

Apelação Cível n. 0301713-49.2015.8.24.0039, de Lages
Relator: Des. Henry Petry Junior

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CONDENATÓRIA. DANOS MORAIS. SUSPENSÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO POR FALTA DE ENERGIA ELÉTRICA E AUSÊNCIA DE GERADOR. - IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

RECURSO DO AUTOR. (1) ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE. SERVIÇOS COM ATRIBUIÇÃO AFETA EM CARÁTER ÚNICO E EXCLUSIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

- Os estabelecimentos prestadores de serviços médico-hospitalares, sobretudo hospitais, clínicas e casas de saúde, enquanto fornecedores, possuem responsabilidade civil objetiva em face dos consumidores em relação, em regra, apenas aos serviços por si prestados cuja atribuição lhes seja afeta em caráter único e exclusivo, tais como internação, hospedagem, alimentação, estrutura física, instrumentos e materiais cirúrgicos.

(2) SUSPENSÃO DE CIRURGIA. INTERRUPTÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE GERADOR. DEFEITO DO SERVIÇO. ILÍCITO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR.

- A suspensão de procedimento cirúrgico já em curso por interrupção no fornecimento de energia elétrica, sem que o estabelecimento de saúde disponha, enquanto sistema de emergência, de gerador, que é indispensável à garantia da segurança do serviço, bem como exigência da ANVISA, elevando, em demasia, os riscos esperados, enseja a caracterização de defeito do serviço e, como tal, configura-se o ato ilícito e um conseqüente dever de indenizar.

(3) DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. SUSPENSÃO DE CIRURGIA. RISCO À SAÚDE FÍSICA E PSICOLÓGICA. DEVER DE INDENIZAR.

- A ocorrência de suspensão de procedimento cirúrgico já em curso, retomado apenas no dia seguinte, com conseqüências físicas imediatas, ainda que não permanentes, postergação temporal do tratamento e prolongamento do sofrimento psicológico, com flagrante risco à saúde, física e psicológica, do indivíduo, enseja o dever de indenizar os da-

nos morais sofridos.

(4) DANOS MORAIS. QUANTUM. PARÂMETROS. ARBITRAMENTO.

- A compensação por danos morais deve considerar, além da extensão do dano, o grau de culpa do ofensor e sua condição econômico-financeira, os fins pedagógico, inibitório e reparador da verba, porquanto assim restará razoável e proporcional.

(5) SUCUMBÊNCIA. ALTERAÇÃO. REDISTRIBUIÇÃO.

- Alterada a sucumbência, cumpre redistribuir os respectivos ônus (custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais).

SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301713-49.2015.8.24.0039, da comarca de Lages (4ª Vara Cível), em que é Apelante Anderson Coelho Monteiro e é Apelada Clínica e Maternidade Ana Carolina Ltda:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 06 de março de 2017.

Henry Petry Junior
RELATOR

RELATÓRIO

1 A ação

Perante a 4ª Vara Cível da comarca de Lages, ANDERSON COELHO MONTEIRO ajuizou, em 4.3.2015, "*ação de indenização por dano moral*" (autos n. 0301713-49.2015.8.24.0039) (fls. 1/11) contra CLÍNICA MÉDICA ANA CAROLINA LTDA., ambos qualificados nos autos.

Narrou, em síntese, que: **[a]** possuía transtornos internos no joelho direito, com indicação clínica de intervenção cirúrgica, que foi agendada para ocorrer junto à ré em 24.9.2013; **[b]** em tal data, internou-se para a realização da cirurgia, com anestesia raquidiana, permanecendo acordado durante todo o procedimento; **[c]** no curso da realização da cirurgia, esta precisou ser interrompida, em razão da falta de energia elétrica, pois a ré não continha gerador de energia; **[d]** em razão disso, foi levado para o quarto, sendo informado de que a cirurgia continuaria no dia seguinte; **[e]** contudo, possivelmente pela não finalização da cirurgia, começou a perder muito sangue e sua pressão caiu bastante; **[f]** somente no dia seguinte, em 25.9.2013, após passar por uma nova anestesia raquidiana, mas, agora, com sedação, foi submetido a um novo procedimento cirúrgico, que seria dispensável se a ré tivesse um gerador de energia; **[g]** passou por toda uma ansiedade prévia à cirurgia, que teve que se repetir no dia seguinte, com frustração e constrangimento pela suspensão de um procedimento que já estava em fase final; **[h]** caso não precisa de uma nova cirurgia, sairia do hospital em 2 (dois) dias, mas, pelo ocorrido, acabou ficando 8 (oito) dias, dadas as complicações, que geram a aplicação de 4 (quatro) bolsas de sangue; e, **[i]** portanto, estão presentes os elementos configuradores da responsabilidade civil.

Requeru, por fim, fosse(m): **[a]** preliminarmente: **[a.1]** concedidos os benefícios da gratuidade da Justiça; e **[a.2]** deferida a inversão do ônus da prova; e, **[b]** no mérito, julgados totalmente procedentes os pedidos formulados a fim de que condenada a ré ao pagamento de indenização a título de danos morais, em valor a ser arbitrado pelo julgador.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 12/96.

Concedidos os benefícios da gratuidade da Justiça ao autor (fl. 97).

Citada (fl. 100), a ré apresentou resposta na forma de contestação (fls. 101/108).

Narrou, em síntese, que: **[a]** o autor foi admitido para cirurgia ortopédica em 24.9.2013 e, durante o transoperatório, efetivamente, houve a interrupção do fornecimento de energia elétrica, ficando a conclusão do procedimento para o dia seguinte, tendo assim ocorrido, em 25.9.2013, sem anormalidades; **[b]** após a cirurgia, o autor reportou dores, que foram examinadas, com suspeita de trombose venosa, mas não se confirmando tal diagnóstico; **[c]** o autor permaneceu internado, tendo apresentado sangramento no período operatório, prescrevendo-se infusão de hemocomponentes; **[d]** com ótimo prognóstico e pronto restabelecimento do estado de saúde, teve alta em 30.9.2013; **[e]** o autor não teve qualquer complicação derivada da interrupção do fornecimento de energia elétrica, tanto que não relatou, na exordial, qualquer dano físico ou corporal em razão do ocorrido com a realização da cirurgia; **[f]** a interrupção do fornecimento de energia elétrica configurou caso fortuito ou força maior, sendo de responsabilidade da fornecedora de energia elétrica; e **[g]** o autor assinou termo de consentimento informado, dando ciência das possíveis complicações clínicas imprevisíveis do ato médico.

Requeru, por fim, fossem julgados totalmente improcedentes os pedidos formulados na exordial.

A contestação veio instruída com os documentos de fls. 109/122.

Impugnação à contestação às fls. 126/130

Em audiência de saneamento e de organização do processo (fl. 142), a conciliação restou inexitosa.

Após, sobreveio sentença (fls. 145/150).

1.1 A sentença

No ato compositivo da lide (fls. 145/150), proferido antecipadamente

em 14.7.2016, o Magistrado LEANDRO PASSIG MENDES julgou improcedentes os pedidos, por entender que o autor não sofreu complicações com a interrupção do procedimento cirúrgico, sem sequelas que lhe impedissem de realizar suas atividades habituais, tendo a situação configurado mero aborrecimento.

Condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, arbitrados estes em R\$ 900,00 (novecentos reais), com exigibilidade suspensa, por litigar o autor sob o manto da gratuidade da Justiça.

1.2 O recurso

Irresignado, o autor interpõe recurso de apelação (fls. 154/162).

Sustenta, em síntese, o mesmo consignado nos itens **[a]** a **[i]** acima apontados de sua petição inicial.

Requer, por fim, seja dado provimento ao recurso a fim de que reformada a sentença para que julgados totalmente procedentes os pedidos, tal como formulados na exordial.

Contrarrazões às fls. 167/171 pela manutenção da sentença.

Com a ascensão dos autos a esta Corte de Justiça, vieram-me conclusos em 16.12.2016 (fl. 173).

É o relatório possível e necessário.

VOTO

2 A admissibilidade do recurso

2.1 Um esclarecimento necessário

A **segurança jurídica** é preceito assegurado em algumas passagens da Constituição da República Federativa do Brasil, como no *caput* do art. 5º, e, ainda, no inc. XXXVI do mesmo dispositivo, o qual dispõe que "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*", previsão repisada no *caput* do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cujos §§ 1º a 3º conceituam os institutos.

Sob esse prisma, o Código de Processo Civil de 2015, em termos de direito intertemporal processual, regulando a sucessão de leis processuais no tempo e a sua aplicação aos processos pendentes, adotou a **regra *tempus regit actum***, nos termos de seu art. 1.046, impondo a aplicação imediata da lei processual a partir de sua entrada em vigor, em 18.3.2016 (art. 1.045 do Código de Processo Civil de 2015), mas, à luz do princípio da segurança jurídica, apenas aos atos pendentes, salvaguardando, portanto, o ato processual perfeito, o direito processual adquirido e a coisa julgada, conforme melhor leitura do art. 14 do Código de Processo Civil de 2015.

A temática, para ser melhor compreendida, comporta exegese da **teoria do isolamento dos atos processuais**, pela qual, muito embora se reconheça o processo como um instrumento complexo formado por uma sucessão de atos inter-relacionados, advindo nova lei processual e se deparando esta com um processo em desenvolvimento, para fins de definir sua específica incidência ou não sobre cada ato, necessário se faz verificar se possível tomá-los individualmente.

Dessa forma, constata-se se os elementos do ato a ser praticado são efetivamente pendentes e independentes dos atos anteriores - aplicando-se, portanto, a lei nova - ou se possuem nexos imediato e inafastável com um ato praticado sob a vigência da lei anterior, passando a ser tomados, enquanto depen-

dentes, como efeitos materiais dele - aplicando-se, assim, a lei antiga -, vez que imodificável a lei incidente sobre os atos anteriores, seja porque atos processuais perfeitos (uma vez consumados ao tempo da lei antiga), seja porque existente sobre eles um direito processual adquirido (uma vez passíveis de exercício ao tempo da lei antiga, com termo pré-fixado de início de exercício ou condição preestabelecida inalterável para o exercício).

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp n. 1.404.796/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 26.3.2014), firmado, aliás, em sede de Recurso Especial Repetitivo (arts. 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil de 2015).

Dessa forma, tendo a sentença guerreada sido publicada em 4.8.2016 (fl. 153), isto é, quando já em vigência do Código de Processo Civil de 2015, o caso será analisado sob o regramento do novo Diploma.

2.2 A admissibilidade do recurso

O procedimento recursal, em seu juízo de admissibilidade, comporta uma série de pressupostos, doutrinariamente divididos em: **[a] intrínsecos**, os quais se compõem por: **[a.1]** cabimento; **[a.2]** interesse recursal; **[a.3]** legitimidade recursal; e **[a.4]** inexistência de fato extintivo do direito de recorrer; e **[b] extrínsecos**, que se subdividem em: **[b.1]** regularidade formal; **[b.2]** tempestividade; **[b.3]** preparo; e **[b.4]** inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer ou do seguimento do recurso.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2.3 O mérito

2.3.a A natureza da relação jurídica

2.3.a.1 A introdução necessária

A relação jurídica caracteriza-se como sendo de consumo, na qual se aplicam os princípios e as regras do microsistema formado pelo Código de Defesa do Consumidor, quando as suas partes se adéquam às condições: **[a]** de

um lado, de **consumidor**, que pode ser: **[a.1] direto** (art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor); ou **[a.2] por equiparação** (arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29, do Código de Defesa do Consumidor); e, **[b]** de outro, de **fornecedor** (art. 3º do Código de Defesa do Consumidor), sendo a incidência do diploma, enquanto dotados os seus dispositivos de caráter de matéria de ordem pública e de interesse social (art. 1º do Código de Defesa do Consumidor), cognoscível de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

1. Primeiro, o consumidor direto *"é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"* (art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor).

2. Segundo, o consumidor por equiparação é: **[a]** *"a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo"* (**terceiros intervenientes**) (art. 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor); **[b]** *"todas as vítimas do"* fato do produto ou do serviço (**terceiros vítimas**) (art. 17 do Código de Defesa do Consumidor); e **[c]** *"todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas"* comerciais e à proteção contratual (**terceiros expostos**) (art. 29 do Código de Defesa do Consumidor).

3. Terceiro, o fornecedor *"é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços"* (art. 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor), sendo que: **[a] produto** *"é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial"* (art. 3º, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor); e **[b] serviço** *"é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista"* (art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto

submetido ao crivo jurisdicional.

2.3.a.2 A espécie

Na situação vertente, constata-se que as partes se enquadram nos conceitos de consumidor e de fornecedor, a caracterizar a relação jurídica por elas mantida como sendo de consumo e, por consequência, ensejar a aplicação dos princípios e das regras do microssistema formado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Explica-se.

1. Primeiro, o autor ANDERSON COELHO MONTEIRO é pessoa física que contratou os serviços médico-hospitalares da ré a fim de realizar uma cirurgia. Logo, enquadrável como **consumidor direto**.

2. Segundo, a ré CLÍNICA MÉDICA ANA CAROLINA LTDA. é pessoa jurídica nacional que presta serviços médico-hospitalares, tendo sido contratada pelo autor para nela fosse realizada uma cirurgia, sendo à luz das regras de experiência comum (art. 375 do Código de Processo Civil de 2015), que o fez mediante remuneração. Logo, enquadrável como fornecedora.

Isso posto, graduado o olhar balizador do exame vertente com as lentes consumeristas, procede-se ao enfrentamento efetivo da causa.

2.3.b A responsabilidade civil

Sustenta o autor, em síntese, que estão presentes os elementos configuradores da responsabilidade civil.

Socorre-lhe acerto, pelo o que se expõe na sequência.

2.3.b.1 O dever de indenizar

2.3.b.1.1 A introdução necessária

2.3.b.1.1.1 Os pressupostos genéricos

O **ato ilícito** configura-se quando, por **ação ou omissão**, seja **negligente** ou **imprudente (culpa)**, seja **voluntária (dolo)**, violar-se direito e causar-se dano a outrem (art. 186 do Código Civil).

Contudo, expurgam-se de ilicitude os atos praticados em **legítima**

defesa e, também, no **exercício regular de direito** (art. 188, inc. I, do Código Civil). Não obstante esta excludente, persiste a ilicitude do ato quando o titular de um direito o exercer de forma manifestamente excedente aos limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou em razão costumes, isto é, em **abuso de direito** (art. 187 do Código Civil).

Além disso, também não há ilicitude na deterioração ou na destruição de coisa alheia ou, ainda, na lesão à pessoa, quando promovidas para remover perigo iminente, isto é, em **estado de necessidade** (art. 188, inc. II, do Código Civil), desde que as circunstâncias tornem o ato absolutamente necessário e não haja transbordo do indispensável à remoção do perigo, ou seja, **abuso de direito** (art. 188, parágrafo único, do Código Civil).

A prática de um ato ilícito (arts. 186, 187 e 188, parágrafo único, do Código Civil), por sua vez, quando não abarcada a situação pelas excludentes previstas (art. 188, incs. I e II, do Código Civil), causando **dano a outrem**, obriga o infrator à reparação, fazendo exsurgir, assim, o **dever de indenizar**, tanto em âmbito contratual (art. 389 do Código Civil) quanto no contexto extracontratual (art. 927 do Código Civil).

Nesse sentir, possível identificar como elementos essenciais da **responsabilidade civil**, na linha dos ensinamentos de FERNANDO NORONHA (*Direito das obrigações*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 466/477): **[a]** ação ou omissão do agente; **[b]** dano experimentado pela vítima a bem juridicamente tutelado; **[c]** nexos ou relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano experimentado pela vítima a bem juridicamente tutelado; e **[d]** culpa ou dolo do agente.

Trata-se da chamada **responsabilidade civil subjetiva** - regra no ordenamento jurídico nacional -, dizendo-se subjetiva por ser exigida à sua configuração a aferição de um elemento psicológico do agente: a culpa ou o dolo.

Contudo, reconhecendo a dificuldade de se verificar tal elemento subjetivo em determinadas casuísticas, consolidou o legislador (art. 927, pará-

grafo único, do Código Civil) a possibilidade de que a responsabilidade civil seja identificada sem a necessidade de perquirir a existência de culpa ou dolo, isso: **[a]** nos casos especificados em lei (**por previsão legal**); ou **[b]** quando a atividade normalmente desenvolvida pelo agente implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (**por risco da atividade**).

Assentou-se, assim, a chamada **responsabilidade civil objetiva** - exceção no ordenamento jurídico nacional -, dizendo-se objetiva porquanto configurada apenas pela identificação de elementos concretos do ilícito, independentemente da aferição de aspecto volitivo do agente.

Antes, porém, de proceder à análise da hipótese vertente, cumpre verificar premissas imprescindíveis ao deslinde da *quaestio*.

2.3.b.1.1.2 A responsabilidade civil nas relações de consumo

O consumidor tem como **direito básico**, dentre outros, a reparação de danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos ou difusos sofridos em decorrência de relações de consumo (art. 6º, incs. VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor).

Sob esse prisma, a **responsabilidade civil do fornecedor** (art. 3º do Código de Defesa do Consumidor) em relação aos danos sofridos pelo consumidor, direto (art. 2º do Código de Defesa do Consumidor) ou por equiparação (arts. 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor), no contexto do Código de Defesa do Consumidor, é de ordem **objetiva**, isto é, sem exigência de culpa ou dolo, seja na responsabilidade pelo **fato do produto ou do serviço** (arts. 12 a 14 do Código de Defesa do Consumidor), por expressa previsão legal ("*independentemente da existência de culpa*") (art. 927, parágrafo único, primeira parte, do Código Civil), seja na responsabilidade por **vício do produto ou do serviço** (arts. 18 a 20 do Código de Defesa do Consumidor), por silêncio eloquente do legislador (que não excluiu a presença da culpa, mas, também, não a exigiu), e, em ambos os casos, também por se tratar de atividade que implica, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, parágrafo único, se-

gunda parte, do Código Civil).

Nada obstante erigida como objetiva a responsabilidade do fornecedor perante o consumidor nas relações caracterizadas como de consumo, ressalvaram-se situações **excludentes de responsabilidade** (arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor), sendo aplicáveis, em melhor leitura da ampla dicção legal e, também, por analogia (arts. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 126 do Código de Processo Civil), tanto no caso de responsabilidade pelo fato quanto por vício do produto ou do serviço, configurando-se se o fornecedor demonstrar, alternativa ou cumulativamente: **[a]** que não colocou o produto ou o serviço no mercado, afastando o **nexo de causalidade**; **[b]** que o fato ou o vício do produto ou do serviço não existe, afastando o **ato ilícito** e, por consequência, o **nexo de causalidade**; e **[c]** que a culpa (ou, mais tecnicamente, o fato ou o vício) são exclusivos do consumidor ou de terceiro, afastando o **nexo de causalidade**.

Além disso, apesar de não contempladas expressamente no Código de Defesa do Consumidor, porquanto regras tradicionais no contexto da responsabilidade civil e absolutamente pertinentes às relações de consumo, possível acoplar também como situações excludentes de responsabilidade: **[a]** o caso fortuito; e **[b]** a força maior.

Os institutos vêm previstos no art. 393 do Código Civil, o qual reza que "*o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado*" (*caput*), sendo que "*o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*" (parágrafo único).

De acordo com SÉRGIO CAVALIERI FILHO, "*embora destinado à disciplina das obrigações, esse dispositivo, por consagrar um princípio geral do direito, é aplicável não só à responsabilidade contratual como também à responsabilidade extracontratual*" (*Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 88).

A distinção conceitual entre caso fortuito e força maior é tormentosa na doutrina e na jurisprudência, mesmo porque o próprio legislador parece confundir-los na letra da lei. Nesse contexto, com a devida vênia às demais conceituações, parece mais escorreita - de modo a merecer chancela e acompanhamento - a concepção erigida por SÉRGIO CAVALIERI FILHO (*op. cit.* p. 89), para quem: **[a]** o **caso fortuito** é aquele evento **imprevisível** e, por isso **inevitável**, tal como, *v. g.*, um assalto; e **[b]** a **força maior** é aquele evento **irresistível** - ainda que previsível - e, por isso, **inevitável** (é o chamado *Act of God*, no dizer dos ingleses), tal como, *v. g.*, uma tempestade.

Nesse sentido, tem-se que: **[a]** a **imprevisibilidade** é aquela relacionada ao fato específico e concreto, e não às situações genéricas e abstratas dos sinistros quotidianos; **[b]** a **irresistibilidade** é aquela decorrente de fato superior às forças do agente, tais como o são as forças da natureza; e **[c]** a **inevitabilidade**, efeito comum do caso fortuito (mas aqui decorrendo da imprevisibilidade) e da força maior (mas aqui decorrente da irresistibilidade), deve ser apurada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, dizendo-se, inclusive, que toda inevitabilidade é relativa, no tempo e no espaço, tornando-se cada vez mais relativa a sua caracterização, notadamente "*em razão do avançado estágio atual do progresso tecnológico e científico, do extraordinário aparato tecnológico de medidas de segurança destinadas a prever e diminuir os riscos*" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit. loc. cit.*).

Uma vez configurado o caso fortuito ou a força maior, além de retirarem a **ilicitude do ato**, segundo SÉRGIO CAVALIERI FILHO, eles "*excluem o nexo causal por constituírem também causa estranha à conduta do aparente agente, ensejadora direta do evento*" (p. 90, sem destaque no original), em nada se relacionando, porém, com a configuração ou não de culpa ou dolo, pois, conforme referência de CARLOS ROBERTO GONÇALVES, o caso fortuito ou a força maior com a culpa ou o dolo, na linha do brocardo francês, "*ces sont des choses qui hurlent de se trouver ensemble*" ("*são coisas que gritam por estarem*

juntas", querendo dizer que são institutos absolutamente incompatíveis) (*Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4. p. 479, tradução nossa).

2.3.b.1.1.3 A responsabilidade do médico e do hospital

Os **estabelecimentos prestadores de serviços médico-hospitalares**, sobretudo **hospitais, clínicas e casas de saúde**, enquanto **fornecedores** (art. 3º do Código de Defesa do Consumidor), possuem **responsabilidade civil objetiva** (arts. 14 do Código de Defesa do Consumidor; e 927, *caput*, do Código Civil) em face dos **consumidores** (arts. 2º, 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor) em relação, em regra, apenas aos serviços por si prestados cuja atribuição lhes seja afeta em caráter único e exclusivo, tais como internação, hospedagem, alimentação, estrutura física, instrumentos e materiais cirúrgicos.

Contudo, nas hipóteses de **erro médico**, ou seja, de falha técnica restrita ao **profissional médico**, este, enquanto profissional liberal por excelência, tem **responsabilidade civil subjetiva** (art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor).

Há, porém, uma distinção entre as obrigações do médico, que podem ser de meio ou de resultado, ensejando diferentes efeitos em relação à comprovação do elemento subjetivo da responsabilidade médica.

A **obrigação de meio**, que é aquela em que se compromete a fazer uso de seus conhecimentos, meios e técnicas com vistas à obtenção de determinado resultado, mas, sem, porém, garanti-lo, é a regra no contexto médico, persistindo a necessidade de comprovação da culpa ou do dolo do médico.

A **obrigação de resultado**, por sua vez, que é aquela em que se compromete, especificamente, à obtenção de determinado resultado, desobrigando-se apenas ao atingi-lo, tal como nos casos de cirurgias estéticas, é a exceção no âmbito médico, havendo uma **presunção relativa de culpa do médico**, cabendo a este, para se expurgar do dever de indenizar, ilidir a ocorrência de

culpa de sua parte.

Todavia, mesmo com a presunção, isso não faz com que se transforme a responsabilidade do médico em objetiva, pois, neste caso, nem sequer há a possibilidade de exame do elemento subjetivo (culpa ou dolo), enquanto que, na hipótese de presunção relativa, a temática pode ser discutida e, se for ilidida, afastará o dever de indenizar.

A responsabilidade civil de hospitais, clínicas e casas de saúde por erro médico, por sua vez, poderá ou não existir, a depender do tipo de vínculo mantido com o profissional médico, que pode apenas utilizar as instalações dos referidos estabelecimentos de saúde, sem vínculo de emprego, preposição ou subordinação, ou, ainda, em cenário oposto, ser seu empregado ou preposto, com inerente subordinação.

No **primeiro caso** - em que o médico apenas utiliza as instalações dos referidos estabelecimentos de saúde, sem vínculo de emprego, preposição ou subordinação -, não havendo qualquer falha do estabelecimento em relação aos serviços por si prestados cuja atribuição lhes seja afeta em caráter único e exclusivo, por flagrante ausência de nexo de causalidade, não terá quaisquer ônus decorrentes do erro médico, limitando-se apenas ao profissional a responsabilidade civil, que será de ordem **subjetiva**.

No **segundo caso** - em que o médico é empregado ou preposto de mencionados estabelecimentos de saúde -, independente de haver ou não falha do estabelecimento em relação aos serviços por si prestados cuja atribuição lhes seja afeta em caráter único e exclusivo, responderá, de forma **solidária**, com o profissional pelos ônus decorrentes do erro médico, uma responsabilidade civil que, de sua parte, será **objetiva**, sem prejudicar, porém, a persistência da responsabilidade civil **subjetiva** do profissional médico, aliás, com **direito de regresso** daquele em relação a este.

Isso se justifica, a **uma**, pois, em casos tais, compondo o estabelecimento de saúde e o profissional médico uma mesma cadeia de fornecedores

de prestação de serviços, por consequência, respondem, de forma **solidária**, perante o consumidor, pelos danos decorrentes de tal atividade (arts. 7º, parágrafo único, 14, *caput*, e 25, §§ 1º e 2º, do Código de Defesa do Consumidor), havendo, ainda, do nosocômio em relação ao médico, um **direito de regresso** (art. 13, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor).

Além disso, a **duas**, a responsabilidade se estabelece, com fulcro nas teorias da substituição e do risco-proveito, na perspectiva da responsabilidade do empregador e do comitente pelos danos causados por seus empregados e prepostos, com quem mantenham vínculo jurídico contratual, desde que praticados no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele (art. 932, inc. III, do Código Civil).

Há, assim, uma responsabilidade civil **objetiva** do empregador, ou seja, do estabelecimento de saúde, por previsão legal (art. 933 do Código Civil) e por risco da atividade (art. 927, parágrafo único, do Código Civil), mas persiste uma responsabilidade civil **subjéctiva** (arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil) por parte dos empregados e prepostos, isto é, do médico, com a necessidade de comprovação de culpa ou dolo deste, afinal, seria um contrassenso que o fato do nosocômio responder, de modo indireto, objetivamente, fizesse com que a responsabilidade do médico também fosse, por isso, objetiva, quando, se houvesse uma imputação direta a este, responderia apenas subjéctivamente.

Nesse mesmo sentir, a responsabilidade do empregador em razão de atos de seus empregados e prepostos é, em relação a estes, **solidária** (art. 942, parágrafo único, do Código Civil), por previsão legal expressa, afinal, solidariedade é instituto que não se presume (art. 265 do Código Civil), sendo inegável, ainda, o **direito de regresso** (arts. 934 do Código Civil) do empregador e do comitente contra seus empregados e prepostos, ressalvadas eventuais disposições legais e/ou contratuais em sentido contrário, a depender do vínculo jurídico contratual que os una.

Em tal sentido, aliás, há muito se firmou o entendimento da Segun-

da Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp n. 908.359/SC, rela. Mina. Nancy Andrighi, rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. em 27.8.2008), com recente reiteração em sede de Turma (STJ, REsp n. 1.635.560/SP, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. em 10.11.2016).

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.3.b.1.2 A espécie

Na situação vertente, constata-se que o autor, por recomendação médica (fl. 58), submeteu-se a uma cirurgia ortopédica no joelho direito junto à ré (fl. 59), com entrada em 24.9.2013, as 12h14, e saída em 30.9.2013, as 19h00, com consentimento informado quanto às implicações que poderiam derivar de complicações clínicas imprevisíveis ao ato médico (fl. 22).

Cumprir analisar, assim, as principais ocorrências durante o período, de acordo com evolução médica (fls. 24/29), evolução de enfermagem (fls. 30/36), prescrição médica (fls. 43/44), controle de anestesia (fls. 45 e 48) e descrição da cirurgia (fls. 47 e 50).

Inicialmente, o autor ingressou no centro cirúrgico, em 24.9.2013, às 19h30 (fl. 45), para anestesia raquidiana (fls. 30 e 45) e subsequente início do procedimento, mas com suspensão em sua fase final, quando se iniciou a fixação do enxerto femoral (fl. 47), por interrupção no fornecimento de energia elétrica no centro cirúrgico, as 20h50 (fl. 45), havendo, então, fechamento da incisão e projeção de continuação no dia seguinte (fl. 47), mas com registro de sangramento no mesmo dia e realização de exame (fl. 24).

Em 25.9.2013, em horário impreciso, entre 10h30 e 15h15 (fl. 31), o autor mais uma vez ingressou no centro cirúrgico para uma nova anestesia raquidiana, mas agora com sedação durante todo o procedimento, e, após a reabertura das incisões, deu-se o reinício do procedimento, o qual, nesta oportunidade, foi finalizado, antes das 15h15, mas com registro de edema no mesmo dia e no dia seguinte, bem como de sangramento neste, com realização de exame

(fls. 25 e 27/28), além de muita dor em 25.9.2013, com dificuldade de urinar (fl. 32), assim como aplicação de 4 (quatro) bolsas de sangue, 2 (duas) em 25.9.2013 (fls. 31 e 44) e 2 (duas) em 30.9.2013 (fls. 35 e 43), data esta na qual o autor, por fim, recebeu alta (fls. 26 e 36).

Pois bem.

1. Primeiro, a conduta que, de acordo com o autor, teria gerado os danos morais alegados, com efeito, estaria relacionada com a ausência de gerador de energia, a qual, em razão da interrupção no fornecimento de energia elétrica no centro cirúrgico, ensejou a suspensão de sua cirurgia, ou seja, restringe-se a serviços prestados pela ré cuja atribuição lhes seja afeta em caráter único e exclusivo, em nada se suscitando acerca de possível erro médico.

Logo, trata-se, na hipótese, de responsabilidade objetiva da ré, não havendo perquirir qualquer elemento subjetivo (culpa ou dolo), nem da ré nem do médico, sendo irrelevante, também, por consequência, a natureza do vínculo mantido por este para com aquela.

Além disso, isso também afasta eventuais implicações jurídicas do consentimento informado assinado pelo autor, pois este se limitou às complicações que poderiam derivar do ato médico em si, e, não, à evidência, do serviço prestado pela ré.

2. Segundo, a ausência de sistema de energia elétrica de emergência, sobretudo gerador de energia, expurga os serviços médico-hospitalares fornecidos pelos estabelecimentos de saúde da necessária segurança esperada pelo consumidor, por elevar, em demasia, os riscos que deles se espera, à luz das regras de experiência comum (art. 375 do Código de Processo Civil de 2015), a ensejar, de plano, ilicitude (art. 14, § 1º, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor).

Outrossim, extrai-se da Resolução de Diretoria Colegiada n. 51/2011 da ANVISA, que "*dispõe sobre os requisitos mínimos para a análise, avaliação e aprovação dos projetos físicos de estabelecimentos de saúde no Sis-*

tema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS)", a exigência de que os estabelecimentos de saúde tenham "*seus projetos de construção, ampliação, reforma ou instalação analisados e aprovados de acordo com a legislação sanitária local vigente*" (art. 5º), com a necessidade de protocolo de "*Projeto Básico de Arquitetura (PBA)*" (art. 9º), que "*será composto da representação gráfica e do relatório técnico*" (art. 11, *caput*), o qual tem por requisito, dentre outros, "*equipamentos de geração de energia elétrica regular e de emergência*" (art. 11, § 1º, inc. IV).

Além disso, a Resolução de Diretoria Colegiada n. 63/2011 da ANVISA, que "*dispõe sobre os Requisitos de Boas Práticas de Funcionamento para os Serviços de Saúde*", estabelece que "*o serviço de saúde deve garantir a continuidade do fornecimento de energia elétrica, em situações de interrupção do fornecimento pela concessionária, por meio de sistemas de energia elétrica de emergência, nos locais em que a energia elétrica é considerada insumo crítico*" (art. 41), devendo, ainda, "*realizar ações de manutenção preventiva e corretiva das instalações prediais, de forma própria ou terceirizada*" (art. 42).

Dessa feita, verifica-se que a impreterível existência de tal sistema nos estabelecimentos de saúde é exigência expressa da AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA), sob pena, aliás, do cometimento de infração sanitária, nos termos da Lei n. 6.437/1977, sem prejuízo das responsabilidades administrativa, civil e penal cabíveis (arts. 31 da Resolução de Diretoria Colegiada n. 51/2011 da ANVISA; e 66 da Resolução de Diretoria Colegiada n. 63/2011 da ANVISA).

Logo, apesar da interrupção no fornecimento de energia elétrica, à luz das regras de experiência comum (art. 375 do Código de Processo Civil de 2015), não poder ser enquadrada como evento imprevisível, o que obsta, em tal caso, a configuração de caso fortuito, poderia ser toda como evento irresistível, que dispensa a imprevisibilidade, de modo a autorizar, de início, fosse moldada como força maior. Contudo, inegavelmente, não se trata de evento inevitável, pois inúmeros são os mecanismos disponíveis, no atual estado de desenvolvi-

mento tecnológico, para que se evitem os seus efeitos, sendo, inclusive, exigível a sua existência no âmbito dos estabelecimentos de saúde, como visto.

Assim, conclui-se que a suspensão de procedimento cirúrgico já em curso por interrupção no fornecimento de energia elétrica, sem que o estabelecimento de saúde disponha, enquanto sistema de emergência, de gerador, que é indispensável à garantia da segurança do serviço, bem como exigência da AN-VISA, elevando, em demasia, os riscos esperados, enseja a caracterização de defeito do serviço e, como tal, configura-se o ato ilícito e um conseqüente dever de indenizar.

À vista do exposto, equivocada, na temática, a sentença guerreada, merece provimento, no ponto, o recurso interposto, a fim de reconhecer o dever da ré de indenizar o autor.

2.3.b.2 Os danos morais

2.3.b.2.1 A configuração

2.3.b.2.1.1 A introdução necessária

O **dano moral ou extrapatrimonial** pode ser conceituado sob duas perspectivas: **[a]** em sentido amplo, é a violação à **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, inc. III, da Constituição da República Federativa do Brasil); e, **[b]** em sentido estrito, é a violação a algum **direito da personalidade** (arts. 11 a 21 do Código Civil), notadamente a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, inc. X, da Constituição da República Federativa do Brasil).

A **reparação** por danos morais, por sua vez, nas palavras de SÍLVIO DE SALVO VENOSA, provém da ocorrência de "*prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima*" (*Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4. p. 33), encontrando assento expresso no art. 5º, incs. V e X, da Constituição da República Federativa do Brasil, como um dos direitos e garantias fundamentais, de ordem individual, bem como no art. 12, *caput*, do Código Civil, espelhando a proteção constitucional.

De acordo com SÉRGIO CAVALIERI FILHO, "*só deve ser reputado*

como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos" (op. cit. p. 111).

Porém, adverte o autor que "dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa". Nesse esteio, "assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa [...] alguma agressão à dignidade daquele que se diz ofendido [...] ou, pelo menos [...], alguma agressão, mínima que seja, a um bem integrante da sua personalidade. [...]. Sem que isso tenha ocorrido, não haverá que se falar em dano moral, por mais triste e aborrecido que alegue estar aquele que pleiteia a indenização" (op. cit. p. 111/112).

Por fim, quanto à **comprovação** do dano moral, socorre-se, mais uma vez, às lições de SÉRGIO CAVALIERI FILHO, para quem, "se dano é lesão de um bem ou interesse juridicamente tutelado [...], prova-se o dano provando-se a ocorrência do fato lesivo [...] por qualquer meio de prova em juízo admitido [...]. Por isso se diz que dano certo é aquele cuja existência acha-se provada, de tal modo que não pairam dúvidas quanto à sua ocorrência. Não basta, portanto, simplesmente alegar a existência de um fato lesivo sem fazer prova de sua efetiva ocorrência, mesmo porque não cabe a ninguém fazer prova de fato negativo. Sem prova efetiva do fato lesivo e da responsabilidade do agente, repita-se, a ação indenizatória estará irremediavelmente prejudicada. Mas, demonstrada a existência do fato danoso, resta ao prejudicado o direito à indenização. Provado o

fato lesivo a bem patrimonial ou moral, o dano está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Correto, portanto, o entendimento consagrado pela doutrina e a jurisprudência quanto à prova do dano moral. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum [art. 375 do Código de Processo Civil de 2015]. [...]. Mas, lembre-se, esse entendimento não se aplica a qualquer ato ilícito. Para se presumir o dano moral pela simples comprovação do fato, esse fato tem que ter a capacidade de causar dano, o que se apura por um juízo de experiência [art. 375 do Código de Processo Civil de 2015]". (op. cit. p. 116/117).

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.3.b.2.1.2 A espécie

Na situação vertente, constata-se que, à luz do relato detalhado dos fatos antes promovido e, também, em decorrência do defeito do serviço acima narrado, restaram configurados danos morais indenizáveis em desfavor do autor, de responsabilidade da ré.

Explica-se.

1. Primeiro, com a devida vênia ao sentenciante, Magistrado LEANDRO PASSIG MENDES, o fato do autor não ter sofrido sequelas que lhe impedissem de realizar suas atividades habituais não descaracteriza a ocorrência dos danos, mas, sim, de danos estéticos, ou mesmo materiais, cujas ocorrências nem sequer foram cogitadas no presente feito.

2. Segundo, igualmente com a devida vênia à Sua Excelência, o autor sofreu, sim, complicações com a interrupção do procedimento cirúrgico, a-

lém de não se poder considerar, por evidente, que a situação tenha configurado mero aborrecimento.

2.1. A **uma**, restou comprovado, pela documentação acima examinada, que, efetivamente, a cirurgia ortopédica no joelho do autor, iniciada as 19h30 de 24.9.2013, quando já em sua fase final, foi suspensa as 20h50, em razão da interrupção no fornecimento de energia, havendo fechamento da incisão do autor e retomada do procedimento apenas, em horário impreciso, entre 10h30 e 15h15 de 25.9.2013, ou seja, após cerca de 14 (quatorze) a 19 (dezenove) horas, com finalização antes das 15h15 do mesmo dia.

Além disso, o autor também teve que se submeter a 2 (duas) anestésias, uma em cada dia de procedimento, ambas do tipo raquidiana, sendo que, no segundo, teve o acréscimo da sedação durante toda a cirurgia.

Demonstrou-se, ainda, que, no primeiro dia, entre uma cirurgia e outra, houve sangramento e realização de exame, o que se repetiu no dia seguinte, após a segunda cirurgia, com registro de muita dor e de dificuldade de urinar, além da aplicação de 4 (quatro) bolsas de sangue.

2.2. A **duas**, são fatos incontroversos (art. 374, inc. III, do Código de Processo Civil de 2015) - seja porque afirmados pelo autor e confessados pela ré (art. 374, inc. II, do Código de Processo Civil de 2015), seja porque milita presunção legal de veracidade em seu favor (art. 374, inc. IV, do Código de Processo Civil de 2015), à luz do ônus da impugnação especificada (art. 341, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015), porquanto alegação fática do autor que não foi negada pela ré em contestação, seja porque as alegações de fato formuladas pelo autor são verossímeis e não encontram contradição nem na defesa considerada em seu conjunto e nem na prova constante dos autos (arts. 341, inc. III, e 345, inc. IV, do Código de Processo Civil de 2015) - os que se seguem.

2.2.1. Primeiro, a projeção de recuperação, após a cirurgia, era de apenas 2 (dois) dias, mas, em razão da suspensão e das complicações, teve o autor de ficar 6 (dias) internado - apesar de ter afirmado, na exordial, 8 (oito) di-

as, verifica-se da documentação acostada que, em verdade, ficou 6 (seis).

2.2.2. Segundo, referidas consequências - sangramento, exames, dores, dificuldade de urinar e aplicação de bolsas de sangue - decorreram, também, da suspensão da cirurgia, não estando previstas no cenário ideal de realização de um procedimento cirúrgico unificado.

2.3. A três, à luz das regras de experiência comum (art. 375 do Código de Processo Civil de 2015), a realização de um procedimento cirúrgico - sobretudo por envolver a saúde, nas perspectivas física e psicológica, sendo direito fundamental (arts. 6º e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil) - dá-se, sempre, num contexto, previamente, de sofrimento psicológico (apreensão, ansiedade, tensão, angústia), e, posteriormente, com o acréscimo de sofrimento físico durante o período de convalescimento inato à recuperação.

2.4. A quatro, há ofensa, numa ampla visão, à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição da República Federativa do Brasil), a qual compreende, numa análise estreita, além da integridade física do indivíduo, também a moral, sobretudo na perspectiva da honra subjetiva (art. 5º, inc. X, da Constituição da República Federativa do Brasil), que é a forma como o indivíduo sente e vê a si mesmo, com presumido abalo ao equilíbrio psicológico, num contexto, à luz das regras de experiência comum (art. 375 do Código de Processo Civil de 2015), descompassado da normalidade, transcendendo o mero dissabor das agruras quotidianas.

Assim, conclui-se que a ocorrência de suspensão de procedimento cirúrgico já em curso, retomado apenas no dia seguinte, com consequências físicas imediatas, ainda que não permanentes, postergação temporal do tratamento e prolongamento do sofrimento psicológico, com flagrante risco à saúde, física e psicológica, do indivíduo, enseja o dever de indenizar os danos morais sofridos.

Logo, assentados os danos morais, tem-se como presente, pela ré em relação ao autor, o dever de indenizá-los (arts. 12, *caput*, do Código Civil; e

5º, incs. V e X, da Constituição da República Federativa do Brasil).

À vista do exposto, equivocada, na temática, a sentença guerreada, merece provimento, no ponto, o recurso interposto, a fim de reconhecer o dever da ré de indenizar os danos morais sofridos pelo autor.

Estabelecida a configuração dos danos morais, cumpre promover a quantificação do montante indenizatório devido.

2.3.b.2.2 O *quantum* da indenização

2.3.b.2.2.1 A introdução necessária

A ausência de parâmetros legais específicos para o arbitramento do *quantum* reparatório a título de danos morais faz com que seja atribuído tal *mister* ao prudente arbítrio do Magistrado, o qual, valendo-se dos poderes que lhe confere a legislação processual civil (arts. 139 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015), das regras de experiência comum (art. 375 do Código de Processo Civil de 2015) e das peculiaridades do caso concreto (art. 944, *caput*, do Código Civil), arbitrará o importe devido.

Nesse esteio, tem-se procurado estabelecer parâmetros para auxiliar o Juiz em tão árdua missão, tanto na jurisprudência (*v.g.*, STJ, AgRg no AI n. 1.259.457/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. em 13.4.2010; e TJSC, AC n. 2012.050604-2, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 23.10.2012) quanto na doutrina (*v.g.*, DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 122/124).

Assim, possível concluir que o arbitramento do importe indenizatório a título de danos morais, atendendo às peculiaridades do caso concreto, à extensão dos danos perpetrados (art. 944, *caput*, do Código Civil) e ao grau de culpa dos envolvidos (art. 945 do Código Civil), com base nas regras de experiência comum (art. 375 do Código de Processo Civil de 2015), levará em conta os critérios de proporcionalidade e razoabilidade (art. 8º do Código de Processo Civil de 2015), corolários do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil) e do princípio do devido processo legal

(arts. 1º do Código de Processo Civil de 2015; e 5º, inc. LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil), com observância das características do bem jurídico tutelado e das condições socioeconômico-financeiras do ofensor.

Além disso, deve-se atentar às suas feições reparatória e compensatória, punitiva e dissuasória, bem como exemplar e pedagógica, não devendo ser excessivo, a ponto de gerar enriquecimento sem causa ao beneficiário (art. 884 do Código Civil), nem irrisório, sob pena de se tornar inócuo, em ofensa à regra constitucional da justa indenização (arts. 5º, incs. V, X e XXIV, 182, § 3º, e 184, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil) e ao fim social da norma (arts. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; e 8º do Código de Processo Civil de 2015).

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.3.b.2.2.2 A espécie

Na situação vertente, atentando-se às diretrizes acima delineadas, cumpre promover o arbitramento do importe indenizatório a título de danos morais.

Explica-se.

1. Primeiro, têm-se as **características do bem jurídico tutelado**, constatando-se que a suspensão de cirurgia, ensejando a retomada apenas no dia seguinte, com consequências físicas imediatas, ainda que não permanentes, postergação temporal do tratamento e prolongamento do sofrimento psicológico, com flagrante risco à saúde (arts. 6º e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil), física e psicológica do indivíduo, ofende, numa ampla visão, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição da República Federativa do Brasil), e, numa análise estreita, as integridades física e moral do indivíduo, esta na perspectiva da honra subjetiva (art. 5º, inc. X, da Constituição da República Federativa do Brasil), à luz das regras de experiência comum (art. 375 do Código de Processo Civil de 2015).

2. Segundo, têm-se as **condições socioeconômico-financeiras do ofensor**, constatando-se que, com relação à ré CLÍNICA MÉDICA ANA CAROLINA LTDA.: **[a]** conforme documentação acostada (fls. 110/122), consiste em empresa de pequeno porte, com capital social, em 2014, de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais); **[b]** porém, tem-se como fato notório (arts. 334, inc. I, do Código de Processo Civil de 1973; e 374, inc. I, do Código de Processo Civil de 2015) que é um dos maiores e mais importantes estabelecimentos privados prestadores de serviços médico-hospitalares do MUNICÍPIO DE LAGES; e, **[c]** nada obstante o reduzido capital social, pela prática exercida, qual seja, a prestação de serviços médico-hospitalares, por regra de experiência comum (art. 375 do Código de Processo Civil de 2015), permite-se inferir que tem elevada capacidade econômico-financeira.

Tais constatações, porém, devem ser sopesadas, em especial, com as feições reparatória e compensatória, punitiva e dissuasória, bem como exemplar e pedagógica da verba reparatória, além da irrisoriedade, que lhe neutraliza, e, por outro lado, o excesso, que enseja desditoso enriquecimento sem causa.

Logo, o *quantum* de R\$ 16.500,00 (dezesseis mil e quinhentos reais) - que representa, hoje, com a incidência dos consectários legais, aproximadamente R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) - mostra-se em consonância com os parâmetros de arbitramento de indenização por danos morais.

À vista do exposto, equivocada, na temática, a sentença guerreada, merece provimento, no ponto, o recurso interposto, a fim de julgar procedentes os pedidos para condenar a ré ao pagamento de indenização a título de danos morais ao autor, no valor de R\$ 16.500,00 (dezesseis mil e quinhentos reais).

2.3.c Os consectários legais

2.3.c.1 A introdução necessária

2.3.c.1.1 A correção monetária

A correção monetária do importe condenatório é sempre devida, seja proveniente de responsabilidade civil contratual ou extracontratual, seja de-

corrente de danos materiais, morais ou estéticos, e incide, em regra, desde a ocorrência do prejuízo, por vencimento ou desembolso, devendo-se atentar, porém, ao momento e à contemporaneidade de sua efetiva quantificação, sob pena de dupla atualização e indevido enriquecimento sem causa, conforme inteligência dos arts. 1º da Lei n. 6.899/1981; 884 do Código Civil; e 322, § 1º, Código de Processo Civil de 2015; e dos enunciados n. 43 e 362 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça; e 562 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2.3.c.1.2 Os juros de mora

Os juros de mora sobre o importe condenatório são sempre devidos, por danos materiais, morais ou estéticos, e incidem, em regra: **[a]** nos casos de responsabilidade extracontratual, desde a ocorrência do evento danoso; e, **[b]** nos casos de responsabilidade contratual, desde a constituição em mora do devedor, sendo: **[b.1]** se mora *ex re*, pelo vencimento da dívida; e, **[b.2]** se mora *ex persona*, por: **[b.2.1]** notificação extrajudicial; ou **[b.2.2]** interpelação judicial e respectiva citação válida, conforme inteligência dos arts. 397, 398 e 405 a 407 do Código Civil; e 240, *caput*, e 322, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015; e do enunciado n. 54 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2.3.c.1.3 Os índices e os percentuais

Para fins de atualização de importe condenatório, faz-se cabível, em regra, apenas a incidência da Taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), que já compreende a correção monetária e os juros de mora, salvo necessidade de aplicação de apenas um deles, quando a correção monetária se dará pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) e os juros de mora à taxa de 1% (um por cento) ao mês, conforme inteligência dos arts. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; 161, § 1º, do Código Tributário Nacional; 13 da Lei n. 9.065/1995; 1º do Provimento n. 13/1995 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina; e 406 do Código Civil.

2.3.c.1.4 O caráter de matéria de ordem pública

Diante da imperatividade da lei quanto à incidência de correção

monetária e de juros de mora sobre o importe decorrente de condenação judicial, da exigência de que a decisão defina, em regra, além da extensão da obrigação, também o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, o que também se aplica quando o acórdão alterar a sentença, bem como do interesse público envolvido na sua aplicação, infere-se que tal matéria é de ordem pública, pelo o que cognoscível e modificável, de ofício, em todos os seus termos, inclusive com dever de sanação em caso de omissão, em qualquer tempo e grau de jurisdição, sem configurar manifestação *ultra* ou *extra petita*, além de, por ostentar tal natureza, não restar obstada pelo princípio da *non reformatio in pejus*, conforme inteligência dos arts. 6º, *caput* e § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; 1º, *caput*, da Lei n. 6.899/1981; 406 e 407 do Código Civil; 2º, 141, 240, *caput*, 322, § 1º, 491, *caput* e § 2º, 492 e 1.013, *caput* e §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil de 2015; e 3º, incs. I e II, e 5º, *caput* e inc. XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.3.c.2 A espécie

Na situação vertente, constata-se que: **[a] primeiro**, trata-se de responsabilidade civil contratual; e, **[b] segundo**, o arbitramento do importe condenatório a título de indenização por danos morais deu-se nesta decisão.

Isso posto, a incidência dos consectários legais sobre o importe condenatório há de ser feita nos seguintes termos: **[a] desde** a data da citação, em 5.5.2015 (fl. 100), **até** a data da publicação da presente decisão, apenas com incidência de **juros de mora**, à taxa de 1% (um por cento) ao mês; e, **[b] após** a data da publicação da presente decisão **até** a data do efetivo pagamento, com incidência apenas da Taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), a qual congrega a **correção monetária** e os **juros de mora**.

À vista do exposto, alterada a sentença, de rigor a definição dos

parâmetros de incidência dos consectários legais, tudo nos termos supra.

2.3.d Os ônus sucumbenciais

2.3.d.1 A introdução necessária

Os **ônus sucumbenciais** são dados, na proporção da sua **sucumbência**, ao vencido, que deve ser condenado a pagar: **[a]** ao vencedor, as custas processuais que antecipou; e, **[b]** ao advogado do vencedor, honorários, ressalvando-se a hipótese de ausência de sucumbência, quando a responsabilidade será atribuída à luz da **causalidade**, conforme inteligência dos arts. 82, § 2º, e 85, *caput* e § 10, do Código de Processo Civil de 2015.

Por sua vez, os **honorários advocatícios sucumbenciais** restam adequados quando fundamentadamente fixados, independente do conteúdo da decisão, em percentual entre os **limites quantitativos** de 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre, sucessiva e subsidiariamente, **[a]** o valor atualizado da condenação, **[b]** o valor atualizado do proveito econômico obtido, ou, não sendo possível mensurá-lo, **[c]** o valor atualizado da causa, à luz dos **critérios qualitativos**, quais sejam: **[a]** o grau de zelo do profissional; **[b]** o lugar de prestação do serviço; **[c]** a natureza e a importância da causa; e **[d]** o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Porém, sendo referidos parâmetros inestimáveis, nas perspectivas da não quantificabilidade ou da exorbitância, ou irrisórios, o juiz arbitrar a verba honorária mediante **apreciação equitativa**, conforme inteligência dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; 1º, *caput*, da Lei n. 6.899/1981; 884 do Código Civil; 1º, 8º, 85, *caput* e §§ 2º, 6º e 8º, e 332, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015; e 1º, *caput*, e 5º, inc. LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.3.d.2 A espécie

Na situação vertente, atentando-se às diretrizes acima delineadas,

alterada a sucumbência - vez que reformada a sentença de improcedência dos pedidos a fim de julgá-los procedentes -, cumpre redistribuir os respectivos ônus.

Explica-se.

1. Primeiro, extrai-se o **zelo profissional** do patrono do autor, porquanto, tempestivamente e com qualidade, elaborou os atos processuais de sua competência em primeiro grau, tais como: **[a]** petição inicial (fls. 1/11); **[b]** impugnação à contestação (fls. 126/130); e **[c]** recurso de apelação (fls. 154/162).

2. Segundo, no tocante ao **lugar de prestação do serviço**, apesar de não ser elemento essencial definidor deste requisito a distância entre a comarca de tramitação do feito e aquela do centro de atividades do causídico, verifica-se, na espécie, serem a mesma, qual seja, a comarca de Lages, em cuja 4ª Vara Cível tramitou a causa e onde se localiza o escritório de patrono do autor.

3. Terceiro, quanto à **natureza e à importância da causa**, vê-se tratar de causa de relativa complexidade, porquanto lastreada em confusa e volumosa documentação e com controversa situação fático-jurídica envolvida.

4. Quarto, já com relação ao **trabalho desenvolvido pelo advogado** e o **tempo exigido para o seu serviço**, tem-se que o feito demandou certas diligências, vez que realizada audiência de saneamento e de organização do processo (fl. 142). Não obstante, a causa teve seu solucionar, por sentença, em pouco mais de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, além de cerca de 8 (oito) meses até o julgamento deste recurso, lapsos reduzidos na atual realidade forense.

À vista do exposto, reformada a sentença, redistribuem-se os ônus da sucumbência, razão pela qual cabível a fixação, a título de honorários advocatícios sucumbenciais, do percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, que já compreende todo o processado até o presente momento, em favor do advogado do autor, ficando a cargo da ré, juntamente com a integralidade das custas processuais.

2.4 Uma derradeira observação

Com efeito, uma vez presentes os requisitos essenciais, é ofício in-

declinável do julgador apreciar as pretensões trazidas à baila pela parte, justificando tanto seu acolhimento quanto seu desacolhimento, sob pena de negar, de certa forma, a tutela jurisdicional, porquanto lhe tolhe o direito constitucionalmente assegurado de ver seus argumentos apreciados pela jurisdição estatal (arts. 3º, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015; e 5º, inc. XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Nada obstante, não se trata de dimensão absoluta, vez que pode a decisão se balizar em apenas alguns dos argumentos expostos, deixando-se de se manifestar sobre outros, desde que suficientes aqueles ao desvelo da controvérsia e a justificar as razões do convencimento do juízo, à luz dos arts. 11, *caput*, e 489, inc. II, do Código de Processo Civil de 2015 e 93, inc. IX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Outrossim, tal compreensão não ofende o § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, em especial seu inc. IV, segundo o qual "*não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que*" "*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*". Isso porque se a decisão se encontrar escorada em argumentos suficientemente aptos a cancelar sua higidez, não sendo a conclusão fático-jurídica formulada passível de infirmação por quaisquer outras alegações, a ausência de exame específico das demais teses versadas estará albergada pela exceção legal.

3 A conclusão

Assim, quer pelo expressamente consignado neste voto, quer pelo que do seu teor decorre, suplantadas direta ou indiretamente todas as questões ventiladas, deve o recurso ser conhecido e provido a fim de: **[a]** julgar procedentes os pedidos para condenar a ré ao pagamento de indenização a título de danos morais ao autor, no valor de R\$ 16.500,00 (dezesesseis mil e quinhentos reais), com incidência: **[a.1]** desde a data da citação, em 5.5.2015 (fl. 100), até a data da publicação da presente decisão, apenas de juros de mora, à taxa de 1%

(um por cento) ao mês; e, **[a.2]** após a data da publicação da presente decisão até a data do efetivo pagamento, apenas da Taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), a qual congrega a correção monetária e os juros de mora; e **[b]** redistribuir os ônus da sucumbência, fixando-se o percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação a título de honorários advocatícios sucumbenciais, que já compreende todo o processado até o presente momento, em favor do advogado do autor, ficando a cargo da ré, juntamente com a integralidade das custas processuais, tudo nos termos supra.

É o voto.