



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000448664

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4004680-87.2013.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que são apelantes/apelados EMILIO WACKED JUNIOR e SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE MOGI GUAÇU, é apelado/apelante WILLIAN FAGUNDES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVARO PASSOS (Presidente sem voto), JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES E JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 18 de junho de 2018.

Rosangela Telles
Relatora
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº: 10672

APELAÇÃO Nº: 4004680-87.2013.8.26.0362

**APELANTES: WILLIAN FAGUNES DA SILVA/ EMÍLIO WACKED JUNIOR/
SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE MOGI GUAÇU**

APELADOS: OS MESMOS

COMARCA: MOGI GUAÇU

JUIZ: SERGIO AUGUSTO FOCESATO

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. **DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO.** Fratura tratada como mera luxação, a despeito do exame de imagem. Advento de sequelas permanentes que restringiram os movimentos do autor. **DANOS MATERIAIS. LUCROS CESSANTES.** Cabimento. Comprovação dos danos emergentes elencados e dos lucros cessantes. Limitação temporal aludida na petição inicial. Princípio da adstrição. **PAGAMENTO DE PENSÃO VITALÍCIA EM PARCELA ÚNICA.** Não cabimento. Segundo orientação do C.STJ, o pagamento em parcela única implica, em tese, a desnaturação do próprio instituto da vitaliciedade. Com efeito, mostra-se inidônea a aplicação indistinta do parágrafo único do art. 950 do CC/2002, em decorrência da parcial redução de capacidade para as atividades profissionais. Isso porque, ainda que se utilize a expectativa de vida adotada pelo IBGE, não se pode deixar de se considerar a possibilidade de morte da vítima do acidente antes que se supere a perspectiva indicada em dados estatísticos. **DANO MORAL.** Ocorrência. Evidente a lesão aos direitos de personalidade do autor, diante da dor e angústia vivenciada. Manutenção do *quantum* indenizatório. **SUCUMBÊNCIA.** Majoração e adequação. **RECURSOS IMPROVIDOS.**

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra r. sentença de fls. 207/212, que julgou os pedidos parcialmente procedentes, para condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de: a) indenização por danos materiais, na razão de R\$ 400,00, devidamente corrigidos desde a data do desembolso (março de 2012); b) indenização por danos morais de R\$ 20.000,00, devidamente atualizada pela tabela prática do E. Tribunal de Justiça, a partir da publicação da sentença, inclusive com incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir do mesmo momento (art. 406, CC, cc. art. 161, §1º, CTN); e, c) pensão mensal equivalente a 10% do salário-mínimo nacional, a partir do acidente, o que será apurado em liquidação de sentença, incluídas as parcelas relativas ao décimo terceiro salário, até a data em que o ofendido completaria setenta e quatro anos de idade, sendo que as pensões vencidas deverão ser pagas de uma só vez, *incidindo juros de mora a partir da citação, que deverá recair sobre o principal atualizado, das despesas processuais corrigidas desde o desembolso e dos honorários advocatícios na base de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas até o trânsito em julgado da sentença e mais um ano das vincendas*. Para garantir o pagamento das prestações os réus deverão constituir capital, cuja renda assegure o cumprimento das mesmas.

Inconformado, sustenta réu EMÍLIO WACKED JUNIOR, em síntese, preliminarmente, a nulidade da r.sentença por cerceamento de defesa. No mérito, avaliando o raio-x, não se verificou qualquer fratura, mas apenas o quadro de luxação no ombro do autor com imobilização em tipóia e orientação para a procura um de serviço ambulatorial de ortopedia. Portanto, não há qualquer conduta culposa a ser imputada ao profissional de medicina. No mais, volta-se contra a condenação em lucros cessantes fixados até os 74 anos do autor, bem como a condenação em danos morais. Busca a anulação ou reforma da r.sentença.

A ré IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE MOGI GUAÇU, por sua vez, volta-se contra a r.sentença, alegando, em síntese e preliminarmente, a nulidade da r.sentença por cerceamento de defesa. No mérito, não há comprovação de culpa do médico plantonista. Impugna, ainda, a incapacidade laboral indicada pelo I.Perito e ventila tese de culpa concorrente do

autor. Busca a anulação ou reforma da r.sentença.

O autor interpôs recurso de apelação de forma adesiva buscando a condenação dos réus ao pagamento dos lucros cessantes de forma única, nos termos do art. 950, parágrafo único, do Código Civil.

Recursos regularmente processados, com apresentação de contrarrazões a fls. 262/271, fls. 280/285 e fls. 286/290.

É o relatório.

Inicialmente, concedo à ré IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE MOGI GUAÇU os benefícios da gratuidade de justiça, diante do balanço patrimonial de fls. 296/315.

Ademais, cumpre ressaltar que a r. sentença fora proferida na vigência do CPC/15, de modo que as disposições desta legislação deverão ser observadas.

Antes de apreciar o mérito, cabe afastar a alegação de cerceamento de defesa. O Código de Processo Civil adota o sistema do livre convencimento motivado, pelo qual fica a cargo do julgador decidir pela necessidade ou não de se realizarem atos durante a fase instrutória, bem como escolher os meios de prova pertinentes para o deslinde da controvérsia.

Isto porque se o conjunto probatório carreado for suficiente para embasar a persuasão do magistrado, a produção de outras provas implicaria a prática de atos inúteis e meramente protelatórios.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou sua posição sobre o tema:

“12. O artigo 330, do Codex Processual, que trata do julgamento antecipado da lide, dispõe que o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência (inciso I). 13. **Deveras, é cediço nesta Corte que incorre cerceamento de defesa quando desnecessária a produção da prova pretendida (REsp: 226064/CE, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 24.06.2003, DJ 29.09.2003).** 14. Ademais, o artigo 131 do CPC consagra o princípio da persuasão racional, habilitando o magistrado a valer-se de seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto, constantes dos autos. Nada obstante, compete-lhe rejeitar diligências que delonguem desnecessariamente o julgamento, a fim de garantir a observância do princípio da celeridade processual. 15. Desta sorte, revela-se escorreito o fundamento da decisão que dispensou a produção de prova pericial na hipótese dos autos. 16. Agravo regimental provido.” (STJ - AgRg no REsp 1.068.697/PR 1ª Turma Rel. Min. Luiz Fux, j. 18.05.2010) (g.n.)

In casu, a perícia é suficiente à solução da controvérsia, de modo que fica afastada a preliminar de cerceamento de defesa.

No mérito, consoante se extrai, cuida-se de ação indenizatória proposta WILLIAN FAGUNES DA SILVA em face de IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE MOGI GUAÇU e de EMILIO WACKED JUNIOR. Alegou, em síntese, que no dia 04.02.2012, em razão de acidente de trânsito, sofreu lesão no ombro direito, ocasião em que fora socorrido na Santa Casa de Misericórdia de Mogi Guaçu e atendido pelo médico Emílio Wacked Júnior. Atribuiu conduta culposa a Emílio, por não ter observado a existência de fratura óssea e a necessidade de intervenção cirúrgica. O médico se limitou a afirmar que se tratava

de mera luxação, concedendo-lhe alta hospitalar. Foi liberado, mas continuou sentindo dores e, por isso, consultou-se com médico especialista, que lhe esclareceu acerca da necessidade de intervenção cirúrgica.

Embora submetido ao procedimento cirúrgico, teve sequelas decorrentes do mau atendimento realizado pelo médico EMILIO WACKED JÚNIOR. Quando do ajuizamento da demanda, em 09.10.2013, o autor especificou que inobstante o longo tratamento fisioterápico, não lhe era mais possível realizar movimentos de rotação, extensão, flexão, e abdução com o membro superior direito. Também não era possível carregar peso.

O autor exercia a função de motorista.

A r.sentença julgou os pedidos parcialmente procedentes, na forma como relatado. Contra este *decisum* se voltam todos os litigantes.

Com efeito, sabe-se que a responsabilidade atribuída ao profissional de medicina é subjetiva, apurada mediante a comprovação de culpa, conforme dispõe o artigo 951 do Código Civil e o artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, ambos aplicáveis à hipótese dos autos.

Acerca do assunto, preleciona Álvaro Villaça Azevedo: “Veremos, agora, as obrigações de meio e de resultado. Pela primeira, o devedor obriga-se a fornecer meios necessários para a realização de um fim, sem responsabilizar-se por ele, pelo resultado. O devedor deve desenvolver, neste tipo obrigacional, todos os esforços, todos os cuidados necessários à consecução do resultado, sem, contudo, obrigar-se por ele. Se houver a obrigação de resultado, o devedor há que realizar determinada finalidade para cumprir sua obrigação. Realmente, por esta forma, enquanto o resultado não sobrevier, o devedor não tem por cumprida a obrigação, esta não se exaure¹”.

Os elementos tradicionais da responsabilidade civil são a conduta do agente (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo (englobando

¹ Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil. 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2004.

o dolo e a culpa “*stricto sensu*”), o nexo de causalidade e o dano causado.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho três são os elementos imprescindíveis para a caracterização da culpa: a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade; e, c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção. Conforme seus ensinamentos, em suma, enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado².

Assim, indispensável a demonstração do elemento subjetivo culpa para caracterizar o dever de indenizar.

Consoante laudo pericial, houve erro médico que restou efetivamente demonstrado, nos seguintes termos (fls. 172):

Podemos afirmar que os procedimentos médicos a que foi submetido o Periciando no primeiro atendimento, não foi para o caso. Há vista que o Raio X realizado no dia do acidente já era constatada a fratura com indicação de reparo cirúrgico e o período em que permaneceu com o ombro “luxado” e fraturado, foi determinante para a deformidade consolidada.

A clara demonstração de fratura no ombro do autor pelo exame de imagem, com necessidade de intervenção cirúrgica e imediata alta hospitalar, com a devida vênia, é incompatível com a tese de inexistência ou concorrência de culpas.

Com efeito, o presente caso é estritamente técnico, hipótese em que a prova pericial assume relevância primordial na formação da convicção do julgador, uma vez que este é operador do direito e não detém conhecimentos específicos sobre o assunto em questão. Em sede recursal não há elementos suficientes aptos a afastar a conclusão apresentada na perícia realizada.

² *Programas de Responsabilidade Civil*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005 p. 59.

Em suma, encontram-se presentes os pressupostos necessários para a responsabilização civil das rés.

No que toca aos lucros cessantes, o art. 402 do Código Civil determina que, *“salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”*.

Conforme constou da perícia médica, o autor sofreu perda da capacidade laboral de 10%.

Assim constou:

Podemos concluir que os achados de exame físico e exames subsidiários estão de conformidade com os sintomas relatados e estabelecem nexos com o acidente narrado, com caracterização de incapacidade parcial e permanente, tendo havido incapacidade total e temporária no período pós traumático, pós manipulação cirúrgica de imobilização e reabilitação.

Estando em condições clínicas já estabelecidas, estáveis insusceptível de melhora ou de restabelecimento morfológico do segmento acometido.

Baseado na Tabela SUSEP, o percentual estimado de incapacidade é de 25% (mínimo), considerado a perda máxima do segmento acometido, anquilose de um ombro que é de 20%, portanto 10%.

Deste modo, há prova suficiente à manutenção da condenação em 10% sobre o valor do salário-mínimo, diante da inexistência de comprovação de melhor fortuna do autor.

Nesse sentido:

*RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização por erro médico – Inexistência, nos autos, das radiografias e prontuários que permitiriam verificar se o atendimento médico dispensado ao autor pelos réus foi adequado – Perícia que só atestou a inexistência de culpa do médico requerido pois ausentes maiores elementos nos autos para o correto esclarecimento dos fatos – Exibição de documentos postulada pelo autor e indeferida pelo Juízo a quo ensejou a conversão do julgamento em diligência para realização do incidente previsto nos artigos 355 e seguintes do CPC – Hospital requerido que se quedou inerte mesmo após intimado a se manifestar sobre a exibição pleiteada – Aplicação dos efeitos do art. 359, I do CPC à demanda em comento – Presunção de veracidade dos fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar, se o requerido não efetuou a exibição, nem fez qualquer declaração no prazo previsto – Erro médico presumido, a permitir a responsabilização tanto do profissional como do hospital requeridos – Indenização por danos morais devida – **Incapacidade laboral parcial e definitiva do autor que também permite a fixação de pensão mensal vitalícia** – Ausência de provas, porém, das despesas médicas e da perda de uma chance alegadas pelo autor, que impedem a fixação das respectivas reparações – Ação parcialmente procedente – Recurso parcialmente provido.*

(TJSP; Apelação 0001660-74.2002.8.26.0223; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarujá - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/01/2016; Data de Registro: 29/02/2016).

Quanto à forma de pagamento, o recurso do autor não merece provimento.

Determina o artigo 950, parágrafo único, do Código Civil:

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Com efeito, mostra-se inidônea a aplicação indistinta do parágrafo único do art. 950 do CC/2002, em decorrência da parcial redução de capacidade para as atividades profissionais. Isso porque, ainda que se utilize a expectativa de vida adotada pelo IBGE, não se pode deixar de se considerar a possibilidade de morte da vítima do acidente antes que se supere a perspectiva indicada em dados estatísticos.

Nessa linha de inteligência, segue recente orientação do C.STJ:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS. FRETE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA TOMADORA E PRESTADORA DE SERVIÇOS. EXISTÊNCIA DE INTERESSE ECONÔMICO NO TRANSPORTE. PENSÃO VITALÍCIA. PEDIDO DE PAGAMENTO EM COTA ÚNICA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 950, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/2002. MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. LESÕES GRAVES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Diante da existência de interesse econômico no serviço, consistente

no lucro decorrente da entrega dos produtos a seus destinatários, exsurge, em regra, a responsabilidade solidária entre a tomadora e a empresa de transporte de cargas, devendo ambas responderem perante terceiros no caso de acidente ocorrido durante o deslocamento da mercadoria.

2. O parágrafo único do art. 950 do Código Civil de 2002, que prevê a possibilidade de pagamento de cota única de pensão decorrente de ato ilícito, não se aplica aos casos de pensão vitalícia.

3. O pagamento, em parcela única, implica, em tese, a desnaturação do próprio instituto da vitaliciedade, pois a vítima do acidente pode ficar desamparada em determinado momento de sua vida ou provocar o enriquecimento sem causa do credor, caso este faleça de forma prematura.

4. A regra de constituição de capital, aplicada pelo aresto impugnado, nos moldes da Súmula 313 do STJ e do art. 475-Q do Código de Processo Civil de 1973, segue os interesses de ambas as partes e garante o pagamento mensal da pensão vitalícia.

5. No caso, o autor experimentou lesões graves com o acidente, consistente em diversas fraturas nas pernas e no quadril, levando-o à incapacidade no percentual de 70% (setenta por cento), justificando-se, portanto, a majoração da indenização para R\$ 65.000,00.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1282069/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 07/06/2016).

Demonstrada a redução da capacidade laboral, bem como a

limitação etária formulada pelo autor, a condenação imposta deve ser mantida.

Observo que foi o autor quem, na petição inicial (fls.08), requereu fossem os danos materiais, na modalidade lucros cessantes, pagos até os seus 74 anos.

No que toca aos danos morais, mostra-se inafastável a existência de lesão aos direitos de personalidade do autor, diante da dor e angústia vivenciada pela omissão do médico responsável pelo seu atendimento. Não há como se admitir o erro indicado pelo Sr. *Expert* como mero dissabor. Não se trata de meras provações do dia-a-dia.

Caracterizado o dano moral, basta apreciar, por conseguinte, o *quantum* indenizatório.

Não há dúvidas de que a sanção imposta pelo descumprimento de comando legal tem duplo caráter, qual seja, ressarcitório e punitivo. Na função ressarcitória, considera-se a pessoa, vítima do ato lesivo, e a gravidade objetiva do dano que ela sofreu³. Na função punitiva, ou de desestímulo do dano moral, os olhos se voltam para aquele que teria cometido a falta, de sorte que o valor indenizatório represente uma advertência, um sinal de que tal ato não deve tornar a ocorrer.

Da análise conjunta das duas funções é que se extrai o valor da reparação. Ou seja, o valor a ser arbitrado deve ser de tal ordem que repare o mal causado a quem pede e, de certa forma, desestime o causador desse mal, isto é, o incentive a cumprir com o seu papel na sociedade, sem, contudo, gerar o enriquecimento sem causa da parte lesada.

Observados os critérios acima mencionados, entendo pela manutenção da condenação imposta na razão de R\$ 20.000,00, pois se mostra justa e adequada à reparação do dano moral sofrido pelo autor.

³ Antônio Jeová dos Santos, Dano Moral Indenizável, Lejus Editora, 1997, p. 62.

Sobre o valor da condenação dos danos morais incidirá correção monetária pela tabela prática deste E.TJSP a partir do arbitramento e juros legais de mora de 1% ao mês, desde a data do evento danoso, consoante o disposto nas Súmulas 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, bem indicada a necessidade de constituição de capital na forma do art. 533 do CPC: *Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.*

Por fim, considerando a data da prolação da r.sentença, cumpre adequar e majorar os honorários fixados na origem. Os réus arcarão com o pagamento das custas, despesas processais, bem como os honorários advocatícios recursais, na razão de 12% sobre o valor da condenação, incluindo, neste cálculo, ainda, a soma de 12 parcelas mensais vincendas dos lucros cessantes, nos termos do art. 85, § 9º, do CPC⁴.

Alerto ser desnecessária a interposição de embargados de declaração para fins de prequestionamento, na medida em que toda a matéria questionada está automaticamente prequestionada.

Posto isso, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO AOS RECURSOS.**

ROSANGELA TELLES
Relatora

⁴ § 9º Na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 (doze) prestações vincendas.