Agravo de Instrumento n. 2009.072716-5, de Chapecó
Agravante : Instituto Nacional do Seguro Social INSS
Advogado : Dr. Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves (Procurador Federal)
Agravado : Angelina Zolet Debastiani
Advogado : Dr. Claudemir Antonio Parisotto (20639/SC)
Relator: Des. Subst. Carlos Alberto Civinski

DESPACHO

Cuida-se de agravo por instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - Inss contra a decisão da lavra do juízo da Vara da Fazenda Pública de Chapecó.

I - Relatório

Ação: Acidente do Trabalho, interposta por Angelina Zolet Debastiani em face do Instituto Nacional do Seguro Social - Inss.

Pronunciamento impugnado: afastou a alegação de prescrição e deferiu as provas oral e pericial, nomeando perito o fisioterapeuta Gabriel Osvaldo de Oliveira e indicando o dia 4-11-2009 para realização da perícia, com fixação dos honorários periciais tão-logo entregue o laudo (fls. 86-87 dos autos de origem).

Recurso: agravo por instrumento com pedido de efeito suspensivo para sustar os efeitos da decisão agravada, a fim de, ao final, anular a perícia judicial realizada por fisioterapeuta, nomeando médico do trabalho ou ortopedista para fazê-la.

Fundamento invocado:

a) a perícia realizada por fisioterapeuta será nula, situação que gerará dano ao agravante que dificilmente será reparado, pois, tratando-se de causa acidentária, o agravante terá que desembolsar os honorários periciais de forma adiantada, não podendo reaver esse valor do agravado, mesmo que vencedor ao final da demanda, ademais diante da massificação dessas ações;

b) a perícia será efetivada por profissional não autorizado a fazer diagnósticos, o que acarretará a sua nulidade e consequente desperdício de verba pública e do tempo das partes;

c) o fisioterapeuta não possui competência técnica para averiguar a condição laborativa do agravado, sob pena de crime de prática de medicina ilegal;

d) somente médico habilitado pode realizar perícia judicial para aferição da condição laborativa da pessoa, de forma que é incorreta a nomeação de fisioterapeuta para o cargo.

Relatado. Decido.

II - Decisão

Da admissibilidade

No caso, a perícia foi designada para 4-11-2009 e realizada em 30-11-2009, de forma que o pedido para sustá-la encontra-se superado. Dessa forma, somente é possível conhecer do pedido final para anular a perícia e designar um médico do trabalho ou ortopedista para fazê-la.

No mais, o recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Do pedido de efeito suspensivo

Trata-se de agravo por instrumento com pedido de efeito suspensivo. Tal pretensão encontra amparo no artigo 527, III, c/c o artigo 558, ambos do Código de Processo Civil, que assim dispõem:

> Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: [...]
>
> III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; [...].
>
> Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

A respeito deste regramento, Araken de Assis leciona que:

> [...] só cabe ao relator suspender os efeitos da decisão e, *a fortiori*, antecipar os efeitos da pretensão recursal, respeitando dois pressupostos simultâneos: a relevância da motivação do agravo, o que implica prognóstico acerca do futuro julgamento do recurso no órgão fracionário, e o receio de lesão grave e de difícil reparação resultante do cumprimento da decisão agravada até o julgamento definitivo do agravo, presumindo-se sua ocorrência nos atos explicitamente mencionados no art. 558, *caput* [...]. (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos.* São Paulo: RT, 2007, p. 516).

Logo, o acolhimento da pretensão pressupõe a existência da relevância da motivação do agravo e do receio de lesão grave e de difícil reparação.

Da análise dos autos, verifico que não estão evidenciados os pressupostos legais para a concessão do efeito suspensivo.

Do receio de lesão grave

Cópia gerada oficialmente no PJe por: Carlos Alberto Civinski

A decisão atacada é capaz de causar prejuízo para ambas as partes. Isso porque, em caso de nulidade da perícia, haverá demora para a agravada, quanto à

decisão acerca do seu pedido de benefício auxílio-doença acidentário, o qual é urgente, pois possui caráter alimentar. De outro lado, haverá prejuízo patrimonial ao agravante, tanto pela impossibilidade de reaver os valores adiantados a título de honorários periciais, quanto por ter que pagar outros honorários, relativos a uma segunda perícia, em caso de nulidade da primeira.

Nessas situações, há que se sopesar os direitos em jogo. No caso, o direito à sobrevivência e a própria vida da agravada se sobrepõe ao direito meramente patrimonial do recorrente. Assim, entendo que prevalece o *periculum in mora* inverso.

Com isso, ausente o primeiro requisito para a concessão do efeito suspensivo.

Da relevância da motivação do agravo

A controvérsia trata da possibilidade de se nomear um profissional fisioterapeuta para realizar perícia judicial, para fins de concessão de aposentaria por invalidez e auxílio-doença acidentário. Conforme os laudos previdenciários (fls. 48-70 dos autos de origem), a agravada sofre de lesão no "dedão" da mão direita - supostamente decorrente do uso de máquina de fazer ração -, com impossibilidade de movimento desse dedo, inclusive após a realização de cirurgia.

Preveem os artigos 145 e 424 do CPC que:

> Art. 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421.
>
> § 1º Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, seção VII, deste Código.
>
> § 2º Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos.
>
> § 3º Nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz.
>
> Art. 424. O perito pode ser substituído quando:
>
> I - carecer de conhecimento técnico ou científico;

Da leitura desses dispositivos legais, extrai-se que o perito é, acima de tudo, um profissional da confiança do juízo, que lhe auxilia na atividade judicante, sendo, portanto, de sua livre nomeação. Há, entretanto, preferência para aqueles com conhecimento técnico ou científico na matéria sobre a qual deva elaborar o laudo.

No caso, pelo laudo pericial, vê-se que o perito do juízo realizou exames cinético-funcionais, medindo a movimentação articular da agravada, através de exame de goniometria, assim como a sua força muscular, que, pela abrangência do laudo e pelo contéudo das respostas, mostra muita competência para o encargo que lhe foi atribuído.[3]

Verifica-se que os exames são de maior sensibilidade, considerando a mecânica dos movimentos e sua influência no sistema muscular dos periciados,

sensibilidade essa que certamente não é verificada na maioria dos profissionais da medicina ortopédica e do trabalho. É certo que, por sua formação e pelo desenvolvimento da sua atividade profissional, o fisioterapeuta está mais habilitado para aferir lesões de natureza articular e muscular, podendo concluir com mais desenvoltura e certeza acerca da recuperação ou não do periciado, bem como pela sua capacidade ou incapacidade laboral.

Além disso, o fisioterapeuta em questão comprovou sua especialidade na matéria - é pós-graduado em traumatologia e ortopedia clínica -, e possui registro no respectivo órgão profissional - Crefito 10/49.050-F -, de forma que cumpre as exigências do art. 145, § 2º, do CPC. Ora, não se mostra razoável tornar o fisioterapeuta inabilitado para realizar perícia judicial, somente porque a lei previdenciária se refere a "perícia médica". Tal interpretação ignoraria a evolução das áreas que tem íntima relação com a medicina e a alta capacidade técnica específica do fisioterapeuta, quando se trata de aferir lesões de natureza articular e muscular.

Portanto, se a prova é destinada ao juiz, nos termos dos artigos 130 e 131 do CPC, e ele entendeu que o fisioterapeuta é o profissional mais qualificado para realizá-la, nada obsta que o faça.

De observar que as partes possam indicar assistente técnico na área da medicina ortopédica ou do trabalho para perícias tais, nada impedindo que estes, elas suas respostas, mostrem ao magistrado que a solução deve ser outra, nada impede que este, convencendo-se, decida contra o laudo pericial, desde que de forma fundamentada.

Por isso, ausente também o segundo requisito para a concessão do efeito suspensivo.

III - Dispositivo

Ante o exposto:

a) admito parcialmente o processamento do recurso, somente quanto ao pedido para anular a perícia e nomear um médico do trabalho ou ortopedista para realizá-la;

b) indefiro o pedido de efeito suspensivo;

c) cumprir os incisos V e VI do artigo 527, do Código de Processo Civil;

d) comunicar ao juízo *a quo*.

Publicar e intimar as partes.

Florianópolis, 30 de julho de 2010.

Carlos Alberto Civinski
RELATOR