

Apelação n. 0003385-97.2003.8.24.0036, de Jaraguá do Sul
Relator: Desembargador Júlio César Knoll

APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. ÓBITO DE CRIANÇA, FACE O DIAGNÓSTICO TARDIO DE MENINGITE BACTERIANA. DEMANDA AJUIZADA CONTRA HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E O MUNICÍPIO DE JARAGUÁ DO SUL. ANÁLISE DA CONDUCTA DO ENTE MUNICIPAL À LUZ DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA, A TEOR DO ART. 37, § 6º, DA CF, E DO HOSPITAL PELA TEORIA SUBJETIVA, CONFORME ARTS. 186 E 927 DO CC.

[...] A responsabilidade civil a que está submetido hospital privado, mas conveniado a rede pública de saúde, está condicionada a demonstração da conduta, do dano, do nexo causal entre ambos, e ainda, da culpa ou dolo no caso concreto, conforme a teoria subjetiva [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2012.011525-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 30-06-2015).

FALHA NO ATENDIMENTO MÉDICO. TRATAMENTO INADEQUADO E AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAMES ESPECÍFICOS. ERRO DE DIAGNÓSTICO. DANO E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR INARREDÁVEL.

Se do conjunto probatório restar evidenciado que a falha no diagnóstico do médico plantonista e o tratamento inadequado, contribuíram decisivamente para o agravamento do quadro clínico da paciente, vítima de meningite bacteriana, culminando em sua morte, o Ente Público, inevitavelmente estará obrigado a suportar os prejuízos que a conduta de seu agente acarretou, por força do dispositivo constitucional, que contempla a teoria do risco administrativo (TJSC, Apelação Cível n. 2009.034182-4, de Lages, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 22-02-2011).

PENSÃO MENSAL AOS GENITORES. POSSIBILIDADE. TERMO FINAL ALTERADO. COMPROVADA A BAIXA RENDA FAMILIAR. PRECEDENTES DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE REFORMA DO TERMO A QUO. VEDAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS, EM SEDE DE REEXAME NE-

CESSÁRIO.

[...] Pensão mensal de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, inclusive gratificação natalina, contada a partir do dia em que a vítima completasse 14 anos até a data em que viria a completar 25 anos, reduzida, a partir de então, para 1/3 (um terço) do salário mínimo, até o óbito dos beneficiários da pensão ou a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, o que ocorrer primeiro (AgRg no Ag n.1217064/RJ, rel. Min^a. Maria Isabel Galotti, Quarta Turma, j. em 23-4-13).

REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. ADEQUAÇÃO, DE OFÍCIO, DO TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS E CONSECTÁRIOS LEGAIS. MANUTENÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA. RECURSOS DOS REQUERIDOS E DOS AUTORES CONHECIDOS E PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0003385-97.2003.8.24.0036, da comarca de Jaraguá do Sul (Vara da Fazenda Pública) em que são recorrentes adesivos e recorridos adesivos Município de Jaraguá do Sul, Hospital e Maternidade Jaraguá, Ester Ribeiro Seidel, Jairo Seidel, Eliel Seidel e Elienai Seidel:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, a) conhecer e desprover o reexame necessário; b) conhecer e acolher, em parte, o recurso dos autores, apenas para reconhecer que o pensionamento mensal, após a data em que a de cujus completaria 25 (vinte e cinco) anos, será reduzido para 1/3 (um terço) do salário mínimo, e perdurará até o óbito dos beneficiários da pensão ou, a data em que a infante completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, o que se der primeiro; c) conhecer e acolher, em parte, o recurso do Hospital e Maternidade Jaraguá para reconhecer a incidência da responsabilidade subjetiva na hipótese dos autos, quanto ao seu preposto; d) conhecer e acolher, em parte, o recurso dos requeridos para reduzir a verba indenizatória em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), para cada um dos autores; e, e) de ofício, ajustar o termo inicial dos juros de mora quanto aos danos morais, fixando-se, correta-

mente, os consectários legais. Custas na forma da lei.

O julgamento realizado no dia 7 de fevereiro de 2017 foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Ronei Danielli, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Funcionou como representante do Ministério Público o Dr. Américo Bigaton.

Florianópolis, 7 de fevereiro de 2017.

Júlio César Knoll
Relator

RELATÓRIO

Perante a Vara da Fazenda Pública da comarca de Jaraguá do Sul, Ester Ribeiro Seidel, Jairo Seidel, Eliel Seidel e Elienai Seidel, devidamente qualificados, com fundamento nos permissivos legais, por meio de procurador habilitado, ajuizaram "*ação de indenização por danos morais e materiais*", em desfavor de Hospital e Maternidade Jaraguá e da municipalidade.

Disseram que, são genitores e irmãos, respectivamente, da menor Edna Mara Seidel, a qual faleceu devido a ausência de tratamento adequado para meningite bacteriana.

Alegaram que, no dia 20 de dezembro de 2001, Edna Mara, acompanhada de sua genitora, comparecem ao pronto-socorro do Hospital ora requerido, uma vez que a menor apresentava sintomas de cefaleia, febre alta e vômitos.

Aduziram, ademais, que o médico plantonista, Dr. Wanderley Rebelo Silva, fez apenas exames físicos, limitando-se a receitar, para o tratamento dos sintomas, Dipirona e Dramin.

Outrossim, lhes explicaram que a paciente não precisaria ser internada, bastando que se dirigissem ao Posto de Saúde da comarca acaso houve agravamento nos sintomas.

Ato contínuo, após apresentar piora em seu quadro clínico, sua genitora, Ester, compareceu ao Posto de Saúde do bairro Vila Rau, no qual, após certa morosidade no atendimento, restou informado que a menor estava acometida de meningite, sendo removida ao pronto-socorro do Hospital ora demandado.

Afirmaram, por fim, que após ser deslocada para a Unidade de Terapia Intensiva – UTI, devido a gravidade de seu quadro clínico, a infante veio a falecer no dia 21 de dezembro de 2001.

Ao final, requereram a condenação dos requeridos ao pagamento

de indenização por danos morais e materiais, assim como o deferimento do benefício da gratuidade da justiça.

Devidamente citados, os demandados apresentaram resposta, via contestação, nas quais impugnam os pedidos formulados na inicial.

Apresentada réplica às contestações, os autos foram remetidos à Justiça Federal, todavia, reconhecida a competência estadual, a demanda retornou à Vara da Fazenda Pública da comarca de Jaraguá do Sul (fls. 221-222).

Deferida à denúncia da lide do médico plantonista, designou-se audiência conciliatória, na qual foram afastadas as preliminares de ilegitimidade ativa e passiva, bem como deferida a produção de prova testemunhal (fls. 320-322).

Encerrada a instrução probatória, com a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes, foi julgada extinta a denúncia da lide em face do médico Wanderley Rebello Silva (fls. 353-356).

Apresentadas alegações finais, e remetido os autos ao Ministério Público, a MM. Juíza de Direito, Dra. Eliane Alfredo Cardoso Luiz, julgou a lide nos seguintes termos:

Em face do que foi dito, julgo procedentes em parte os pedidos formulados por Éster Ribeiro Seidel, Jairo Seidel, Eliel Seidel e Elienai Seidel para condenar o Hospital e Maternidade Jaraguá e o Município de Jaraguá do Sul ao pagamento de um pensão mensal aos autos Éster Ribeiro Seidel e Jairo Seidel no valor correspondente a 2/3 de um salário mínimo mensal no período de 12/02/2013, data em que a *de cujus* completaria 16 anos de idade, a 12/02/2022, data em que completaria 25 anos, com correção monetária e juros de mora desde a data de cada vencimento mensal e, ainda, condeno os réus ao pagamento de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a cada autor, a título de danos morais, com incidência exclusiva da Taxa Selic desde a data da publicação da sentença (Súmula 362 do STJ). Ocorrendo o advento do termo inicial da pensão mensal, determino que, nos termos do art. 475-Q, § 2º, do CPC, os réus incluam em folha de pagamento a prestação alimentar a qual foram condenados. Em razão da sucumbência recíproca, condeno os réus ao pagamento de 80% dos honorários advocatícios, considerando como base de cálculo o montante equivalente 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, excluídas as prestações vencidas, e condeno os autos ao pagamento de 20% das custas processuais e da mesma proporção no tocante aos honorários do advogado dos

réus, considerando a mesma base de cálculo, sendo que em relação aos autores a cobrança fica condicionada à comprovação de terem perdido a condição legal de necessitados, no prazo prescricional de cinco anos (arts. 11 e 12 da Lei n.º 1.060/50). Condene o réu Hospital e Maternidade Jaraguá ao pagamento de metade de 80% das custas processuais, dada a isenção legal do Município de Jaraguá do Sul (art. 33, Lei Complementar nº 156/1997). Sentença sujeita ao reexame necessário.

Contra a sentença *a quo*, foram opostos embargos declaratórios, os quais foram acolhidos para fazer constar na parte dispositiva da sentença, o seguinte teor (fls. 462-463):

Em face do que foi dito, julgo procedentes em parte os pedidos formulados por Éster Ribeiro Seidel, Jairo Seidel, Eliel Seidel e Elienai Seidel para condenar o Hospital e Maternidade Jaraguá e o Município de Jaraguá do Sul ao pagamento de um pensão mensal aos autos Éster Ribeiro Seidel e Jairo Seidel no valor correspondente a 2/3 de um salário mínimo mensal no período de 12/02/2013, data em que a *de cujus* completaria 16 anos de idade, a 12/02/2022, data em que completaria 25 anos, com correção monetária e juros de mora desde a data de cada vencimento mensal sendo que o valor do salário mínimo será o vigente no referido período e, ainda, condene os réus ao pagamento de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a cada autor, a título de danos morais, com incidência exclusiva da Taxa Selic desde a data da publicação da sentença (Súmula 362 do STJ).

Inconformados, a tempo e modo, os requeridos interpuseram recurso de apelação, enquanto os autores apelaram adesivamente.

O Município de Jaraguá do Sul sustentou a ausência de responsabilidade civil e, alternativamente, pugnou pela exclusão ou minoração das verbas indenizatórias.

De outro turno, o Hospital e Maternidade Jaraguá requereu o reconhecimento de sua responsabilidade subjetiva, no caso em apreço, assim como, a inocorrência de erro médico e dever de indenizar.

Os autores, por sua vez, pleitearam a majoração do *quantum* fixado a título de danos morais e, também, a alteração do termo final para o pagamento do pensionamento mensal.

Após as contrarrazões, os autos foram encaminhados a Douta Procuradoria-Geral de Justiça, sendo que lavrou parecer o Dr. Mário Luiz de Melo, o

qual manifestou desinteresse no *meritum causae*.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelações cíveis e recurso adesivo, interpostos por Ester Ribeiro Seidel, Jairo Seidel, Eliel Seidel, Elienai Seidel, Hospital e Maternidade Jaraguá e Município de Jaraguá de Sul, contra sentença proferida pelo Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública da comarca de Jaraguá do Sul, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial.

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos recursos voluntários e do reexame necessário.

Importa esclarecer que, este julgamento será realizado de acordo com o antigo Código de Processo Civil, tendo em vista que a prolação da sentença e a interposição dos recursos ocorreram sob a vigência do mesmo diploma legal.

Por abrangerem toda a matéria, os recursos voluntários e a remessa necessária serão analisados conjuntamente.

Preliminarmente, convém registrar que, embora se trate de estabelecimento médico privado, o atendimento foi prestado por meio do Sistema Único de Saúde – SUS.

Tal conclusão foi obtida por meio do documento de fls. 96-98, que apesar de apontar como unidade prestadora de atendimento o Hospital e Maternidade Jaraguá, indica que o registro da infante se deu pelo "Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde – SIA/SUS".

À vista disso, a responsabilidade é solidária entre os entes públicos federal, estadual e municipal. Senão vejamos:

[...] O funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde (STJ - AgRg no AREsp nº 264840, do CE. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 26-5-2015).

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de

que o ressarcimento de danos decorrentes de erro médico, praticado em hospital credenciado pelo SUS, incumbe ao município, uma vez que este "*tem por função celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução*", de acordo com o artigo 18, inciso X, da Lei n. 8.080/90 (AgRg no REsp 1550812-RS, Rel. Min, Herman Benjamin, j. em 05-11-2015).

Da responsabilidade civil

Sustentou, preambularmente, o Município ora requerido a ausência de responsabilidade civil, sob o argumento de que se houve a prática de algum ato ilícito, este se deu pelo médico plantonista, o qual deixou de realizar os procedimentos clínicos adequados.

Adianta-se, todavia, que o argumento não merece prosperar.

É consabido que, a responsabilidade do ente municipal, no caso em comento, é objetiva, consoante se extrai da regra insculpida no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal:

§ 6º - 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.

Acerca da responsabilidade civil, Hely Lopes Meirelles esclarece:

O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 622)(TJSC, Apelação Cível n. 2012.031228-7, de Biguaçu, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 07-08-2012).

Neste contexto, em havendo conduta comissiva, praticada por preposto do ente público, há a incidência de responsabilidade objetiva, com fundamento na teoria do risco administrativo. Acerca do assunto, Sérgio Cavalieri Filho explica:

A teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabili-

dade 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 agente 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 a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexu 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)(Destaquei).

Neste diapasão, a responsabilidade do Município de Jaraguá do Sul encontra respaldo na teoria antes referida, bastando que os autores demonstrassem a relação de causalidade entre o dano e a omissão, dispensando-se a comprovação de culpa ou dolo.

O ente público, por sua vez, somente se desonera da responsabilidade que lhe é atribuída acaso comprove, por meio de provas contundentes, a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou, ainda, de caso fortuito ou de força maior, o que não ocorreu, entretanto, na hipótese.

Inviável reconhecer, ademais, a ausência de responsabilidade do ente municipal, sob o frágil argumento de que o erro no diagnóstico partiu do médico plantonista.

Isto porque, ainda que o médico não estivesse vinculado ao seu quadro de funcionários, o que, diga-se, não restou comprovado nos autos, é clárvidente que agiu na qualidade de servidor do nosocômio, já que era lá que cumpria seus plantões médicos e a carga horária que lhe era atribuída.

Acerca da culpa atribuída a médicos que trabalham em regime de plantão, o Superior Tribunal de Justiça adotou o seguinte entendimento:

RECURSO ESPECIAL. DENUNCIAÇÃO À LIDE. MÉDICA PLANTONISTA QUE ATENDEU MENOR QUE FALECEU NO DIA SEGUINTE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O HOSPITAL. DENUNCIAÇÃO DA MÉDICA À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. SERVIÇO DE EMERGÊNCIA. RELAÇÃO DE PREPOSI-

ÇÃO DO MÉDICO COM O HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. PRODUÇÃO DE PROVAS QUE NÃO INTERESSAM AO PACIENTE. CULPA DA MÉDICA. ÔNUS DESNECESSÁRIO.

1. A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade do profissional plantonista, havendo relação de preposição entre o médico plantonista e o hospital. Precedentes.

2. O resultado da demanda indenizatória envolvendo o paciente e o hospital nada influenciará na ação de regresso eventualmente ajuizada pelo hospital contra o médico, porque naquela não se discute a culpa do profissional.

3. Qualquer ampliação da controvérsia que signifique produção de provas desnecessárias à lide principal vai de encontro ao princípio da celeridade e da economia processual. Especialmente em casos que envolvam direito do consumidor, admitir a produção de provas que não interessam ao hipossuficiente resultaria em um ônus que não pode ser suportado por ele. Essa é a ratio do Código de Defesa do Consumidor quando proíbe, no art. 88, a denúncia à lide.

4. A culpa do médico plantonista não interessa ao paciente (consumidor) porque o hospital tem responsabilidade objetiva pelos danos causados por seu preposto; por isso, é inviável que no mesmo processo se produzam provas para averiguar a responsabilidade subjetiva do médico, o que deve ser feito em eventual ação de regresso proposta pelo hospital.

5. A conduta do médico só interessa ao hospital, porquanto ressaltado seu direito de regresso contra o profissional que age com culpa. De tal maneira, a delonga do processo para que se produzam as provas relativas à conduta do profissional não pode ser suportada pelo paciente.

6. Recurso especial conhecido e não provido. (REsp 801.691/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em em 6-12-2011, grifou-se).

Este Tribunal de Justiça também já decidiu neste sentido:

[...] AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. ERRO MÉDICO. DEMANDA PROMOVIDA CONTRA HOSPITAL PARTICULAR. **DENÚNCIAÇÃO DA LIDE DO MÉDICO PLANTONISTA QUE EFETUOU O ATENDIMENTO EMERGENCIALMENTE ATRAVÉS DE CREDENCIAMENTO DO ENTE PRIVADO COM O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS.** INDEFERIMENTO NO PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL E DE INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, **DIANTE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO GRATUITO ATRAVÉS DO SUS E DA INEXISTÊNCIA DE VINCULO DE PREPOSIÇÃO DO MÉDICO COM O HOSPITAL. TESES RECHAÇADAS. INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CR/88 E DAS REGRAS DE PROTEÇÃO CONSUMERISTA.** DENÚNCIAÇÃO DA LIDE NÃO CABÍVEL NO CASO CONCRETO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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 respon-

sável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, DA CR/88). **Em ação indenizatória por erro médico promovida contra hospital, a jurisprudência, tanto do Superior Tribunal de Justiça como desta Corte de Justiça catarinense, coaduna em refutar a denúncia da lide do médico, entendendo pela responsabilidade objetiva do hospital particular e pela incidência das regras de proteção consumerista, não obstante o atendimento tenha sido realizado no setor de emergência através de credenciamento do ente privado com o Sistema Único de Saúde - SUS.** Em que pese o direito de regresso, a denúncia da lide, na forma do art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil não se mostra viável, pois a indenização em ação regressiva não decorre indubitável da lei ou do contrato, dependendo da demonstração da culpa do causador do dano. Ademais, o art. 88 do CDC veda expressamente a denúncia da lide". (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.053159-9, de Joaçaba, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 01-09-2011, destacou-se).

Sendo assim, eventual prova de culpa, quanto ao médico que procedeu ao atendimento hospitalar defeituoso, não é apta a ser produzida nesta demanda, mas sim em eventual ação de regresso.

No que diz respeito à alegação de responsabilidade subjetiva, em casos de erro médico, melhor sorte assiste ao Hospital e Maternidade Jaraguá.

Explica-se.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que: *"a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos contratados que neles trabalham, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa do preposto"* (REsp 1526467-RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 13-10-2015).

Isto porque, a responsabilidade objetiva prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, nos casos de hospital, somente se aplica aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, dentre eles, estadia do paciente (internação e alimentação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia)(REsp 1526467-RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 13-10-2015).

A esse respeito, colhe-se da jurisprudência do Tribunal Superior:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. HOSPITAL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE

BILIDADE SUBJETIVA. CULPA CONFIGURADA. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Por tal razão, a análise da questão esbarra no reexame da matéria fático-probatória, proceder vedado em recurso especial ante a incidência da Súmula n. 7 do STJ [...] (AgRg no AREsp 628.634-RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 1-9-2015, destacou-se).

A jurisprudência catarinense não destoia deste entendimento:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DEMANDA AJUIZADA CONTRA HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS), O ESTADO DE SANTA CATARINA E O MUNICÍPIO DE JARAGUÁ DO SUL. NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS. NULIDADE RELATIVA, CONDICIONADA A DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. SITUAÇÃO NÃO EVIDENCIADA. PREFACIAL REFUTADA. [...] MÉRITO. PEDIDO DE RESSARCIMENTO DAS DESPESAS COM MÉDICO E CIRURGIA REALIZADA EM CARÁTER PARTICULAR. ALEGADA NEGATIVA DE REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). CONJUNTO PROBATÓRIO QUE CONVERGE NO SENTIDO DE DEMONSTRAR QUE A INTERNAÇÃO E CIRURGIA PARTICULAR CONSTITUIU OPÇÃO DO PRÓPRIO AUTOR E DE SUA FAMÍLIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA SITUAÇÃO DE URGÊNCIA OU EMERGÊNCIA NA SITUAÇÃO CLÍNICA DO AUTOR. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA TENTATIVA DE AGENDAMENTO DA CIRURGIA PELO SUS. ANÁLISE DA CONDUTA DOS ENTES PÚBLICOS PELA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA, CONFORME O ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DO HOSPITAL RÉU PELA TEORIA SUBJETIVA, CONSOANTE O DISPOSTO NOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL. DANO E NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE.

[...] **3. A responsabilidade civil a que está submetido hospital privado, mas conveniado a rede pública de saúde, está condicionada a demonstração da conduta, do dano, do nexo causal entre ambos, e ainda, da culpa ou dolo no caso concreto, conforme a teoria subjetiva [...]** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.011525-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 30-06-2015, destacou-se).

Reforçando o exposto, Arnaldo Rizzardo acrescenta:

[...] Ao que decorre do estudo da responsabilidade objetiva, **havendo subordinação do médico ao hospital, é possível incidir o disposto no art. 932, inc. III (art. 1.521, inc. III, do Código revogado), que trata da responsabilidade do empregador ou comitente, por seus empregados, serviços e**

prepostos.

Transpondo para o caso em estudo, **respondem os hospitais pelos atos lesivos de seus médicos, desde que evados de culpa.** Consoante já observado, se praticado o ato de modo culposo, ofensivo, provocador de danos, responsabilizam-se aqueles que exercem um poder de vigilância ou guarda, independentemente de sua culpa.

Não mais se indaga se violado o dever de vigilância ou guarda. Por outras palavras, os hospitais e outras casas de tratamento da saúde são chamados a indenizar pelo fato de serem empregadores ou manterem uma relação de preposição, tanto como ocorre com os pais, tutores ou curadores relativamente aos filhos, pupilos e curatelados. [...]

[...] Não se requer do paciente que vasculhe os fatos para encontrar a presença de culpa dos hospitais, mas unicamente que detecte a culpa do profissional na execução do ato cirúrgico, ou no diagnóstico, ou no procedimento terapêutico, em obediência, inclusive, ao § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, dispondo:

'A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa'. [...]

[...] **Não cabe responsabilizar o hospital pelo dano em si, sem entrar no exame da atuação do médico.**

Nessa visão, Rafael Nichele colacionada decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: [...] Conclui, em seguida: 'Em outras palavras, o hospital não responde objetivamente, mesmo após o advento do Código de Defesa do Consumidor, quando se tratar de indenizar dano produzido por médico de seus quadros, pois é preciso provar a culpa do médico, para somente depois ter-se como presumida a culpa do hospital' (In, Responsabilidade Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 319-320)(AgRg no AREsp 628.634-RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 1-9-2015, destacou-se).

Desta forma, cristalino que se aplica, no que se refere ao nosocômio ora requerido, a responsabilidade subjetiva, o que demanda a comprovação de culpa do preposto, mas que permite, diga-se, ação regressiva contra o causador direto do dano.

Passa-se, pois, à análise de dever indenizatório.

Do conjunto probatório, consta que a infante Edna Mará Seidel, acompanhada de sua genitora, compareceram, em 20 de dezembro de 2001, ao Hospital e Maternidade Jaraguá, uma vez que estava acometida de forte cefaleia, febre alta e vômitos.

Uma vez atendida pelo médico de plantão, integrante do quadro clínico do hospital demandado, foi realizado diagnóstico padrão, que apresentou o

seguinte resultado: murmúrio vesicular fisiológico sem ruídos; adventícios, o que importa em pulmões com ausência de secreções; orofaringe, com hiperemia leve, isto é, garganta com leve vermelhidão; otoscopia e aparelho cardiovascular sem alterações e sinais meníngeos ausentes (fls. 96 e 388).

Neste sentido, colhe-se do depoimento prestado pelo médico plantonista, Dr. Wanderley Rebello Silva (fls. 387-388):

Que o depoente estava de plantão no Hospital e Maternidade Jaraguá e recorda do atendimento prestado à menina Edna Mará Seidel, filha dos autores. Recorda que a mãe procurou o plantão no hospital e relatou ao depoente que a filha estava com febre e que havia dado um medicamento, com o vômito da filha logo após. [...] **Refere ter feito exame clínico minucioso, como faz em todos os seus pacientes, recordando ter aferida (sic) sinais meníngeos, algum problema nos ouvidos, na garganta, pulmões, coração e abdômen, além de aferir o estado geral da criança. Afirma que todos estes órgãos estavam sem alterações, à exceção da garganta que apresentava leve hiperemia.** Esclarece o depoente que para aferir os sinais meníngeos tanto observa a atividade física da criança que entra no consultório, como afere diretamente a rigidez da nuca, o que foi feito no caso dos autos, estando ausente na ocasião. **O depoente receitou os medicamentos Dipirona e Dramin e anotou no prontuário uma interrogação acerca da possível ivas (infecção das vias aéreas superiores) também orientou à mãe para, acaso outro sinal aparecesse ou aqueles se agravassem, deveria procurar o plantão no Hospital [...];** Que no exame não foram constatados pelo depoente nenhum sintoma que ensejasse internação ou punção lombar. **Que segundo o depoente a meningite quando já instalada, apresenta invariavelmente três sintomas, os quais podem estar associados a outros, sendo eles rigidez na nuca, vômito e febre, todos associados à queda importante do estado geral (destacou-se).**

As falhas médicas são classificadas pela doutrina em: "*[...] erro de diagnóstico; erro de tratamento; faltas em intervenções cirúrgicas, erro de prognóstico; falta de higiene e erros cometidos por outros profissionais pertencentes à equipe médica*" (SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico. Curitiba: Juruá, 2004. p. 65).

Neste contexto, o erro de diagnóstico poderá ser inevitável, assim entendido como aquele decorrente de limitações da própria área médica, e que não são puníveis.

Será evitável, todavia, o erro que, em tendo sido adotadas todas as medidas adequadas, poderia não ter ocorrido. Neste sentido:

Diante do avanço médico-tecnológico de hoje, que permite ao médico apoiar-se em exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros, maior rigor deve existir na análise da responsabilidade dos referidos profissionais **quando não atacaram o verdadeiro mal e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve a sua situação agravada, principalmente se se verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso** (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 9ª ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 271, grifou-se).

O diagnóstico padrão é, portanto, imprescindível à atividade médica e, sobre sua relevância, Miguel Kfoury Neto complementa:

[...] o primeiro ato da análise diagnóstica [...] é um dos momentos mais importantes da atividade médica - consiste na arguição do paciente. O médico, para poder estabelecer qual a terapia adequada deve perscrutar a natureza da enfermidade e sua gravidade. Por isso, para a obtenção de uma certeza diagnóstica, fazem-se necessárias providências preliminares, reunidas em dois grupos: a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença - e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiograma etc); b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com os diversos quadros patológicos conhecidos pela Ciência Médica. *Diagnóstico* consiste, pois, uma vez efetuadas todas as avaliações, na emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente.

Do ponto de vista técnico, o diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado. O diagnóstico, entretanto, não é uma operação matemática. **Às vezes, para se chegar ao diagnóstico correto, torna-se necessária uma agudeza de observação de que nem todo médico é dotado.** Por isso, a doutrina, de modo geral, analisa detidamente tal questão.

A determinação da responsabilidade civil médica, decorrente de erro de diagnóstico, revela-se muito difícil, porque se adentra a um campo estritamente técnico, o que dificulta enormemente a apreciação judicial, principalmente porque não se pode admitir em termos absolutos a infalibilidade médica. [...].

Caracteriza-se pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso. O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja, por completo grosseiro. Assim, qualquer

erro de avaliação diagnóstica induzirá responsabilidade se um médico prudente não o cometesse, atuando nas mesmas condições externas que o demandado. (KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 5. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 89-90)(TJSC, Apelação Cível n. 2009.034182-4, de Lages, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 22-02-2011, grifou-se).

Com efeito, no caso em tela, restou caracterizado erro de diagnóstico, pois o médico plantonista deixou de averiguar de forma mais abrangente os reais motivos dos sintomas que acometiam a paciente, dentre eles, febre de 38,5° C, cefaleia forte e vômitos.

Não bastasse isso, o médico deixou de realizar qualquer exame laboratorial, assim como não procedeu à internação da menor a fim de verificar se os sintomas iriam ceder à medicação outrora ministrada ou se indicariam a necessidade de reanálise do diagnóstico inicial.

Sobre a meningite bacteriana Calil Raikola explica:

[...] Inicia-se de um modo agudo, variável de caso para caso, com a clássica tríade sintomatológica: febre, cefaléia e vômitos. A febre é de regra elevada, oscilante entre 39° C e 40° C, persistente, e até certo ponto rebelde aos antitérmicos comuns. [...] A cefaléia é intensa, incomodativa, de localização variável, e pouco sensível aos analgésicos de uso corrente. Os vômitos são do 'tipo cerebral'. Em jatos, e resistem aos antieméticos usados." (C

Estes dados todos devem ser do conhecimento do pediatra que, diante da menor suspeita deve indicar a punção lombar para exame do LCR. Aliás, em qualquer período etário, febre de origem indeterminada acompanhada ou não de convulsão, impõe a inclusão da meningite no roteiro do diagnóstico diferencial.

[...]

A suspeita de meningite deve ser levantada em todos os doentes com sintomatologia aguda, com febre, vômito e cefaléia, e que ao exame físico apresentam sinais menígeos. **Toda a atenção deve ser prestada no caso de recém-nascidos, prematuros e lactantes, menores, nos quais a sintomatologia é diversa, inexpressiva às vezes.** Muita precaução deve-se ter antes de rotular um caso como de 'convulsão febril'. Estes diagnósticos, de exclusão, é feito após cuidadoso estudo de cada paciente em particular, aqui o exame do LCR se impõe, bem como naqueles casos de pacientes com febre de etiologia não-determinada. O diagnóstico clínico de meningite deve ser seguido imediatamente por comprovação laboratorial, que será através de punção lombar para colheita e exame do LCR (fls. 93-94)(RAIKOLA, Calil Raikola Farthat *et all.* Infectologia Pediátrica, 2. ed. São Paulo: Atheneu, 1999. p. 93)(TJSC, Apelação Cível n. 2009.034182-4, de Lages, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j.

22-02-2011, grifou-se).

Reforçando o exposto, extrai-se de trecho da sentença recorrida:

[...] No Estado de Santa Catarina, bem como em outros Estados, segundo pesquisa efetuada, a Diretoria de Vigilância Epidemiológica – DIVE, órgão vinculado à Secretaria de Estado de Saúde e Superintendência de Vigilância em Saúde no Estado de Santa Catarina, emitiu um protocolo a ser observado nos casos suspeitos de doença de meningite e doenças meningocócicas.

Referido protocolo dispõe que a Doença Meningocócica é uma das meningites de maior importância e gravidade, conforme pode-se observar no site "http://www.dive.sc.gov.br/conteudos/imunizacao/Downloads/Informes_Tecnicos/Meningites_em_Geral_e_Doenca_Meningococica.pdf".

A respeito dos sintomas, assim dispõe a determinação da DIVE: "**Febre alta, cefaleia (forte dor de cabeça), vômitos, rigidez de nuca (dificuldade de movimentar a cabeça), dor no corpo, cansaço (desânimo), fotofobia (desconforto na presença de luz), e em alguns casos pode ocorrer petéquias ou sufusões hemorrágicas (manchas avermelhadas na pele), convulsões e prostração.** Nos lactentes e recém-nascidos os sinais e sintomas são atípicos, estando ausente, geralmente, a rigidez de nuca. Suspeitar se a criança apresentar hipo ou hipertemia, sonolência ou irritabilidade, choro intenso, recusa alimentar, vômitos, palidez, abaulamento da fontanela (moleira)." (grifou-se).

De fato, é possível auferir que a filha e irmã dos autores, apresentava no mínimo três dos sintomas antes referidos: febre, cefaleia e vômitos.

O médico Rodrigo Ferreira de Souza, prestador de serviços no Hospital e Maternidade Jaraguá, inquirido às fls. 389-390, informou que a febre e o vômito aparecem na Doença Meningocócica, mas não são seus sintomas mais comuns, assim como que a presença isolada destes males não são suficientes à internação do paciente.

Não obstante o conhecimento técnico e especializado do profissional, a Secretaria de Estado de Saúde, por meio de "Informe Técnico: Vigilância das Meningites no Estado de Santa Catarina"¹, assim destacou:

Avaliando-se os principais sinais e sintomas entre todos os casos confirmados (Figura 03), **81,07% apresentaram febre, seguidos de 72,77% com cefaleia e 61,65% com vômitos, esses sinais são os mais clássicos para o diagnóstico e sempre que presentes isoladamente ou em associação, devem levar a suspeição de meningite.**

¹ <http://www.dive.sc.gov.br/conteudos/imunizacao/publicacoes/InformativoMeningite.pdf>

Observou-se também que rigidez de nuca (41,57%), convulsão (14,75%) e sinais de Kernig/Brudzinski (5,90%) também considerados sinais comumente encontrados, aparecem em menor frequência, rigidez de nuca e Kernig/Brudzinski são sinais de irritação meníngea.

As situações de coma (5,70%) e petéquias (6,90%) apesar de uma representatividade menor nos casos confirmados de meningite são os sinais de maior gravidade e sugestivos de doença meningocócica. Abaulamento de fontanela, foi encontrado em 2,3% dos casos, em relação ao geral de casos.

Avaliando-se apenas os casos confirmados de meningites em geral em menores de 1 ano, encontramos 683 casos confirmados nesta população, e destes, 99 casos (15%) apresentaram abaulamento de fontanela, fortalecendo a importância deste sinal em crianças menores de 1 ano.

Tal conduta, assim como exposto, não foi observada pelo médico plantonista que, em vez de realizar exames mais específicos, a fim de formar diagnóstico adequado, limitou-se a receitar "Dipirona" e "Dramin", fato confirmado por ele próprio ao ser inquirido pelo Juízo *a quo* (fl. 387).

Até mesmo porque, é fácil perceber que os sintomas apresentados pela infante Edna, por sua gravidade, não seriam combatidos com simples anti-térmico e remédio para náuseas.

Não obstante as alegações do nosocômio, ora recorrente, de que não existiam reclamações de dor de cabeça, assim como de que os sintomas não eram específicos de meningite, ou de doença meningocócica, os depoimentos colhidos vão de encontro às teses esposadas. Senão vejamos:

Iara Fabiane da Silva Gonzaga - fl. 370

Que na data dos fatos, durante a noite, a depoente foi procurada em sua residência por sua vizinha Éster a qual pediu se podiam levar a filha Edna ao hospital já que seu marido não estava e não sabia dirigir. [...] No hospital chegaram por volta de 21h45min ou 22h00min, **recordando que ocorreu um problema e que não queriam fazer o atendimento à autora porque a mesma não sabia o nome da Rua e não tinha comprovante de residência.** [...] Ainda lembra que a **menina vomitou no carro quando iam para o hospital e quando voltavam para casa, tendo também observado que a menina reclamava de febre e dor de cabeça.** [...] Que a filha da autora estava enjoada no carro e se debatia de dor no interior do veículo. [...] A depoente não observou nenhuma rigidez no pescoço de Edna e não ouviu ela reclamar de dor na nuca, apenas de dor na cabeça (Grifou-se).

Adriane Martelet Jardim – fl. 372

[...] Que a depoente havia assumido o plantão por volta das 11h00min, o-

casião em que a filha da autora da estava na UTI do Hospital Jaraguá. [...] Que a depoente identificou na menina manchas na pele que são características de infecção pela bactéria meningococo. [...] A infecção pela bactéria já referida desencadeia sintomas muito rapidamente. **Segundo a depoente, os principais sintomas da referida infecção são febre, "petéquias" (manchas na pele), hipotensão e alteração rápida do nível de consciência. Não existe um padrão quanto ao grau febril para diagnóstico** (Destacou-se).

Ora, do que se vê, não existe padrão febril para diagnóstico da meningite, sendo pouco provável que, presenciando a dor da infante no interior do veículo, a autora não tenha informado ao atendimento de plantão sobre a dor de cabeça que acometia sua filha.

Mesmo que assim não fosse, consoante antes demonstrado, o informe técnico do Estado de Santa Catarina explicitou que febre, cefaleia e vômitos são os sinais mais clássicos de suspeita de meningite, ainda que estejam presentes de forma isolada, ou em associação.

Desta forma, apesar dos exames físicos não demonstrarem, em um primeiro momento e com exatidão, outros indícios de meningite ou meningococemia, não há como deixar de reconhecer falha na prestação dos serviços médicos, uma vez que, como precaução, tal enfermidade poderia e deveria ser averiguada minuciosamente e, em sendo o caso, descartada ou não, quando a criança deu entrada no hospital.

Mutatis mutandis, colhe-se da jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL do município. Morte de paciente em decorrência de meningite bacteriana. ERRO DE DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO INADEQUADO. DANO MORAL E MATERIAL.

Se do conjunto probatório restar evidenciado que a falha no diagnóstico do médico plantonista e o tratamento inadequado, contribuíram decisivamente para o agravamento do quadro clínico da paciente, vítima de meningite bacteriana, culminando em sua morte, o Ente Público, inevitavelmente estará obrigado a suportar os prejuízos que a conduta de seu agente acarretou, por força do dispositivo constitucional, que contempla a teoria do risco administrativo [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2009.034182-4, de Lages, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 22-02-2011, destacou-se).

E, adequando-se como luva ao caso em apreço:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FA-

LHA NO ATENDIMENTO MÉDICO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAMES. RETARDO NO DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE DOENÇA GRAVE E DE RÁPIDA EVOLUÇÃO (MENINGITE). DANO MORAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

[...] 2) **Se é certo que não se tem como afirmar, com certeza absoluta, que, se fosse diagnosticada desde logo a enfermidade da menor (meningite bacteriana), ter-se-ia evitado a evolução de seu problema para o que culminou com óbito por meningococemia, é certo que houve negligência no primeiro atendimento que lhe foi dispensado, pois esta já apresentava alguns dos sintomas (febre e vômito) e, apesar disso, foi liberada sem qualquer diagnóstico, sendo-lhe prescrito apenas soro fisiológico, Dipirona e Plasil [...]** (TJRJ, AC n. 0014087-64.2008.8.19.0037, rel. Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes, j. em 2-6-2015, grifou-se).

É sabido que a meningite bacteriana evolui de forma rápida e agressiva, fazendo-se imprescindível, para a boa evolução do quadro clínico, que o tratamento adequado se inicie imediatamente, o qual depende, todavia, de realização de exame clínico criterioso.

Diante de todas as considerações, existem elementos suficientes a demonstrar a falha na prestação dos serviços médicos ofertados, a qual é substanciada em dois aspectos principais.

O primeiro diz respeito à ausência de exames mais detalhados e aprofundados, quando do primeiro comparecimento da menor ao Hospital ora demandado.

Dos autos, depreende-se que a paciente foi atendida pelo médico plantonista, medicada e liberada, apenas com indicação de remédios para vômito e febre.

Neste ponto, a Magistrada *a quo* brilhantemente decidiu:

Percebe-se que, somente após Edna Mara Seidel apresentar perda da consciência, petéquias e sufusões na pele é que o tratamento da doença meningocócica começou a ser realizado, contudo, **como o quadro já era muito evoluído e portanto, gravíssimo, não foi possível reverter a situação de saúde da criança, justamente porque tal doença, não diagnosticada e tratada precocemente, provoca a paralisação de funcionamento de alguns órgãos, de modo que, no presente caso, houve uma parada cardíaca fulminante.**

[...] Ora, o procedimento médico a ser adotado, então, é o de que, ha-

vendo sintomas da doença, portanto incluem-se febre alta, cefaleia e vômitos, necessária a realização da punção lombar para coleta do líquido, o qual passa a ser analisado em laboratório, inclusive sob aglutinação pelo látex, tornando possível a aferição de antígenos específicos da meningite bacteriana.

Agora, tanto o procedimento deve ser realizado por medida de prevenção, já que é de conhecimento notório que febre, cefaleia e vômito são sintomas de várias outras doenças acometidas por crianças, é que o LACEN - Laboratório Central de Saúde Pública do Estado de Santa Catarina distribui um kit para a realização do diagnóstico laboratorial das meningites, gratuitamente.

Por isso, pouco importa se o paciente é atendido pelo SUS - Sistema Único de Saúde ou de maneira particular, pois o exame é fornecido pelo Governo do Estado gratuitamente, sendo impossível alegar que o exame eventualmente realizado é de alto custo para os hospitais que não se possa realizá-lo aos usuários e dependente do sistema público de saúde.

[...] Assim, entendo ter havido negligência no primeiro atendimento efetuado à filha e irmã dos autores, visto que necessária a realização de exame próprio para a investigação de possível doença grave, como a meningocócica, o que se trata exatamente de atuação de "meio", como bem disseram os réus em suas defesas.

A realização do exame próprio para o diagnóstico da doença e ainda que, se constatada, houvesse sido iniciado o tratamento, talvez não culminasse em resultados positivos à Edna Mara Seidel, contudo, a atuação do Estado e do Hospital foi falha na medida em que não preveniu o agravamento e propagação da doença que levou Edna Mará Seidel a óbito (Grifou-se).

O segundo, por sua vez, foi o tempo de espera para internação em Unidade de Terapia Intensiva – UTI, visto que mesmo sendo grave o quadro clínico, houve, ao que tudo indica, uma espera de quase quatro horas para o recebimento dos cuidados necessários ao caso.

Não há que falar, outrossim, que o evento lesivo se deu por culpa da genitora da vítima, sob o fundamento de que teria demorado em procurar atendimento médico, após o agravamento dos sintomas.

Isto porque, já aos primeiros sinais da doença levou a infante ao nosocômio ora demandado, o qual, todavia, deixou de realizar os exames necessários para confirmação da enfermidade.

A questão, a bem verdade, sequer diz respeito ao agravamento do quadro clínico da menor após o atendimento em plantão médico, mas sim quanto ao equívoco do primeiro diagnóstico, levado a efeito pelo Hospital e Maternidade

Jaraguá.

Sendo assim, agiu com culpa o médico plantonista, uma vez que frustrou a oportunidade de tratamento adequado para a doença, subtraindo da menor a possibilidade de reverter o quadro que se instalara e, com isso, a probabilidade de recuperação.

À vista disso, caracterizado o nexo de causalidade entre as falhas apontadas e o resultado morte, inarredável o dever de indenizar do Município de Jaraguá do Sul e do Hospital e Maternidade Jaraguá.

Dos danos materiais

Insurgiram-se as partes, ademais, quanto à pensão mensal fixada em favor do genitores da infante, Ester Ribeiro Seidel e Jairo Seidel, a título de danos materiais.

Colhe-se da decisão recorrida, que o Juízo de primeiro grau fixou a verba indenizatória da seguinte forma: "*considerando, segundo a Constituição Federal, que o menor pode começar a trabalhar a partir dos 16 anos de idade, o pensionamento terá início em tal data e irá até o dia em que a de cujus completaria 25 anos de idade [...]*".

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que é devida a indenização por dano material, em forma de pensão aos pais de família de baixa renda, em decorrência da morte de filho menor, proveniente de ato ilícito, independentemente do exercício de trabalho remunerado pela vítima.

Infere-se, da certidão de óbito de fl. 38, que a filha dos ora recorrentes faleceu quando contava com apenas 4 (quatro) anos de idade, razão pela qual, não exercia, por óbvio, atividade remunerada, sendo mantida por seus genitores.

Todavia, a ausência de idade suficiente para o exercício de atividade profissional não afasta, por si só, a concessão de pensão mensal aos seus

genitores, na linha da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

In casu, fácil perceber que os autores se enquadram nas condições de família de baixa renda, eis que apenas Jairo Seidel exerce atividade remunerada, auferindo contraprestação para manter além de sua esposa, Ester Ribeiro, os seus outros dois filhos, Eliel e Elienal.

De mais a mais, são beneficiários da justiça gratuita e do Sistema Único de Saúde – SUS.

Tal entendimento é, inclusive, reforçado pela Súmula n. 491 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: "*é indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.*"

No que tange ao termo inicial para o pagamento da benesse, é tranquila a jurisprudência dos Tribunais Pátrios de que este se inicia aos 14 (catorze) anos, data em que o direito laboral admite o contrato de trabalho (AgRg no AREsp 346.483-PB, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 7-11-2013).

Todavia, em se tratando de reexame necessário, é vedado prolatar modificações que vão de encontro aos interesses da Administração Pública.

Isto porque, além da sentença recorrida favorecer o ente público, na hipótese o Município de Jaraguá do Sul, pois fixou o termo inicial a partir dos 16 (dezesesseis) anos de idade, não houve insurgência, por parte dos autores, neste particular.

Sobre a impossibilidade de *reformatio in pejus*:

[...] A proibição de reforma para pior é consequência direta do princípio dispositivo, aplicável aos recursos: o recorrido dispôs de seu direito de impugnar a sentença não pode receber benefício do tribunal em detrimento do recorrente. Isto não acontece na remessa necessária, que não é recurso, nem é informada pelo princípio dispositivo, mas pelo inquisitório, onde ressalta incidência do interesse público do reexame integral da sentença (NERY JR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: RT, p. 886)(TJSC, Reexame Necessário n. 2011.005819-1, da Capital rel. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, j. 17-03-2015).

De modo diverso, possível a alteração do termo *ad quem*, de acor-

do com o parâmetro pleiteado pelos autores, em recurso adesivo.

Daí porque, o Superior Tribunal de Justiça autoriza o pagamento da pensão mensal até a data em que a vítima atingira 65 (sessenta e cinco) anos.

Senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE MENOR DENTRO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DANOS MATERIAIS. PENSÃO MENSAL DEVIDA A PARTIR DA DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 14 ANOS. DANOS MORAIS. REVISÃO DO QUANTUM. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. MATÉRIA DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

[...] **A pensão mensal deve ser de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, desde os 14 anos, data em que o direito laboral admite o contrato de trabalho, até a data em que a vítima atingiria a idade de 65 anos, devendo ser reduzida para 1/3 (um terço) após a data em que o filho completaria 25 anos, quando possivelmente constituiria família própria, reduzindo a sua colaboração no lar primitivo [...]** (AgRg no AREsp 346.483-PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. em 07-11-2013, destacou-se).

Some-se:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHA MENOR. PENSÃO DEVIDA AOS PAIS. TERMO INICIAL. TERMO FINAL. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO.

[...] **2. Pensão mensal de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, inclusive gratificação natalina, contada a partir do dia em que a vítima completasse 14 anos até a data em que viria a completar 25 anos, reduzida, a partir de então, para 1/3 (um terço) do salário mínimo, até o óbito dos beneficiários da pensão ou a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, o que ocorrer primeiro** (AgRg no Ag n.1217064/RJ, rel. Min^a. Maria Isabel Galotti, Quarta Turma, j. em 23-4-13, grifou-se).

A jurisprudência catarinense não destoia deste posicionamento:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. CESARIANA DE EMERGÊNCIA. GENITORA DO AUTOR QUE, AO CHEGAR EM TRABALHO DE PARTO NA MATERNIDADE, FOI SUBMETIDA A PARTO NORMAL. ORIENTAÇÃO DA MÉDICA INICIAL, EM RAZÃO DE DIAGNÓSTICO DE PRÉ-ECLÂMPSIA E SOFRIMENTO FETAL, NO SENTIDO DE REALIZAR O PROCEDIMENTO DE CESÁREA. MÉDICOS PLANTONISTAS QUE IGNORARAM A ORIENTAÇÃO. DESCOLAMENTO DE PLACENTA DURANTE A TENTATIVA DE PARTO NATURAL. REALIZADA CESÁREA DE URGÊNCIA. RECÉM-NASCIDO QUE SOFREU ASFIXIA PERINATAL, RESULTANDO NA SUA MORTE DOIS DIAS APÓS O NASCIMENTO. RESPONSABILIDADE CI-

VIL OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO E NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE ESTE E A CONDUTA DOS AGENTES PÚBLICOS COMPROVADOS. DEMONSTRADO ERRO MÉDICO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. **PENSÃO ALIMENTÍCIA. TERMO INICIAL. DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETAR 14 ANOS DE IDADE. TERMO FINAL. PENSÃO MENSAL ATÉ OS 25 ANOS, CONFORME O REQUERIDO. VALOR DO PENSIONAMENTO EQUIVALENTE A UM SALÁRIO MÍNIMO.**

O termo inicial da pensão deve ser a data em que o demandante completar 14 anos de idade, pois, de acordo com a Constituição Federal, o trabalho somente seria permitido a partir dessa idade, na condição de menor aprendiz, de acordo com os preceitos do art. 7º, XXXIII, da CRFB/88. **Em não havendo possibilidade de precisar qual a remuneração que a vítima perceberia caso estivesse em condições plenas de trabalho, é plausível a fixação do pensionamento em valor equivalente a um salário mínimo, pois esta é a remuneração mínima prevista no art. 7º, IV, da CRFB/88 [...]** (TJSC, Apelação Cível n. 2011.082751-0, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 12-08-2014, destacou-se).

A propósito, no tocante ao limites do pensionamento mensal, este será arbitrado com base no salário mínimo, consoante jurisprudência desta Corte de Justiça: *"quando no processo não houver prova clara dos rendimentos auferidos pela vítima na época, a jurisprudência tem admitido a fixação do quantum referente à pensão em um salário mínimo"* (AC n. 2012.024189-2, da Capital, rel. Des. Saul Steil, j. em 19-6-2012).

Em resumo, a pensão mensal, corresponderá a 2/3 (dois terços) do salário mínimo vigente à época, contada a partir do dia em que a *de cujus* completasse 16 (dezesesseis) anos, até o momento em que completaria 25 (vinte e cinco) anos, reduzido-se, a partir de então, para 1/3 (um terço) do salário mínimo, até o óbito dos beneficiários da pensão ou a data em que a infante completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, o que se der primeiro.

Saliente-se, por fim, que o pagamento do 13º salário somente é possível quando comprovado que a vítima exercia atividade remunerada anterior, o que não é o caso dos autos (REsp 853.921-RJ, rel. Min. João Otávio Noronha, j. em 24-5-2010).

Dos danos morais

As partes opuseram-se ao montante da verba indenizatória, arbitrado pelo Juízo *a quo* em R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), rateado entre os autores.

O dano moral, na hipótese, é presumido, uma vez que sobressai do próprio sofrimento a que foram submetidos os pais e os irmãos, em decorrência do falecimento precoce da menor Edna Mara Seidel.

Sobre o dano moral, Sílvio de Salvo Venosa explica:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer disabor comezinho da vida que pode acarretar indenização. Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem do homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há formulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca.

No tocante ao *quantum* fixado está estabelecido na doutrina, que a quantificação do valor deve ser confiada ao prudente arbítrio do juiz e, neste sentido, a jurisprudência tem sido enfática em proclamar que:

Na ausência de critérios objetivos para mensuração do valor econômico da compensação pelos danos morais, deve o julgador valer-se das regras de experiência comum e bom senso, fixando essa verba de tal forma que não seja irrisória, a ponto de menosprezar a dor sofrida pela vítima, ou exagerada, tornando-se fonte de enriquecimento ilícito. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.067652-1, de Tubarão, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 28-07-2011)

Em resumo, a verba indenizatória não pode considerar apenas o potencial econômico dos requeridos, mas sim observar também a repercussão da indenização sobre a situação social e patrimonial dos ofendidos.

Tecidas estas considerações, é medida que se impõe reduzir a quantia indenizatória em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), para cada um dos autores, somando-se o importe de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), posto que mais coerente para fins reparatórios, uma vez que proporciona uma compensação justa à parte lesada sem, todavia, causar enriquecimento ilícito.

Em caso similar, o Superior Tribunal de Justiça utilizou-se dos mesmos parâmetros para fixação dos danos morais. A saber:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO MÉDICO. MENINGITE. AGRAVAMENTO DO QUADRO CLÍNICO. MORTE DE CRIANÇA. DANOS MORAIS. PRETENDIDA REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**

[...] Na hipótese, o Tribunal de origem, em vista das circunstâncias fáticas do caso, **manteve o valor dos danos morais, fixados pela sentença, em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), observando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não se mostrando ele exorbitante, ante o quadro fático delineado no acórdão de origem.** Conclusão em contrário encontra óbice na Súmula 7/STJ (AgRg no AREsp 794.556-RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. em 19-11-2015, destacou-se).

Dos consectários legais

No que se refere ao pagamento da pensão mensal em favor de Ester e Jairo, deverá incidir, a partir do vencimento de cada parcela, correção monetária e juros de mora, acaso haja atraso quando se inicie o respectivo pagamento, de acordo com os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09.

Sobre os valores fixados a título de danos morais, é de rigor, ademais, adequar o termo inicial dos índices aplicados a título de atualização monetária, ainda que as partes tenham se conformado com a sentença de primeiro grau.

É que, segundo o Superior Tribunal de Justiça:

Uma vez inaugurada a competência desta Corte para o exame da questão relativa ao valor da indenização, **não configura julgamento extra petita ou reformatio in pejus a aplicação, alteração ou modificação do termo inicial dos juros de mora e da correção monetária, de ofício, de modo a adequá-los à jurisprudência do STJ** (AgRg no AREsp n. 576.125/MS, rel. Min. Raul Araújo Costa, grifou-se).

Ainda:

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS). LEGALIDADE DA DEDUÇÃO DOS VALORES REFERENTES AOS MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA. ENCARGOS MORATÓRIOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997. NATUREZA TRIBUTÁRIA DA DÍVIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO INPC DESDE O EFETIVO PAGAMENTO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO, QUANDO PASSARÁ A INCIDIR EXCLUSIVAMENTE A TAXA SELIC. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO, **AJUSTANDO-SE, DE OFÍCIO, O TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA.** (TJSC, Apelação n. 0300158-12.2015.8.24.0034, de Itapiranga, rel. Des. Ronei Danielli, j. 19-07-2016, destacou-se).

Nesta linha de raciocínio, em se tratando de demanda indenizatória, a correção monetária incidirá a partir da data da prolação da sentença, isto é, do momento em que fixado o *quantum* compensatório, nos moldes do enunciado 362 do Superior Tribunal de Justiça.

O termo inicial dos juros de mora, por sua vez, incidentes sobre a indenização por danos morais decorrente de ato ilícito, corresponde à data do evento danoso (Súmula 54 STJ).

Sob este prisma, determina-se que a atualização monetária seja realizada, nos seguintes termos:

1. Desde que a correção monetária foi autorizada pela Lei n. 6.899, de 09.04.1981, para atualizar os débitos oriundos de decisões judiciais, os índices previstos na legislação geral e na própria legislação previdenciária/acidentária acompanham a sequência abaixo: ORTN, de 09.04.1981 a fevereiro de 1986 (Lei n. 6.899/81 e Decreto n. 86.649/81); OTN, de março de 1986 a janeiro de 1989 (art. 6º, do Decreto-Lei n. 2.284/86); BTN, de fevereiro de 1989 a fevereiro de 1991 (art. 5º, § 1º, "c", e § 2º, da Lei n. 7.777/89); INPC, de março de 1991 a junho de 1991 (arts. 3º e 4º, da Lei n. 8.177/91); INPC, de julho de 1991 a dezembro de 1992 (art. 41, § 6º, da Lei n. 8.213/91); IRSM, de janeiro de 1993 a fevereiro de 1994 (art. 9º, § 2º, da Lei n. 8.542/92); URV, de março de 1994 a junho de 1994 (art. 20, § 5º, da Lei n. 8.880/94); IPC-r, de julho de 1994 a junho de 1995 (art. 20, § 6º, da Lei n. 8.880/94); INPC, de julho de 1995 a abril de 1996 (art. 8º, § 3º, da MP n. 1.053/95); IGP-DI, de maio de 1996 a julho de 2006 (art. 8º, da MP n. 1.415/96 e art. 10, da Lei n. 9.711/98); **INPC, de agosto de 2006 em diante, até 30.06.2009 (art. 41-A, da Lei n. 8.213/91, incluído pela MP n. 316/06, convertida na Lei n. 11.430/06). De 01.07.2009 em diante ocorre a aplicação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/09, a ser analisada adiante.** Não tem aplicação ao caso o disposto no

art. 31 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 01.10.2003).

[...]

3. **A sequência de índices dos juros de mora, ao longo do tempo, é a seguinte: 0,5% (meio por cento) ao mês até 28.02.1987 (Lei Federal n. 4.414, de 24.09.1964, c/c os arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil de 1916 e com os arts. 1º, 4º e 5º do Decreto n. 22.626, de 07.04.1933; 1% (um por cento) ao mês no período de 01.03.1987 a 30.06.2009 (art. 3º, do Decreto-lei n. 2.322, de 26.02.1987).**

4. **A partir de 01.07.2009, de acordo com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal, aplica-se o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/09, para o cálculo englobado da correção monetária e dos juros de mora de acordo com os índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança (Apelação Cível n. 2013.026185-9, de Videira, rel. Des. Jaime Ramos, j. 26-06-2014)(TJSC, Embargos de Declaração n. 0066633-03.2008.8.24.0023, da Capital, de minha relatoria, j. 12-07-2016, grifou-se).**

No tocante à verba honorária, custas processuais e demais pontos não impugnados, tendo em vista que a Magistrada *a quo* decidiu em consonância com o entendimento desta Corte, mantém-se a sentença por seus próprios fundamentos.

Registre-se que, apesar de reconhecida a sucumbência recíproca na hipótese, veda-se a compensação das verbas, a teor do artigo 85, § 14, do atual CPC.

Diante de todo o exposto, vota-se no sentido de: a) conhecer e desprover o reexame necessário; b) conhecer e acolher, em parte, o recurso dos autores, apenas para reconhecer que o pensionamento mensal, após a data em que a *de cujus* completaria 25 (vinte e cinco) anos, será reduzido para 1/3 (um terço) do salário mínimo, e perdurará até o óbito dos beneficiários da pensão ou, a data em que a infante completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, o que se der primeiro; c) conhecer e acolher, em parte, o recurso do Hospital e Maternidade Jaraguá para reconhecer a incidência da responsabilidade subjetiva na hipótese dos autos, quanto ao seu preposto; d) conhecer e acolher, em parte, o recurso dos requeridos para reduzir a verba indenizatória em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), para cada um dos autores; e, e) de ofício, ajustar o termo inicial dos

juros de mora quanto aos danos morais, fixando-se, corretamente, os consectários legais.

Esse é o voto.