUTA CULPOSA DO HOSPITAL. Médico, servidor público do Hospital das Clínicas de Botucatu, que atuou como perito judicial em ação no qual o ora autor ajuizou em face do INSS, a fim de pleitear benefício previdenciário. Posterior ajuizamento de ação de indenização pelo ora autor em face do referido médico, sob argumento de emissão de laudos periciais contraditórios. Médico que, em sua defesa e utilizando-se de seu cargo no Hospital das Clínicas de Botucatu, imprimiu cópia do prontuário do autor, que não é seu paciente, a fim de apresentá-lo, juntamente com sua defesa, na ação de indenização anteriormente ajuizada pelo autor. Inexistência de autorização do autor ou autorização judicial. Violação dos dados médicos sigilosos do autor e, consequentemente, de sua intimidade (art. 5º, inciso X da CF/88). Configurada culpa do Hospital das Clínicas de Botucatu, que não tomou as providências para restringir o acesso aos prontuários médicos de seus pacientes lançados em seu sistema. Comprovação da conduta omissiva do Hospital e do nexo causal entre a conduta e o dano moral. Responsabilidade civil subjetiva do Estado configurada (art. 37, §6º, CF).

Consectários legais - De rigor a observância do decidido em sede do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema de Repercussão Geral nº 810, do E. STF).

2

R. sentença de improcedência reformada. Condenação do Hospital das Clínicas de Botucatu nos ônus de sucumbência.

**RECURSO DE APELAÇÃO DO AUTOR
PARCIALMENTE PROVIDO.**

Vistos.

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por ----- (representado por -----) em face de -----
-----,

**----- e HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE
MEDICINA DE BOTUCATU.** Aduz o autor que é interditado e que no ano de 2006 sofreu acidente, que o incapacitou para o exercício de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

qualquer atividade laborativa, motivo pelo qual passou a receber benefício previdenciário (auxílio-doença) pelo período de 03.12.2006 a 01.07.2007, que foi convertido em aposentadoria por invalidez, a partir de 02.07.2007 e recebido até 10.11.2013, quando foi cessado pelo INSS. Alega que em virtude da cessação da aposentadoria ingressou com ação perante o Juizado Especial Federal de Botucatu, visando o restabelecimento do benefício; no entanto, quando da perícia judicial, realizada pelo Dr. -----, este último concluiu que o ora autor não se encontrava mais incapacitado. Sustenta que, em virtude da cassação de sua aposentadoria após conclusão pericial, ajuizou nova demanda perante o Juizado Especial Federal de Botucatu pleiteando o benefício de Amparo Assistencial ao Deficiente, sendo novamente nomeado o Dr. ----- que então concluiu pela incapacidade laborativa do autor desde 2006. Afirma que, em razão da conclusão equivocada no Dr. ----- na perícia realizada

3

no primeiro processo, passou por inúmeras dificuldades financeiras e teve que morar em uma espécie de cortiço, como relatado pela Assistente Social. Aduz que ajuizou ação indenizatória por danos morais e materiais em face do Dr. ----- (proc. nº 1007363-51.2018.8.26.0079 _ 1ª Vara Cível da Comarca de Botucatu), sendo que, quando de sua contestação o referido doutor juntou todos os prontuários médicos do autor, cedidos pelo Dr. -----, caracterizando quebra do sigilo médico e violação da privacidade do paciente. Sustenta que não foi dada nenhuma autorização judicial ou realizada nenhuma requisição judicial sendo evidente o direito violado. Além disso, alega que a solicitação do prontuário foi feita pelo Dr. ----- na data de 08.01.2019 as 20h08, ou seja, fora do horário de funcionamento do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

setor que é das 07h30 as 11h e das 13h as 17h. Aduz que a responsabilidade dos réus é objetiva, bem como que já houve em outra oportunidade condenação do Hospital das Clínicas ao pagamento de indenização por danos morais em caso idêntico ao seu. Requer a condenação dos Réus ao pagamento de indenização por danos morais no importa de R\$ 20.000,00 de maneira subsidiária ou solidária, bem como que seja enviado ofício ao Conselho Regional de Medicina para que sejam apuradas eventuais infrações éticas dos médicos, além do desentranhamento de seu prontuário médico dos autos.

O Ministério Públíco se manifestou às fls. 73.

Deferida a gratuidade de justiça (fls. 75).

4

Contestação pelo Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Botucatu acostada às fls. 105/119, com a Réplica do autor juntada às fls. 151/155. Contestação pelo corréu, ----- acostada às fls. 127/136 com a juntada dos documentos de fls. 137/142 e 143/148, com a Réplica do autor às fls. 171/177. Contestação pelo corréu, ----- acostada às fls. 157/164, com a juntada dos documentos de fls. 165/167, com Réplica do autor às fls. 178/186.

A audiência de conciliação restou infrutífera (fls. 123/124).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Manifestação do Ministério Público pela extinção do processo em relação dos corréus, ----- e ----- Wolak Júnior por ilegitimidade passiva (fls. 190/191).

O Juízo “a quo, acolhendo a manifestação do Ministério Público, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito (art. 485, VI do CPC/2015) em relação aos corréus ----- e -----, nos seguintes termos:

“Destarte, JULGO EXTINTO o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC em relação aos réus ----- e -----.

Pela sucumbência, condeno o autor ao pagamento das custas e

5

despesas processuais, bem como arbitro os honorários advocatícios dos patronos dos réus em 10% do valor da causa atualizado, respeitada a gratuidade judiciária que lhe foi deferida. P.R.I”.

Intimado, o autor informou que não tinha mais provas produzir, bem como informou a interposição de agravo de instrumento (nº 2258438-40.2019.8.26.0000), quanto ao reconhecimento da ilegitimidade passiva e extinção do processo em relação aos corréus, ----- e ----- (fls. 209/210).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por sua vez, por v. acórdão unânime, proferido em 29.01.2020, por esta C. 13^a Câmara de Direito Público, foi negado provimento ao agravo de instrumento (nº 2258438-40.2019.8.26.0000) interposto pelo autor, **mantendo-se o decidido em 1º. Grau quanto à extinção do processo, sem resolução de mérito, em relação aos corréus** ----- e ----- (fls. 245/254, 273/283 e 312/323).

O Ministério Público opinou pela improcedência do pedido (fls. 260/264).

Sobreveio r. sentença de fls. 266/268 que julgou

6

improcedente o pedido do autor, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido de indenização de danos morais com fundamento no art. 487, I, do CPC.

Condeno o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios do réu, os quais arbitro em 10% do valor da causa atualizado monetariamente, respeitada a gratuidade judiciária que lhe foi deferida. P.R.I”.

Apela o autor (fls. 285/291), alegando, em síntese, que: a) seu prontuário médico foi acessado sem qualquer tipo de autorização judicial e ainda fora do horário de funcionamento do setor, denotando o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

abuso do acesso pelo profissional; b) o ato praticado pelos médicos caracteriza quebra de sigilo médico e violação da privacidade do paciente, sendo contrário, ainda, ao Código de Ética Médica e Resolução CFM nº 1.639/2002; c) ao deixar de adotar mecanismos que assegurem a inviolabilidade do prontuário médico, ao deixar de fiscalizar e punir seus agentes o apelado comete ato ilícito, devendo ser condenado a indenizar; d) somente será afastada a responsabilidade objetiva caso reste comprovada a ausência do nexo causal entre o dano e a ação do Estado, como, por exemplo, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro ou, ainda, força maior ou caso fortuito, o que não ocorre no presente caso; e) a responsabilidade do Hospital das Clínicas se caracteriza na medida em que foi omissão ao deixar de criar mecanismos para evitar o acesso de qualquer pessoa aos prontuários médicos de terceiros e permitir que os

7

mesmos fossem divulgados; f) não há que se falar em comprovação do dano, pois este decorre “*in re ipsa*”, significa dizer que o dano moral é presumido, ou seja, independe da comprovação do grande abalo psicológico sofrido pela vítima; g) não foi um ato esporádico do Hospital da Clínicas, pois em processo idêntico já houve sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Requer a reforma integral da r. sentença.

Recurso tempestivo, sem necessidade de preparo devido à concessão de gratuidade de justiça e acompanhado de contrarrazões (fls. 299/311).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Órgão Ministerial manifestou-se às fls. 331 e a D. Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pelo desprovimento do recurso de apelação interposto pelo autor (fls. 340/345).

É o relatório.

De início, aponto que a r. sentença guerreada foi proferida e publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, e é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não.

No caso em tela, o autor sustenta que é interditado e que no ano de 2006 sofreu acidente que o incapacitou para o exercício de

8

qualquer atividade laborativa, razão pela qual passou a receber benefício previdenciário (auxílio-doença) pelo período de 03.12.2006 a 01.07.2007 que foi convertido em aposentadoria por invalidez a partir de 02.07.2007 a 10.11.2013 quando foi cessado pelo INSS.

Alega que em virtude da cessação da aposentadoria ingressou com ação perante o Juizado Especial Federal de Botucatu visando o restabelecimento do benefício, no entanto, quando da perícia judicial, realizada pelo Dr. -----, concluiu-se que não se encontrava mais incapacitado, razão pela qual a cessação de seu benefício foi mantida.

Sustenta o autor que, em virtude da cassação de sua



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aposentadoria após conclusão pericial, ajuizou nova demanda perante o Juizado Especial Federal de Botucatu pleiteando o benefício de Amparo Assistencial ao Deficiente, sendo novamente nomeado o Dr. ----- que então concluiu pela incapacidade laborativa do autor desde o acidente de 2006.

Desta feita, afirma o autor que, em virtude da conclusão equivocada no Dr. ----- na perícia realizada no primeiro processo, ficou sem receber o benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, pelo período de 10.11.2013 a 08.06.2016 e passou por inúmeras dificuldades financeiras, tendo que morar em uma espécie de cortiço, como relatado pela Assistente Social.

Assevera que ajuizou ação indenizatória por danos morais e

9

materiais em face do Dr. ----- (proc. nº 1007363-51.2018.8.26.0079 _ 1ª Vara Cível da Comarca de Botucatu), sendo que, quando de sua contestação o referido médico juntou todos os prontuários médicos do autor, cedidos pelo Dr. ----- Wolak Júnior, na data de 08.01.2019 às 20h08, ou seja, fora do horário de funcionamento do setor, que é das 07h30 às 11h e das 13h às 17h.

Pleiteia, assim, a condenação dos médicos, ----- e ----- Wolak Júnior e do Hospital das Clínicas de Botucatu ao pagamento dos danos morais pela quebra do sigilo médico e violação da privacidade do paciente.

Pois bem.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em primeiro lugar, ressalto que, por meio do v. acórdão proferido por esta C. 13^a Câmara de Direito Público nos autos do agravo de instrumento nº 2258438-40.2019.8.26.0000 (j. 29.01.2019) já foi reconhecida a ilegitimidade passiva dos médicos ----- e -----, diante da impossibilidade de incluir no polo passivo da ação alicerçada na responsabilidade civil do Estado prevista no art. 37, §6º da CF/88 o agente público que tenha cometido o ato ou fato gerador do dever de indenização, extinguindo-se a ação, sem exame de mérito, em relação aos réus pessoas físicas, ficando ao alvedrio da Fazenda Pública acionar o agente em ação regressiva, no caso de procedência do pedido.

Por tais motivos, a ação em tela prossegue somente em relação ao Hospital das Clínicas de Botucatu.

Em segundo lugar, importa dizer que muitas são as teorias sobre a responsabilidade civil do Estado e, neste ponto, conforme leciona Maria Sylvia Di Pietro. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018:

“A Constituição de 1988, no artigo 37, § 6º, determina que “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 Código Civil de 2002 não repete a norma do artigo 15 do Código Civil de 1916. Determina, no artigo 43, que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

De certa forma, está atrasado em relação à norma constitucional, tendo em vista que não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Entende-se que, a partir da Constituição de 1946, ficou consagrada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado; parte-se da ideia de que, se o dispositivo só exige culpa ou dolo para o direito de regresso contra o funcionário, é porque não quis fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas.

No dispositivo constitucional estão compreendidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público”.

Ainda quanto aos tipos de responsabilidade civil, preleciona Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 663:

“Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao direito não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de 'faute du service' entre os franceses. Ocorre a 'culpa do serviço' ou 'falta do serviço' quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a

11

responsabilidade tradicional do Direito civil e responsabilidade objetiva.

É mister acentuar que a responsabilidade pela 'falta de serviço', falha do serviço ou culpa do serviço ('faute du service' seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de desempenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo em certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Contudo, no que toca a responsabilidade civil do Estado por omissão, explica Maria Sylvia Di Pietro que existe controvérsia sobre a aplicação ou não do art. 37, §6º da CF/88 e a respeito da aplicabilidade, neste caso, da teoria da responsabilidade subjetiva. Segundo a ilustre doutrinadora:

“Existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, § 6º, da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva. Segundo alguns, a norma é a mesma para a conduta e a omissão do Poder Público; segundo outros, aplica-se, em caso de omissão, a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da teoria da culpa do serviço público. Na realidade, a diferença entre as duas teorias é tão pequena que a discussão perde um pouco do interesse, até porque ambas geram para o ente público o dever de indenizar.

Alguns, provavelmente preocupados com as dificuldades, para o terceiro prejudicado, de obter ressarcimento na hipótese de se discutir o elemento subjetivo, entendem que o dispositivo constitucional abarca os atos comissivos e omissivos do agente público. Desse modo, basta demonstrar que o prejuízo sofrido teve um

12

nexo de causa e efeito com o ato comissivo ou com a omissão. Não haveria que se cogitar de culpa ou dolo, mesmo no caso de omissão.

Para outros, a responsabilidade, no caso de omissão, é subjetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público (porque é indiferente saber quem é o agente público responsável). Segundo essa teoria, o Estado responde desde que o serviço público (a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal. Nas duas primeiras hipóteses, tem-se a omissão danosa”.

Filiando-se Maria Sylvia Di Pietro a corrente da responsabilidade civil subjetiva do Estado em caso de omissão, esta explica que:

“No caso de omissão do Poder Público os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu.

Isto significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. A lição supratranscrita, de José Cretella Júnior,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

é incontestável. A culpa está embutida na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável.

A dificuldade da teoria diz respeito à possibilidade de agir; tem que se tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano.

A esse respeito, Juan Carlos Cassagne (citado por Flávio de Araújo Willeman, 2005:122) ensina que “a chave para determinar a falta de serviço e, consequentemente, a procedência da responsabilidade estatal por um ato omissivo se encontra na configuração ou não de uma omissão antijurídica. Esta última se perfila só quando seja razoável esperar que o Estado atue em determinado sentido para evitar os danos às pessoas ou aos bens dos particulares. Pois bem, a configuração de dita omissão antijurídica requer que o Estado ou suas entidades descumpram uma obrigação legal expressa ou implícita (art. 186 do Cód. Civil) tal como são as vinculadas com o exercício da polícia administrativa, descumprimento que possa achar-se imposto também por outras fontes jurídicas”.

Por outras palavras, enquanto no caso de atos comissivos a responsabilidade incide nas hipóteses de atos lícitos ou ilícitos, a

13

omissão tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado.

Por essa razão, acolhemos a lição daqueles que aceitam a tese da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Poder Público. Com Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:996), entendemos que, nessa hipótese, existe uma presunção de culpa do Poder Público. O lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer essa demonstração, não incidirá a responsabilidade”.

Desta feita, verifica-se que a falta ou falha do serviço não se revela como modalidade de responsabilidade objetiva, sendo indubitavelmente subjetiva, porque baseada na culpa ou dolo.

A conduta configuradora da 'faute du service' caracteriza a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

culpa administrativa e exige demonstração, ainda que presumida, de comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidades normais (culpa) legalmente exigíveis. O Estado ou seus delegatários poderão eximir-se demonstrando a inocorrência de culpa, por terem agido com cuidado e zelo, ou pela inexistência de falha no serviço. Na culpa administrativa se enquadra a responsabilidade por omissão, quando caracterizada. É também conduta ilícita que enseja reparação.

A respeito do assunto, bem esclarece o doutrinador e jurista Rui STOCO ¹: “*Quer parecer, contudo, que o Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, parágrafo 6º. da Constituição Federal (se a*

14

atividade da qual decorrer o gravame for lícita), como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade foi ilícita ou em virtude de 'faute du service')”.

Independentemente da discussão sobre a modalidade da responsabilidade civil do Estado aplicada ao caso em tela, ainda que o Órgão Ministerial tenha apontado ser subjetiva no caso, entendo que o recurso de apelação do autor deve ser acolhido, diante do dever de

¹ STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 4^a ed., São Paulo: RT, 1999, p. 504.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

indenizar do Estado (Hospital das Clínicas de Botucatu), pelos motivos abaixo indicados.

O autor comprova que ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais (processo nº 1007363-51.2018.8.26.0079) em face do médico -----, em virtude da divergência nas conclusões apresentadas por referido médico, quando atuou como perito judicial em duas ações nas quais o autor pleiteava a concessão de benefícios previdenciários perante o INSS.

Também comprova o autor que, ao apresentar sua defesa no processo nº 1007363-51.2018.8.26.0079, acima mencionado, o médico ----- juntou todo o prontuário médico do autor que estava inserido no sistema do Hospital das Clínicas de Botucatu (fls. 14/62).

Por sua vez, dos demais elementos dos autos, é possível verificar que o médico -----, além de perito judicial, é servidor público do Hospital das Clínicas de Botucatu (Chefe de

15

Neurologia _ fls. 233/234) e, aproveitando-se de seu cargo, imprimiu, ainda que com o “login” do Dr. ----- Wolak Júnior (médico residente fls. 167), todo o prontuário médico do autor constante do banco de dados de referido Hospital.

Neste ponto, importa dizer que o art. 5º, inciso X da CF/88



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

preceitua que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

Seguindo esta esteira, no que toca ao sigilo profissional, a Resolução nº 2.217/2018 – Código de Ética Médica preceitua em seu Capítulo IX que:

“*É vedado ao médico:*

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição:

a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido;

b) quando de seu depoimento como testemunha (nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento);

c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente criança ou adolescente, desde que estes tenham capacidade de discernimento, inclusive a seus pais ou representantes legais, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou imagens que os tornem reconhecíveis em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente.

Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das

16

contidas na declaração de óbito, salvo por expresso consentimento do seu representante legal.

Art. 78. Deixar de orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar para que seja por eles mantido.

Art. 79. Deixar de guardar o sigilo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial”.

Ainda quanto aos documentos médicos, o Código de Ética

Apelação Cível nº 1003219-97.2019.8.26.0079 -Voto nº



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Médica estabelece no Capítulo X que:

“É vedado ao médico:

[...]

Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda exceto para atender a ordem judicial ou para sua própria defesa, assim como quando autorizado por escrito pelo paciente.

§ 1º Quando requisitado judicialmente, o prontuário será encaminhado ao juízo requisitante.

§ 2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional”.

Depreende-se dos artigos do Código de Ética Médica acima mencionados que o sigilo profissional pode ser quebrado em casos excepcionais, ou seja, por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Além disso, do art. 89 “caput” e §1º do supra mencionado Código de Ética Médica extrai-se que é permitida a liberação do prontuário **que esteja sob a guarda do médico** se este for apresentado em sua própria defesa. Deste modo, a interpretação que se deve dar ao artigo e seu parágrafo é que a violação do sigilo e da confiança entre o médico **e seu próprio paciente** pode se dar em casos excepcionais, dentre eles a defesa do médico.

**No entanto, no caso em tela, verifica-se que o Dr. -----
----- não era o médico do autor quando de seus
atendimentos no Hospital das Clínicas de Botucatu, até mesmo
porque, se o fosse, haveria impedimento para atuar como perito
judicial nas causas em que o autor ajuizou em face do INSS.**

O Dr. ----- não detinha a guarda dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prontuários médicos do autor. Em outras palavras, não havia relação médico-paciente entre mencionado médico e o autor, de forma que o ato de efetivação de impressão do prontuário do autor e sua juntada em processo judicial, para defesa do próprio médico, em ação na qual se questionava seu trabalho como perito judicial, não se enquadra nas hipóteses previstas no Código de Ética Médica para quebra do sigilo profissional e divulgação do prontuário médico.

Corrobora o acima explicitado a cópia do Parecer favorável emitido pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo na Consulta nº 88.516/2017 (fls. 137/142), no qual se questionava a possibilidade ou não de entrega por hospitais de prontuário médico hospitalar para médicos processados judicialmente por **ex-pacientes** para que estes pudessem exercer a sua defesa, caso diverso dos autos, no qual, como já dito, não havia relação médico-paciente entre autor e o médico --

-----.

Ademais, restou evidente nos autos que o servidor público do Hospital das Clínicas, utilizando-se de seu cargo e, consequentemente, do acesso ao sistema do referido hospital, violou o sigilo do prontuário médico do autor e, portanto, sua intimidade e, sem autorização deste ou sem autorização judicial, imprimou referido

18

prontuário para providenciar sua juntada aos autos em que figurava como réu, e no qual se discutia a existência de laudos periciais divergentes em ações, nas quais o médico atuou como perito judicial.

Assim sendo, se o médico pretendia a apresentação do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prontuário médico do autor, para fins de instruir sua defesa na outra ação de indenização movida pelo autor, o médico deveria requerer a expedição de ordem judicial para que o Hospital das Clínicas de Botucatu encaminhasse os documentos ao Juízo daquela causa. Não poderia, portanto, o médico, diretamente, providenciar a obtenção do prontuário médico que estava no hospital aqui apontado, restando clara sua conduta irregular, portanto.

Ora, a alegação de que é presumível que o prontuário médico do autor seria juntado aos autos da ação nº 1007363-51.2018.8.26.0079 após ordem judicial, não pode servir de chancela para o ato de violação a intimidade do autor. Assim, como dito, cabia ao médico ----- requerer judicialmente a juntada do prontuário médico do autor, para efetivação da defesa do médico, naqueles autos.

Por outro lado, resta evidente nos presentes autos a culpa do Hospital das Clínicas de Botucatu, que permitiu que o médico -----, através do login do médico-residente ----- Wolak Júnior, acessasse e imprimisse o prontuário médico de pessoa que não era seu paciente e fora do horário de expediente e em total interesse próprio.

19

Aliás, em sua contestação o Hospital das Clínicas de Botucatu sequer alega que utiliza mecanismos, a fim de proteger os dados médicos sigilosos dos pacientes constantes em seu sistema, praticando, portanto, conduta omissiva quando permite o livre acesso aos dados médicos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sigilosos de seus pacientes por médicos que sequer são aqueles que atendem referidos pacientes.

E, neste ponto, conforme indicado pelo autor, não é a primeira vez que o Hospital das Clínicas de Botucatu é condenado civilmente pela violação de dados sigilosos de seus pacientes constantes de seu sistema.

Depreende da r. sentença e v. acórdão proferidos nos autos da Ação de indenização nº 1009297-78.2017.8.26.0079 que tramitou na Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Botucatu (fls. 63/70) que o Hospital das Clínicas de Botucatu foi condenado a pagar indenização ao autor daquela demanda por utilização, por terceiros, de dados médicos sigilosos, constantes no prontuário médico que, por sua vez, encontrava-se inserido no banco de dados do referido Hospital.

Está comprovado, portanto, o dano moral sofrido pelo autor que se deparou com a violação de seus dados médicos que são sigilosos e, consequentemente, violação de sua intimidade, sem sua autorização ou autorização judicial.

Ademais, é evidente o nexo causal entre a conduta dolosa praticada pelo médico -----, servidor público da Ré e da

20

conduta omissiva, portanto, culposa, praticada pelo Hospital das Clínicas de Botucatu e o dano moral sofrido pelo autor.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim sendo, resta evidente o dever de indenizar do Hospital das Clínicas de Botucatu.

Quanto aos danos morais, conforme entendimento consolidado no STJ, “(...) *A indenização por dano moral deve ter conteúdo didático, de modo a coibir a reincidência do causador do dano, sem, contudo, proporcionar enriquecimento sem causa à vítima.*” (REsp 521434/TO, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, j. DJ 08/06/2006).

Ainda, quanto à fixação do valor do dano moral, cumpre observar os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

“*O juiz, em cujas mãos o sistema jurídico brasileiro deposita a responsabilidade pela fixação do valor da reparação do dano moral, deverá fazê-lo de modo impositivo, levando em conta o binômio “possibilidade do lesante” “condições do lesado”, cotejado sempre com as particularidades circunstanciais do fato danoso, tudo com o objetivo de alcançar: a) um “valor adequado ao lesado, pelo vexame, ou pelo constrangimento experimentado”; b) uma “compensação” razoável e equitativa não para “apagar os efeitos da lesão, mas para reparar os danos” (BITTAR, ob. Cit., n. 11, p. 68), “sendo certo que não se deve cogitar de mensuração do sofrimento, ou da prova da dor, exatamente porque esses sentimentos estão ínsitos no espírito humano” (ob. Cit., n. 13. 79)., in Dano moral, 5^a ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007, pp. 49.*

Assim, entendo que não é possível o acolhimento do pedido do autor de fixação de indenização por danos morais de R\$ 20.000,00, devendo ser fixado o montante **R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)**, pois tal valor vai ao encontro dos princípios da razoabilidade e

21

proporcionalidade, não importando em enriquecimento ilícito da parte autora e atende, ainda, à finalidade pedagógica da penalidade em relação ao Hospital das Clínicas de Botucatu.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No que se refere aos danos morais, a incidência de juros de mora deve se contar do evento danoso, consoante o disposto no verbete de Súmula nº 54, do E. STJ.

Além disso, consoante Súmula nº 362 do E. STJ “*a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*”, sendo este arbitramento efetivado em 2º Grau.

Quanto aos acréscimos – correção monetária e juros de mora, cumpre esclarecer o seguinte.

No que se refere à **correção monetária** incidente sobre os valores devidos, o v. acórdão proferido em 20.09.2017, nos autos do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema de Repercussão Geral nº 810), de que foi Relator o Ministro LUIZ FUX decidiu pela a inconstitucionalidade da utilização da TR para fins de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, no período anterior à expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor, fixando-se a seguinte tese:

“2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, 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 (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez

22

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.” (d.n.)

No que diz respeito aos **juros moratórios**, na fase anterior aos precatórios, decidiu, até o presente momento, o A. Supremo Tribunal Federal, no mesmo RE 870947/SE, que, caso não se trate de relação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

jurídica de natureza tributária, a aplicação dos índices de remuneração das cadernetas de poupança nas condenações da Fazenda Pública é constitucional, devendo ser aplicada a regra do artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.494/1997, com redação dada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, fixando-se a seguinte tese:

“1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, 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 aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09” (d.n.).

Em 24.09.2018, o Exmo. Min. Luiz Fux proferiu a seguinte r. decisão, nos autos dos embargos de declaração opostos por vários Estados e pelo Distrito Federal, nos autos do RE acima apontado (objeto do tema 810 do STF), em que pretendem os embargantes seja realizada pelo Colendo STF modulação dos efeitos:

“defiro excepcionalmente o efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais, com fundamento no art. 1026, parágrafo 1º, do CPC/2015, c.c. o art. 21, V, do RISTF”.

Mencionada r. decisão proferida pelo Exmo. Min. Luiz Fux foi publicada no DJE de 26.09.2018.

23

Em 03.10.2019, o E. STF, por maioria de votos, rejeitou embargos de declaração opostos no Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema de Repercussão Geral nº 810), **determinando que não haveria modulação dos efeitos da decisão anteriormente proferida**, concluindo, em consequência, que o IPCA-E, para atualização dos débitos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

judiciais das Fazendas Públicas aplica-se de junho de 2009 em diante, afastando a possibilidade de utilização da TR, diante de sua inconstitucionalidade.

Assim, em relação aos acréscimos decorrentes da Lei nº 11.960/09, deve ser aplicado o que foi decidido no Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Repercussão Geral Tema 810), bem como o que venha a ser eventualmente decidido em eventuais outros recursos que sejam interpostos contra v. acórdão que analisou os embargos de declaração julgados em 03/10/2019, considerando que o Colendo STF reconheceu, com força vinculante, a inconstitucionalidade da utilização da TR para fins de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, no período anterior à expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor.

Lembro, ainda, que **mesmo antes da publicação do v. acórdão que analisou os embargos de declaração referente ao Tema 810, este é suscetível de gerar efeitos**, pois, segundo o entendimento do E. STF, **não é necessário o trânsito em julgado do *leading case* para a aplicação do precedente firmado em repercussão geral às demais**

24

causas afetadas.

No sentido do aqui apontado, podem ser mencionados os seguintes julgados, a título de exemplo:

"Agravo regimental no recurso extraordinário. Precedente do Plenário. Possibilidade de julgamento imediato de outras causas. Precedentes.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1. *A Corte possui o entendimento de que a existência de precedente firmado pelo Plenário autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do leading case .*
2. *Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC).*
3. *Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) daquela a ser fixada na fase de liquidação (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício de gratuidade da justiça.” (Ag. Reg. No RE nº 612.375/DF, Segunda Turma, v.u., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 21.08.2017)*

“EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEGITIMIDADE. POLO PASSIVO. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. REPERCUSSÃO GERAL. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO IMEDIATA DOS ENTENDIMENTOS FIRMADOS PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL.

1. *A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.*
2. *Agravo regimental a que se nega provimento.” (Ag. Reg. No RE nº 930.647/PR, Primeira Turma, v.u., Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 15.03.2016)*

Assim, diante da ausência de modulação dos efeitos em sede de embargos declaratórios, impõe-se, na espécie, a aplicação do decidido pelo E. STF no Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Repercussão Geral Tema 810).

Deste modo, no caso concreto, os juros e correção

25

monetária obedecerão ao decidido pelo Colendo STF, nos autos do RE 870.947/SE (TEMA 810).

Diante da reforma integral da r. sentença, condeno o Hospital das Clínicas de Botucatu, ao pagamento das custas, despesas processuais



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e honorários advocatícios de R\$ 1.000,00, nos termos do art. 85 do CPC/2015.

Em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois “desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais” (STJ EDCL. No RMS 18.205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006), mas mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Por fim, eventuais embargos de declaração serão julgados virtualmente, nos termos da Resolução nº 549/2011, com redação dada pela Resolução nº 772/2017.

Diante do exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação do autor**, reformando-se a r. sentença de improcedência, pelos fatos e fundamentos acima explicitados.

Proceda a Serventia desta C. 13^a Câmara de Direito Público à retificação, inclusive no SAJ, do polo passivo da demanda, uma vez que consta ali o Estado de São Paulo FESP que não

26

figura como parte nos autos. Além disso, necessária a retificação para que conste também como “baixado” o apelado -----, da mesma forma que consta o apelado ----- Wolak Júnior, diante do reconhecimento de suas ilegitimidades passivas na presente ação, nos termos do agravo de instrumento nº 2258438-40.2019.8.26.0000.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA

Relatora

27