

Apelação Cível n. 0008522-75.2011.8.24.0005, de Balneário Camboriú
Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

**APELAÇÃO.
AÇÃO INDENIZATÓRIA. REPARAÇÃO POR DANO MORAL.**

GAROTINHO COM QUATRO ANOS DE IDADE, INTERNADO EM HOSPITAL INFANTIL PÚBLICO PARA PROCEDIMENTO DE EXTRAÇÃO DE CISTO ARACNÓIDE CEREBRAL.

CIRURGIA CANCELADA APÓS APLICADA ANESTESIA, POIS CONSTATADO DEFEITO NA TORRE DE ENDOSCOPIA UTILIZADA PELO NOSOCÔMIO.

OPERAÇÃO EFETIVADA APENAS POSTERIORMENTE, EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO.

VEREDICTO DE PROCEDÊNCIA, CONDENANDO O RÉU AO PAGAMENTO DE R\$ 8 MIL, INDIVIDUALMENTE PARA O INFANTE, E TAMBÉM SEPARADAMENTE PARA CADA UM DOS GENITORES.

APELO DO ESTADO.

ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

DEFENDIDA CARÊNCIA DE PROVA DA CULPA, QUE IMPEDIRIA A RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA.

PRETEXTADA INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA E O DANO, CAPAZ DE ENSEJAR O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

ALMEJADA MINORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO.

TESES INSUBSISTENTES.

PRECEDENTES.

"Somente estaria afastado o dever de indenizar da Administração caso evidenciada nos autos alguma hipótese de excludente da responsabilidade civil, quais sejam: culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o caso fortuito e evento de força maior, as quais não emergem do conjunto probatório carreado. Pela teoria do risco administrativo, as pessoas jurídicas de direito público são obrigadas a reparar o dano ainda que sua conduta seja isenta de culpa, e a carga probatória quanto às referidas excludentes é da Administração [...]" (TJSC, Apelação Cível n. 0301985-65. 2015.8.24.0064, de São José, rel. Des. Jaime Ramos,

Apelação Cível n. 0008522-75.2011.8.24.0005

Terceira Câmara de Direito Público, j. em 12/05/2020).

**CONSECTÁRIOS LEGAIS.
ROGO PARA POSTERGAÇÃO DO CÔMPUTO DOS
JUROS DE MORA, APENAS APÓS O TRÂNSITO EM
JULGADO DO ÉDITO SINGULAR.
IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 54 DO STJ.
CORREÇÃO MONETÁRIA.
INTENTADA TRANSMUTAÇÃO, A CONTAR DO
ARBITRAMENTO.
ASSERÇÃO PROFÍCUA.
RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0008522-75.2011.8.24.0005, da Vara da Fazenda Pública da comarca de Balneário Camboriú, em que é Apelante Estado de Santa Catarina e Apelados Sophia Mussi Zimmermann e outros.

Em Sessão Ordinária por videoconferência, a Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Jorge Luiz de Borba e Pedro Manoel Abreu. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Américo Bigaton.

Florianópolis, 21 de julho de 2020.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Presidente e Relator
Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Estado de Santa Catarina, em objeção à sentença prolatada pelo juízo da Vara da Fazenda Pública da comarca de Balneário Camboriú, que na Ação Indenizatória n. 0008522-75.2011.8.24.0005 ajuizada por Alberto Gustavo Zimmermann Neto, B. M. Z. e Sophia Mussi Zimmermann, decidiu a lide nos seguintes termos:

[...] Resta incontroverso nos autos que, no dia 11/02/2010, Bernardo Mussi Zimmermann, diagnosticado com "*cisto aracnóide cerebral*", foi anestesiado no nosocômio estadual para submeter-se a procedimento cirúrgico, que não se concretizou porque o equipamento necessário estava danificado.

[...]

Ante o exposto, julgo procedente, com fundamento no art. 487, inc. I, do CPC/15, o pedido formulado [...] para condenar o réu ao pagamento da importância de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a cada autor, a título de indenização por danos morais, com correção monetária pelo IPCA-E a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), acrescido de juros de mora pelo índice de remuneração da caderneta de poupança a contar do arbitramento (Súmula 362 do STJ).

Diante da sucumbência do réu, condeno-o ao pagamento dos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (art. 85, § 3º, do CPC). (fls. 202/209).

Malcontente, em preliminar o Estado aduz ilegitimidade passiva, visto que embora realizado em hospital público, a responsabilidade pelo procedimento cirúrgico seria do Plano de Saúde UNIMED.

Argumenta que "*a responsabilidade, se existiu, é decorrente de omissão. Portanto, não há como o caso ser analisado com base na teoria da responsabilidade objetiva*", ou seja, "*há necessidade de comprovar [...] a existência de culpa do ente estatal*" (fl. 219).

Invoca força maior - que exclui sua responsabilidade civil -, porque "*a ocorrência do problema com o equipamento [torre de endoscopia] foi imprevisível, tanto que houve início de pré-anestesia do paciente*", inexistindo "*nexo de causalidade entre a conduta e os fatos assinalados pelos apelados*" (fl. 221).

E porquanto *"o procedimento não [...] inspirava urgência ou emergência, bem como que o fato não se deu por incapacidade por parte do HJIG-Hospital Infantil Joana de Gusmão, considerando que o problema com o equipamento seria de caráter temporário"* (fl. 222).

Exora que *"os fatos descritos na inicial não são aptos a configurar dano moral, pois passam de mero dissabor"* (fl. 223), clamando pelo afastamento da condenação ou, subsidiariamente, pela redução do *quantum* indenizatório arbitrado.

Por fim, brada pela incidência dos juros moratórios somente a partir do trânsito em julgado, e da correção monetária a contar do arbitramento, atualizados nos termos do art. 1º-F da Lei Federal n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei Federal n. 11.960/09.

Nestes termos, clama pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 214/226).

Na sequência sobrevieram as contrarrazões, onde Alberto Gustavo Zimmermann Neto, B. M. Z. e Sophia Mussi Zimmermann refutam as teses manejadas, rogando pelo desprovimento da insurgência (fls. 232/236).

Em Parecer do Procurador de Justiça Paulo Cezar Ramos de Oliveira, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento da irresignação (fls. 244/248).

Em apertada síntese, é o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Pois bem.

A aventada ilegitimidade passiva, é matéria que se confunde com o mérito, porquanto necessária a aferição da responsabilidade do Estado de Santa Catarina, perscrutada através da análise do nexu causal existente entre sua ação ou omissão, e os danos causados às vítimas.

Ademais, é fato incontroverso que em 11/02/2010, o apelado B. M. Z. - à época com 4 (quatro) anos de idade (fl. 25) -, foi internado no HIJG-Hospital Infantil Joana de Gusmão, para realização de *Terceiro Ventriculostomia* (fl. 26), devido ao diagnóstico de *Cisto Aracnóide Cerebral*.

Naquela data (fls. 107 e 112/127), após a submissão do petiz paciente à anestesia (informação confirmada pelo Estado à fl. 91), a cirurgia foi suspensa, em razão da constatação de defeito no indispensável aparelho denominado "*torre de endoscopia*" (fls. 33/34), pertencente ao nosocômio.

E digo indispensável por que, de acordo com a prova pericial produzida, "*a possibilidade do uso do material sem o perfeito funcionamento, com certeza poderia trazer risco e possíveis complicações graves na patologia do autor*" (fl. 186).

Não obstante o Perito tenha afirmado que em razão da "*patologia benigna cerebral*" o enfermo deveria se sujeitar a "*tratamento cirúrgico de rotina, sem emergência ou urgência*", o qual poderia "*ser realizado pela via convencional*", "*caso necessário*" (fl. 189), não passa despercebida outra afirmação preocupante, no sentido de que "*impossível realizar cirurgia endoscópica sem o equipamento de endoscopia. O procedimento teria que ser realizado por via convencional com maior morbidade e riscos*" (fl. 190).

Portanto, incongruente a alegação do Estado de *"que não havia qualquer impedimento para que se aguardasse pela realização de cirurgia após o conserto do aparelho do HIJG ou mesmo em outro hospital da rede pública de saúde, ou, em outro hospital particular conveniado à UNIMED, sendo que era autoral o ônus de comprovar a impossibilidade de tais hipóteses, o que não foi feito"* (fl. 197).

O fato é que mesmo que o defeito no equipamento fosse temporário, ou que a intervenção cirúrgica não precisasse ser imediatamente realizada, a criança foi submetida à anestesia sem necessidade.

E inexistente nos autos prova de que a família ou o plano de saúde particular com quem tinham vínculo à época, tenham sido alertados em tempo hábil acerca do problema, e das alternativas existentes, ônus que competia ao réu/apelante demonstrar (art. 333, inc. II, do CPC/73, vigente à época).

Não se cuida de suposta quebra da relação contratual entre particulares, mas, sim, dos danos acometidos aos autores em razão de falha de equipamento de titularidade do ente público, sem que tenha havido prova contundente capaz de romper o nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo.

Sequer houve tentativa em demonstrar a pretextada força maior, no sentido de que o aparelho passava por manutenção periódica, ou que as condições de funcionamento do equipamento haviam sido previamente averiguadas de modo a justificar a suposta inevitabilidade ou imprevisibilidade da falha.

Nessa linha, não há como desconsiderar que além da angústia suportada pelos genitores Alberto Gustavo Zimmermann Neto e Sophia Mussi Zimmermann - em razão do risco à saúde do infante inerente à doença que lhe acometia -, ainda foram negativamente surpreendidos pelo cancelamento da operação cirúrgica.

Tanto que o paciente infante foi submetido a riscos desnecessários implícitos da hospitalização, como houve incontestável expectativa e ansiedade gerada nos progenitores.

São mais que evidentes os sentimentos de medo, aflição, tensão e estresse a que foram expostos em vão, e, portanto, o abalo psíquico a que foram submetidos.

Nessa linha, como bem pontuou o togado singular, *"é sabido que qualquer intervenção cirúrgica, por menos invasiva que seja, implica, naturalmente, preparação, espera e expectativa quanto ao sucesso do procedimento. Referida angústia toma contornos ainda maiores quando se trata de paciente criança, cuja vulnerabilidade é presumida, de sorte que a aflição não atinge apenas a si, mas também e principalmente a seus responsáveis"* (fl. 205).

Em razão disso, não há como afastar a legitimidade do apelante para figurar no polo passivo da demanda, já que o fato em questão ocorreu nas dependências de unidade pública estadual de saúde, obrigando a família a se deslocar para outro Estado da Federação objetivando efetivar o atendimento, em centro hospitalar distinto, com evidente desgaste físico e emocional.

À vista disso - em razão do ato comissivo ou omissão específica decorrente da ausência de zelo na verificação a tempo e modo da condição do aparato cirúrgico -, pela ótica da responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da CF/88), resoa hígida a condenação pelos prejuízos extrapatrimoniais sofridos por Alberto Gustavo Zimmermann Neto, B. M. Z. e Sophia Mussi Zimmermann.

Nessa linha:

OMISSÃO ESPECÍFICA DA ADMINISTRAÇÃO [...]. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CULPA EXCLUSIVA DA AUTORA NÃO VERIFICADA. FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DA AUTORA NÃO DEMONSTRADO. ÔNUS DA PROVA QUE CABIA AO RÉU. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O FATO DANOSO E A OMISSÃO ESPECÍFICA DO ENTE FEDERADO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. *"Somente estaria afastado o dever de indenizar da Administração caso evidenciada nos autos alguma hipótese de excludente da*

Apelação Cível n. 0008522-75.2011.8.24.0005

responsabilidade civil, quais sejam: culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o caso fortuito e evento de força maior, as quais não emergem do conjunto probatório carreado. Pela teoria do risco administrativo, as pessoas jurídicas de direito público são obrigadas a reparar o dano ainda que sua conduta seja isenta de culpa, e a carga probatória quanto às referidas excludentes é da Administração" [...] (TJSC, [Apelação Cível n. 0301985-65.2015.8.24.0064](#), de São José, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 12/05/2020).

Relativamente ao valor arbitrado a título de danos morais, sopesando os fatos, atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, entendo que o importe de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para cada autor mostra-se efetivo à repreensão e à reparação do dano, sem, em contrapartida, constituir enriquecimento ilícito, de modo que rechaço o pleito para minoração.

Até por força do art. 926 do CPC, já que em ocasiões semelhantes nossa Corte fixou indenização individual em proporção ainda maior, senão vejamos:

[Apelação Cível n. 2014.084147-8](#), de Balneário Camboriú, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, Quinta Câmara de Direito Civil, j. em 09/04/2015; [Apelação Cível n. 0001119-24.2010.8.24.0059](#), de São Carlos, rel. Des. Luiz Felipe Siegert Schuch, 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. em 29/08/2018.

De outro prisma - no tocante ao cálculo dos consectários legais -, basicamente o veredicto inverteu as premissas, já que são os juros de mora que correm a partir do evento danoso (*Súmula n. 54 do STJ*), e, a outro turno, a correção monetária incide a contar do arbitramento (*Súmula n. 362 do STJ*).

Nesse tópico, parcial razão assiste à Fazenda Pública.

É que, por força da elucidativa redação da *Súmula n. 54 do STJ*, não prospera o pleito objetivando postergar o cômputo dos juros de mora, apenas para após o trânsito em julgado do édito singular.

Já os índices a serem utilizados foram adequadamente

Apelação Cível n. 0008522-75.2011.8.24.0005

equacionados na sentença, sobretudo porque apenas os juros é que podem estar computados conforme os índices da caderneta de poupança.

É o teor do Tema n. 810, julgado em sede de Repercussão Geral, que declarou a inconstitucionalidade no tocante à correção monetária (art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/09).

Em arremate, no tocante aos honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC), a mencionada majoração é devida apenas quando o apelo for "*não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente (Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira)*" (STJ, EDcl no AgInt no AgInt no REsp n. 1749436/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 15/06/2020).

Logo, como foi ínfimo, mas parcial o êxito recursal, não é devida a verba honorária no 2º Grau.

Dessarte, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, fixando os juros de mora a partir do evento danoso (*Súmula n. 54 do STJ*), e a correção monetária a contar do arbitramento (*Súmula n. 362 do STJ*).

É como penso. É como voto.