AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.453.671 - PE (2019/0047951-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MOURA RIBEIRO**
AGRAVANTE	:	FERNANDO JORGE DE CASTRO SANTOS
AGRAVANTE	:	MARTA MARIA SILVA PINHEIRO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AGRAVADO	:	LUCIANA GOUVEIA LOYO MACHADO
ADVOGADOS	:	FLÁVIO HENRIQUE RAMOS DOS SANTOS - PE014676 SIMONE SIQUEIRA MELO CAVALCANTI E OUTRO(S) - PE019122
AGRAVADO	:	CENTRO DE DIAGNOSTICO JOSE ROCHA DE SA - LTDA
ADVOGADO	:	HENRIQUE BURIL WEBER - PE014900
ADVOGADOS	:	GILKA BURIL WEBER - PE007704 JULIANA COSTA LIMA E OUTRO(S) - ES025368

EMENTA

CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO MANIFESTADA NA VIGÊNCIA DO NCPC. ERRO MÉDICO. EXAME DE TOMOGRAFIA COMPUTADORIZADA. NECESSIDADE DE ANESTESIA PELA IDADE DA PACIENTE. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE AFASTOU O DEVER DE INDENIZAR EM RAZÃO DA FALTA DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA PARTE AUTORA. REFORMA. SÚMULA Nº 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

DECISÃO

FERNANDO JORGE DE CASTRO SANTOS e MARTA MARIA SILVA PINHEIRO (FERNANDO e MARTA) ajuizaram ação ordinária de indenização por dano moral contra LUCIANA GOUVEIA LOYO MACHADO e a CLÍNICA RADIOLÓGICA JOSÉ ROCHA DE SÁ (LUCIANA e outro), em virtude da morte da filha dos autores, que foi submetida aos procedimentos preparatórios para realização do exame de tomografia computadoriza e,nesta ocasião, veio a falecer.

Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente, para condenar os réus, solidariamente, ao pagamento da quantia de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), devidamente atualizados e com juros de mora fixados em 1% ao mês, além das custas e honorários advocatícios, que foram fixados em 10% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC/73).

A Corte estadual reformou a sentença para julgar improcedente a demanda, em acórdão a seguir ementado:

> *RECURSO DE APELAÇÃO. PACIENTE COM PNEUMONIA DE REPETIÇÃO. EXAME DE TOMOGRAFIA COMPUTADORIZADA. NECESSIDADE DE ANESTESIA PELA IDADE DA PACIENTE. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL E IDENTIFICAÇÃO FÍSICA DO JUIZ. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO NOSOCÔMIO.*
> *REJEIÇÃO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA MÉDICA ANESTESISTA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. DILIGÊNCIA E PRUDÊNCIA COMPROVADAS NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DA CLÍNICA EM QUE SE REALIZOU O EXAME. APELAÇÃO PROVIDA. DECISÃO UNÂNIME.*
> *1. "O princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto.*
> *Assim, desde que não se vislumbre, no caso concreto, prejuízo a alguma das partes, é de se reconhecer como válida sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução, ainda que tenha decidido como substituto eventual, em regime de mutirão" (STJ, AgRg no Ag n.*
> *624.779/RS, Corte Especial, rel. Min. Castro Filho, j. 15.08.2007).*
> *Preliminar rejeitada.*
> *2. Aferida a existência de culpa da médica, o nosocômio poderá responder solidariamente pelos danos causados ao paciente e sua família, com fulcro no artigo 14 do CDC, porquanto o incidente ocorreu em seu estabelecimento, enquanto a médica anestesista se utilizava de material e estrutura ali disponíveis. Além do mais, a inexistência de liame empregatício entre os réus não exime a responsabilidade do hospital ante os procedimentos ali realizados.*
> *Legitimidade passiva configurada. Preliminar rejeitada.*
> *3. A responsabilidade médica é fundada, regra geral, em obrigação de meio, ou seja, o médico deve prestar os serviços atuando dom diligência, prudência e técnicas necessárias, utilizando os recursos que dispõe, em conformidade com o desenvolvimento de sua ciência.*
> *4. A responsabilidade pessoal do médico, conquanto contratual, de regra, exige a comprovação de culpa, sendo, portanto, de natureza subjetiva.*
> *5. Ausente comprovação de culpa da médica anestesista, inexistente sua responsabilidade civil.*

> *6. Não tendo sido demonstrado erro médico, não subsiste a responsabilidade civil do nosocômio, uma vez que é imprescindível que haja a comprovação de que o profissional atuou com culpa, para que se presuma a responsabilidade do hospital.*
> *7. Apelação provida. Decisão unânime* (e-STJ, fls. 2.024/2.025).

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ, fls. 2.071/2.073)

Irresignados, FERNANDO e MARTA interpuseram recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando, a par de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 186 e 944 do CC/02, e 333, II, do CPC/73.

Sustentou, em suma, que **(1)** o erro médico foi devidamente comprovado nos autos, apesar de o TJPE ter reformado a sentença para julgar improcedente o pedido; e, **(2)** houve negligência por parte da médica demandada, pois não houve comprovação de que a anestesista tenha requerido os exames anteriormente realizados, bem como exigido o prévio parecer cardiológico indispensável ao ato, estando, assim caracterizado o ato ilícito ensejador da reparação moral pretendida.

Após apresentadas as contrarrazões, o recurso foi inadmitido na origem ante a incidência das Súmulas nº 211 e 7 do STJ (e-STJ, fls. 2101/2152 e 2.155/2.160).

No agravo em recurso especial, FERNANDO e MARTA alegaram que seu recurso merece trânsito, uma vez que preenchidos os requisitos necessários à admissibilidade; que os dispositivos legais arrolados foram violados pelo acórdão, ressaltando, ainda, a inaplicabilidade dos óbices sumulares aplicados na origem (e-STJ, fls. 2.165/2.186).

Foi apresentada contraminuta (e-STJ, fls. 2.190/2.213).

É o relatório.

DECIDO.

O inconformismo não merece prosperar.

De plano, vale pontuar que as disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são aplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016.

> *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC .*

(1) Da inexistência de responsabilidade das rés

A Corte pernambucana, após se debruçar sobre o conteúdo fático-probatório dos autos, concluiu que não há nos autos prova conclusiva que possa atestar a responsabilidade da médica anestesista pela morte da filha dos recorrentes, conforme se vê das razões abaixo transcritas:

> *Conforme se depreende dos autos, a menor Roberta Soraia Pinheiro de Castro Santos, em 12 de abril de 2000, foi internada no Pronto Socorro Infantil Jorge de Medeiros, para tratamento clínico de pneumonia de repetição. Seu médico, o pediatra Dr. Celso Brandt, acompanhou todo o internamento da menor, inclusive em outros momentos também o fez, porquanto, desde o final de 1999, houve reiterados episódios em que a saúde da criança esteve debilitada (fls. 53 e 72/75).*
> *Após alguns dias de internamento, o médico responsável realizou exame na paciente e constatou que "embora o quadro radiológico tivesse se alterado muito pouco, sobretudo do pulmão esquerdo, o que levou o declarante novamente a expor à família da necessidade de se fazer uma tomografia computadorizada" (fls. 74). Clinicamente, o quadro de infecção havia sido controlado, segundo o declarante, estando a criança "bem, ativa, sorrindo, brincando, andando" (fls. 73/74).*
> *Prescrito o referido exame, dirigiu-se a infante, em 19 de abril de 2000, acompanhada de seus pais e enfermeira designada pelo nosocômio em que estava internada, ao Centro Diagnóstico José Rocha de Sá Ltda. para a execução do procedimento.*
> *Chegando lá, "às 8:10 horas, apresentou-se aos suplicantes a primeira suplicada - médica anestesista - para dar início aos procedimentos preparatórios do exame" (fls. 05). De acordo com depoimento do pai da menor (fls. 39), "quando decorrido algum tempo, foi ao encontro do declarante e sua esposa, uma senhora que identificou-se como técnica, passando a realizar um questionário, cujas perguntas, inclusive dentre elas, se Roberta era alérgica, tendo a esposa do declarante respondido as perguntas, e em seguida ali surgiu a médica que iria realizar a tomografia de sua filha, de nome Luciana Coimbra Loyo; (...) lhe informou que Roberta teria que ser anestesiada, em virtude de ser necessário sua intubacão, para insuflar o pulmão, em virtude de tratar-se de uma criança, razão pela qual seria necessário o citado procedimento (...)".*
> *[…]*
> *Após a condução da infante à sala de exame, ao terem a mãe e a enfermeira retornado à recepção, "a assistente da médica ali compareceu com o questionário anteriormente preenchido, dizendo para Marta que não se preocupasse que ela ia fazer umas*

perguntas de rotina, só para complementar o que ela já havia respondido, como sendo: 'se a gestação tinha sido de nove meses; se a criança tinha bom desenvolvimento; se tinha a mais outra doença afora a que constava no prontuário, e outras que a declarante não se recorda (...)"(fls. 62).

O procedimento anestésico (a forma como foi conduzido) foi descrito pela médica ré, de forma detalhada e consistente em suas manifestações (fls. 100/102 e 203/204).

Aferida "dificuldade ventilatória e expansibilidade apenas do hemitórax direito", diminuição da oximetria de pulso e da frequência cardíaca, além de cianose periférica, foi suspenso o exame. No entanto, "repentinamente, entretanto, houve piora do quadro pulmonar, com total impossibilidade de ventilação", com resultado morte da paciente.

Os genitores, indignados com o desfecho, ingressaram com ação cível de indenização por dano moral, ação penal (fls. 230/237) e representação na esfera administrativa (fls.
197/ 226 e 1.447/ 1.454).

Na esfera penal, foi a médica anestesista absolvida, com fulcro no artigo 386, VI do CPP; na esfera administrativa, por sua vez, foi condenada pelo CREMEPE. No entanto, em sede de recurso para o Conselho Federal de Medicina, foi absolvida, sendo integralmente reformada a decisão vergastada.

Relatados os fatos, volto-me à apuração da responsabilidade da médica anestesista sobre a morte de Roberta Soraia Pinheiro de Castro Santos, por eventual erro médico.

Vejamos.

Sabe-se que a responsabilidade médica é fundada, regra geral, em obrigação de meio, (ou seja, o médico deve prestar os serviços atuando com diligência, prudência e técnicas necessárias, utilizando os recursos que dispõe, em conformidade com o desenvolvimento de sua ciência.

O insucesso do tratamento - clínico ou cirúrgico - não importa automaticamente o inadimplemento contratual, cabendo ao paciente comprovar a negligência, imprudência ou imperícia do médico.

[…]

*No entanto, **no caso em epígrafe, contrariamente ao exposto na sentença, não entrevejo culpa da médica anestesista no resultado morte da paciente, porquanto ausente embasamento probatório neste sentido.***

Isto porque, compulsando os autos, resta evidente que a conduta médica foi em sentido oposto ao discorrido no decisum, qual seja, a completa diligência da médica na condução do procedimento pré -anestésico e anestésico.

Apesar de Dr. José Rocha de Sá não considerar aconselhável "a solicitação de exames com anestesia, apresentando-se um quadro pulmonar como o demonstrado na radiografia" (fls. 205),

conforme depoimento do médico que acompanhava a infante, Dr. Celso Brandt, ao prescrever o exame de tomografia computadorizada, "no dia anterior havia procedido o exame geral da pequena paciente, constatando que a mesma estava em condições viáveis de se submeter ao referido procedimento" (fls. 74).

Por fim, ressaltou que "quando um paciente se submete a qualquer exame fora ou dentro de onde se encontra internado, o prontuário o acompanha para ser examinado por quem vai realizar o procedimento, onde ali consta toda a evolução do tratamento e os exames complementares que o paciente se submeteu" (fls. 75).

Por sua vez, vê-se, às fls. 763/ 765, que a médica anestesista procedeu com todo atendimento pré -anestésico e consulta ao prontuário, bem conhecendo as condições clínicas da paciente a ser submetida ao exame.

[…]

Como reforça Dr. Francisco José Antunes de Brito (fls. 206), "o pediatra deveria conhecer os riscos inerentes ao procedimento, porém que a necessidade de esclarecimento diagnóstico justificaria os riscos". De igual modo, disse a Dra. Ana Rita Marinho Ribeiro de Carvalho (fls. 206) que "deve-se levar em conta riscosjbeneficios para realização dos exames e que não era uma criança normal que realizava os exames, mas uma paciente com comprometimento extenso, que necessitava esclarecimento diagnóstico".

Inclusive, o CREMEPE apontou que "o quadro pulmonar àquele momento, isoladamente, não daria causa ao infortúnio, podendo ter sido causa contributiva. Vale ressaltar que embora não tivesse tido acesso às imagens radiológicas prévias da menor, a Dra. Luciana conhecia o histórico mórbido e sabia que o processo pneumônico não havia sido debelado, encontrando-se a menor sob internamento hospitalar" (fls. 217).

[…]

Perceba-se que em nenhum dos dois procedimentos administrativos foi ventilada omissão da médica em não requerer parecer cardiológico ou não questionar sobre exames radiológicos anteriores para conhecimento do caso, etapas essas que, de acordo com o magistrado a quo, deveriam preceder a anestesia. Portanto, como discorrido, os pareceres do CREMEPE e CFM são uníssonos no sentido da diligência durante o procedimento pré-anestésico.

Além do mais, no tocante ao procedimento anestésico em si, embora o CREMEPE tenha afirmado, com fulcro na imagem do scout, que a intubação somente teria sido realizada após a parada cárdio-respiratória, quando, na verdade, deveria ter-se executada antes do início do procedimento, o CFM acolheu a defesa apresentada pela médica, qual seja (fls. 1.453):

> *"na descrição de procedimentos realizados, a Dra. Luciana afirma que após indução do anestésico e punção venosa para instalação de soro, procedeu a intubação da menor com sonda oro-traqueal 4,5 sem cuff e justifica que a não visualização da sonda no topograma, decorreu da altura do corte, fazendo argumentações com relação às diferenças anatômicas da criança e adulto, no que diz respeito à altura da glote".*
>
> *Outrossim, Dr. Antonio Fernando Pedrosa Monteiro (fls. 207) também afirmou que "pela imagem radiológica do scout não se visualiza o tubo orotraqueal, não podendo afirmar se houve ou não a intubação; que o tubo não está visível mas que poderia ter havido intubação no início da traqueia e que não tenha sido flagrada no scan, podendo ter sido colocado uma pequena parte do tubo na entrada da traqueia, possivelmente suficiente para ventilar", corroborando o argumento trazido no recurso administrativo.*
>
> *Assim,* ***a médica agiu prudentemente, porquanto o próprio médico pediatra, Dr. Celso Brandt, asseverou que, ante a condição da saúde da criança, "se torna mais seguro intubar o paciente para a maior segurança do mesmo" (fls. 75), o que, de fato, ocorreu.***
>
> ***Outro fundamento utilizado pelo CREMEPE para condenar a médica foi a possibilidade dela não ter monitorado adequadamente a paciente durante o início do procedimento. Contudo, em face dos documentos acostados, não se trata de hipótese comprovada, mas tão somente teoria aventada pelo Conselho Regional.***
>
> ***Logo, não há o que se falar em responsabilidade subjetiva da médica anestesista.***
>
> *Afinal, "a culpa de infração ética não pode ser presumida, devendo ser ela provada inquestionavelmente, o que não ocorreu no caso" (fls. 1.454).*
>
> *Ex positis, no presente caso,* ***a médica ré fez tudo que estava em sua alçada, não tendo como se inferir a exigência de conduta diversa à adotada. Não há, nos autos, prova inconcussa capaz de atestar a responsabilidade da médica anestesista.***
>
> *De outra parte, relativamente à responsabilidade da unidade hospitalar, entendo que, por não ter sido demonstrado erro médico, não subsiste a responsabilidade civil do nosocômio, uma vez que é imprescindível que haja a comprovação de que o profissional atuou com culpa, para que se presuma a responsabilidade do hospital* (e-STJ, fls. 2031/2037, sem destaque no original).

Desse modo, para reformar as conclusões acima, a fim de reconhecer a existência de erro médico, como pretendem os recorrentes, seria necessário novo exame

do conjunto fático da causa, o que encontra óbice no enunciado da Súmula nº 7 do STJ.

A esse respeito, confiram-se os julgados:

> *CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. [...]. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE AFASTOU O DEVER DE INDENIZAR EM RAZÃO DA FALTA DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. REFORMA. SÚMULA Nº 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.*
> *[...].*
> *5. As instâncias ordinárias, de forma uníssona, e com amparo no acervo fático-probatório reunido nos autos, notadamente o laudo pericial, reconheceram não se encontrar demonstrado o fato constitutivo do direito vindicado, qual seja, a ocorrência de erro médico, que resultou em gravidez posterior ao procedimento de laqueadura de trompas. A reforma de tal entendimento atrai a incidência da Súmula nº 7 do STJ.*
> *6. Não é possível o conhecimento do recurso especial interposto pela divergência jurisprudencial, na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula 7 do STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea "c", do permissivo constitucional. Precedente: AgRg no Ag 1.276.510/SP, Rel. Ministro PAULO FURTADO (Desembargador Convocado do TJ/BA), DJe 30/6/2010.*
> *7. Agravo regimental não provido.*
> (AgRg no REsp 1395293/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, j. 25/08/2015, DJe 30/9/2015).
>
> *RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIÃO E ANESTESIOLOGISTA. RECURSO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS "A" E C DO ART. 105, III, DA CF. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA.*
> *- A constatação de ter o médico cirurgião e o anestesista agido ou não com culpa no atendimento a paciente, nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia, demanda necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório da causa, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.*
> *- O reexame do conjunto fático-probatório da causa obsta a admissão do recurso especial tanto pela alínea "a", quanto pela "c" do permissivo constitucional.*
> *Recurso especial não conhecido.*
> (REsp 765.505/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. 7/3/2006, DJ 20/3/2006 p. 271, sem destaque no original).

> *PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. CULPA E NEXO CAUSAL NÃO RECONHECIDOS. DANO NÃO VERIFICADO. MATÉRIA DE PROVA . SÚMULA 7/STJ.*
> *[...].*
> *III - Matéria de prova não se reexamina em sede de especial, por expressa vedação do enunciado n.º 7, da Súmula/STJ.*
> *Recurso especial não conhecido.*
> (REsp 299.457/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Terceira Turma, j. 19/2/2002, DJ 24/6/2002, p. 296).

(2) Do dissídio jurisprudencial

A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que não é possível o conhecimento do recurso especial interposto pela divergência jurisprudencial na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula nº 7 do STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea *c*, do permissivo constitucional. Precedente: AgRg no Ag 1.276.510/SP, Rel. Ministro PAULO FURTADO (Desembargador Convocado do TJ/BA), DJe 30/6/2010.

Nessas condições, com fundamento no art. 932, III, do NCPC c/c art. 253 do RISTJ (com a nova redação que lhe foi dada pela emenda nº 22 de 16/3/2016, DJe 18/3/2016), **CONHEÇO** do agravo para **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial.

Majoro em 5% os honorários advocatícios anteriormente fixados em desfavor de FERNANDO JORGE DE CASTRO SANTOS e MARTA MARIA SILVA PINHEIRO, limitados a 20%, nos termos do art. 85, § 11, do NCPC, devendo ser observado, no que couber, a gratuidade de justiça.

Advirta-se que eventual recurso interposto contra esta decisão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa (arts. 1.021, § 4º e 1.026, § 2º).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília/DF, 02 de abril de 2019.

MINISTRO **MOURA RIBEIRO**

Relator