

**Processo:** 5007669-18.2020.8.24.0020 (Acórdão do Tribunal de Justiça)**Relator:** Hélio do Valle Pereira**Origem:** Tribunal de Justiça de Santa Catarina**Órgão Julgador:** Quinta Câmara de Direito Público**Julgado em:** 04/04/2023**Classe:** Apelação

Citações - Art. 927, CPC:

**Súmulas STJ:** 362, 83, 7**Súmulas STF:** 5, 7

Apelação Nº 5007669-18.2020.8.24.0020/SC

RELATOR: Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA

APELANTE: HOSPITAL SANTO ANTONIO DE ARMAGEM (RÉU) E OUTRO APELADO: SIDNEI RODRIGUES KILIPPER (AUTOR)

RELATÓRIO

Sidnei Rodrigues Kilipper ajuizou ação de rito comum em face do Hospital Santo Antônio de Armazém e do Município de Armazém na busca por indenização em decorrência por ter sido trocado quando recém-nascido naquele estabelecimento.

O pedido foi julgado procedente, condenando-se os réus ao pagamento de R\$ 80.000,00 por danos morais.

Os demandados apelam.

O Hospital sustenta cerceamento de defesa porque foram apresentados documentos pelo autor após as contestações, o que "causou prejuízo à defesa, ao passo que não pôde manifestar-se sobre os mesmos", tanto mais que nem sequer restou intimado para se posicionar a respeito.

No mérito, diz que o autor não comprovou a troca dos bebês em suas dependências; apenas a alegou. Ao tempo do nascimento, não era incomum o registro posterior da criança, bem como ocorria "a troca deliberada de crianças entre famílias (hipótese que não pode ser descartada ainda que pareçam duras estas afirmações)". Suspeita da parte autora ao propor a demanda após o falecimento do pai biológico - "única testemunha que poderia esclarecer os fatos". Nessa linha, alega que a desconfiança da troca já se dava "quando seus pais de criação e biológicos estavam vivos, o que derruba por terra a tese de que o conhecimento da suposta troca ocorreu apenas em 2018, quando assim realizaram o exame de DNA".

Argumenta que o Conselho Federal de Medicina define o prazo para a manutenção dos prontuários por no mínimo de 20 anos, e por isso não haveria a comprovação no estabelecimento hospitalar. "O apelado não fez nenhuma prova acerca de que a referida troca de fato ocorreu. Nos autos, não há sequer uma só evidência de que ao longo de suas vidas, teria permanecido como membro de família que não a sua biológica. Absolutamente nada Excelência!". O exame de DNA juntado, por sua vez, não lhe atrai responsabilidade, pois não há prova concreta de que em 1978 a mãe tenha se submetido a parto nas suas dependências. A prova testemunhal, de outro lado, tampouco ajuda a elucidar a controvérsia, pois em nenhum dos depoimentos se disse haver pleno conhecimento dos fatos alegados na inicial (apenas que à época havia a possibilidade, genericamente, de substituição de bebês). Enfim, não há evidência alguma de alguma sorte de culpa sua, seja por omissão, seja ação.

Quando menos, defende que houve culpa concorrente, "já que diante da percepção das diferenças físicas com seus familiares, não procuraram de pronto buscar esclarecer a dúvida, demorando 42 anos para realizar o teste de DNA e constatar a troca dos bebês". Questiona, inclusive, o próprio abalo moral alegado, pois em seu depoimento pessoal o autor disse que não sofreu dano de tal natureza, tanto que conviveu com sua família biológica, ao que se soma o fato de ter demorado cerca de dois anos para o ajuizamento da presente ação.

Questiona também a inversão do ônus da prova pleiteada pelo autor e advoga ter havido decadência, uma vez que o direito de ação é assegurado por dez anos do fato ou da maioridade, sendo que aqui o acontecimento se deu há mais de quarenta anos, com ajuizamento vinte e quatro anos após o autor atingir a maioridade (e mesmo que se considere o prazo de vinte anos do Código Civil vigente à época, nos termos do art. 2.028 da norma atual, ainda assim teria havido a extinção do direito).

Quer a improcedência.

Da mesma forma, o Município defende o cerceamento de defesa na medida em que muitos documentos já não existem, dado que os fatos ultrapassam quarenta anos. "Por esta razão, é praticamente impossível a produção de provas para fundamentar uma defesa técnica, prejudicando assim o exercício do contraditório, e, fulminando, o princípio constitucional da ampla defesa". Também alude à falta de provas no sentido de que a troca teria se dado nas dependências do hospital, não permitindo aferir o nexo causal para caracterizar a responsabilidade civil objetiva (art. 37, § 6º, CF). Na ausência de revelação da versão trazida pelo autor, pede a improcedência. Quando menos, clama pela redução do valor arbitrado, pois excessivo; sugere R\$ 40.000,00. Em contrarrazões o autor nega o cerceamento de defesa, uma vez que houve intimação dos réus para se manifestarem sobre a nova documentação. Argui

que o exame de DNA, as testemunhas e as certidões de nascimento são suficientemente contundentes quanto à prova da troca dos recém-nascidos. Reforça que a diferença do horário do nascimento é de apenas três horas, o que corrobora a versão. Não houve produção de provas por parte dos apelantes que compensassem aquelas que trouxe aos autos.

Acerca de decadência, ressalva que no caso só é aplicada a prescrição, contando três anos a partir do conhecimento do fato. Sobre o lapso temporal, diz que "o decurso de tempo não obsta o exercício dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa", referindo-se ao apontamento do Município sobre o cerceamento de defesa. Por último, referente à redução do montante indenizatório, constata que a hipossuficiência arguida não foi demonstrada. A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de opinar sobre o mérito.

## VOTO

1. O Hospital Santo Antônio alega cerceamento de defesa por não ter sido intimado a respeito da documentação juntada pela oportunidade da réplica (ou seja, sobre a certidão de nascimento do bebê por quem o autor teria sido trocado), sustentando ainda que tampouco era possível a juntada naquele momento.

Não houve, de fato, a intimação formal logo em seguida à anexação do tal papel, só que nas alegações finais o recorrente protestou quanto à juntada, ali se podendo dizer que estava plenamente ciente do teor. É dizer, teve a chance de naquele instante se posicionar quanto ao documento em si, mas preferiu apenas reclamar de vício formal - o que só evidencia que, tendo sido oportunizada defesa, não houve efetivo prejuízo ao apelante; tocava-lhe imediatamente se posicionar sobre o conteúdo da prova, cujo silêncio eloquente impede o reconhecimento de nulidade na forma do § 9º do art. 272 e parágrafo único do art. 283 do CPC:

§ 9º Não sendo possível a prática imediata do ato diante da necessidade de acesso prévio aos autos, a parte limitar-se-á a arguir a nulidade da intimação, caso em que o prazo será contado da intimação da decisão que a reconheça.

(...)

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

2. Seja como for, em complemento, creio que seja relevante destacar que tem vingado compreensão liberal quanto ao tema, cuja interpretação aponta que apenas os documentos efetivamente imprescindíveis devam acompanhar a petição inicial, enfim, aqueles que são considerados obrigatórios para o ingresso da ação: "não se deduza daí que o autor necessite juntar todos os documentos relativos à prova dos fatos que alegou. Indispensável é apenas que instrua a inicial com os documentos fundamentais do pedido ajuizado" (José Frederico Marques, Manual de Direito Processual Civil, v. I, Saraiva, 1977, p. 42).

É certo que o processo civil depende de fases e de prazos, ou a causa será eterna, por isso a juntada de documentos tem momentos ideais; mas sempre houve uma concepção ética: admite-se a vinda de novos papéis enquanto forem úteis à cognição e não haja prejuízo (no sentido técnico da palavra) à defesa.

Por isso a jurisprudência - há décadas - relativizou os arts. 283 e 396 do CPC de 1973 (são os atuais arts. 320 e 434 do CPC). Há instantes próprios para a anexação de documentos (com a petição inicial e a contestação), mas eles podem vir tardiamente - exceto se isso causar malefício (em sentido nobre) à outra parte. Por exemplo, não seria admissível que se juntassem documentos em recurso extraordinário, de sorte a alterar a compreensão dos fatos. Lá no STF não seria sequer possível fazer outra prova ou mesmo se ponderarem outras circunstâncias de fato. Em outras hipóteses, apresentados documentos relevantes e que permitem ainda um amplo debate, devem ser aceitos. Afinal, qual o prejuízo para o litigante: a comprovação do que realmente aconteceu? Nesse sentido, há realmente dano ao litigante oposto, mas ao juízo a demonstração da realidade não é prejuízo; é virtude.

Já sendo insistente, sempre vingou entendimento ampliativo: a obrigatoriedade de apresentação imediata de documentos diz respeito àqueles que não podem ser substituídos por outras provas (a certidão de casamento no caso de ação de divórcio, a matrícula imobiliária na hipótese de ação reivindicatória, por exemplo). São aqueles da substância do ato (art. 366, CPC/73; art. 406, CPC/2015) ou aqueles inatos ao procedimento (v.g., os papéis que revelem o direito líquido e certo no mandado de segurança). Ainda assim, na falta deles e vindo fora do prazo, é possível relevar a nulidade.

Fora daí, os documentos complementares, destinados a revelar os fatos esgrimidos pelas partes podem vir depois, desde que não haja prejuízo à defesa ou propósito tumultuário. Há necessidade de compreensão mitigada dos arts. 397 (CPC/73) e 435 (CPC/2015), que tentam restringir a juntada de documentos àqueles "novos" ou destinados a fazer contraprova a eventos inéditos nos autos. Deve-se apenas impedir a juntada anárquica de documentos, que impediria a boa instrução ou a ampla defesa.

No caso, além de a sentença não ter fundamentado o veredito na certidão de nascimento juntada na réplica, a prova apenas veio para se somar às demais evidências de que houve mesmo troca na maternidade, pois o que se retira dali, apenas, é que houve pequena distância temporal entre o nascimento do autor e do outro bebê, este que foi dado como filho da mãe biológica do postulante (e os documentos essenciais a darem suporte aos fatos narrados vieram com a inicial, quais sejam, o exame de DNA e a certidão de nascimento do autor). Noutros termos, a prova que veio só reforçou o que já era possível se diagnosticar desde logo por outros elementos: no mesmo estabelecimento e por uma diferença de poucas horas a mãe biológica do acionante saiu do local com outro bebê. Não vejo como sua juntada, ainda que tardia, possa ter prejudicado a defesa ou tumultuado o processo. Aliás, não existe sentido em dizer que o autor tenha agido só má-fé. Pode ter sido relapso, mas não se vê a possibilidade de malícia: qual o ganho que teria em ocultar o documento, apresentando-o só depois?

Enfim, o documento trazido, embora importante para realçar o conjunto das evidências que favoreciam a versão, não era substancial, de modo que muito menos deveria ser desconsiderado (sob o ponto de vista formal) se o processo ainda não estava julgado - e tocava ao réu, então, se posicionar sobre o conteúdo no primeiro momento que teve essa oportunidade, o que se deu ao menos quando das alegações finais.

Já decidimos neste caminho, mudando o que tem de ser mudado:

**NUNCIACÃO DE OBRA NOVA - VALOR DA CAUSA - AVALIAÇÃO DA CONSTRUÇÃO - JUNTADA DE DOCUMENTOS - PRAZO - DEFEITO VENCÍVEL - DEVER DE COOPERAÇÃO E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO EXERCÍCIO PLENO DA DEFESA - PROVIMENTO.**

1. A quantia gasta a propósito de acessão é um bom parâmetro para a definição do valor da causa em ação de nunciação de obra nova.

2. O processo civil depende de fases e de prazos, ou a causa será eterna. A juntada de documentos tem momentos ideais; mas sempre houve uma concepção ética: admite-se a vinda de novos papéis enquanto forem úteis à cognição e não haja prejuízo (no sentido técnico da palavra) à defesa.

3. A impugnação ao valor da causa foi rejeitada pela falta de demonstração quanto à sua incorreção, mas os documentos relativos à edificação foram apresentados com a apelação e, ainda que de maneira tardia, apontam para a melhor definição da grandeza processual.

4. Recurso provido

(TJSC, AC 5010057-31.2020.8.24.0039, rel. o subscritor).

3. Não vejo identicamente cerceamento de defesa pelo ponto de vista alegado pelo corréu, o Município de Armazém.

É, de fato, "assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório" (art. 7º do CPC), só que aqui não consta que tenha havido a supressão sugerida pelo recorrente. Ainda que os acontecimentos remetam ao final da década de 1970, isso por si só não impediu, sob o ponto de vista processual, que o Poder Público se defendesse, pois a eventual dificuldade em si na produção da prova não equivale a uma restrição judicial ao exercício da prerrogativa.

Sendo mais claro, os réus tiveram plena possibilidade de se manifestar nos autos, produzir provas e influenciar no julgamento de mérito, cuja passagem do tempo se constitui fator que pode, em tese, levar ao alcance da prescrição, mas não que daí surja prejuízo (tecnicamente falando) à ampla defesa - na verdade a arguição preliminar só demonstra que o demandado não conseguiu produzir prova do fato negativo, constitutivo ou modificativo do direito, não que lhe tenha sido tolhido o direito de se defender.

Fosse do modo como pretende a parte, aliás, todo caso que houvesse dilatada passagem do tempo estaria fadado ao insucesso, rumando-se praticamente

sempre e sempre para a improcedência, afinal o que se quer não é a (legítima) possibilidade de se produzir outras provas, mas o reconhecimento de que pela sua maior dificuldade não pode ser o réu derrotado no feito.

Enfim, não se nega a dificuldade inata quanto à produção de provas de fatos afastados temporalmente, mas isso não é fator que valha por cerceamento - tanto mais que a questão pertinente ao distanciamento dos acontecimentos foi também para o autor uma barreira, podendo-se até por esse ângulo dizer que a paridade de armas foi observada, tratando-se as partes, sob o ponto de vista processual, igualmente.

4. A propósito do tempo transcorrido, aliás, fala-se em decadência, só que na realidade tudo se resume a cuidar de prescrição - tendo havido, ainda que ocasionalmente, um equívoco de nomenclatura quanto ao instituto.

Decadência se refere à extinção de direito que tem um prazo vinculado a seu suporte de fato. Como se diz em doutrina clássica, apenas se refere a ações constitutivas. Já a prescrição atinge apenas a exigibilidade do direito, a pretensão. Por isso, como aqui, diz respeito exclusivamente a ações condenatórias. A partir daí, sendo a ação de indenização por danos morais contra a Fazenda Pública, o prazo prescricional é quinquenal, isto é, de cinco anos, consoante Decreto 20.910/32:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Em relação ao Hospital, é bem verdade, que tem personalidade jurídica de direito privado, teria incidência em princípio o Código Civil. Ocorre que no caso se destaca a prestação de serviço público (sendo de se deduzir que o atendimento se deu mediante remuneração estatal). Então, a contar da vigência da MP 2.180-35/2001 (que ainda está em vigor) prepondera esta regra acionada à Lei 9.494/97:

Art. 10-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Seja como for, a contagem de tal prazo se dá levando em conta a teoria da actio nata, mais exatamente em consideração ao conhecimento pelo lesado a respeito da ofensa a seu direito. Por equidade, toma-se como ponto essencial a impossibilidade de que alguém procure reparar dano sobre os quais não tinha ciência.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu neste caminho em situação idêntica:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. TROCA DE BEBÊS EM MATERNIDADE PÚBLICA. PRESCRIÇÃO. TEORIA DA ACTIO NATA. REVISÃO. DANO MORAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Compensação por Danos Morais ajuizada pelos agravados buscando o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado em razão do dano aos direitos da personalidade causados pela troca de bebês em maternidade pública.

2. Em relação ao termo inicial da prescrição, deve ser observada a teoria da actio nata, em sua feição subjetiva, pela qual o prazo prescricional deve ter início a partir do conhecimento da violação ou da lesão ao direito subjetivo.

(...)

6. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1.682.737/AC, rel. Min. Herman Benjamin)

E ainda, mutatis mutandis:

A) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTAMINAÇÃO DECORRENTE DE MANIPULAÇÃO DE INSETICIDA (DDT). DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DA FUNASA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. NECESSIDADE. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA NOVO JULGAMENTO.

(...) Importante frisar aqui que, consoante a jurisprudência do STJ, em se tratando de pretensão de reparação de danos morais e/ou materiais dirigida contra a Fazenda Pública, o termo inicial do prazo prescricional de cinco anos (art. 1º do Decreto 20.910/1932) é a data em que a vítima ficou ciente do dano em toda a sua extensão.

Aplica-se, no caso, o princípio actio nata, uma vez que não se pode esperar que alguém ajuíze ação para reparar danos antes de ter ciência deles. Confira-se precedentes: AgRg no AREsp 790.522/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/2/2016; AgRg no REsp 1.506.636/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 3/9/2015 (...). (AgInt no REsp 1.904.585/MA, rel. Min. Herman Benjamin)

B) ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONTAMINAÇÃO DO CORPO DE AGENTE DE CONTROLE DE ENDEMIAS POR DDT. DANO MORAL CONFIGURADO. PRAZO PRESCRICIONAL COM INÍCIO NA DATA EM QUE O SERVIDOR TEM CONHECIMENTO DA EFETIVA CONTAMINAÇÃO DO SEU ORGANISMO. NEXO CAUSAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.495.146/MG. SÚMULA 83/STJ.

(...) A jurisprudência do STJ é de que, em se tratando de pretensão de reparação de danos morais e/ou materiais dirigidas contra a Fazenda Pública, o termo inicial do prazo prescricional de cinco anos (art.1º do Decreto 20.910/1932) é a data em que a vítima teve conhecimento do dano em toda a sua extensão. Aplica-se, no caso, o princípio da actio nata, uma vez que não se pode esperar que alguém ajuíze ação para reparar de danos antes deles ter ciência. Nesse sentido: REsp 1.642.741/AC, Rel. Min Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20.4.2017; AgRg no AREsp 790.522/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10.2.2016. (...) (REsp 1.675.216/GO, rel. Min. Herman Benjamin)

Este Tribunal de Justiça segue a mesma ideia:

A) APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TROCA DE BEBÊS NA MATERNIDADE DO HOSPITAL RÉU. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. FATO OCORRIDO EM 18-3-1984. REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA PELAS AUTORAS EM 24-9-2010. CERTEZA QUANTO A EXCLUSÃO DA MATERNIDADE BIOLÓGICA SOMENTE COM A REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA COM BASE EM MATÉRIA PUBLICADA EM JORNAL LOCAL ANO DE 2003. DECLARAÇÃO DAS JOVENS QUE POSSIVELMENTE TERIAM SIDO TROCADAS NA MATERNIDADE. RELATO SOBRE A DIFERENÇA DE TIPO SANGUÍNEO ENTRE AS JOVENS E SEUS PAIS. PROVA QUE NÃO DEVE SERVIR DE BASE PARA RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. DÚVIDA QUANTO À FILIAÇÃO BIOLÓGICA QUE SOMENTE FOI ESCLARECIDA POR OCASIÃO DA REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA. PRAZO PRESCRICIONAL VINTENÁRIO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. CONTAGEM DO PRAZO QUE SE INICIA A PARTIR DA REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. (...) (AC 2013.016728-3, de Brusque, rel. Des. Saul Steil)

B) INDENIZATÓRIA. RECÉM-NASCIDO TROCADO NA MATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TEORIA DA ACTIO NATA. CIÊNCIA EFETIVA APÓS O RESULTADO DO EXAME DE DNA. LAPSO QUINQUENAL NÃO CONSUMADO. (...) (AC 0045624-66.2010.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Ronei Danielli)

C) REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TROCA DE BEBÊS NA MATERNIDADE. PRELIMINARES. LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO NO POLO PASSIVO AFASTADA. HOSPITAL DOTADO DE PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA E AUTONOMIA FINANCEIRA E ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL REJEITADA. FALTA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. RECONHECIMENTO DA PRORROGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. MARCO INICIAL A PARTIR DA CIÊNCIA DO DANO. RESULTADO DO TESTE DE DNA. PREFACIAL RECHAÇADA. ARGUIÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA, EM RAZÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE AO DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. INOCORRÊNCIA. MÉRITO. ANÁLISE DA CONDUTA À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. DEVER DE INDENIZAR INARREDÁVEL. QUANTUM MINORADO. CONECTÁRIOS LEGAIS. AJUSTES, DE OFÍCIO. RECURSOS CONHECIDOS E ACOLHIDOS, EM PARTE. REMESSA OFICIAL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. (...) (AC 0004899-45.2014.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Júlio César Knoll)

Aqui, a violação veio à tona com o exame de DNA realizado em junho de 2018 (evento 1, DOC9), a partir do que as suspeitas se confirmaram em relação à sua mãe biológica. Já a ação foi ajuizada em maio de 2020, nem mesmo dois anos após a realização do teste, o que indica mesmo que a propositura se deu tempestivamente.

Alega-se, é verdade, que o autor já tinha conhecimento antes do exame, mas evidentemente que até referido marco as coisas não se passavam de meras suspeitas (repetidas vezes terceiros colocaram em dúvida o parentesco com os pais "de criação", mas daí não se pode tirar conclusão de que o acionante tivesse efetivamente ciente da troca no plano concreto). Dito de outro modo, apenas com a confirmação pelo exame de DNA é que foi inaugurado o marco

para a pretensão; ali houve efetivamente a ciência plena do dano; a materialização da certeza quanto ao que até ali era apenas uma suposição vinda de terceiros, tanto que se antes disso o autor tivesse apresentado a ação indenizatória ela estaria consubstanciada apenas em ilações. Enfim, desde quando tomou concreto conhecimento de que foi trocado até o ajuizamento não se passou um lustro, daí por que não se pode dizer que houve extinção do direito pela passagem do tempo.

5. Vou, então, ao tema de fundo e resalto que o caso deve ser analisado pela ótica da responsabilidade objetiva, ainda que seja usual o enveredamento pela análise da culpa ou dolo de parte da doutrina e da jurisprudência (pela compreensível influência de Celso Antônio Bandeira de Mello, que faz essa defesa), certamente temerosos de um possível alargamento excessivo quanto à obrigação de indenizar da parte da Administração nas hipóteses de condutas por omissão.

A Constituição (art. 37, § 6º), todavia, não faz a diferenciação e não haverá muito menos espaço para condenações imerecidas da Fazenda Pública. Responsabilidade objetiva não é responsabilidade integral. Haverá necessidade de avaliação do nexos causal, o que afastará hipóteses que poderiam ser consideradas imputáveis indevidamente à Administração. A aplicação, por exemplo, das teorias da causalidade adequada ou do dano direto e imediato levará as coisas a bom trilhar. Ademais, não será bastante dizer que o Poder Público não agiu. A vítima deverá demonstrar "uma obrigação legal específica de impedir o resultado" (para repetir o dito pelo Min. Luiz Fux no precedente em seguida citado). Uma causalidade normativa será exigida, como se diz costumadamente no âmbito criminal.

O Supremo Tribunal Federal resumiu em repercussão geral:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. (...) (RE 841.526, rel. Min. Luiz Fux)

6. Dito isso, tenho que os requisitos para a responsabilização - ato ilícito, nexos causal e dano - foram preenchidos, como bem fundamentou o Juiz de Direito Evmar Volmar Rizzo:

(...) extrai-se dos autos que José Manoel Kilipper e Conceição Rodrigues Kilipper receberam o autor Sidnei como filho biológico, constando seu nascimento em 06/11/1978, às 00h30min, no Hospital Santo Antonio de Armazem (Evento 1, CERTNASC8). Observa-se, ainda, que por meio de exame de DNA, restou comprovado que Sidnei é, em verdade, filho biológico de Maria Preis Laureth (Evento 1, OUT9), restando evidenciado, assim, a falha nos procedimentos de segurança adotados pelo nosocômio réu, o que acarretou na troca dos recém-nascidos.

Acerca da conduta adotada pelo estabelecimento de saúde, as testemunhas Melita Cardoso, Monica da Silva Correa e Celina Machado da Rosa, que exerciam suas funções de técnica de enfermagem no hospital requerido na época dos fatos, esclareceram que, após o parto, o recém-nascido era levado para a sala de banho, que ficava anexa à sala de parto, sendo ali higienizado e identificado com uma pulseira contendo seus dados, e, posteriormente, entregue à mãe (Evento 202, VÍDEO2, e Evento 232, VIDEO2).

Importa salientar que, conquanto as testemunhas tenham frisado o cuidado com a adoção das medidas de segurança, mediante a pronta identificação dos recém nascidos, o certo é que o procedimento, no caso dos autos, não foi suficiente, restando evidente que a troca decorreu do ato falho e negligente do hospital que deixou de fiscalizar de maneira eficaz e segura a estadia dos bebês, garantindo que seriam entregues às respectivas mães.

Durante seu depoimento pessoal, o demandante relatou que diversas vezes ouviu comentários sobre sua semelhança física com a família de Ageu Laureth e Maria Preis Laureth, o que o levou a realizar o teste genético a fim de esclarecer sua origem biológica. Disse, ainda, que, não obstante possuísse um certo contato com a família biológica por serem residentes do mesmo município, seus laços somente foram estreitados após descobrirem o parentesco (Evento 202, VÍDEO2).

No ponto, a despeito de inexistir nos autos indícios de que a situação tenha causado grande abalo psicológico no demandante, é evidente que "a troca de bebês mudou a história de vida das famílias, a ponto de atingir a esfera íntima de todos os envolvidos" (TJSC, Apelação Cível n. 0004899-45.2014.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 05-12-2017).

Não é demais salientar, ademais, que o fato de o evento ter ocorrido há mais de trinta anos não pode ser invocado para desincumbir os requeridos de responderem por seu erro, já que "a supressão do convívio diário e do acompanhamento do crescimento das filhas biológicas por cada uma das famílias, que se estendeu por anos, assim como a dúvida que se colocou quanto à origem genética das crianças, caracteriza flagrante dano indenizável, porquanto atinge de maneira grave os direitos de intimidade e de personalidade das famílias atingidas" (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0090.09.026264-4/001, Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/07/2015, publicação da súmula em 17/07/2015).

Logo, presentes os requisitos necessários à responsabilização civil dos requeridos e não tendo os requeridos logrado êxito em comprovar a existência de qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 373, inc. II, do CPC), limitando sua defesa em meras ideias infundadas, o direito à reparação do dano emerge incontestemente dos autos.

(...)

Por derradeiro, embora não se negue que os laços familiares se constroem com base no sentimento de afeição e que a relação é construída pela convivência e não pelo mero vínculo genético, é inegável que a falha na prestação do serviço não pode ser tida como um simples dissabor da vida cotidiana, na medida em que a conduta negligente do estabelecimento de saúde privou o autor do convívio com sua família de origem, lesionando gravemente seu direito de personalidade.

De fato, embora as testemunhas não tenham recordado especificamente do episódio envolvendo o autor, trabalhavam no local à época e deixaram significativo espaço para compreensão de que a prática adotada no estabelecimento poderia realmente desencadear em eventos dessa natureza: todas as três disseram que os bebês eram identificados com uma "pulseirinha", mas isso não era feito na sala de parto, senão na sala de banho existente ao lado, para onde os recém-nascidos eram enviados através de uma "abertura" que existia entre os dois espaços. Isso, claro, não demonstra por si só a falha alegada pelo acionante, mas já intui para que alguma desatenção naquele intervalo (entre o parto, a transferência para a sala de banho e a identificação do bebê) possa mesmo ter ocorrido.

Os réus alegam que não se tem como dizer que a troca se deu efetivamente no estabelecimento hospitalar, podendo ter ocorrido adoção à brasileira. Ocorre que seria ilógico que os pais "de criação" tivessem recebido o autor como filho biológico fora dali se a própria certidão de nascimento registrou o hospital como sendo o local da nascerça (e os réus não trouxeram nenhum, nenhum indício, mínimo que seja, de que tal anotação tenha se dado de forma insincera, desonesta, propositalmente equivocada, valendo como prova de que o parto ocorreu mesmo em suas dependências). Soma-se a isso, ainda, o fato de que o outro bebê envolvido no episódio nasceu aproximadamente três horas antes do aqui autor, o que acentua significativamente a perspectiva de que tenha tudo se dado ali mesmo, no hospital réu. Logo, como o exame de DNA confirmou a suspeita de que era biologicamente filho de outrem, tem-se por demonstrado que a troca ocorreu realmente no estabelecimento.

Aliás, não convence a tese de adoção à brasileira por um motivo ainda mais singelo: não se trata aqui efetivamente de uma ilícita entrega do menor para terceiro, como se a mãe quisesse meramente se desvencilhar de algum elo com o recém-nascido; cuida-se de hipótese em que duas mães tiveram seus filhos trocados mesmo, sem intenção de simples doação a outrem.

Colaborariam para o esclarecimento de tais circunstâncias, realmente, a apresentação de prontuários da época. Ainda que possam não mais existir, como ponderam os réus (o que é algo até natural pela passagem do tempo), as demais provas existentes (documental e testemunhal) são suficientemente convincentes de que houve realmente troca na maternidade.

Enfim, há prova suficientemente segura do evento (a falha e o nexos causal), que trouxe os danos experimentados pelo autor.

7. A alegação de culpa concorrente é no mínimo insensível (nas razões do recurso se falou em culpa corrente, mas ao que tudo indica isso se deu por erro de digitação, querendo-se dizer concorrente, pois se buscou colocar grau de responsabilidade ao acionante ao se afirmar que, "diante da percepção das



diferenças físicas com seus familiares, não procuraram de pronto buscar esclarecer a dúvida, demorando 42 anos para realizar o teste de DNA e constatar a troca dos bebês").

Ora, quem acreditaria que, fora do plano das cogitações, teria a sorte de ser trocado em uma maternidade? É algo que de forma genuína nem mesmo a pessoa mais intensamente alertada por terceiros quanto a essa possibilidade quer acreditar que possa ter realmente acontecido; irá relutar em admitir por ser algo tão surpreendente, só mesmo depois de anos se obrigando a desvendar pela insistência quanto à aparência. Imputar a pretensa responsabilidade ao autor é quase cruel, como se a essa altura dos acontecimentos, ocorrida a falha, o demandado pudesse terceirizar o problema. Aliás, ainda que muito (muito!) forçadamente se cogitasse de alguma desídia do autor, nada disso influenciaria no fato certo: quem falhou e causou o dano foi o hospital. Enfim, levando em consideração todo esse contexto, tenho como configurada a falha do estabelecimento de saúde; por mais que naturalmente o autor tenha sido criado como se filho biológico fosse dos pais registraes, não se pode negar que o fato alterou sua vida definitivamente, retirando-lhe o direito de desde sempre conviver com a família ligada geneticamente.

8. Quer-se, ainda, a minoração do valor fixado a título de danos morais (R\$ 80.000,00) para R\$ 40.000,00.

Está-se, de fato, diante de falha estatal que repercutiu seriamente ao menos em duas famílias. As consequências são daquelas inimagináveis. Não existe, a partir daí, qualquer valor que se aproxime de uma compensação minimamente próxima dos danos suportados pelo autor. Na verdade, nada que se faça reparará o mal em si. O que se faz é dimensionar pecuniariamente um piso, algo que ao menos represente, de forma racional, um alento para a vítima. Para se chegar ao valor não se mede somente o sofrimento, mas igualmente o grau de culpa do ofensor, a condição econômica dos envolvidos, o intuito punitivo e o fator de desestímulo a novas ofensas. A responsabilidade dos réus foi decorrente, como dito, do seu caráter objetivo. Em outros termos, é situação em que se impõe observar os dois ângulos: o autor padece extraordinariamente, mas não se pode também propor que os demandados, gravados pela amplitude da responsabilidade sem culpa, indenizem em patamares idênticos ao de um ato doloso. O que se faz é apontar um montante tal capaz de juridicamente (!) representar um alento à vítima, como dito.

Sopesando as circunstâncias e levando em conta que os réus são de pequeno Município, estimo que indenização de R\$ 40.000,00 encontre ponto de equilíbrio, pois ainda incidirão juros pela taxa SELIC a contar do arbitramento, conforme determinado na sentença em observância à Súmula 362 do STJ. Nesta Câmara já fixei a indenização em patamar um pouco maior (de R\$ 50.000,00), mas aqui pondero que o autor é mais velho, o que deve ser considerado para fins de mitigação pela passagem do tempo da reprovabilidade da conduta. Foi afirmado pela municipalidade, ainda (e não houve refutação), que correm outras ações idênticas, o que leva à necessidade de se considerarem as finanças públicas.

9. Assim, voto por conhecer de ambos os recursos, mas dar parcial provimento somente à apelação do Município de Armazém para minorar a verba indenizatória para R\$ 40.000,00. Diante da derrota recursal, incremento os honorários advocatícios devidos pelo corréu Hospital Santo Antônio de Armazém de 10% para um total de 12,5% (art. 85, § 11, do Código de Processo Civil), não respondendo sobre esse acréscimo (de 2,5%) a municipalidade.

Documento eletrônico assinado por HELIO DO VALLE PEREIRA, Desembargador, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 3306336v128 e do código CRC 1ebb42d9. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): HELIO DO VALLE PEREIRA Data e Hora: 4/4/2023, às 15:10:21

Apelação Nº 5007669-18.2020.8.24.0020/SC

RELATOR: Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA

APELANTE: HOSPITAL SANTO ANTONIO DE ARMAZEM (RÉU) E OUTRO APELADO: SIDNEI RODRIGUES KILIPPER (AUTOR)

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DANOS MORAIS - TROCA DE BEBÊS EM MATERNIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE - PRESCRIÇÃO - TEORIA DA ACTIO NATA - LUSTRO NÃO ALCANÇADO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - NEXO CAUSAL EVIDENCIADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - REDUÇÃO DO VALOR.

1. O processo civil depende de fases e de prazos, ou a causa será eterna. A juntada de documentos tem momentos ideais; mas sempre houve uma concepção ética: admite-se a vinda de novos papéis enquanto forem úteis à cognição e não haja prejuízo (no sentido técnico da palavra) à defesa.

No caso, ainda que não tenha havido imediata intimação do réu quanto ao documento juntado com a réplica, não se cuidava de papel substancial (tanto que nem sequer mencionado pela sentença de procedência) e tampouco houve efetivo prejuízo à defesa - a parte teve ciência da prova ao menos quando das alegações finais e em vez de imediatamente se posicionar sobre o conteúdo da prova preferiu apenas arguir o defeito formal em si.

2. A prescrição em causas envolvendo a Fazenda Pública é quinquenal, conforme art. 1º do Decreto 20.910/32, só que a contagem de tal prazo se dá levando em conta a teoria da actio nata, mais exatamente em consideração ao conhecimento pelo lesado a respeito da ofensa a seu direito. Por equidade, toma-se como ponto essencial a impossibilidade de que alguém procure reparar dano sobre os quais não tinha ciência.

Aqui, a violação veio à tona com o exame de DNA realizado em 2018, a partir de quando foram confirmadas as suspeitas de que houve troca de bebês em maternidade, o que resulta na tempestividade da propositura havida em 2020.

3. A responsabilidade civil do Estado é objetiva - seja para omissões, seja para ações. Pouco importa a existência ou não de culpa, a licitude ou ilicitude da conduta; a responsabilidade só será afastada se ocorrer causa de exclusão do nexo causal.

Por meio de provas documental e testemunhal ficou atestada a responsabilidade do hospital quanto à troca de bebês recém-nascidos, tendo o autor sido aliado da criação e convívio com a família biológica - o que lhe trouxe, é intuitivo, padecimento psicológico.

4. Danos morais derivados do padecimento psíquico que merecem acomodação - para minoração do valor atribuído na origem -, pois mesmo sensíveis as consequências, deve-se ponderar que se está diante de responsabilidade objetiva. Em outros termos, é situação em que se impõe observar os dois ângulos: o autor padece inimaginavelmente, mas não se pode também propor que os réus, gravados pela amplitude da responsabilidade sem culpa, indenizem em patamares idênticos a de um ato doloso.

5. Recurso do hospital desprovido; apelo fazendário parcialmente provido para minorar a verba indenizatória.

#### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer de ambos os recursos, mas dar parcial provimento somente à apelação do Município de Armazém para minorar a verba indenizatória para R\$ 40.000,00. Diante da derrota recursal, incremento os honorários advocatícios devidos pelo corréu Hospital Santo Antônio de Armazém de 10% para um total de 12,5% (art. 85, § 11, do Código de Processo Civil), não respondendo sobre esse acréscimo (de 2,5%) a municipalidade, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 04 de abril de 2023.

Documento eletrônico assinado por HELIO DO VALLE PEREIRA, Desembargador, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 3306337v14 e do código CRC 893d5d44. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): HELIO DO VALLE PEREIRA Data e Hora: 4/4/2023, às 15:10:21

#### EXTRATO DE ATA DA SESSÃO VIRTUAL DE 04/04/2023

Apelação Nº 5007669-18.2020.8.24.0020/SC

RELATOR: Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA

PRESIDENTE: Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA

PROCURADOR(A): TYCHO BRAHE FERNANDES

APELANTE: HOSPITAL SANTO ANTONIO DE ARMAZEM (RÉU) ADVOGADO(A): ANDRE BOGER E SILVA (OAB SC019369) APELANTE: MUNICIPIO DE ARMAZEM (RÉU) APELADO: SIDNEI RODRIGUES KILIPPER (AUTOR) ADVOGADO(A): DAIVAN MARTINS (OAB SC049623) MP: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (MP)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta da Sessão Virtual do dia 04/04/2023, na sequência 39, disponibilizada no DJe de 20/03/2023.

Certifico que a 5ª Câmara de Direito Público, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão: A 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DECIDIU, POR UNANIMIDADE, CONHECER DE AMBOS OS RECURSOS, MAS DAR PARCIAL PROVIMENTO SOMENTE À APELAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ARMAZÉM PARA MINORAR A VERBA INDENIZATÓRIA PARA R\$ 40.000,00. DIANTE DA DERROTA RECURSAL, INCREMENTO OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELO CORRÉU HOSPITAL SANTO ANTÔNIO DE ARMAZÉM DE 10% PARA UM TOTAL DE 12,5% (ART. 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL), NÃO RESPONDENDO SOBRE ESSE ACRÉSCIMO (DE 2,5%) A MUNICIPALIDADE.

RELATOR DO ACÓRDÃO: Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA

Votante: Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA  
Votante: Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI  
Votante: Desembargador VILSON FONTANA

ANGELO BRASIL MARQUES DOS SANTOS Secretário