Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do	1.0521.10.011793-1/001	**Númeração**	0117931-
Relator:	Des.(a) José Marcos Vieira		
Relator do Acordão:	Des.(a) José Marcos Vieira		
Data do Julgamento:	08/04/2015		
Data da Publicação:	17/04/2015		

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TROCA DE BEBÊS NA MATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DA LESÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. ATO ILÍCITO. NEGLIGÊNCIA DO HOSPITAL. COMPROVAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. APELO NÃO PROVIDO.

1 - O surgimento da pretensão ressarcitória não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, qualquer condição que o impeça de exercer o correlato direito de ação (pretensão) (REsp 1347715/RJ, Rel. MIN. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, j. 25/11/2014, DJe 04/12/2014).

2 - O ordenamento jurídico veda a retroatividade da lei para alterar atos pretéritos. Portanto, praticado o ato ilícito em 1986, inaplicáveis ao caso as disposições do Código de Defesa do Consumidor, que apenas entrou em vigor em 1990.

3 - Comprovada a negligência do Hospital, que deixou de realizar as conferências necessárias para a adequada identificação da mãe e de seu filho recém-nascido, a fim de garantir segurança ao serviço prestado, cabível a responsabilização da fundação mantenedora da instituição de saúde pela troca de bebês ocorrida em suas dependências.

4 - A troca de bebês na maternidade é evidentemente causadora de

danos morais, haja vista que os Autores, por anos, além de terem suportado insinuações acerca da infidelidade da esposa, foram privados de conhecer e conviver com a filha biológica, bem assim de acompanhar-lhe o crescimento e dedicar-se à sua formação e educação.

5 - A indenização por dano moral deve ser arbitrada com observância da natureza e da intensidade do dano, da repercussão no meio social, da conduta do ofensor, bem como das capacidades econômicas das partes envolvidas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0521.10.011793-1/001 - COMARCA DE PONTE NOVA - APELANTE(S): FUNDAÇÃO FILANTROPICA E BENEFICENTE DE SAUDE ARNALDO GAVAZZA FILHO - APELADO(A)(S): GERALDO MAGELA ANASTACIO E OUTRO(A)(S), MARIA APARECIDA BATISTA ANASTACIO

A C Ó R D Ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO E NEGAR PROVIMENTO AO APELO.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA

RELATOR.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA (RELATOR)

V O T O

Trata-se de Apelação Cível interposta por Fundação Filantrópica e Beneficente de Saúde Arnaldo Gavazza Filho da sentença de f. 187/192-TJ, que, nos autos da Ação Ordinária de Indenização por Danos Morais movida por Geraldo Magela Anastácio e sua mulher,

Maria Aparecida Batista Anastácio, julgou parcialmente procedente o pedido, arbitrada a indenização em R$140.000,00.

Inconformada, a Ré interpôs Apelação às f. 193/215-TJ, em que suscita prejudicial de prescrição, ao argumento de que o fato gerador da ação ocorreu vinte quatro anos antes do ajuizamento do feito, com o nascimento da criança e suposta troca de bebês na maternidade. Afirma que, pouco após o nascimento da filha dos Autores e também quando esta tinha oito anos de idade, suspeitou-se que a criança poderia não ser filha biológica dos pais registrais, em razão de possuir tom de pele claro. Sustenta que desde tal época os Autores poderiam ter tomado as medidas cabíveis, no entanto permaneceram inertes por décadas, pelo que estaria configurada a prescrição da pretensão indenizatória.

No mérito, assevera a inaplicabilidade ao caso do Código de Defesa do Consumidor, por ser legislação superveniente à alegada prática do ato ilícito. Aduz que, ademais, o atendimento médico foi realizado a expensas do Sistema Único de Saúde, o que impede a caracterização de relação de consumo entre as partes, haja vista que não houve contraprestação paga pelo usuário. Alega ser subjetiva a responsabilidade civil no caso concreto, sendo necessária a demonstração de culpa ou dolo do agente.

Afirma que segue procedimento seguro para a identificação de recém nascidos, mediante a colocação de pulseiras na mãe e no bebê. Alega que se ocorreu falha, esta se deu por culpa exclusiva dos genitores, que deixaram de conferir os dados constantes das pulseiras de identificação.

Sustenta que a genitora deveria ter se manifestado quando, ao amamentar, ainda na maternidade, percebeu que a pele da criança que lhe foi trazida era mais clara do que aquela percebida no momento do nascimento. Diz que a anestesia aplicada "não faz com que a pessoa perca os sentidos a ponto de não reconhecer o filho que acabou de nascer".

Alega que, alternativamente, deve ser reconhecida a culpa concorrente das partes pelo evento danoso. Destaca que foram necessários mais de 20 anos para que os genitores buscassem confirmar a paternidade da criança que registraram, contribuindo para a perpetuação dos danos.

Assevera inexistir nos autos prova da troca de bebês nas dependências do hospital e muito menos que o erro se tenha dado por culpa de seus prepostos. Afirma que também não há nos autos prova dos danos morais alegados.

Em atenção ao princípio da eventualidade, pugna pela redução do quantum indenizatório, sugerindo o valor de 10 salários mínimos. Sustenta ser entidade sem fins lucrativos e que enfrenta dificuldades financeiras, de modo que o pagamento de vultosa indenização poderá prejudicar seu funcionamento.

Contrarrazões às f. 217/223-TJ, pela manutenção da sentença.

Parecer da Douta Procuradora de Justiça às f. 228/231-TJ, pelo não provimento do recurso.

É o relatório. Passo a decidir.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

PREJUDICIAL - PRESCRIÇÃO

Suscita a Apelante prejudicial de prescrição, afirmando que o fato gerador da ação ocorreu vinte quatro anos antes do ajuizamento do feito, com o nascimento da criança e suposta troca de bebês na maternidade. Afirma que, pouco após o nascimento da filha dos Autores e também quando esta tinha 8 anos de idade, suspeitou-se que a criança poderia não ser filha biológica dos pais registrais, em razão de possuir tom de pele claro. Sustenta que desde tal época os

Autores poderiam ter tomado as medidas cabíveis, no entanto permaneceram inertes por décadas, o que ensejaria a prescrição da pretensão indenizatória.

Sem razão, a Apelante, haja vista que apenas se caracteriza a inércia do titular do direito, caso este tenha conhecimento da lesão sofrida e deixe transcorrer in albis o prazo legal para exercício da pretensão. Antes da plena ciência da violação pela parte prejudicada não lhe seria exigível qualquer atuação na defesa de direitos.

Sobre o tema, a lição de NESTOR DUARTE em obra de coordenação de CEZAR PELUSO:

Alguns justificam a prescrição como uma sanção à negligência do titular do direito que não o exerce em certo lapso de tempo ('dormientibus non succurrit jus'), enquanto outros procuram explicá-la com motivos de ordem pública, dada a necessidade de consolidação das situações jurídicas.

Para que se configure a prescrição, são necessários: a) a existência de um direito exercitável; b) a violação desse direito ('actio nata'); c) a ciência da violação do direito; d) a inércia do titular do direito; e) o decurso do prazo previsto em lei; e f) a ausência de causa interruptiva, impeditiva ou suspensiva do prazo. (Código Civil Comentado, 6ª Ed., Manole, São Paulo, 2012, p. 140-1-TJ)

Não destoa a orientação jurisprudencial, merecendo transcrição trecho da ementa de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

O surgimento da pretensão ressarcitória não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, qualquer condição que o impeça de exercer o correlato direito de ação (pretensão). Compreensão conferida à teoria da actio nata (nascimento da pretensão) que encontra respaldo em boa parte da doutrina nacional e já é admitida em julgados do

Superior Tribunal de Justiça, justamente por conferir ao dispositivo legal sob comento (art. 189, CC) interpretação convergente à finalidade do instituto da prescrição. (REsp 1347715/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, j. 25/11/2014, DJe 04/12/2014).

Ora, "ignorando a parte a lesão a seu direito subjetivo, não há como a pretensão ser demandada em juízo" (REsp 1400778/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 20/02/2014, DJe 30/05/2014) e, portanto, não há inércia imputável aos Autores.

No caso, não há dúvida de que apenas após a realização de exame de DNA, em 2008, os Autores tiveram ciência de que a criança que registraram não era sua filha biológica. Até então existiam meras suspeitas, motivadas pelo tom de pele claro da criança, e boatos de que a então menor poderia ser fruto de caso extraconjugal de sua mãe, ora Autora.

Ainda que as diferenças físicas entre os Autores e a criança gerassem questionamentos, não havia sequer indício de que tal fato decorresse de troca de bebês na maternidade.

Irreparável, portanto, a sentença recorrida, que considerou que a pretensão indenizatória apenas teve início com a plena ciência pelos Autores do fato de que nenhum deles é genitor de Andréia, o que somente se deu com a realização de exame de DNA em 2008.

Com razão, destacou o Douto Juiz que a mera diferença na cor da pele da criança não autorizaria, de imediato, a inferência de erro da Maternidade:

Além disso, não se pode esquecer o fato de que o Brasil é um país cujo principal e mais marcante traço é a miscigenação. Sem a pretensão ou possibilidade de adentrar numa área reservada às ciências biológicas, é de conhecimento comum que essa natureza fortemente miscigenada da nossa população faz com que, por vezes, as características exteriores e observáveis do indivíduo (fenótipo) nem

sempre reflitam com fidelidade sua verdadeira constituição genética (genótipo).

Como consequência, filhos de pais negros podem ser mais claros, e vice-versa, por exemplo.

Quero concluir, reafirmando o dito acima, que apesar da desconfiança, a diferença na cor da pele da criança e seus supostos pais não autorizava, de imediato, inferir o erro da Maternidade. (f. 190-TJ)

Ressalte-se ser incontroverso nos autos que o exame de DNA foi realizado inicialmente a pedido de Osvaldo Sergio Villas Boas, vizinho dos Autores e apontado por terceiros como pai biológico da criança. Objetivava-se dar fim aos boatos envolvendo os Autores, Andréia e Osvaldo - não comprovar eventual erro da Maternidade, do que não se cogitava.

Portanto, realizado o exame de DNA em julho de 2008 (f. 14-TJ) e ajuizada a ação em 27.09.2010, não há que se falar em prescrição da pretensão indenizatória.

Com estes argumentos, REJEITO A PREJUDICIAL.

DESA. APARECIDA GROSSI (REVISORA) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - De acordo com o(a) Relator(a).

MÉRITO

Os ora Apelados ajuizaram o presente feito afirmando que em 02.01.1986 a Autora, Maria Aparecida, fora internada no Hospital Réu e deu à luz uma menina, por cesariana. Sustentaram que ao receber a recém-nascida para amamentação, ainda no Hospital, a Sra. Maria Aparecida percebeu que a pele da criança era mais clara do que aquela que havia visto no momento do nascimento, fato a que não dera maior importância, ciente de que diferenças da epiderme são comuns no

momento do nascimento, além de que sua percepção poderia estar alterada, em razão de resíduo da recente anestesia recebida no momento do parto.

Aduziram que, com o passar dos anos, a criança se desenvolveu mantendo tom de pele mais claro que o dos pais, o que geraria insinuações na cidade no sentido de que a menina fosse filha do vizinho, Sr. Osvaldo. Narraram que, em razão da persistência da controvérsia depois de vinte anos, o Sr. Osvaldo tomaria a iniciativa de solicitar a realização de exame de DNA, com o objetivo de dar fim aos boatos.

Alegaram que se surpreenderam ao receber o resultado do exame de DNA, que concluiu não só que o Sr. Osvaldo não é pai de Andréia, mas também que a Sra. Maria Aparecida não é sua mãe biológica (f. 11-2-TJ). Foi então realizado novo exame, que confirmou que nenhum dos ora Autores é genitor de Andréia (f. 13-4-TJ), por eles, embora, registrada e criada como filha.

Destacaram o fato de que o Hospital Réu se nega a disponibilizar os prontuários de nascimentos ocorridos no período de internação da Autora, dificultando a confirmação do erro e a localização dos pais biológicos de Andréia e da filha biológica dos Autores.

Com estes argumentos, pleitearam o recebimento de indenização por danos morais em valor equivalente a 700 salários mínimos.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, condenada a Apelante ao pagamento em favor dos Apelados de indenização no importe de R$140.000,00.

Inconformada, insurge-se a Fundação Ré contra a sentença, alegando a inaplicabilidade ao caso do Código de Defesa do Consumidor, eis que legislação superveniente à alegada prática do ato ilícito. Aduz que, ademais, o atendimento médico foi realizado a

expensas do Sistema Único de Saúde, o que afasta a configuração de relação de consumo entre as partes, haja vista que não houve contraprestação paga pelo usuário. Alega ser subjetiva a responsabilidade civil no caso concreto, sendo necessária a demonstração de culpa ou dolo do agente.

De fato, o ordenamento jurídico veda a retroatividade da lei para alterar atos pretéritos. É o que explicam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY:

Irretroatividade da lei. Direito adquirido. Ato jurídico perfeito. O princípio da irretroatividade da lei está consagrado entre nós pelas disposições da CF 5º XXXVI e da LICC 6º caput ("efeito imediato"), razão pela qual se asseguram a sobrevivência e a ultratividade da lei antiga. (...) Ter efeito imediato e geral significa que a lei nova atinge somente os fatos pendentes (facta pendentia) e os futuros (facta futura) que se realizaram já sob sua vigência, não abrangendo os fatos pretéritos (facta praeterita), estes últimos protegidos pela cláusula constitucional da irretroatividade. ("Código Civil Comentado", RT, São Paulo, 2006, p. 128).

Portanto, supostamente praticado o ato ilícito em 1986, antes da entrada em vigor do CDC, patente sua inaplicabilidade ao caso em análise. Neste sentido, REsp 1081793/SP, Rel. Min. MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, j. 17/09/2013, DJe 28/10/2013.

No entanto, tal conclusão não permite que se infira imediatamente caber aos Autores comprovar nos autos a culpa da Ré. Isto porque, conforme destacado na sentença, incide o disposto no art. 1.521 do Código Civil de 1916, hipótese de culpa presumida:

Doutrina e jurisprudência tradicionalmente enquadravam a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares no art. 1.521, IV,

do Código Civil de 1916 (art. 932, IV, do Código Civil de 2002), aquele que disciplinava a responsabilidade dos hotéis e das hospedarias. Sustentava-se que a instituição hospitalar, além da obrigação de curar, de dar tratamento médico ao paciente, assumia com ele uma obrigação de hospedagem da qual lhe resultava uma presunção de responsabilidade que o tornava responsável por tudo aquilo que viesse a ocorrer ao paciente. (SÉRGIO CAVALIERI FILHO, Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., Atlas, São Paulo, 2007, p. 371) (f. 189-TJ).

Não bastasse, é evidente a negligência com que se houvera a Apelante no caso concreto, já que, por óbvio, tendo deixado de realizar as conferências (sequer as das pulseiras) necessárias, absurdamente busca transferir a responsabilidade por culpa omissiva aos Autores, ao afirmar que a eles caberia conferir os dados constantes das pulseiras de identificação (f. 203-TJ).

Merece destaque o depoimento de Araci da Penha Catarino, técnica de enfermagem arrolada como testemunha pela Ré e que trabalhava no berçário na época do nascimento de Andréia:

(...) que no ano de 1986 era a maior confusão; que as mães das crianças ficavam aglomeradas e uma amamentava o filho da outra; que no ano de 1986 era comum a mistura das crianças e das mães. (f. 149-TJ).

A testemunha Maria do Carmo Alves Machado, também técnica em enfermagem e que trabalhava no Hospital à época, confirmou que as "mães que estavam com os bebês ficavam próximas umas a outras" e que era comum que uma mãe amamentasse o filho da outra (f. 150-TJ).

O depoimento de Maria Antonio Balbino, mais uma técnica de

enfermagem arrolada como testemunha pela Apelante, revela, ainda, que eram realizados partos simultâneos e indica o momento em que possivelmente ocorreu a troca:

(...) que as mães que estavam com os bebês ficavam próximas uma das outras; que não conhece nenhuma outra situação de troca de bebês no hospital; que quando foi descoberta a troca de bebês a depoente ainda trabalhava no hospital, que a depoente ainda trabalha no hospital; que os médicos, enfermeiros e outros funcionários acreditavam que a troca poderia ter ocorrido no momento em que uma mãe amamentava a criança de outra; que a identificação não era tirada no hospital; que a mãe e a criança iam embora com a identificação; que entre o momento do parto e a colocação da identificação não decorrem nem três minutos; que era comum a ocorrência de partos cesarianos simultâneos (f. 148-TJ).

Tudo indica, portanto, que houve falha na identificação da criança ou negligência na conferência da correspondência entre as pulseiras da mãe e do bebê, tendo sido permitido que os Autores saíssem do Hospital com recém-nascido que não a sua filha biológica.

De perguntar-se: sem conferência, qual a utilidade do "sistema de segurança de alto padrão" baseado na colocação de pulseiras de identificação?

A prova cabal da troca de bebês no Hospital apenas seria possível se, analisados os nascimentos ocorridos no período de internação da Autora, fosse localizada a filha biológica dos Apelados e realizado o exame de DNA. Ocorre que a produção de tal prova é

inexigível no caso, haja vista que a Apelante não mais dispõe dos documentos da época, danificados em razão de inundação.

Neste contexto, tenho como suficientes os documentos dos autos para a prova do fato constitutivo do direito alegado na inicial.

Note-se que a Apelante não apresentou qualquer elemento a fim de demonstrar que, ao menos no momento da alta hospitalar, era realizada a conferência dos dados constantes das pulseiras da mãe e do bebê - diligência que, minimamente, lhe incumbia, a fim de garantir a segurança e regularidade do serviço prestado.

Os Autores levaram uma criança do Hospital e a criaram acreditando ser sua filha biológica. Não há qualquer indício ou alegação concreta de troca posterior à saída das dependências do Hospital.

Todas as tentativas da Apelante de transferência aos Autores da responsabilidade pela falha são altamente reprováveis e devem ser veementemente rechaçadas.

É cruel e repulsiva a alegação no sentido de que a anestesia aplicada na cesariana "não faz com que a pessoa perca os sentidos a ponto de não reconhecer o filho que acabou de nascer". Da parturiente - paciente, consumidora, em estado puerperal, e, portanto, flagrantemente hipossuficiente - não pode ser exigido que reconheça prontamente o bebê que deu à luz.

Ademais, são unânimes as testemunhas arroladas pela própria Apelante em afirmar que, apesar de o bebê ser mostrado à mãe no momento do parto, a "criança apenas é levada à mãe" após duas ou três horas (f. 148/150-TJ).

Ora, a paciente, durante a cirurgia, apenas tem rápido contato com seu bebê, o que é insuficiente para que dela - sedada - se possa esperar a segura identificação do recém-nascido. Justamente pela dificuldade de reconhecimento facial, tanto pelos pais quanto pelo próprio Hospital, é que se mostra obrigatória a adoção pelas Maternidades de medidas de segurança para garantir que não ocorra a troca de recém-nascidos. Frise-se: a responsabilidade pela garantia de que a cada paciente seja entregue seu respectivo filho recém-nascido é do prestador de serviços, que realiza a atividade empresarial e deve dispor de meios para evitar a ocorrência de erros. Absurdo seria confiar no falho reconhecimento facial realizado pela mãe, tanto mais quanto se considere que os recém-nascidos comumente passam por mudanças físicas pouco após o nascimento.

Quanto à demora para que os Autores tomassem as medidas necessárias à confirmação da paternidade da criança que registraram, tenho que não há qualquer conduta reprovável a ensejar a concorrência de culpa entre as partes. Conforme destacou do Douto Julgador, em trecho da sentença já transcrito (f. 190-TJ), a mera diferença entre os tons de pele dos pais e da criança não permite se conclua automaticamente pela inexistência de vínculos biológicos entre eles. Ouvida como informante, Andréia, a filha - ainda que não biológica - dos Autores, afirmou que acreditava ter "puxado a avó" (f. 147-TJ).

Não bastasse, a negativa de paternidade é assunto delicado em família, sendo certo que não se realizaria exame de DNA - mormente em 1986 - pelo simples motivo de a criança possuir tom de pele diferente do dos pais. Ressalte-se que, além da diferença de pele, os Autores não tinham qualquer outro motivo para acreditar que não fossem os pais biológicos de Andréia.

Conclui-se, portanto, que suficientemente comprovada nos autos a prática de ato ilícito, consistente na troca de bebês em Hospital, pouco após o nascimento.

Ao contrário do que afirma a Apelante, o dano moral decorrente é evidente e inarredável. Além de terem tido de conviver durante anos com boatos e especulações de que Andréia era fruto de caso extraconjugal da Autora com o vizinho, os Apelados foram privados de conhecer a filha biológica que geraram e acompanhar-lhe o desenvolvimento.

Sabe-se que dano moral é aquele que afeta a psique da pessoa, extrapolando o plano material, que nem sempre é diretamente afetado. É o que ensina SILVIO RODRIGUES:

Diz-se que o dano é moral quando o prejuízo experimentado pela vítima não repercute na órbita de seu patrimônio. É a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem, mas que não envolve prejuízo material. (Direito Civil, V. 4, 20ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007, p. 33).

Ainda que os Autores tenham tido a chance de conviver com Andréia e a criarem, estabelecendo com ela verdadeiros e relevantes laços familiares, que não podem de forma alguma ser depreciados, é certo que parte relevante para aqueles que têm filhos biológicos é acompanhar o crescimento da criança e identificar a existência de semelhanças, inclusive físicas, entre os familiares. A identificação biológica entre pais e filhos é compatibilidade valorizada, até mesmo afetivamente.

É certo que outras formas de paternidade, entre elas a adoção, revelam também aspectos positivos e que devem valorizados, no entanto, tais pontos não serão aqui analisados em razão de a matéria dos autos ser diversa. A escolha dos Autores foi pela paternidade biológica, devendo tal opção ser respeitada e preservada. O fato de os Autores desfrutarem da convivência com a filha que criaram não diminui o dano causado pela Apelante.

Ressalte-se que, in casu, sequer se sabe se os Autores terão a chance de conhecer a criança que geraram, haja vista que a Apelante não mais dispõe dos documentos relativos à época do nascimento de Andréia. Inegável, portanto, que por quase 30 anos os Apelados foram privados de conviver com sua filha biológica e podem nunca vir a conhecê-la. A angústia é evidente e da mais alta relevância.

Em casos semelhantes, já decidiu este Egrégio Tribunal, inclusive esta 16ª Câmara Cível recentemente:

INDENIZAÇÃO - TROCA DE BEBÊS EM MATERNIDADE - NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA DANOS MORAIS- QUANTUM.

- Embora a avaliação dos danos morais para fins indenizatórios seja das tarefas mais difíceis impostas ao magistrado, cumpre-lhe atentar, em cada caso, para as condições da vítima e do ofensor, o grau de dolo ou culpa presente na espécie, bem como para a extensão dos prejuízos morais sofridos pela ofendida, tendo em conta a finalidade da condenação, que é pedagógica, de forma a desestimular o causador do dano de praticar futuramente atos semelhantes, e propiciar ao ofendido meios para minorar seu sofrimento, evitando, sempre, que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado ou que seja inexpressivo ao ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa.

(V.V)

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO - TROCA DE RECÉM NASCIDOS - FATO INCONTROVERSO - RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL - DANO MORAL - OCORRÊNCIA - REDUÇÃO DO VALOR - POSSIBILIDADE.

- Diante da evidente inutilidade da prova testemunhal, porque não negados os fatos, tem-se que o julgamento antecipado da lide, não acarreta cerceamento ao direito de defesa da ré.

- Verificado que houve negligência no procedimento adotado pelo hospital no cuidado e identificação dos bebês, culminando na troca de recém nascidos, só descoberto oito anos depois, não há como afastar a responsabilidade de indenização.

- O valor da indenização por dano moral não pode efetivamente reparar a seus reflexos, nem mesmo inibir novas práticas lesivas, deve ser considerado que quando o dano moral é imensurável devem ser levadas em conta as condições econômicas do agressor (TJMG - Apelação Cível 1.0327.11.001375-9/001, Rel. Des. Batista de Abreu , 16ª CÂMARA CÍVEL, j. 20/11/2014, publ. 01/12/2014).

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRELIMINARES REJEITADAS - TROCA DE BEBÊS EM MATERNIDADE - EXAME DE DNA - PROVA IRREFUTÁVEL DA FILIAÇÃO - ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADOS - DANO MORAL PURO - DEVER DE INDENIZAR - QUANTUM INDENIZATÓRIO - PARÂMETROS DESTE TRIBUNAL E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO - REDUÇÃO - NÃO CABIMENTO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO CONFIGURAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO.

- O exame de DNA é meio de prova permitido em Lei, sendo prova irrefutável em pleito investigatório de filiação.

- Havendo prova de que realmente houve a troca dos recém nascidos dentro da maternidade, dúvida não há quanto à obrigação indenizatória do Hospital, visto que é evidente que o fato é ilícito e é capaz de gerar dano moral puro.

- A fixação da indenização por dano moral deve ser feita com prudente arbítrio, de modo a evitar o enriquecimento ilícito, mas também não pode ser irrisória, devendo ser fixada de acordo com as circunstâncias do caso e os parâmetros do Tribunal.

- A sentença condenatória que observa a proporcionalidade e a razoabilidade no arbitramento da indenização moral não comporta modificação pelo Tribunal.

- Para que ocorra condenação em multa por litigância de má-fé, a parte deve comprovar, de maneira clara e inequívoca, a ocorrência de ato hábil a ensejar tal condenação, dentre as hipóteses do art. 17 do CPC.

- Recurso conhecido e não provido.

(TJMG - Apelação Cível 1.0543.08.002776-5/001, Relª. Desª. Márcia

De Paoli Balbino , 17ª CÂMARA CÍVEL, j. 17/06/2010, publ. 07/07/2010).

Não destoa a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

DIREITO CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - TROCA DE BEBÊS - ABALO PSICOLÓGICO - RESPONSABILIDADE DA MATERNIDADE PELA SEGURANÇA DO SERVIÇO - CULPABILIDADE DO PREPOSTO. Sendo incontestáveis os constrangimentos e o abalo psicológico que a troca de bebês causou aos menores e aos pais biológicos, e que a responsabilidade pela identificação dos bebês no momento do nascimento cabia a prepostos da maternidade, evidente a obrigação de indenizar os danos morais, à luz dos artigos 5o V e X da CF/88, 953 do Código Civil e 14 §1° do Código de Defesa do Consumidor. PRESCRIÇÃO - INÍCIO DA CONTAGEM DE PRAZO - CONHECIMENTO DO DANO - INOCORRÊNCIA. Deve a contagem do prazo de prescrição qüinqüenal do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor e a trienal do artigo 206 §3°, inciso V do Código Civil, iniciar-se com o conhecimento do dano e de sua autoria, DANO MORAL - VALORAÇÃO - PARÂMETROS - RECURS PARCIALMENTE PROVIDO. Ao mensurar o valor e a extensão do dano, o juízo deve considerar as características de cada caso concreto, ou seja, o constrangimento das vítimas, as peculiaridades da demanda, a capacidade econômica das partes e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para evitar enriquecimento ilícito, assegurando ao lesado justa reparação. ATUALIZAÇÃO. - CORREÇÃO E JUROS. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento e os juros a partir da citação. (TJSP, Apelação Cível 9125534-83.2009.8.26.0000, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Clóvis Castelo, j. 14/03/2011, DJe 17/03/2011).

Apelação - Responsabilidade Civil - Autoras que foram trocadas, quando bebês, na maternidade - Erro constatado após cerca de trinta e cinco anos, por meio de exames de DNA - Prejuízos e sofrimentos incontestáveis Indenização pelos danos morais causados - Manutenção do valor indenizatório fixado pelo Juízo de origem - Recurso desprovido. (TJSP, Apelação Cível 0017336-26.2008.8.26.0361, 9ª Câmara de Direito Privado, Relª. Desª. Ana Liarte, j. 15/09/2014, DJe 26/09/2014).

Responsabilidade Civil. Indenização por danos morais. Troca de bebês na maternidade ocorrida em 1968 e descoberta em 2005. Conduta culposa do hospital réu que tinha o dever de zelar pela segurança dos recém-nascidos. Indenização por danos morais. Cabimento. Pais e filhos legítimos que não conviveram durante diversas fases da vida. Quantum indenizatório mantido em razão da gravidade dos fatos. Sentença mantida. Apelações improvidas. (TJSP, Apelação Cível 9104345-83.2008.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 06/03/2013, DJe 12/03/2013).

Em relação ao montante da indenização, sabe-se que deve ser estipulado pelo Juiz de forma equitativa, de modo que não seja alto a ponto de implicar enriquecimento sem causa da vítima, nem baixo, sob pena de não produzir no causador do dano a sensação de punição que o leve a deixar de praticar o ato. Para tanto, devem-se considerar as condições econômicas dos envolvidos, a culpa do ofensor e a extensão do dano causado ao ofendido.

A lei não indica os elementos que possam servir de parâmetro para se estabelecer o valor da indenização, apenas dispõe que deve ser pautada com base na extensão do dano, sendo do prudente arbítrio do julgador tal ponderação.

Já a doutrina vem tentando estabelecer critérios que deverão ser observados pelo julgador no momento de fixar a indenização. Valho-me dos ensinamentos de SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

Uma das objeções que se fazia à reparabilidade do dano moral era a dificuldade para se apurar o valor desse dano, ou seja, para quantificá-lo. (...) Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.

(...)

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes ('Programa de Responsabilidade Civil', 8ª ed., Atlas, São Paulo, 2009, p. 91/93).

Sob estes parâmetros, considerada a imensa gravidade da lesão, entendo que o valor (único) de R$140.000,00 (destinado ao pai

e à mãe conjuntamente) é adequado para compensação dos danos causados e para a produção dos efeitos pedagógicos também visados pela indenização dos danos morais, evitando a reiteração da reprovável conduta da Apelante. Tal quantia respeita as capacidades econômicas das partes, considerada a alegação da Apelante de que enfrenta crise financeira.

Absurdo seria fixar-se a indenização em valor equivalente a 10 salários mínimos, como requer a Apelante, haja vista que tem sido arbitrada (inclusive por este Julgador) indenização superior em caso de inscrição indevida do nome de consumidor em cadastro de proteção ao crédito - inúmeras vezes mais simples e com reflexos reduzidos, frente à hipótese dos autos, em que o dano é grave e cujos reflexos podem prolongar-se por toda a vida dos Autores.

Ressalte-se, ademais, que contribuiu significativamente para a perpetuação do dano a conduta da Ré, de não armazenar os documentos relativos aos nascimentos ocorridos no Hospital de forma segura, conforme destacou o Douto Juiz na sentença de f. 98/110-TJ, proferida na ação ajuizada por Andréia. (Coerentemente, Andréia também já é credora de indenização por dano moral).

Para justificar o arbitramento da indenização, invoco o magistério de CALMON DE PASSOS:

(...) entremeado de dificuldades é o problema do ressarcimento dos danos que afetam a nossa personalidade, os que provocam mudança no modo como nos víamos ou como éramos vistos (avaliados) pelos outros. Em que pesem essas peculiaridades, tenho para mim que se deve afirmar como necessário, para serem atendidos, uns e outros, os critérios fundamentadores da liquidação dos danos materiais - devem ser precisamente provados, repelindo-se, tanto como critério para certificação de sua existência quanto para sua estimativa, o juízo de

valor que a vítima faz de si mesma, cingindo-nos rigorosamente a padrões socialmente institucionalizados, o que assegura o mínimo de objetividade exigido de toda e qualquer aplicação do direito ao caso concreto.

E continua:

(...) o que será dano moral puro, ou seja, possível de existir inexistindo danos materiais ou que nenhuma relação mantém com os mesmos? Só nos resta afirmar que nos situamos, aqui, no espaço do que se qualifica como valor, algo especificamente humano e insuscetível de objetivação, salvo se considerado em sua legitimação intersubjetiva. Sem esse consectário, torna-se aleatório, anárquico, inapreensível e inobjetivável. Não são os meus valores os tuteláveis juridicamente, sim os socialmente institucionalizados, porque é da essência mesma do direito seu caráter de regulação social da vida humana. ("O imoral nas indenizações por dano moral", Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2989>. Acesso em: 25 jul. 2011).

Com estes argumentos, NEGO PROVIMENTO AO APELO.

Custas recursais pela Apelante, suspensa a exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei 1060/50.

DESA. APARECIDA GROSSI (REVISORA) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "REJEITARAM A PREJUDICIAL E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO."