



ESTADO DE SANTA CATARINA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**APELAÇÃO Nº 5001081-37.2021.8.24.0027/SC**

**RELATOR:** DESEMBARGADOR SUBSTITUTO LEANDRO PASSIG MENDES

**APELANTE:** \_\_\_\_\_ (REQUERENTE)

**APELANTE:** \_\_\_\_\_ (REQUERENTE)

**APELANTE:** ESTADO DE SANTA CATARINA (REQUERIDO)

**APELADO:** OS MESMOS

## RELATÓRIO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença que, na ação n. 50010813720218240027 (2ª Vara da Comarca de Ibirama), proposta por \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ em face do **ESTADO DE SANTA CATARINA**, julgou procedentes os pedidos e condenou o réu pagamento de indenização por dano moral de R\$ 200.000,00 (R\$ 100.000,00 para cada um dos litisconsortes ativos), com incidência de juros de mora a contar do evento danoso e correção monetária a partir do arbitramento.

No recurso, o Estado de Santa Catarina sustentou, preliminarmente, a ocorrência da prescrição, porque a troca das crianças na instituição de saúde ocorreu em 1973, enquanto a ação foi proposta em 10-5-2021, não servindo para mudança desse termo inicial o resultado do exame biológico de DNA. No mérito, sustentou: *i*) a inexistência do nexo de causalidade e a culpa exclusiva de terceiro, porque a instituição de saúde era administrada pela Congregação das Irmãs Franciscanas de São José, entidade filantrópica privada que não integra a administração estadual; *ii*) as autoras não comprovaram o dano moral, porque admitiram que o relacionamento com os pais biológicos permaneceu sem mudanças depois do conhecimento do exame pericial; *iii*) o montante arbitrado ao dano moral revela-se excessivo; *iv*) deve ser adotada a taxa Selic para o cálculo dos juros de mora e da correção monetária, com incidência a partir do trânsito em julgado.

Requeru o provimento do recurso para reformar a sentença, julgar improcedente o pedido ou, subsidiariamente, reduzir o valor da indenização. Por fim, requereu o prequestionamento da matéria.

No recurso, as autoras sustentaram que o montante fixado pelo dano moral foi reduzido e não se presta às suas finalidades, considerando o abalo emocional que sofreram, porque foram criadas longe da família biológica e a autora \_\_\_\_\_ não conviveu com seu pai biológico, que faleceu, assim como impugnaram o percentual fixado para os honorários advocatícios de sucumbência, considerando a complexidade da causa.

Requereram o provimento do recurso para reformar a sentença e fixar o dano moral em R\$ 500.000,00, assim como para arbitrar os honorários de sucumbência em 20% sobre o valor da condenação.

Houve contrarrazões.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça dispensou sua manifestação.

É o relatório.

## VOTO

O recurso é próprio, tempestivo e se enquadra na hipótese de cabimento do art. 1.009, *caput*, do CPC, bem como preenche os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 1.007 e 1.009, do mesmo Código, razão pela qual dele conheço.

Trata-se de ação de indenização ajuizada contra o Estado de Santa Catarina objetivando a reparação pelo dano moral em decorrência da troca das autoras na maternidade, ocorrido em 1973.

Sabe-se que nas ações propostas contra a Fazenda Pública aplica-se o previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/32, segundo o qual "*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*".

Nesse sentido, "*A prescrição contra a Fazenda Pública não é disciplinada pelo Código Civil ou Código de Processo Civil, mas pelo Decreto 20.910/32, que prevê o prazo de 5 anos para o ajuizamento de ação, contado da data do ato ou do fato do qual se originaram*" (AgRg no REsp n. 969.681, do Acre, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 28-8-2008).

O Estado de Santa Catarina sustenta que o termo inicial do prazo prescricional seria a própria troca



das crianças no hospital.

Sobre a prescrição, dispõe o art. 189 do CC que "*Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.*"

Porém, o legislador não estabeleceu expressamente o marco inicial dos prazos prescricionais, o que impõe se recorrer à teoria da **actio nata**.

Colhe-se da doutrina:

*"A actio nata, contudo, pode ser analisada sob um viés objetivo ou subjetivo. Segundo a doutrina objetiva, a prescrição começa a correr tão logo ocorra a violação do direito, independentemente de o seu titular ter conhecimento ou não do fato. José Fernando Simão, em sua tese de livre-docência defendida na USP, citando Savigny, esclarece que "se se subordinar o começo da prescrição ao fato da violação que a ação é chamada a combater, esse começo tem uma natureza puramente objetiva. E pouco importa que o titular do direito tenha ou não conhecimento. Essa circunstância é indiferente, mesmo para as prescrições curtas, salvo, contudo, casos excepcionais, nos quais se considera o conhecimento que o titular tem da ação"<sup>77</sup>. [...]*

*Nossa opinião é no sentido de que, em regra, a prescrição é de configuração objetiva. Nossa lei não exige senão que tenha ocorrido a violação do direito do credor e que a partir de então tenha decorrido o prazo extintivo da pretensão, sem que o lesado a tenha exercitado (CC, art. 189). Não entra, na conceituação legal, qualquer referência à inércia culposa ou à insciência da lesão por parte do credor. Quando nosso Código Civil quis vincular, excepcionalmente, o **dies a quo** do lapso prescricional ao conhecimento da lesão pelo credor, ele o fez de maneira expressa. É, por exemplo, o caso da preclusão indenizatória do seguro em que o art. 206, § 1º, II, b, dispõe que a prescrição se contará 'da ciência do fato gerador da pretensão'. É que a reparação do sinistro depende de sua comunicação à seguradora e de um subsequente procedimento de certificação e liquidação. Somente após o resultado dessas diligências, é que a seguradora se pronunciará sobre o reconhecimento ou não do direito do segurado à reparação prevista na apólice. Sem que o segurado saiba dessa definição a cargo da seguradora, não poderá exercitar a competente ação indenizatória. Daí a disposição legal vinculando o início do prazo prescricional à "ciência do fato gerador da pretensão". É a recusa de pagamento por parte da seguradora que viola o direito do segurado. Essa recusa, porém, é fato jurídico receptivo, que só se consuma quando a declaração de vontade da seguradora chega ao conhecimento do segurado. Antes disso, não se tem como violado o direito do segurado. Daí a regra especialíssima do art. 206, § 1º, II, b, do Código Civil.*

*A jurisprudência que, em ações indenizatórias, às vezes, determina a fluência da prescrição a partir do momento em que o ofendido toma conhecimento da lesão, corresponde a fatos complexos cuja configuração é de difícil ou problemática aferição, como é o caso da incapacitação permanente do acidentado. Só mesmo uma perícia pode, na maioria das vezes, determinar a realidade acerca da gravidade da lesão. Por isso, é assente na jurisprudência que a prescrição relativa à indenização da incapacidade permanente comece a fluir apenas a partir do momento em que o acidentado tome conhecimento do laudo atestador de sua incapacidade<sup>84</sup>. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e decadência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 29).*

Para o Superior Tribunal de Justiça, a regra é a aplicação da teoria da **actio nata** no aspecto objetivo, ou seja, o prazo prescricional inicia-se com a ocorrência do fato que dá suporte à pretensão:

*"PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÁ-GESTÃO DE RECURSOS POR ADMINISTRADORES. TEORIA OBJETIVA DA ACTIO NATA. EFETIVA OCORRÊNCIA DA LESÃO. PRAZO. TRÊS ANOS (ART. 206, § 3º, VII, b, DO CÓDIGO CIVIL). [...]* 2. Esta Corte Superior adota como regra para o cômputo da prescrição a teoria objetiva da actio nata, considerando a data da efetiva violação ao direito como marco inicial para a contagem. Precedentes[...]" (AgInt no REsp n. 2.060.578, de São Paulo, rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 20-11-2023).

*"TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. CORREÇÃO MONETÁRIA. PRESCRIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O PRINCIPAL. RESP 1.003.955/RS E RESP 1.028.592/RS, SUBMETIDOS AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. [...]* 2. Em relação ao termo a quo da prescrição da pretensão às referidas diferenças, adotou-se o posicionamento de que "o termo inicial da prescrição surge com o nascimento da pretensão (actio nata), assim considerada a possibilidade do seu exercício em juízo. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da ocorrência da lesão, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito. [...]" (AgRg no REsp n. 1.030.524, do Rio Grande do Sul, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 18-2-2016).

Ocorre que excepcionalmente é admitida a adoção dessa teoria no aspecto subjetivo, ou seja, o prazo prescricional inicia-se com a ciência da violação. E a responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito é um desses casos excepcionais.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TEORIA DA ACTIO NATA. VIÉS SUBJETIVO. ILÍCITO EXTRA CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AO CASO ORA ANALISADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação da actio nata sob a vertente subjetiva é excepcional, somente cabível nos ilícitos extracontratuais. Precedentes [...]" (AgInt no REsp n. 2.065.804, do Rio Grande do Sul, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 13-11-2023).*

*"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" (AgInt no REsp n. 1.682.737, do Acre, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15/5/2018).*

E deste Tribunal:

"APELAÇÕES CÍVEIS. RECURSOS ADESIVOS. AGRAVO RETIDO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO AFASTADA. TROCA DE BEBÊS NA MATERNIDADE. FATO OCORRIDO EM 1988, MAS CONHECIDO PELOS AUTORES EM 2010, ATRAVÉS DE RESULTADO DE TESTE DE DNA. DEMANDA AJUIZADA CONTRA O ESTADO DE SANTA CATARINA E A ADMINISTRADORA DO HOSPITAL. ANÁLISE DA CONDUTA À LUZ DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA, A TEOR DO ART. 37, § 6º, DA CF/88. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA O JULGAMENTO DO FEITO. DANO E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR INARREDÁVEL. QUANTUM MINORADO. AGRAVO RETIDO E RECURSOS ADESIVOS CONHECIDO E DESPROVIDOS. APELOS CONHECIDOS E ACOLHIDOS, EM PARTE. 'O apego emocional dos pais e das crianças, o anseio e as desconfianças pelas diferenças físicas, inclusive quanto à fidelidade das mães, bem como o temor de perder o filho criado com tanto amor por anos, decerto, acarreta um sofrimento psicológico incalculável. [...] Assim, tendo os autores se desincumbido do ônus que lhes cabia, porquanto comprovaram o nexo causal e o dano, caberia ao Estado demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos demandantes, nos termos do art. 333, II, do CPC, o que não foi feito. O Estado não demonstrou ou alegou nenhuma causa de excludente de responsabilidade que pudesse retirar ou minimizar seu dever de indenizar. Assim, comprovada a conduta do preposto do Estado, o nexo causal e o dano, impõe-se o dever de indenizar. Esse é o entendimento desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.' (AgRg no AREsp 574.385/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 17/11/2014)" (Apelação Cível n. 0008240-06.2012.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 18-07-2017).

"APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. [...] 1) PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. INACOLHIMENTO. TEORIA DA ACTIO NATA EM SEU VIÉS SUBJETIVO. NECESSIDADE DE CONHECIMENTO INEQUÍVOCO DA OCORRÊNCIA DA LESÃO OU VIOLAÇÃO AO DIREITO SUBJETIVO PELO SEU TITULAR. [...]" (Apelação n. 0311280-58.2017.8.24.0064, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Segunda Câmara de Direito Público, j. 31-10-2023).

Nessas circunstâncias, "a jurisprudência do STJ encontra-se consolidada no sentido que o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização contra ato do Estado ocorre no momento em que constatada a lesão e os seus efeitos, conforme o princípio da **actio nata**" (AgRg no REsp n. 1.384.087, do Rio Grande do Sul, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19-3-2015).

Portanto, ainda que houvesse desconfiança a respeito dos vínculos estabelecidos a partir da troca das crianças, ainda durante a infância, as autoras somente tiveram ciência inequívoca de que foram trocadas na maternidade com o resultado do exame genético do DNA, em 21-9-2020 (evento 1, documentação 9, Eproc 1G), não se podendo estabelecer nenhum outro marco anterior como termo inicial da prescrição.

Como a ação foi proposta em **10-05-2021**, não restou caracterizada a prescrição, assim como a prescrição não correria durante o período de tempo da incapacidade civil absoluta das autoras (art. 198, I, CC).

Por outro lado, não se pode olvidar que o fato em questão ocorreu no ano de 1973 e como no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da irretroatividade das leis (CF, art. 5º, XXXVI e LINDB, art. 6º), impõe-se a aplicação da legislação então vigente.

No que diz respeito ao mérito, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, seja de acordo com a Constituição de 1967, vigente à época da troca das crianças, seja de acordo com a Constituição Federal de 1988.

É que a partir da Constituição de 1946 passou a ser adotada a teoria da responsabilidade objetiva no direito brasileiro.

Colhe-se da doutrina:

"Com a Constituição de 1946 é que se adotou a teoria da responsabilidade objetiva. De acordo com seu artigo 194, 'as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros'. Pelo parágrafo único, "cabem-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes".

A Constituição de 1967 repete a norma em seu artigo 105, acrescentando, no parágrafo único, que a ação regressiva cabe em caso de culpa ou dolo, expressão não incluída no preceito da Constituição anterior. Na Emenda nº 1, de 1969, a norma foi mantida no artigo 107.

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". [...]

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." (PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 848).

Mais ainda, dispunha o art. 159 do Código Civil de 1916 que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano [...]."

No mesmo sentido dispõe o art. 186 do Código Civil de 2002 que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Nesse quadro, "Para a caracterização da responsabilidade civil objetiva, desnecessária, pois, a demonstração de culpa, bastando a configuração do nexo de causalidade entre o prejuízo e o evento danoso, eximindo-se o dever de indenizar quando restar comprovado que o fato se deu por culpa exclusiva da vítima ou de

terceiros, ou que tenha ocorrido caso fortuito ou força maior" (Apelação Cível n. 0006984-62.2011.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 24-07-2018).

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Melo ensina que *"a responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem"* (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros. 26. ed. 2009),

Leciona Sérgio Cavalieri Filho:

*"A teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do ente público que a causou. O que se tem de verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.*

[...]

*Com efeito, a teoria do risco administrativo, embora dispense prova da culpa da Administração, permite ao Estrado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexa causal - fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro" (Programa de Responsabilidade Civil, 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 243).*

Com efeito, a responsabilidade do Estado é objetiva e fundada na teoria do risco administrativo, exigindo-se a comprovação da conduta, do dano e do nexa de causalidade, embora possa o ente público elidir, total ou parcialmente, sua responsabilidade, comprovando, por exemplo, que agiu no exercício regular do direito ou a ausência de nexa causal.

Cabe repisar que *"É ônus probatório do ente federativo demonstrar eventuais excludentes de responsabilidade civil"* (ARE 1385315, rel. Des. Edson Fachin, j. 11-04-2024).

A conduta lesiva e o dano foram suficientemente comprovados, porque os exames de DNA realizados em juízo (evento 165) demonstraram que a maternidade registral das recorrentes não correspondia à maternidade biológica.

Em breve resumo, \_\_\_\_\_ nasceu em 30-10-1973 no Hospital Miguel Couto, na cidade de Ibirama, registrada como filha de \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ (evento 1, CERT7), enquanto \_\_\_\_\_ nasceu em 1-11-1973, no Hospital Miguel Couto, na cidade de Ibirama, registrada como filha de \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ (evento 1, CERT4).

Conforme depoimentos prestados na audiência de instrução, ambas famílias residiam na mesma cidade e à medida em que as autoras cresciam, ouviam comentários acerca da possível troca na maternidade, o que somente restou confirmado com a realização de teste de DNA em 2020 (evento 1, DOC6).

No caso, o Estado de Santa Catarina aduz a inexistência do nexa de causalidade e culpa exclusiva de terceiro, ao argumento de que a instituição de saúde em que ocorreu a troca das crianças era administrada pela Congregação das Irmãs Franciscanas de São José, que é entidade filantrópica privada que não integra a administração estadual.

Entretanto, houve o confisco do Hospital Hansahoehe, por meio do Decreto n. 2.459/1942, com posterior alteração do nome para Hospital Miguel Couto (evento 18, outros 2, p. 16, Eproc 1G).

Nos documentos que instruíram a causa, *"em 1972 o hospital passou a ser gerenciado pela Fundação Hospitalar de Santa Catarina e administrado pelas irmãs da congregação 'Franciscanas' de São José, fazendo atendimento à população de forma gratuita".* E mais *"segundo informações de ex-servidores que trabalhavam na unidade hospitalar em 1973, o vínculo dos profissionais era com a Fundação Hospitalar de Santa Catarina em regime celetista".*

Não obstante o hospital tenha sido administrado pela Congregação Franciscana de São José, incontroverso que estava vinculado à Fundação Hospitalar de Santa Catarina e, por conseguinte, à administração indireta do Estado desde a decretação da desapropriação do hospital.

Nesse ponto a fundamentação da sentença deve ser tomada como razões de decidir:

*"Ainda, esclarece-se que o ente estatal pugna pelo reconhecimento da inexistência de responsabilização, porquanto o alegado ato ensejador do dano decorreu de ato de terceiro, qual seja, a Congregação das Irmãs Franciscanas de São José, entidade filantrópica que seria a administradora do Hospital Miguel Couto à época dos fatos.*

*No entanto, o alegado não merece prosperar, pois na década de 40, houve o confisco do então Hospital Hansahoehe, por meio do Decreto n. 2.459/42 do interventor federal do Estado de Santa Catarina, Nereu Ramos, inclusive com a alteração do nome para Hospital Miguel Couto, conforme extrai-se da consulta aos sites da Hemeroteca Digital Catarinense<sup>1</sup>, do Museu de Ibirama<sup>2</sup> e da Câmara de Vereadores<sup>3</sup>.*

*Desse modo, apesar da administração da entidade ter sido delegada à Congregação das Irmãs Franciscanas de São José, o Hospital Miguel Couto incorporava à Fundação Hospitalar de Santa Catarina. Com efeito, a responsabilidade pelo ocorrido na maternidade, no ano de 1973, incide sobre o Estado de Santa Catarina."*

Mais ainda, a Fundação Hospitalar de Santa Catarina foi extinta pelo Decreto Estadual n. 1535/1992

que previu a incorporação de seus direitos e obrigações ao patrimônio do Estado, constando do art. 1º que "É declarada extinta a Fundação Hospitalar de Santa Catarina e os seus direitos e obrigações remanescentes são incorporados ao patrimônio do Estado."

Nesse sentido, "A cessação definitiva das atividades da autarquia estadual faz com que a representação de seus interesses e obrigações seja assumida pela pessoa jurídica de direito público que a criou e extinguiu, operando-se uma sucessão processual *ex vi legis*" (Apelação Cível n. 96.006114-3, rel. Des. Eder Graf, j. 29-10-1996).

Logo, como o serviço de saúde foi prestado em hospital público, há legitimidade passiva do Estado de Santa Catarina e, em consequência, sua responsabilidade.

A propósito:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ERRO MÉDICO. DECISÃO QUE REJEITOU A DENUNCIÇÃO DA LIDE AO ESTADO DE SANTA CATARINA, AFASTOU A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INDEFERIU A JUSTIÇA GRATUITA. [...] ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. INSUBSISTÊNCIA. FATOS OCORRIDOS ENQUANTO A ENTIDADE ERA GESTORA DO NOSOCÔMIO. 3) DENUNCIÇÃO DA LIDE. HOSPITAL QUE INTEGRA O PATRIMÔNIO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. LEGITIMIDADE DO ENTE FEDERATIVO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, PARA DEFERIR O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA E ADMITIR A INCLUSÃO DO ESTADO NO POLO PASSIVO DA AÇÃO" (Agravo de Instrumento n. 5009818-08.2024.8.24.0000, rel.ª Des.ª Vera Lúcia Ferreira Copetti, 4ª Câmara de Direito Público, j. 09-05-2024)

"RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL E RECEBIMENTO DE PENSÃO VITALÍCIA PROPOSTA EM FACE DO ESTADO E SANTA CATARINA, HOSPITAL SÃO JOSÉ E ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA (GESTORA DO HOSPITAL DE ARARANGUÁ). DECISÃO EM QUE SE NEGOU A GRATUIDADE DA JUSTIÇA À ASSOCIAÇÃO E EXCLUIU O ENTE PÚBLICO DO POLO PASSIVO. RECURSO DA GESTORA. [...] REINCLUSÃO DO ESTADO NO POLO PASSIVO. HOSPITAL PÚBLICO ADMINISTRADO POR ENTIDADE PRIVADA. CONDIÇÃO QUE NÃO AFASTA A LEGITIMIDADE DO ENTE FEDERATIVO, JÁ QUE AQUELA UNIDADE INTEGRA O SEU PATRIMÔNIO. PRECEDENTE. AGRAVO PROVIDO" (Agravo de Instrumento n. 4028529-54.2019.8.24.0000, de Araranguá, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 07-07-2020).

No tocante ao dano moral, caracteriza-se sempre que houver "ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida e à integridade corporal" (Wilson de Melo Silva)" (Apelação cível n. 2002.020689-5, de Sombrio, rel. Des. Newton Trisotto).

Yussef Said Cahali leciona:

"Na realidade, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral" (Dano moral. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 20).

No mesmo sentido, Sergio Cavalieri Filho elucidada:

"[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente ao comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e durarouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos" (Programa de responsabilidade civil, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 97-98).

Na jurisprudência, tem-se entendido necessário examinar se o fato tem potencialidade suficiente para acarretar dano à personalidade, à imagem, a estima, aos prejudicados subjetivos da pessoa, de forma perene, ou se configura simples incômodo.

Nesse sentido, importante transcrever trecho do voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi, quando do julgamento do REsp n. 604.620, do Paraná:

"De fato, segundo a moderna doutrina e a jurisprudência dominante, pequenos dissabores e contrariedades, normais na vida em sociedade, não são indenizáveis. Imprescindível asseverar que na vida em sociedade as pessoas tem que se submeter a certas situações inevitáveis, sob pena de se tornar impossível tal convivência, ainda mais nos dias de hoje. Nessa linha de raciocínio, existem situações que se consubstanciam em aborrecimentos comuns do cotidiano moderno, não suscetíveis de indenização. São situações, certamente, desagradáveis, que geram aborrecimentos, mas que, no entanto, são inevitáveis e não passíveis de qualquer reparação".

Deste Tribunal:

"Para o reconhecimento do dano extrapatrimonial não basta o fator em si do acontecimento. É preciso mais do que isso, sendo imperioso que haja um ilícito com carga suficiente para infligir no ofendido um sofrimento moral intenso e extraordinário, causador de sequelas de indúvidosa repercussão, não se amoldando, neste panorama, simples descontentamentos no âmbito subjetivo da pessoa ou, ainda, nas hipóteses em que a anunciada dor ou desconforto seriam normalmente suportados" (Apelação Cível n. 2012.048463-6, de Mafra, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber).

Não restam dúvidas de que o dano moral está caracterizado, porque em razão da ausência de cuidado mínimo do hospital, que permitiu a troca de bebês recém-nascidas em seu estabelecimento, as autoras foram privadas da criação junto à família biológica, o que certamente acarretou abalo psicológico. Registre-se que a dúvida a respeito do possível equívoco sempre existiu, sendo constantemente mencionada por pessoas de seu convívio, uma vez que as autoras residiam na mesma localidade. Sendo assim, não há como se deixar de reconhecer o dano moral, que se revela *in re ipsa*.

Nesse sentido:

*"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TROCA DE BEBÊS NA MATERNIDADE ESTADUAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NEXO CAUSAL DEMONSTRADO. CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA ILÍCITA. CONDENAÇÃO PELOS DANOS MORAIS. HONORÁRIOS. VALOR RAZOÁVEL. REVISÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. CONTADOS DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO FATO. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ.*

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. A Corte de origem, com amparo nos elementos de convicção dos autos, assentou que ficou configurada a responsabilidade do estado pela troca dos bebês na maternidade, o que enseja o ressarcimento pelos danos morais, ao tempo que procedeu à análise dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, concluindo que a quantia fixada está em consonância com a extensão do dano causado. Inviável em recurso especial a revisão de tais premissas, dado o óbice da Súmula 7 desta Corte.

3. Nos termos da jurisprudência do STJ, é quinquenal o prazo de prescrição nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, conforme o art. 1º do Decreto n. 20.910/32, contados do ato ou fato que originou o direito discutido na demanda. Súmula n. 83/STJ.

4. O reexame dos critérios fáticos sopesados de forma equitativa pela Corte de origem para a fixação dos honorários advocatícios revela-se, em princípio, inviável de análise em recurso especial, em virtude do óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 574.385, do Pernambuco, rel. Min. Humberto Martins, j. 6/11/2014).

Sobre a quantificação do dano moral, a estimativa deve ser feita levando-se em consideração a condição social dos envolvidos, o nível social do ofendido, assim como repercussão e consequências do fato na sua vida cotidiana, honra, intimidade e personalidade. Por outro lado, a importância fixada como indenização deve servir como verdadeira punição para o infrator, inculcando em seu procedimento o senso de maior responsabilidade.

Todavia, não se olvida a lição de Carlos Dias Motta:

*"Infelizmente, não obstante, o ser humano tende a abusar daquilo que é bom, máxime quando tem sabor de novidade. Podem ser encontradas atualmente no Judiciário verdadeiras "aventuras jurídicas" e "vítimas profissionais" de danos morais, que procuram valer-se da evolução do instituto para fins escusos e inconfessáveis, na busca do lucro desmedido. Por esta razão, o maior desafio da doutrina e da jurisprudência hoje não mais é a aceitação por dano moral, já garantida constitucionalmente, mas, paradoxalmente, estabelecer seus limites e verificar em que situação não é cabível. O uso despropositado do instituto poderá conduzi-lo ao descrédito e provocar lamentável retrocesso, em prejuízo daqueles que dele realmente merecem seus benefícios. (...)" (Dano Moral por abalo indevido de crédito. Revista dos tribunais, São Paulo: RT, n° 760, p. 92, fev. 1999).*

Mais ainda:

*"A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante" (BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. Revista dos tribunais, São Paulo: 1999, 3. ed., p. 233).*

Portanto, o valor fixado não deve representar montante elevado, a fim de não trazer ganho sem causa ao lesado, tampouco módico a ponto de não trazer consigo a natureza pedagógica da reparação.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, *"Existem três correntes acerca da natureza jurídica da indenização por danos morais: (i) a indenização por danos morais tem o mero intuito reparatório ou compensatório, sem qualquer caráter disciplinador ou pedagógico; (ii) a indenização tem um caráter punitivo ou disciplinador; (iii) a indenização por dano moral está revestida de um caráter principal reparatório e de um caráter pedagógico ou disciplinador acessório, visando a coibir novas condutas. Essa última corrente é a que prevalece na jurisprudência nacional"* (REsp 883.630, do Rio Grande do Sul, rel.ª. Nancy Andrighi, j. 16-12-2008).

Mais ainda, é consolidada no Superior Tribunal de Justiça a aplicação do método bifásico, segundo o qual *"Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz"* (REsp n. 1.152.541, do Rio Grande do Sul, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13-9-2011, j. 21/9/2011).

E com fundamento nos arts. 944 e 945 do CC e no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a doutrina reputa que, na fixação da indenização por dano moral, o magistrado deve agir com equidade, analisando os seguintes critérios: (i) a extensão do dano; (ii) as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos; (iii) as condições psicológicas das partes; e (iv) o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima (TARTUCE. Flávio. Manual de direito civil. Volume único. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019).

No caso concreto, as autoras requereram a indenização por danos morais no patamar de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) ou sucessivamente que não fosse arbitrado valor inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

O magistrado fixou a indenização em R\$ 200.000,00, correspondente a R\$ 100.000,00 para cada uma das autoras, montante que o réu sustenta excessivo.

Quanto à primeira fase, impõe-se a correlação do interesse jurídico lesado com grupo de precedentes jurisprudenciais em casos semelhantes. E as autoras indubitavelmente foram privadas do convívio familiar com seus pais biológicos (art. 167 da Constituição de 1967 e art. 226 da Constituição Federal) por mais de 4 décadas. É inegável que os comentários tecidos ao longo da vida das autoras tenham ferido sua esfera de intimidade (art. 150, § 4º, da Constituição Federal de 1969 e art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988).

Em casos semelhantes, *mutatis mutandis*, este Tribunal fixou o patamar indenizatório individual em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais);

*"APELAÇÃO CÍVEL E ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. TROCA DE BEBÊS EM MATERNIDADE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. - FATO HAVIDO EM 1976. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DE DIREITO COMUM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA POR ATOS CULPOSOS DOS PREPOSTOS CC/1916, ARTS. 159, 1.521 a 1.523. - Se o fato ocorreu nos idos de 1976, o direito material aplicável é o Código Civil de 1916 (art. 159 e 1.521 a 1523), que prevê a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pelos atos culposos de seus prepostos. - DANOS MORAIS. HOSPITAL DE PEQUENO PORTE. VALOR QUE ATENDE AO RECLAMO DOS AUTORES E NÃO ONERA EM DEMASIA A COLETIVIDADE QUE É SERVIDA PELO HOSPITAL. MANUTENÇÃO. -*

*O valor fixado a título de danos morais deve ser aquele suficiente para compensar a dor sofrida, porém não pode ser de tal monta que inviabilize a própria existência da pessoa jurídica ré, mormente em se tratando de hospital de pequeno porte que presta atendimento público à comunidade." (Apelação Cível n. 2009.073080-1, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 31-05-2012).*

*"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 alijado 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" (Apelação n. 5007669-18.2020.8.24.0020, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 04-04-2023).*

O Tribunal de Justiça de São Paulo observa patamar entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil) e 100.000,00 (cem mil reais):

*"Apelação. Responsabilidade civil. Danos morais. Troca de recém-nascidos em maternidade. Sentença de procedência. Recurso da requerida. Grave falha na prestação de serviço, diretamente vinculado à atividade exercida pela apelante. Responsabilidade objetiva, à luz do artigo 14 do CDC. Troca dos bebês comprovada por exame de DNA. Alegação de que a troca poderia ter ocorrido fora das dependências do hospital desprovida de qualquer prova, sendo descabida. Dever de indenização de rigor. Gravidade do ato ilícito praticado e consequências para os autores, que suportaram angústia, desespero e preocupação pelo ocorrido. Quantum indenizatório que não comporta reparação, tendo sido fixado em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, observada a gravidade dos fatos, as consequências para os ofendidos, além do caráter de punição e para se evitar que a conduta se repita. Sentença mantida. Recurso não provido" (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 1001866-58.2021.8.26.0400; rel. Des. Emerson Sumariva Júnior; j. 18-08-2023).*

*"APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – TROCA DE BEBÊS NA MATERNIDADE – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO – DANOS MORAIS – Pretensão inicial voltada à reparação moral dos demandantes, em decorrência de troca de bebês na maternidade no ano de 1979 – procedência parcial em primeiro grau, com condenação dos corréus ao pagamento de indenização, de forma solidária, no valor de R\$50.000,00 – análise da responsabilidade civil que deve se dar sob a ótica objetiva (Fazenda Estadual) pelos atos de seus agentes (art. 37, §6º, da CF/88) – acervo fático-probatório coligido aos autos que se mostra suficiente para evidenciar os elementos constitutivos da responsabilidade civil do Estado em decorrência de negligência de seus servidores na prestação do serviço médico à paciente – nexo de causalidade configurado – DANOS MORAIS - valor arbitrado pelo Juízo singular a título de indenização pelos danos morais que merece ser majorado – sentença reformada. Remessa necessária provida em parte, apenas quanto aos consectários legais. Recurso voluntário da Municipalidade desprovido. Apelo dos autores parcialmente*

provido." (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 300248688.2013.8.26.0441; rel. Des. Paulo Barcellos Gatti; j. 26-08-2020).

"AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. Troca de bebês na maternidade. Sentença de parcial procedência, condenando o nosocômio ao pagamento de danos morais, no valor de R\$ 100.000,00. Inconformismo do hospital réu. Não acolhimento. Exame de DNA que confirmou que a autora não é filha biológica daqueles que a registraram. Em nova análise com material genético de casal que teve filha no mesmo dia e hospital, o teste de DNA confirmou que a autora, de fato, é filha biológica deste outro casal. Troca de bebês comprovada. Alegação de que os próprios casais poderiam ser responsáveis pela troca dos bebês, é descabida. Culpa grave da requerida. Falha na prestação de serviços constatada. Ilícito configurado. Indenização devida. Recurso da autora, pleiteando a majoração do valor da indenização, bem como o custeio de tratamento psicoterápico. Impossibilidade. Quantum indenizatório mantido em R\$ 100.000,00. Valor adequado para compensar o sofrimento experimentado, observando a gravidade da conduta da ré, cumprindo o caráter punitivo da indenização e visando evitar reincidência, e em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade" (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 1002644-85.2020.8.26.0360; rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Ana Maria Baldy; j. 29-09-2022).

E o Superior Tribunal de Justiça confirmou acórdão do Tribunal de Justiça do Acre cuja indenização atingia R\$ 100.000,00 (cem mil reais):

"PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO. TROCA DE BEBÊS EM MATERNIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM ADEQUADO. VALOR RAZOÁVEL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não se verifica a alegada violação aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, na medida em que a eg. Corte estadual dirimiu, fundamentadamente, os pontos essenciais ao deslinde da controvérsia.

2. É possível a revisão do montante da reparação por danos morais nas hipóteses em que o quantum fixado for exorbitante ou irrisório, o que, no entanto, não ocorreu no caso em exame, pois o valor arbitrado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), não é excessivo nem desproporcional aos danos sofridos pela parte agravada, a qual, conforme as instâncias ordinárias, sofreu danos recorrentes da troca de bebês na maternidade, suportando décadas de dúvida acerca sua paternidade, impedindo o exercício de seu poder familiar quanto à filha biológica" (AgInt no REsp n. 2.009.408, do Amazonas, rel Min. Raul Araújo, j. 27-3-2023).

Quanto à segunda fase, devem ser consideradas as circunstâncias do caso para fixação definitiva do valor da indenização.

Por um lado a gravidade da conduta é patente e gerou significativo abalo emocional entre as famílias das autoras, o que desponta do depoimento de \_\_\_\_\_, bem assim de sua mãe biológica \_\_\_\_\_. Mais ainda, a testemunha ouvida declarou que eram frequentes os comentários acerca da possível troca na maternidade. Igualmente deve ser considerado que a autora \_\_\_\_\_ ficou privada ainda de criar vínculo com o pai biológico, pois ele faleceu antes que o erro cometido nas dependências do hospital fosse descoberto. Contudo, tal circunstância deve ser ponderada com comedimento, porque tal alegação somente foi formulada em sede de recurso, tampouco foi anexada certidão de óbito.

Para além disso, as autoras desenvolvem atividade de costureira (conforme qualificação na petição inicial) e as famílias afetadas pelo ato lesivo são modestas, circunstâncias que interferiu no acesso aos exames necessários (que inicialmente foram realizados de forma particular) e contribuiu para a demora na elucidação dos fatos.

Por outro, necessário ponderar que *i*) as autoras confessam na petição inicial que ouviam comentários da possível troca na maternidade desde que eram crianças, devido às semelhanças físicas com as famílias biológicas; *ii*) ainda que as semelhanças físicas tenham se consolidado somente na idade adulta, o teste de DNA foi realizado quando as autoras tinham 47 anos de idade, ou seja, quase 30 anos após atingirem a idade adulta; *iii*) mesmo que não existisse teste de DNA na época da troca dos bebês, era possível realizar tipagem sanguínea.

Mais ainda, há de se considerar que o decurso de tempo também funciona como elemento estabilizador da relação com os pais afetivos/registros, tanto que em audiência ambas autoras declararam que a relação com os pais de criação não foi abalada ou modificada. Igualmente deve ser considerada a possibilidade de que os demais integrantes dos núcleos familiares busquem a reparação por danos morais, que tem por base o mesmo ato lesivo da troca dos bebês.

Frente a esse quadro, considerando as circunstâncias acima delineadas e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, reputo que a indenização fixada título de danos morais revela-se excessiva e não atende aos requisitos dos arts. 944 e 945 do CC, devendo os danos morais serem arbitrados em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para cada uma das autoras.

No que diz respeito aos consectários legais, sabe-se que as obrigações acessórias das condenações em face das fazendas públicas federal, estadual e municipal sofreram alterações ao longo do tempo, sendo importante discorrer de forma cronológica para melhor esclarecer o tema, abordando-se a evolução legislativa e os precedentes qualificados.

Em regra, a correção monetária e os juros de mora em face dos entes públicos estavam baseados no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, dispondo que "Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança" (Redação dada pela Lei n. 11.960, de 2009).

Ao tratar da constitucionalidade do referido artigo, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese



no julgamento do **Tema 810**:

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; e 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 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.

Tratando da legalidade dos consectários e das diferentes relações jurídicas a que a Fazenda Pública é submetida, o Superior Tribunal de Justiça fixou as seguintes teses no **Tema Repetitivo 905**:

"1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.

1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária.

No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.

[...]

2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.

3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral.

As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos.

As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.

3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas.

No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital.

3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária.

As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

3.3 Condenações judiciais de natureza tributária.

A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices".

Em 9-12-2021, passou a incidir a taxa Selic, por força do art. 3º da Emenda Constitucional n. 113/2021, segundo o qual "Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente".

É importante destacar que o Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic é assim definido pelo Banco Central do Brasil:

*"A taxa Selic é a taxa básica de juros da economia, que influencia outras taxas de juros do país, como taxas de empréstimos, financiamentos e aplicações financeiras. A definição da taxa Selic é o principal instrumento de política monetária utilizado pelo Banco Central (BC) para controlar a inflação.*

*A Selic é a taxa de juros média praticada nas operações compromissadas com títulos públicos federais com prazo de um dia útil. O BC realiza operações no mercado de títulos públicos para que a taxa Selic efetiva esteja em linha com a meta da taxa Selic, que é definida pelo Comitê de Política Monetária (Copom) do BC" (<https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/taxaselic>).*

Sua regulamentação e fórmula de cálculo são previstos nas Resoluções BCB n. 46 e n. 55, de modo que a taxa Selic é composta por índices de correção monetária e juros, aferidos mediante negociação de títulos públicos federais e a respectiva taxa média registrada diariamente nas operações.

Resumidamente, os consectários incidentes às condenações proferidas contra a Fazenda Pública, considerando as regras legais e os precedentes, ficaram assim definidos:

- 1) Regra geral para condenações diversas: correção monetária pelo IPCA-E + juros variáveis de poupança;
- 2) Condenações judiciais de natureza administrativa em geral: **a)** até 12/2002: correção monetária pela TR ou IPCA-E (esse após 1-2001) + juros de mora de 0,5% ao mês; **b)** de 12/2002 até a entrada em vigor da Lei n. 11.960/2009: correção monetária e juros pela SELIC; **c)** da vigência da Lei n. 11.960/2009 até a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 113/2021: correção monetária pelo IPCA-E + juros variáveis de poupança; e, **d)** da Emenda Constitucional n. 113/2021 em diante (8-12-2021): correção monetária e juros pela taxa Selic;
- 3) Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos: **a)** até 7/2001: correção monetária pela TR ou IPCA-E (esse após 1-2001) + juros de mora de 1,0% ao mês; **b)** de 8/2001 a 6/2009: correção monetária pelo IPCA-E + juros de mora de 0,5% ao mês; **c)** de 7/2009 até a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 113/2021: correção monetária pelo IPCA-E + juros variáveis de poupança; e, **d)** da vigência da Emenda Constitucional n. 113/2021 em diante (8-12-2021): correção monetária e juros pela taxa Selic;
- 4) Condenações judiciais referentes a desapropriações: **a)** até a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 113/2021: correção monetária pelo IPCA-E + juros variáveis de poupança; e, **b)** da vigência da Emenda Constitucional n. 113/2021 em diante (8-12-2021): correção monetária e juros pela SELIC, cumulável com os juros compensatórios e moratórios previstos especificamente no Decreto-Lei n. 3.365/1941, desde que preenchidos os requisitos legais;
- 5) Condenações judiciais de natureza previdenciária: **a)** até a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 113/2021: correção monetária pelo INPC + juros variáveis de poupança; e, **b)** da vigência da Emenda Constitucional n. 113/2021 em diante (8-12-2021): correção monetária e juros pela SELIC;
- 6) Condenações judiciais de natureza tributária: correção monetária + juros de mora incidentes na repetição de indébito tributário idênticos aos utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (CTN, art. 161, § 1º), sem prejuízo da utilização da SELIC caso haja previsão na legislação da entidade tributante, sem cumulação com outros índices.

Por fim, sobre a aplicação dos juros de mora do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, na redação dada pela Lei n. 11.960/2009, em relação à coisa julgada, o Supremo Tribunal Federal deliberou a seguinte tese no **Tema 1.170** (acórdão publicado em 8-1-2024 e pendente de julgamento de embargos de declaração):

*"É aplicável às condenações da Fazenda Pública envolvendo relações jurídicas não tributárias o índice de juros moratórios estabelecido no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, na redação dada pela Lei n. 11.960/2009, a partir da vigência da referida legislação, mesmo havendo previsão diversa em título executivo judicial transitado em julgado".*

No caso, o Estado de Santa Catarina argumenta que deve ser adotada a taxa Selic para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, com incidência a partir do trânsito em julgado.

Entretanto, a sentença estabeleceu que sobre o valor da indenização incidem juros de mora a contar do evento danoso - 01/11/1973 (Súmula 54 do STJ) e atualização monetária a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ), adotando o Tema 905 do STJ, quantos aos índices aplicáveis, mas com incidência da taxa Selic a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 113/2021.

Desse modo, observa-se que os consectários legais foram fixados de maneira adequada - condenações administrativas em geral -, de modo que a pretensão do réu não prospera nesse aspecto.

Por outro lado, sabe-se que *"os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço"* (CPC, art. 85, § 2º).

Exercendo juízo de razoabilidade e considerando os requisitos normativos, os honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor da condenação devem ser majorados, em razão da natureza da causa e do trabalho realizado pelo advogado, de modo que os honorários são majorados para 15% sobre o valor da condenação.

Sendo esse o quadro, o recurso das autoras é de ser parcialmente provido para majorar os honorários advocatícios para 15% sobre o valor da condenação, enquanto o recurso do réu deve ser parcialmente provido para redução do valor da indenização dos danos morais.

No que se refere ao prequestionamento, sabe-se que "*por força do prequestionamento implícito inserido pelo atual Código Instrumental e considerando ainda que a presente decisão está devidamente fundamentada, tem-se que eventual ausência de manifestação expressa acerca de determinado argumento ou dispositivo de lei em específico não causará qualquer prejuízo à Embargante quando da eventual interposição de recursos às Cortes Superiores*" (Embargos de Declaração n. 4006500-10.2019.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler).

O réu está isento de custas e despesas processuais, nos termos do art. 7º, I, da Lei n. 17.654/2018.

Não são cabíveis honorários recursais, porquanto o recurso do réu foi provido em parte, pois "*A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento ou limitada a consectários da condenação*" (Tema 1.059 do Superior Tribunal de Justiça).

Em face do exposto, **voto** no sentido de **dar parcial provimento** ao recurso das autoras e ao recurso do Estado de Santa Catarina.

---

Documento eletrônico assinado por **LEANDRO PASSIG MENDES, Desembargador Substituto**, 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 **4960691v111** e do código CRC **3fe02818**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LEANDRO PASSIG MENDES Data  
e Hora: 23/7/2024, às 14:18:8

- 
1. <http://hemeroteca.ciasc.sc.gov.br/blumenau%20em%20cadernos/2008/BLU2008001.pdf> ↵
  2. <https://museudeibirama.blogspot.com/2020/05/semana-dos-museus-hansahoehe.html> ↵
  3. <https://www.camaraibirama.sc.gov.br/noticias/sessao-solene-homenageia-80-anos-do-hansahoehe-488.html> ↵

**5001081-37.2021.8.24.0027**

**4960691.V111**

