

Excelentíssimo Senhor(a) Doutor(a) Juiz(a) de Direito da
Comarca de Pasárgada

Vara Cível da

OS AUTORES, por si e representando **SEU FILHO**, brasileiro, menor impúbere, todos residentes e domiciliados em Pasárgada, por seu advogado e procurador que ao final a esta subscreve, vêm, respeitosamente, perante Vossa Excelência, **PROPOR**

AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS
COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
e em face de

HOSPITAL DE PASÁRGADA, pessoa jurídica de direito privado,

espelhando as razões do "petitum" nos fundamentos fáticos e jurídicos que passam a aduzir:

De início, conforme documento incluso, os Requerentes declaram serem pessoas pobres na acepção jurídica do termo definido na Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, com nova redação dada pela Lei n. 7.510/86, o que lhes enseja o deferimento dos benefícios da **Justiça Gratuita**, nos moldes dos mencionados diplomas e da Lei 7.115, de 29 de agosto de 1.983.

I. DOS FATOS

Aos 15/10/1997, por volta das 10h30min a segunda requerente, no nono mês de gestação de uma gravidez normal (doc. 09), dirigiu-se ao Requerido, para que se realizasse o parto (doc. 53). O atendimento se deu pelo serviço de plantão, através do Sistema Único de Saúde (doc. 31).

Às 12h00min começaram as contrações e as dores que se prolongaram até às 13h30min e cessaram, neste período de tempo a segunda requerente foi acompanhada por enfermeiras e estagiárias, não mais sentindo dores. Nenhum médico apareceu, não tendo sido aplicada nenhuma medicação.

Às 14h30min a segunda requerente foi levada à sala de parto (doc. 53), onde não conseguiu parir em parto normal. Não tendo comparecido nenhum médico, as enfermeiras decidiram retornar com a parturiente para o quarto, onde permaneceu acompanhada por uma enfermeira estagiária até às 15h30min.

Novamente encaminhada à sala de cirurgia, a segunda requerente foi instruída pelas enfermeiras para que fizesse força, do contrário a criança não nasceria de parto normal. Exausta, a parturiente não conseguiu, e as enfermeiras lhe disseram que precisariam acionar a obstetra.

No corredor do Hospital, o primeiro requerente encontrou com uma das enfermeiras e lhe disse que se fosse necessário poderia ser realizada cirurgia cesariana que ele arcaria com os custos, todavia, como não havia um médico para deliberar sobre tal opção, ficou o primeiro requerente sem resposta.

Quando a obstetra compareceu, foram administrados medicamentos que fizeram a segunda requerente perder os sentidos. Consoante o documento 31, às 16:10h nasceu o Representado através de parto normal, após ter sofrido anóxia, apresentando apgar baixo (3 – 1º. minuto; 6 – 5º. minuto; 8 – 10º. minuto) e hipóxia peri-natal (doc. 30). O primeiro e o segundo requerentes não foram informados sobre a situação em que se encontrava a criança. Depois de muita insistência o primeiro requerente pôde ver seu filho que se encontrava em observação na Unidade de Tratamento Intensivo (UTI), e foi informado por uma enfermeira que a criança não resistiria.

Em virtude da anóxia intrauterina e da hipóxia peri-natal, somadas às complicações ensejadas pelos inadequados e defeituosos procedimentos do Requerido, num parto prolongado com uso de fórceps, o Representado evoluirá com retardo do desenvolvimento neuropsicomotor permanente, necessitando de escola especializada, fisioterapia e medicações para o controle da epilepsia sintomática na forma grave (Síndrome de West). (docs. 24/30, 66/67 e 72)

Hoje, o Representado, em caráter definitivo (doc. 63), é portador de paralisia cerebral e epilepsia do tipo Síndrome de West (doc. 67), tendo sérios comprometimentos no desenvolvimento neuropsicomotor com sérias dificuldades de ajustes posturais e aquisições de posturas, transtornos sensoriais – perceptivos globais e atraso no desenvolvimento cognitivo. Consoante o relatório emitido (doc. 66/67) o Representado apresenta pouco contato visual, hipertonia global mais evidente em membro inferior esquerdo, reflexos tendinosos profundos grau +++/IV bilateralmente generalizado, hipotonia cervical e de tronco, reflexo cutâneo plantar em extensão bilateral; apresenta, ainda, lesões do tipo encefalomalácia, compatível com síndrome hipóxico isquêmica.

O Representado necessita de um programa especial de fisioterapia – Método Bobath – utilizando um tratamento por estimulação precoce

(doc. 30), de tratamento fonoaudiólogo e de escola especial por tempo indeterminado (doc. 67).

Os requerentes arcaram com diversos exames e arcaram com os tratamentos indicados para o Representado, inclusive medicamentos e dietas. O Requerido jamais arcou com valores destinados a suprir as necessidades do tratamento.

Ainda em virtude do parto a segunda requerente necessitou realizar cirurgia corretiva (doc. 74) e, para poder atender o Representado, se obrigou a deixar de laborar (docs. 81/91).

Os requerentes solicitaram que o Requerido respondesse pelos danos ocasionados pelos atos de seus empregados e prepostos (docs. 03 e 04), todavia, não foi possível a solução na via amigável, razão porque se evoca a tutela jurisdicional do Estado para satisfazer o conflito intersubjetivo de interesses decorrente dos fatos anteriormente narrados.

I. DO DIREITO

1. DA NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA

Os fatos danosos narrados verificaram-se no seio de uma relação de consumo, pois o Código de Defesa do Consumidor define no art. 2º que consumidor é "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final", e fornecedor "toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção... ou prestação de serviços". Os estabelecimentos hospitalares estão consubstanciados no § 2º, do art. 2º, do CDC, "in verbis", é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração.

Em se tratando de relação de consumo, aplicáveis os direitos básicos do consumidor enumerados no art. 6º do CDC, dos quais se destaca:

I - a proteção da vida saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

2. DA RESPONSABILIDADE

Para discorrer sobre a obrigação de reparar, mister se faz analisar os dois mecanismos de responsabilidade aplicáveis aos atos narrados. Em primeiro plano, a responsabilidade objetiva resultante da natureza da relação jurídica; em segundo, a responsabilidade na modalidade de culpa presumida, face ao dever de vigilância da Requerida para com os seus empregados e prepostos. Fundamenta-se, a seguir, separadamente e em teses sucessivas, a aplicabilidade dos mecanismos mencionados.

2.1. DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Nasceu a doutrina objetiva no século XIX, sob os auspícios de Saleilles e Josserand. Este último, considerado o "experto" da teoria do risco, a desenvolve principalmente sob o título "Les accidents du travail et la responsabilité civile" (*in Essai d'une théorie objective de la responsabilité delictuelle*).

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco, diz Philippe Le Tourneau, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretenso

responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade.¹

Entre nós, o precursor da teoria da responsabilidade objetiva foi Alvin Lima, em tese apresentada na Faculdade de Direito da USP, em 1938, sob o título "Da culpa ao risco", posteriormente convertida em livro, em que não apenas defende a doutrina objetiva como responde aos argumentos dos adversários.

Outro adepto da teoria é Wilson Melo da Silva, também expressada em tese de concurso.

Aguiar Dias evidenciou a obra de Gaston Marton (*Les fondements de la responsabilité civile*, Paris, 1938), apontado como o expoente da doutrina objetiva em nosso direito.

Para o sempre citado Caio Mário o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social "é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a "teoria do risco criado".²

Nas relações de consumo prevalece a responsabilidade objetiva. A adoção da responsabilidade objetiva funda-se nos próprios princípios do Direito das Relações de Consumo (em destaque o princípio da vulnerabilidade, o princípio da garantia de adequação, o princípio da boa-fé, o princípio da informação e o princípio da confiança), que obrigam o fornecedor a produzir determinado resultado satisfatório. Vemos concretizada a isonomia através da proteção jurídica, em cujo campo de incidência estão, de um lado os fornecedores, e de outro, os consumidores.

A responsabilidade objetiva no que concerne aos fatos resultantes dos serviços e pelos vícios do mesmo é, antes de tudo, apanágio da obrigação assumida pelo empresário de entregar o bem e fornecer o serviço esperado, sem danos. Reputa-se, em última análise, inadimplido o próprio contrato quando o fornecedor deixa de entregar a qualidade – parte integrante do serviço contratado.

A Constituição Federal de 1988 demonstrou a grande preocupação do legislador constituinte com o consumidor, resgatando um atraso considerável em nossa legislação, ao contrário de outros países em que a força do consumidor é mais acentuada e, apoiada por entidades públicas e privadas, vivamente interessada em sua proteção efetiva e permanente.

No art. 5º, inciso XXXII, declarou-se ser obrigação do Estado a defesa do consumidor. No art. 24, VIII, estabeleceu-se a competência da

¹ TOURNEAU, P. Le. **La Responsabilité Civile**. 2ª ed., Paris, 1976, n.2, p. 4.

² PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 268.

União, Estados e Distrito Federal para legislar, concorrentemente, sobre a responsabilidade por dano ao consumidor. Outras disposições acerca do consumidor encontram-se nos artigos 150, § 5º, e 170, V. As Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 48 previram a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (CDC), no prazo de 120 dias, que veio a lume, através da lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.

Sob a rubrica Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço, dispõe o art. 14 do CDC que o fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos mesmos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. O parágrafo primeiro do mencionado artigo considera defeituoso o serviço quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais aponta:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

Quando se tratar de serviços médicos prestados por hospital, como fornecedor de serviços (art. 14, caput), a apuração da responsabilidade independe da existência de culpa, conforme esclarece ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS BENJAMIN:

“O CDC é claro ao asseverar que só para a 'responsabilidade pessoal' dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar em hospital responderá apenas pela culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente' (Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor, obra coletiva, Saraiva, 1991, p. 80, apud Francisco Chagas de Moraes, “Responsabilidade civil do médico”, RT 672/275).

Considerando que os enfermeiros e médicos, cujos atos resultaram os danos aos requerentes e ao Representado, fazem parte do quadro funcional do Requerido, uma vez comprovado o nexo causal entre o defeito do e a má qualidade do serviço, responde o hospital objetivamente.

Responsabilidade Civil – Hospital – Paciente Internada – Parada Cardiorrespiratória – Atendimento – Falha – I. Constitui-se falha na prestação de serviço hospitalar não contar o estabelecimento com médico de plantão dentro

do hospital bem como encarregar do atendimento de pacientes atendentes de enfermagem (grifo meu). Hipótese em que paciente internada foi vítima de parada cardiorrespiratória da qual resultou lesões cerebrais gravíssimas e irreversíveis. II. Falecendo a Autora no decurso da ação, é de ser condenado o estabelecimento hospitalar ao pagamento de pensão mensal aos filhos menores até a data em que completarem 21 anos. (TARS – AC 595,074,022 – 5ª C. Cív. – Relª Juíza Substituta Maria Isabela de Azevedo Souza – J. 06.09.95)

O hospital não é um hotel. Não é uma hospedaria de doentes. Deve ser abrigo dos homens para tratamento de suas moléstias; deve ser a casa onde se procura diminuir a dor, tratar da saúde, velar por ela e cuidar sempre para que aqueles que ali entram, se não conseguirem a cura, pelo menos não sofram um dano maior.

Os atos praticados nas dependências da Requerida demonstram claramente o liame para com os danos sofridos pelos requerentes e pelo Representado. Os danos resultaram dos serviços defeituosos.

Não foram aplicados os métodos mais adequados para evitar as seqüelas ao nascituro e agravamento das mesmas no neo-nato. A segunda requerente entrou anestesiada na sala de cirurgia sem contrações para o nascimento do Representado; não se realiza cesariana; não há acompanhamento do especialista pediatra; demora-se para administrar a oxigenação, embora verificada a anóxia e posterior hipóxia; e alguns dias depois lhe é informado que seu filho terá uma deficiência permanente em função do parto.

Também não foram adotados os meios de proteção à vida e à segurança face aos riscos da atividade. A ausência do médico obstetra antes do parto e do pediatra logo após o nascimento, para melhor avaliar e informar sobre os serviços e suas especificações e riscos, inviabilizou a adoção aplicação dos procedimentos adequados.

Todos os pressupostos expostos na presente exordial demonstram a falta de qualidade nos serviços prestados pelo Requerido, a falta de atendimento adequado para a parturiente, que o Código de Defesa do Consumidor condena.

Ainda a arrimar a tese da responsabilidade objetiva, é de se somar o fato de que o Requerido prestou o atendimentos pelo Serviço Único de Saúde, sendo por este remunerado. De tal sorte a enquadrar-se como pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos, cuja responsabilidade é aquilatada pelo § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, *in verbis* :

“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.”

Corolário do parágrafo sexto acima transcrito é a adoção da **responsabilidade objetiva** em relação aos danos verificados pelos atos dos agentes do Requerido.

Assim, a Requerida haverá de ser responsabilizada objetivamente e integralmente pelos danos verificados.

2.2. DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Ainda que vencida fosse a responsabilidade objetiva anteriormente aduzida e fundamentada, é de se argumentar em caráter sucessivo que também no âmbito da responsabilidade subjetiva recai sobre o Requerido a obrigação de reparar.

Para indagar-se o fator subjetivo, vale dizer, a existência de culpa, necessária se faz uma digressão epistemológica sobre mais este elemento presente nos atos anteriormente narrados. Savatier ³ resume o problema, assinalando que *faute* – a culpa – é “a inexecução de dever que o agente deveria conhecer e observar”. Se a inexecução foi deliberada, temos a “culpa simples”, que vai configurar o “quase-delito”. Comporta a culpa dois elementos, um mais objetivo, o dever violado, outro mais subjetivo, a imputabilidade do agente; em português, a palavra *faute* traduz-se por falta, culpa, ato ilícito, lançando ainda maior confusão ao assunto. Savatier, ao definir a culpa, afirma que é necessário assentar ser impossível fazê-lo sem partir da “noção de dever”, que ele analisa em várias hipóteses ou espécies (deveres legais, deveres de família, deveres morais, obrigações de observar os regulamentos, dever geral de não prejudicar a outrem etc.). Em assim sendo, “a culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se o conhecia efetivamente e o violou deliberadamente, há delito civil, ou em matéria de contrato, dolo contratual. Se a violação do dever foi involuntária, podendo conhecê-la e evitá-la, há culpa simples; fora destas matérias contratuais, denomina-se *quase-delito*”.

Aguiar Dias enuncia esta noção: “A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do

³ SAVATIER, R. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. Vol. 1. Paris: R. Pichon e R. Durand-Auzias, 1939, p. 4 – 5.

agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude”⁴.

Consoante exposição fática o evento danoso teve início quando as enfermeiras e estagiárias iniciaram o atendimento à parturiente, permanecendo durante aproximadamente 4 horas sem nenhum acompanhamento médico. Nos atos dos médicos, enfermeiros e demais empregados do hospital que prestaram o atendimento não se verificaram os esforços necessários a evitar o dano resultante de suas condutas. Era previsível que o sofrimento fetal acarretaria em seqüelas ao nascituro. A demora no parto e nas demais providências peri-natais, mormente a oxigenação do neo-nato, conduziram ao dano; a insistência em adotar o parto normal desobedeceram as normas obstétricas primárias que indicam a realização de cesariana, principalmente em casos de **incompatibilidade óssea**.

O Código de Ética Médica, ao estabelecer diretrizes à responsabilidade dos médicos, assim vaticina:

ART. 12º - o médico deve buscar melhor adequação do trabalho ao ser humano e a eliminação ou controle dos riscos inerentes ao trabalho.

...

ART.27º -- dedicar ao paciente, quando trabalhar com relação de emprego, o tempo que sua experiência e capacidade profissional recomendarem para o desempenho de sua atividade, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas prejudique o paciente.

Tais normas não foram atendidas, o que já suficiente para demonstrar a culpa.

A omissão, a negligência médica na demora para o atendimento à parturiente e a insistência na realização de parto normal são as causas da anoxia sofrida pelo Representado bem como todo o sofrimento que foi proporcionado a segunda requerente. Vejamos os seguintes arestos que bem se aproximam do caso em lume:

“Indenização – Responsabilidade civil – Erro médico – Lesões provocadas em nascituro, ocasionando-lhe danos físicos irreversíveis, durante o trabalho de parto – Ocorrência de inadimplemento na prestação de serviço – Omissão culposa caracterizada – Indenização devida”

⁴ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, p. 136.

(TJSP – 1.^a C. – Ap. 129.718-1 – Rel. Roque Komatsu – j. 1.11.90).

“É devida indenização por danos morais à mãe parturiente, cujo filho nasce morto por respirar mecônio no útero, em razão do retardamento do parto, por negligência e omissão médica” (TRRO- Ap. – Rel. Eliseu Fernandes de Sousa- j. 26.6.95- RT 729/290).

Num preceito genérico obriga o art. 159 do Código Civil aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causa prejuízo a outrem a reparar o dano, regulando-se a verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade pelo disposto nos arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

A culpa do Requerido é presumida, pois os atendentes e as enfermeiras são empregados e os médicos fazem parte do corpo clínico (docs. 03 e 04), aplicando-se-lhes o disposto no artigo 1.521, do Código Civil de 1916:

Civil: Art. 1521 – São também responsáveis pela reparação civil:

...

III – o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1522).

Aqui o direito ampara o lesado e indica o réu. A culpa *in eligendo* e *in vigilando* demonstram a responsabilidade do Requerido. A culpa *in eligendo* é a oriundo da má escolha do representante, ou do preposto; a culpa *in vigilando* é a que promana de ausência de fiscalização por parte do patrão, quer relativamente aos seus empregados, quer no tocante à própria coisa. O Requerido escolheu mal os profissionais que realizam as tarefas compreendidas em sua atividade-fim, deixando de fiscalizá-los adequadamente para que os serviços sejam prestados com a qualidade deles esperada.

A própria doutrina reconhece a “presunção de culpa” com aceitação da jurisprudência (Súmula 342 do STF), sendo certo que o proponente responde pelos atos do preposto, no exercício da função, ou fazendo crer, ao lesado, que agia credenciado pelo proponente.

Sendo o médico integrante da equipe hospitalar ou vinculado por uma relação de emprego, o hospital é civilmente responsável na forma do direito comum (Aguiar Dias, ob. cit.; Savatier, ob. cit.).

Decidiu-se, ainda, que a ausência de médico de plantão importa em responsabilidade do hospital (Revista dos Tribunais, vol. 556, p. 190; vol. 559, p. 193).

A responsabilidade civil do hospital assume aspectos novos, se se considera a duplicidade dos seus deveres, como observa Aguiar Dias: compreende assistência médica, ao mesmo tempo que obrigações como hospedeiro. Nesta última qualidade, responde pelos danos causados ao doente que se interna. Como, porém, o internamento tem a finalidade específica de se submeter a tratamento, o hospital é responsável pela omissão do médico da casa, que deixa, por exemplo, de acompanhar o estado do paciente, daí resultando a agravação de seu estado.

Não se podem, em princípio, escusar sob a invocação de ser o dano causado por uma causa accidental, tendo em vista que lhes incumbe zelo e vigilância próprios de seu status. Vigora, desta sorte, a presunção de culpa por qualquer deslize que leve o cliente ou pessoas que se submetam a seus cuidados à morte ou a prejuízos que as inabilitem ou diminuam a sua capacidade de trabalho.

Assim, na hipótese de não reconhecimento da responsabilidade objetiva, haverá de ser reconhecida a culpa presumida do Requerido.

3. DOS DANOS

Para estabelecer o cerne jurídico dos danos sofridos e o fundamento para que os mesmos sejam indenizados devemos iniciar pelo art. 1º da Constituição Federal, onde se consagra como princípio da nação **a dignidade da pessoa humana**. Ainda da Carta Magna, em seu artigo 5º, extraímos o princípio da **isonomia**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida, à igualdade**, nos termos seguintes (grifos do subscritor):

...

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de **indenização por dano material, moral ou à imagem**;

...

X - **são invioláveis** a intimidade, a vida privada, **a honra e a imagem** das pessoas, **assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação**;

Estabelece o Código Civil, em seu artigo 76 que para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Os requerentes e o Representado têm legítimo interesse econômico para

proporem a presente demanda, haja vista o Representado necessitar de tratamentos e cuidados especiais durante toda sua vida que demandarão despesas; o legítimo interesse moral está evidenciado na dor psíquica sofrida.

O critério do artigo 1.059 é imperativo no sentido de, ressalvadas as exceções, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de auferir por força do evento danoso.

Enquanto o prejuízo material é de avaliação direta, através da restituição na íntegra do dano sofrido, o dano extrapatrimonial busca restabelecer o equilíbrio social, rompido pela ação do agente, e, por conseguinte, carece de um critério compensatório à par de um caráter punitivo, os quais vemos consubstanciados no artigo 1.538 § 1º, do Código Civil, ao prever a indenização pela deformidade.

Em se tratando de avaliação do dano, não podemos olvidar os critérios sumulares do STF, consoante segue:

- S. 490. A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil, deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.
- S. 562. Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária.

Por derradeiro, destaca-se que a Súmula 37, do STJ autoriza a cumulação do pedido de dano materiais com danos morais.

Analisaremos, a seguir, separadamente, os dois gêneros de danos verificados.

3.1. DOS DANOS PATRIMONIAIS

Aplicáveis aos fatos articulados os danos emergentes e os lucros cessantes, especificados nos seguintes dispositivos do Código Civil:

Art. 1059 – Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 1538 - No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.

§ 1º - Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

Art. 1.539. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

A seguir, a subsunção aos mencionados dispositivos.

3.1.1. DOS TRATAMENTOS (danos emergentes)

Como evidenciado nos laudos médicos (docs. 29, 30, 67, 72 e 73), o Representado necessitará de tratamento neuropediátrico por longo período, bem como tratamento fisioterápico especial, medicamentos para a epilepsia, possíveis internações e uma Escola especial em tempo integral, cujas despesas serão demonstrados no quadro anexo.

As despesas estão corroboradas na documentação ora carreada, da qual, deflui-se que persistem mensalmente as despesas referentes a medicamentos, fraudas descartáveis, dieta cetogênica, tratamento fisioterápico e fonoaudiólogo, bem como algumas consultas e exames não cobertos pelos planos de saúde. Portanto, além dos custos já consolidados até junho de 2003, no importe de R\$53.542,00, deve ser reparado, mês a mês, o custo periodicamente arcado com o Representado, no importe de R\$943,00 (valor que pode ser majorado em R\$200,00 se cessar o plano de saúde mantido pelo primeiro requerente).

O primeiro requerente ainda arca com despesas de viagens, para que profissionais especializados na doença do Representado periodicamente o avaliem. Tais viagens, à média de três ao ano, empreendidas desde janeiro/2000, custam, aproximadamente, R\$500,00 cada (consideradas as passagens, a estadia e a alimentação para duas pessoas).

Outro dano emergente verificado é o do tratamento da cicatriz deixada na segunda requerente face ao parto mau conduzido. Referido tratamento importou em R\$200,00 (doc. 74).

3.1.2. DO PENSIONAMENTO (lucros cessantes)

Com o advento da deficiência, caracterizada como Síndrome de West, verificou-se uma mudança generalizada no planejamento diário dos requerentes e na vida do Representado.

Os cuidados para com o Representado são redobrados, pois necessita ele de tratamento especial integral. Isto fez com que a segunda requerente deixasse de laborar (docs. 81/83) e de perceber um salário mínimo por mês (docs. 84/91), com demais direitos sociais (FGTS e INSS), o que deverá ser reembolsado, enquanto perdurar as limitações do Representado (CC, art. 1.059).

Face às seqüelas, o Representado não poderá laborar (doc. 71), o que apresenta subsunção com os artigos 1538 e 1539 do Código Civil, fazendo jus ao pensionamento a partir dos 16 anos. Tal situação encontra eco no seguinte julgado:

INDENIZAÇÃO – Responsabilidade Civil – Ato ilícito – Danos físicos causados a menor em razão de negligência em tratamento médico-hospitalar – Perda da capacidade laborativa – Indenização fixada a partir dos doze anos, limite legal e constitucional para o trabalho pela vítima – Percentual indenizatório, no entanto, condicionado à futura perícia médica a que se submeterá a ofendida – Verba devida – Ação procedente – Recurso parcialmente provido (TJSP, Rel. Des. Silva Ferreira, *RJTJSP – Lex* 109/130)

Saliente-se que o valor do pensionamento pela impossibilidade laborativa deverá considerar a potencial evolução do Representado, que, galgaria melhores postos de trabalho, conforme o seu grau de estudo. Logo, até os dezoito anos, o referencial haverá de ser um salário mínimo; até os vinte e cinco, dois salários mínimos; após, até completar sessenta e cinco anos, cinco salários mínimos.

A respeito da matéria leciona José Aguiar Dias:

“O lucro cessante se liga a elementos flutuantes, em face da incerteza que sempre domina a quem opere com dados imaginários. Com segurança só se podem considerar os resultados que determinariam os lucros. Haverá sempre dúvida, porém, sobre se não interviria outra circunstância capaz de produzir o mesmo efeito do ato danoso, impedindo tanto este, aqueles resultados, cuja ausência se pretende atribuir exclusivamente a esse ato. “O direito seria demasiadamente severo se exigisse ao prejudicado a prova matemática irrefutável de que essa outra possível circunstância

se não teria produzido, nem o lucro previsto deparado com qualquer obstáculo. Mas, por outro lado, a experiência constante ensina-nos que os mais exagerados, menos fundados pedidos de indenização, tem precisamente o seu fundamento neste conceito imaginário dos lucros frustrados”. Assim, decide-se, com aplauso da boa doutrina, que o fato, por exemplo, de ser a menor a vítima e de não estar ainda em idade de trabalhar, não impede de receber indenização, porque o dano pode ser avaliado na proporção em que reduzir sua capacidade de trabalho, no futuro.

Para, autorizadamente, se computar o lucro cessante, a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma *probabilidade* objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto”.

3.2. DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

A doutrina consagra, com unanimidade, serem os danos extrapatrimoniais passíveis de reparação. Consistem em lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Contrapõem-se aos danos denominados materiais, que são prejuízos suportados no âmbito patrimonial do lesado. Mas podem ambos conviver, em determinadas situações, sempre que os atos agressivos alcancem a esfera geral da vítima, como, dentre outros, nos casos de morte de parente próximo em acidente, ataque à honra alheia pela imprensa, violação à imagem em publicidade, reprodução indevida de obra intelectual alheia em atividade de fim econômico, e assim por diante.

Os danos morais atingem, pois, as esferas íntimas do lesado, enquanto os materiais constituem reflexos negativos no patrimônio alheio. Mas ambos são suscetíveis de gerar reparação, na órbita civil, dentro da teoria da responsabilidade civil. Atingem-se, portanto, componentes sentimentais e valorativos da pessoa, sendo reparáveis por si, ou mesmo em cumulação com danos materiais, conforme o caso (V. Súmula 37 do STJ), com base na doutrina de que ao Direito não interessa a prosperação de injustiças.

Conquanto tivéssemos encontrado outrora alguma resistência quanto à reparabilidade do dano extra patrimonial, através constitucionalização da matéria (art. 5º, inc. V e X) espancou-se qualquer dúvida. É importante frisar que o artigo 159 do Código Civil já consagra, indubitavelmente, e com maior rigor científico, a reparabilidade em lume.

Destaque-se que a reparação de danos extrapatrimoniais exerce função diversa daquela dos danos materiais. Enquanto estes se voltam para a recomposição do patrimônio ofendido, através da aplicação da fórmula "danos emergentes e lucros cessantes" (CC, art. 1.059), aqueles procuram oferecer compensação ao lesado, para atenuação do sofrimento havido. De outra parte, quanto ao lesante, objetiva a reparação impingir-lhe sanção, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem, pois interessa ao Direito e à sociedade que o relacionamento entre os entes que contracenam no orbe jurídico se mantenha dentro de padrões normais de equilíbrio e de respeito mútuo. Assim, em hipótese de lesão, cabe ao agente suportar as conseqüências de sua atuação, desestimulando-se, com a atribuição de pesadas indenizações, atos ilícitos tendentes a afetar os referidos aspectos da personalidade humana.

Nessa linha de raciocínio, vêm os tribunais aplicando verbas consideráveis, a título de indenizações por danos morais, como inibidoras de atentados ou de investidas indevidas contra a personalidade alheia, como decisões inseridas em RF 268/253 e 270/190. Os critérios para fixação resumem-se **nas circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando, em nível de orientação central, a idéia de sancionamento ao lesante** (ou punitive damages, como no direito norte-americano).

É nítido o dano extrapatrimonial sofrido pelos requerentes e pelo Representado. As circunstâncias do caso demonstram o descaso do Requerido; a gravidade do dano é intensa; o lesante é empresa que arrecada vultuosas remunerações pelos diversos serviços de saúde que presta; os lesados muito se abalaram e se abalam a cada dia ao acompanharem o sofrimento do Representado. A indenização, por conseguinte, haverá de ser intensa, desestimulando o Requerido a praticar atos tendentes a gerar danos.

As decisões apontam pela reparabilidade dos danos extrapatrimoniais em lume na presente demanda:

“Responsabilidade civil. Ato ilícito configurado. Dever de indenizar. Dano moral. A reparação do dano moral desempenha uma função importante na tutela da personalidade e, quando se trata de lesão corporal, que signifique um atentado permanente e grave à integridade física, modificando de modo sensível o modo de vida da vítima, privando-lhe de certos prazeres e lhe causando particulares sofrimentos, correspondente a uma necessidade evidente. (TAPR, Ap. Cível n. 1.670/86, Rel. Juiz Francisco Muniz, j. 8.3.88, *PJ* 26/124)

“É devida indenização por danos morais à mãe parturiente, cujo filho nasce morto por respirar mecônio no útero, em razão do retardamento do parto, por negligência

e omissão médica” (TJRO – Ap. – Rel. Eliseu Fernandes de Souza – j. 27.6.95 – RT 729/290).

Após a compilação das regras gerais aplicáveis à esfera extrapatrimonial, passa-se à subsunção específica a cada um dos direitos da personalidade ofendidos, cuja reparação a título compensatório e sancionatório se impõe.

3.2.1. DO DANO À INTEGRIDADE FÍSICA

O Representado apresenta cranioesteose (doc. 12), sintomas de convulsão (doc. 13) e diminuição severa dos coeficientes de atenuação da substância branca de ambos os hemisférios (doc. 11); é portador de paralisia cerebral e epilepsia do tipo Síndrome de West (docs. 14/23 e 67), tendo sérios comprometimentos no desenvolvimento neuropsicomotor com sérias dificuldades de ajustes posturais e aquisições de posturas, transtornos sensoriais – perceptivos globais e atraso no desenvolvimento cognitivo. Consoante o relatório emitido pelo Dr. Sérgio Antoniuk (doc. 66/67) o Representado apresenta pouco contato visual, hipertonia global mais evidente em membro inferior esquerdo, reflexos tendinosos profundos grau +++/IV bilateralmente generalizado, hipotonia cervical e de tronco, reflexo cutâneo plantar em extensão bilateral; apresenta, ainda, lesões do tipo encefalomalácia, compatível com síndrome hipóxica isquêmica grave (não crescimento de encéfalo-cortex), lesão difusa em córtex cerebral e edema em substância branca (doc. 27); apresenta crises e espasmos (doc. 26).

Preceitua a última parte o artigo 1.538 do Código Beviláqua que no caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente, soma esta, que, segundo o parágrafo primeiro do citado dispositivo, será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

A jurisprudência respalda a compensação pelas ofensas à integridade física experimentadas pelo Representado, consoante a seguinte ementa:

“O dano moral pressupõe dor física ou moral, e se configura sempre que alguém aflige outrem injustamente, sem com isso causar prejuízo patrimonial. O dano estético, que se inscreve na categoria de dano moral, por sua vez, pode gerar indenização a título de dano moral, e a título de dano material, por participar de aspectos de um e de outro”. (TJSP – 8ª C. – Ap. – Rel. Franklin Nogueira – j. 15.4.92 – RT 683/79).

Indenizáveis, portanto, os danos à integridade física. O parâmetro haverá de ser aquele previsto no parágrafo primeiro do artigo 1538, do Código Civil, ou seja, a duplicação do valor da condenação das despesas com tratamento e dos lucros cessantes, além da multa no grau médio da pena criminal correspondente, a qual, nos termos dos artigos 49 e 60, “caput” e § 1º, do Código Penal, atinge 2.700 salários mínimos, acrescido de correção monetária e juros que houverem.

3.2.2. DO DANO À INTEGRIDADE MORAL

Qual é a sensação da perda de um ente? Qual a sensação de ver a pessoa que amamos sofrendo? Qual a sensação de saber que seu filho será deficiente em razão de um evento?

Somente quem pode avaliar o sofrimento é aquele que sentiu a dor, e que dor psíquica é essa a qual tanto se cogita um modo de compensação. E compensação é a palavra, pois, não há reparação neste caso, aqui inexistente o *status quo ante*, se existisse reparação para todos os casos o homicida teria de restabelecer a vida de sua vítima.

A verba satisfativa tem, assim, um caráter de amenizar o natural sentimento de vingança da vítima, como o de possibilitar a aquisição de bens de uso e gozo, que a vida moderna propicia às pessoas, no acesso aos bens de consumo da sociedade. Hans Albrecht Fischer⁵, bem aborda o assunto:

“A indenização pecuniária, pode desempenhar, no sentido de que aqui nos ocupamos, uma função tríplice: penal, de satisfação e de equivalência. Na sua função de satisfação, o pagamento duma soma pecuniária ocupa lugar intermediário entre a indenização e a pena. Com a primeira compartilha o fim essencial de representar uma prestação imposta a favor e em consideração do lesado; com esta tem de comum o implicar um mal par o indenizante”.

Com tal amparo, não há que se falar em não compensação ao dano na integridade moral, visto, que é inevitável em decorrência de sua deficiência a discriminação e menosprezado pela sociedade que convive. Porém o que não se pode esquecer é que o prejuízo na esfera anímica não recai somente sobre o Representado, mas estende-se aos dois primeiros requerentes. Estes com o discernimento para

Assim, o dano à integridade moral haverá de ser reparado aos requerentes e ao menor Representado. O parâmetro haverá de ser, por analogia, aquele previsto no parágrafo único do artigo 1547, do Código Civil,

⁵ Hans Albrecht Fischer, *A Reparação dos Danos no Direito Civil*, p. 235, em nota de rodapé.

cumulado com os artigos 49 e 60, “caput” e § 1º, do Código Penal, ou seja, 5.400 salários mínimos, acrescido de correção monetária e juros que houverem.

4. DA TUTELA ANTECIPADA

O Representado necessita de tratamento fisioterápico, medicamentos, dieta citogênica, possíveis internações, dentre outros gastos. Inegável o caráter de urgência para satisfazer referidas necessidades.

Preceitua o artigo 273 do CPC:

“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou de difícil reparação;”

Dada às condições financeiras dos requerentes, que auferem menos de dois salários mínimos por mês (docs. 75/83), alguns tratamentos e cuidados haverão de serem, em breve, suspensos. Isto em muito prejudicará o desenvolvimento do Representado.

Assim, haverá de ser deferida a tutela antecipada, a fim de custear os tratamentos a que o Representado necessita, para minorar as conseqüências do já ocorrido, evitando-se o agravamento que em muito dificultará a reparação.

Para tal fim, haverão de serem pagos **quatro salários mínimos por mês**, consoante despesas demonstradas no item “3.1.1” e lucros cessantes verificados com a segunda requerente pela impossibilidade de manter atividade remunerada, nos moldes noticiados no item “3.1.2”.

III. DO PEDIDO **(E REQUERIMENTOS FINAIS)**

Posto isto, requerem os benefícios da justiça gratuita, e a **antecipação da tutela fundamentada no item “4”**, bem como:

- a) A citação do Requerido, via postal, para que apresente a defesa que tiver, pena de revelia;

- b) O depoimento pessoal do preposto do Requerido, pena de confesso e a oitiva de testemunhas que serão oportunamente arroladas, as quais deverão ser intimadas, via mandado, para comparecerem à audiência a ser designada por Vossa Excelência;
- c) Seja julgada procedente a presente ação, com a conseqüente condenação do Requerido ao ressarcimento dos danos emergentes e dos lucros cessantes, aos requerentes e ao Representado, e dos danos extrapatrimoniais à integridade física do Representado e à integridade moral deste e dos requerentes, consoante apontado nos itens “3.1.1”, “3.1.2”, “3.2.1” e 3.2.2” – parte integrante desta conclusão, **acrescidos de juros e correção monetária** desde a data do evento danoso, até a data do efetivo pagamento;
- d) Seja o Requerido condenado às custas processuais e honorários advocatícios na base de 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

IV. DAS PROVAS

Os requerentes provarão o alegado através de todo o gênero de provas em Direito admitidas, e requerem, de plano, a realização de vistorias e perícias, o depoimento pessoal do preposto do Requerido, pena de confesso, a oitiva de testemunhas e a juntada de novos documentos.

V. DO VALOR DA CAUSA

Dá-se à causa, para fins e efeitos de Direito, o valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais).

Termos em que pede deferimento.
Cascavel, 23 de junho de 2000.

André Viana da Cruz – advogado
OAB/PR 19.177