

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.381.681 - RS (2013/0150674-6)

RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
RECORRENTE : SILVIA ELISABETH BECKER SPORLEDER
ADVOGADO : ROSA LUIZA DEGANI ROSSI E OUTRO(S)
RECORRIDO : JOÃO CARLOS PROLLA
ADVOGADO : JORGE ALCIBIADES PERRONE DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PORTO ALEGRE
ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE MUNHOZ OLEA E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO. DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO. NECESSIDADE DE INFORMAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DE CULPA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. REEXAME. SÚMULA Nº 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

1. Cuida-se, na origem, de ação de reparação de danos materiais, estéticos e morais proposta contra o estabelecimento de saúde e o médico oncologista, em virtude de ter recebido laudo falso positivo para células malignas, apontando câncer pulmonar, o qual levou a autora a se submeter a cirurgia e à implantação de cateter desnecessariamente.

2. A jurisprudência do STJ é no sentido de se vedar a ampliação do limite objetivo da demanda, somente em apelação, pois traduz-se em inovação recursal, consoante disposto no artigo 264 do Código de Processo Civil.

3. Tendo o Tribunal estadual concluído, com base nas provas acostadas aos autos, não ter havido falha no serviço prestado pela instituição de saúde, nem culpa do médico que realizou o procedimento cirurgico na recorrente, não há como esta Corte rever esse entendimento sob pena de esbarrar no óbice da Súmula nº 7/STJ.

4. Nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 1º, do RISTJ, a divergência jurisprudencial com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional requerida comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo como bastante a simples transcrição de ementas sem realizar o necessário cotejo analítico a evidenciar similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 16 de junho de 2015(Data do Julgamento)

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva - Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.381.681 - RS (2013/0150674-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (RELATOR): Trata-se de recurso especial interposto por Silvia Elisabeth Becker Sporleder, fundamentado no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. INOVAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL ERRO DE DIAGNOSTICO. POSSIBILIDADE DE FALSO-POSITIVO. MELHOR TÉCNICA EMPREGADA. AUSÊNCIA -DE COMPROVAÇÃO DO ILÍCITO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. É vedada a inovação recursal. Aplicação do artigo 264, do Código de Processo Civil.

2. A responsabilidade do estabelecimento, por óbvio, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico. A responsabilidade do médico, por sua vez enquanto profissional liberal prestador de serviços é subjetiva, nos moldes do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. De outro lado, o alegado defeito na prótese regula-se pelo disposto no art. 12, também do CDC.

3. Prova dos autos elidiu a tese em que amparava a pretensão indenizatória da parte autora, porquanto demonstrado inexistente a conduta ilícita por parte do réu.

2. Pelo conjunto probatório existente nos autos, resta afastado o dever de indenizar, porquanto o expert concluiu que: a) há grande possibilidade do falso-positivo no exame realizado pela parte autora; b) foi correta a indicação para o procedimento cirúrgico; c) que foram corretas as condutas médicas realizadas.

APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO. UNÂNIME" (fl. 1.328, e-STJ).

A recorrente sustenta, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 14 e 17 do Código de Defesa do Consumidor. Alega ser objetiva a responsabilidade dos recorridos, em virtude do laudo falso positivo para células malignas, apontando câncer pulmonar, o qual levou a recorrente a se submeter a cirurgia e à implantação de cateter desnecessariamente.

Recurso respondido e admitido.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.381.681 - RS (2013/0150674-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (RELATOR): A irresignação não merece prosperar.

1. Da origem

Trata-se, na origem, de ação de reparação de danos materiais, estéticos e morais proposta por Sílvia Elisabeth Becker Sporleder contra a Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre e o médico oncologista João Carlos Prolla, em virtude de ter recebido laudo falso positivo para células malignas, apontando câncer pulmonar, o qual levou a autora a se submeter a cirurgia e à implantação de cateter desnecessariamente.

Julgado improcedente o pedido em primeira instância, porquanto não se teria demonstrado a atuação culposa do médico (fls. 1.254-1.265 e-STJ), em apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manteve a decisão singular, sob os seguintes fundamentos:

a) não se pode conhecer da alegação acerca da falha no dever de informação, trazida em apelação, pois não foi deduzida anteriormente no curso da demanda, tratando-se de evidente inovação recursal;

b) os estabelecimentos de saúde são prestadores de serviços cuja responsabilidade é disciplinada pelo Código Consumerista. A responsabilidade médica empresarial, portanto, é objetiva (art. 14, *caput*, do CDC);

c) a responsabilidade do estabelecimento, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico, cuja responsabilidade pessoal é subjetiva (art. 14, § 4º, do CDC);

d) "*a prova coligida aos autos não permite concluir pela prática de ato ilícito por parte do médico requerido, e tampouco, do hospital demandado*" (fl. 1.338, e-STJ); e

e) "*não se verificou no caso sob exame a existência de falha na prestação do serviço*" (fl. 1.344, e-STJ).

2. Do recurso especial

Superior Tribunal de Justiça

Silvia Elisabeth Becker Sporleder alega em seu recurso especial que:

a) "*inexiste nos autos a alegada inovação recursal, uma vez que a matéria relativa ao artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, foi trazida aos autos pelos recorridos, fls. 158/219, bem como pela recorrente, fls. 749/758, fls. 857/860 e fls. 1.055/1.058 e fls. 1.115/1.130 dos autos, motivo pelo qual incoreu a hipótese do art. 264 do Código de Processo Civil*" (fl. 1.356, e-STJ);

b) a responsabilidade dos recorridos de indenizar a recorrente decorre da ausência de informação de que o laudo poderia dar falso positivo;

c) a responsabilidade de ambos os recorridos é objetiva, segundo os arts. 14 e 17 do Código de Defesa do Consumidor;

d) o exame citopatológico, objeto desta ação, acusou falso positivo para células malignas, o que gerou sérios abalos físicos e psicológicos na recorrente; e

e) em decorrência desse erro no diagnóstico, Silvia Sporleder recebeu tratamento equivocado: foi submetida à cirurgia de extração do nódulo supostamente maligno e foi-lhe implantado um cateter para futuro tratamento quimioterápico.

Apresentou, ainda, divergência jurisprudencial com julgados desta Corte quanto à necessidade de informar ao paciente que o resultado do exame pode estar equivocado.

Passa-se à análise dos argumentos trazidos no especial.

3. Da inovação recursal

A recorrente, na apelação, sustentou a responsabilidade dos recorridos no evento danoso, porquanto eles teriam que ter advertido à paciente da possibilidade de haver uma imprecisão no diagnóstico constante do laudo citopatológico.

O Tribunal de Justiça, por sua vez, ao analisar esse tópico, concluiu pela impossibilidade de alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneamento do feito, consoante disposto no art. 264 do Código de Processo Civil:

"Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo."

Superior Tribunal de Justiça

Aquela Corte concluiu que essa argumentação não teria sido trazida na exordial, tratando-se, portanto, de inovação recursal (fl. 1.332, e-STJ).

Com razão o Tribunal de origem.

De fato, compulsando os autos, a despeito das alegações apresentadas no recurso especial, constata-se que a autora não ingressou com a presente ação de reparação de danos com base no Código de Defesa do Consumidor, mas, sim, nos arts. 186 e 927 do Código Civil (fl. 14, e-STJ).

Dessa forma, consoante anotado pelo Tribunal estadual, "*a autora inova ao requerer, em recurso, a condenação da ré pela falha no dever de informação, alegando que deveria ter sido informada que o resultado poderia se tratar de um falso-positivo*" (fl. 1.331, e-STJ).

Nesse sentido, eis julgados deste Tribunal Superior:

"AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. FALECIMENTO DE SERVIDOR DO TRE-RJ EM 1988. PENSÃO ESTATUTÁRIA REPARTIDA, ENTRE A VIÚVA E DUAS FILHAS MAIORES, SOLTEIRA, UMA, E OUTRA, AO TEMPO DO ÓBITO, SEPARADA. EXAME DA LEGALIDADE PELO TCU. REGISTRO DO BENEFÍCIO NEGADO EM RELAÇÃO À FILHA SEPARADA, EM RAZÃO DE NÃO HAVER FICADO COMPROVADA A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COM O INSTITUIDOR. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O SECRETÁRIO DE RECURSOS HUMANOS DO TRE. ALEGAÇÃO, CONSTANTE DA APELAÇÃO, DE QUE O LEGITIMADO SERIA O PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL, E NÃO O SECRETÁRIO. ARGUMENTO REJEITADO, FUNDAMENTADAMENTE, NA DECISÃO MONOCRÁTICA. ALEGAÇÃO, FEITA SOMENTE NO AGRAVO REGIMENTAL, DE QUE A LEGITIMIDADE SERIA DO TRIBUNAL DE CONTAS. INOVAÇÃO DE ARGUMENTOS QUE NÃO SE ADMITE. TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS. MATÉRIA QUE, AUSENTE NA APELAÇÃO, FOI SUSCITADA APENAS EM AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO INADMISSÍVEL. TEMAS QUE NÃO FORAM PREQUESTIONADOS. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. ARTS. 557 DO CPC, 5º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 3.373/1958 E 8º DA LEI Nº 1.533/1951. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA.

1 A recorrente ao interpor agravo regimental em sede de apelação aduziu matérias não ventiladas anteriormente nos autos, as quais, por se tratarem de inovação recursal, não foram conhecidas pelo Tribunal de origem e por este Superior Tribunal, que considerou, também, não haver contrariedade aos dispositivos alegados pela parte, por ocasião da interposição do recurso especial.

2 No presente regimental, a parte não apresenta argumentos hábeis a invalidar os fundamentos da decisão agravada, de sorte que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no REsp 1.098.961/RJ, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO

Superior Tribunal de Justiça

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 11/05/2015).

"RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS DE TERCEIRO POSTULANDO RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE PENHORA REALIZADA NOS AUTOS DE EXECUÇÃO MANEJADA POR CREDOR HIPOTECÁRIO, EM RAZÃO DE SUPOSTO EQUÍVOCO COMETIDO PELO OFICIAL DE JUSTIÇA - ACÓRDÃO LOCAL MANTENDO A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, AFASTADA A SUSCITADA NULIDADE DOS ATOS EXECUTÓRIOS ANTERIORES AO RECEBIMENTO DA INICIAL. INSURGÊNCIA DO EMBARGANTE.

Hipótese em que o adquirente de imóvel executado pelo credor hipotecário ajuizou embargos de terceiro, pleiteando a desconstituição da penhora efetuada, ao argumento de que existente equívoco por parte do oficial de justiça.

Sentença de improcedência mantida pelo acórdão estadual, considerando regular o ato de constrição judicial do imóvel dado como garantia de pagamento da cédula de crédito rural. Assinalou-se, outrossim, não terem sido praticados atos executórios após o recebimento dos embargos de terceiro.

1. Embargos de terceiro ajuizados por adquirente de imóvel objeto de execução hipotecária. Prevalência do direito do credor hipotecário de buscar o adimplemento de seu crédito por meio da alienação judicial do imóvel dado em garantia, independentemente da regular transferência de sua propriedade.

2. Ampliação do limite objetivo da demanda. No tocante à aventada nulidade de cláusula do título de crédito, em face da avaliação do bem hipotecado em valor demasiadamente inferior ao real, verifica-se que tal argumentação somente foi expendida no bojo do recurso de apelação, traduzindo vedada inovação dos elementos objetivos da demanda, ex vi do disposto no artigo 264 do CPC, razão pela qual inviável sua apreciação, conforme bem propugnado pela instância ordinária.

(...)

4. Recurso especial desprovido."

(REsp 1.059.867/MT, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 24/10/2013 -grifou-se).

Não há, assim, como acolher a irresignação quanto a esse tópico.

4. Da responsabilidade do estabelecimento de saúde

O Tribunal de Justiça, ao dirimir a controvérsia quanto à responsabilidade da Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre, consignou:

"(...) a responsabilidade dos hospitais e clínicas, de saúde por atos dos seus administradores e dos médicos que integram o corpo clínico, e pelos danos produzidos pelos objetos, instrumentos utilizados na prestação dos serviços, é fundamentada tanto na lei civil como na legislação protetiva do consumidor.

(...)

Primeiro, não restam dúvidas de que os hospitais e clínicas, bem

Superior Tribunal de Justiça

como os demais estabelecimentos de saúde, são prestadores de serviços, assente sua responsabilidade, desse modo, regradada pelo Código de Defesa do Consumidor" (fls. 1.333-1.334, e-STJ).

De fato, de acordo com o acórdão impugnado, o art. 3º do Código Consumerista posiciona hospitais, clínicas e demais estabelecimentos que prestem serviço médico na definição de fornecedor. E pelo art. 14 do mesmo diploma, a responsabilidade do fornecedor é de natureza objetiva.

Assim dispõem os referidos artigos:

"Art. 3º 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.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º 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. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro" (grifou-se).

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO HOSPITALAR. FRATURA DE COLO DE FÊMUR. ARTOPLASTIA DO QUADRIL ESQUERDO. MORTE DO PACIENTE. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO CAUSAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC.

1. A regra geral do art. 14, 'caput', do CDC, é da responsabilidade objetiva dos

Superior Tribunal de Justiça

fornecedores pelos danos causados aos consumidores.

2. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais.

3. Defeito na prestação do serviço evidenciado pela submissão de paciente idoso, que sofrera fratura do colo do fêmur, a complexo procedimento cirúrgico de implantação de prótese que, na simples passagem da mesa operatória para a maca, foi deslocada, tendo-se de reiniciar a cirurgia para implantar nova prótese de tamanho superior.

4. Morte do paciente idoso no dia seguinte aos atos cirúrgicos em decorrência da perda excessiva de sangue.

5. Caracterização do nexo de causalidade entre o defeito na prestação do serviço médico e a morte do paciente.

6. Procedência do pedido de reparação dos danos morais.

7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO."

(REsp 1.410.960/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 23/03/2015 - grifou-se).

Na hipótese, todavia, o Tribunal estadual concluiu que a despeito de a responsabilidade da instituição médica (fornecedora de serviço) ser objetiva, não se poderia responsabilizá-la pelo infortúnio, pois estaria vinculada à comprovação da culpa do médico (fl. 1.336, e-STJ), que não existiu na espécie.

Ademais, com base no laudo pericial acostado aos autos e no depoimento do segundo réu, João Carlos Prolla, aquela Corte concluiu não ter havido falha na prestação do serviço, que teria sido prestado dentro dos padrões técnicos (fl. 1.344, e-STJ).

Com efeito, o Tribunal entendeu que, ainda que o resultado do exame fosse pela benignidade do nódulo, o procedimento de ressecção seria necessário (fl. 1.340, e-STJ). Eis a transcrição do aresto impugnado quanto a esse aspecto:

"Inicialmente, destaco que não há, portanto, comprovação de imperícia/imprudência por ocasião da indicação do procedimento cirúrgico sofrido pela parte autora, pois, conforme expressou claramente o expert, diante de suspeita de lesão, o procedimento cirúrgico com a ressecção da lesão é indicado pela literatura médica.

Ademais, a indicação da cirurgia sofrida pela parte autora, conforme consta no laudo pericial e nos depoimentos testemunhais, não foi feita única e exclusivamente com base no laudo emitido pelo médico requerido, mas sim, considerando-se o resultado o resultado de todos os exames realizados, em especial os de raio-x.

Nessa senda, havendo mais de um elemento que indique a possibilidade da existência de lesão maligna - o que ocorreu nos autos a realização do procedimento cirúrgico era o método indicado pela literatura médica. Ou seja, a cirurgia sofrida não era desnecessária, mas sim, necessária" (fls. 1.341-1.342, e-STJ - grifou-se).

Superior Tribunal de Justiça

Vale frisar, ainda, que a indicação de intervenção médica/cirúrgica, na hipótese, deu-se não somente com o resultado do laudo que provou-se equivocado posteriormente, mas também com base no resultado "de todos os exames realizados, em especial os de raio-x" (fl. 1.341, e-STJ).

Assim, tendo a Corte de origem, com base no contexto fático-probatório dos autos, concluído pela aplicação do art. 14, § 3º, I, do Código de Defesa do Consumidor, não há como o STJ rever esse entendimento, sob pena de esbarrar no óbice da Súmula nº 7/STJ.

5. Da responsabilidade do profissional médico

A jurisprudência deste Tribunal Superior entende que a responsabilidade civil de clínicas prestadoras de serviços médico-hospitalares para responder por atos de seus médicos/prepostos é objetiva.

No entanto, o parágrafo 4.º do artigo 14 do CDC prevê uma exceção, referindo-se aos profissionais liberais. Esses só poderão ser responsabilizados mediante a verificação de culpa:

"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

A propósito, precedentes desta Corte:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL E CONSUMIDOR. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS CIRURGIÃO E ANESTESISTA. CULPA DE PROFISSIONAL LIBERAL (CDC, ART. 14, § 4º). RESPONSABILIDADE PESSOAL E SUBJETIVA. PREDOMINÂNCIA DA AUTONOMIA DO ANESTESISTA, DURANTE A CIRURGIA. SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADAS.

1. Não se conhece dos embargos de divergência apresentados pela Clínica, pois: (I) ausente o necessário cotejo analítico entre os acórdãos embargado e paradigma, para fins de comprovação da divergência pretoriana (RISTJ, arts. 255, §§ 1º e 2º, e 266, § 1º);

e (II) o dissídio apontado baseia-se em regra técnica de conhecimento do recurso

Superior Tribunal de Justiça

especial.

2. Comprovado o dissídio pretoriano nos embargos de divergência opostos pelo médico cirurgião, devem ser conhecidos.

3. A divergência cinge-se ao reconhecimento, ou afastamento, da responsabilidade solidária e objetiva (CDC, art. 14, caput) do médico-cirurgião, chefe da equipe que realiza o ato cirúrgico, por danos causados ao paciente em decorrência de erro médico cometido exclusivamente pelo médico-anestesiologista.

4. Na Medicina moderna a operação cirúrgica não pode ser compreendida apenas em seu aspecto unitário, pois frequentemente nela interferem múltiplas especialidades médicas. Nesse contexto, normalmente só caberá a responsabilização solidária e objetiva do cirurgião-chefe da equipe médica quando o causador do dano for profissional que atue sob predominante subordinação àquele.

5. No caso de médico anestesista, em razão de sua capacitação especializada e de suas funções específicas durante a cirurgia, age com acentuada autonomia, segundo técnicas médico-científicas que domina e suas convicções e decisões pessoais, assumindo, assim, responsabilidades próprias, segregadas, dentro da equipe médica.

Destarte, se o dano ao paciente advém, comprovadamente, de ato praticado pelo anestesista, no exercício de seu mister, este responde individualmente pelo evento.

6. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, caput, prevê a responsabilidade objetiva aos fornecedores de serviço pelos danos causados ao consumidor em virtude de defeitos na prestação do serviço ou nas informações prestadas - fato do serviço. Todavia, no § 4º do mesmo artigo, excepciona a regra, consagrando a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. Não há, assim, solidariedade decorrente de responsabilidade objetiva, entre o cirurgião-chefe e o anestesista, por erro médico deste último durante a cirurgia.

7. No caso vertente, com base na análise do contexto fático-probatório dos autos, o colendo Tribunal de Justiça afastou a culpa do médico-cirurgião - chefe da equipe -, reconhecendo a culpa exclusiva, com base em imperícia, do anestesista.

8. Embargos de divergência da Clínica não conhecidos.

9. Embargos de divergência do médico cirurgião conhecidos e providos. "

(ERESP 605.435/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. pl acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/09/2011, DJe 28/11/2012 - grifou-se).

"RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA CLÍNICA MÉDICA. ALEGAÇÃO DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC.

1. Demanda indenizatória proposta pelo marido de paciente morta em clínica médica, alegando defeito na prestação dos serviços médicos.

2. A regra geral do art. 14, "caput", do CDC, é a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores.

3. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais.

4. Impossibilidade de interpretação extensiva de regra de exceção.

5. O ônus da prova da inexistência de defeito na prestação dos serviços médicos é da clínica recorrida por imposição legal (inversão 'ope legis'). Inteligência do art. 14, § 3º, I, do CDC.

6. Precedentes jurisprudenciais desta Corte.

Superior Tribunal de Justiça

7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO."

(REsp 986.648/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 02/03/2012 - grifou-se).

Destaca-se, ainda, os esclarecimentos de Orlando Celso de Silva Neto, em seu "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor", sobre o tema:

"(...)

Essa mesma confiança específica, no entanto, justifica que o profissional liberal só seja responsável se constatada sua culpa. Se conduta culposa é aquela caracterizada por imprudência, imperícia ou negligência. Responsável será o profissional liberal que tiver agido de forma imprudente, imperita ou negligente.

(...)

A culpa só pode ser auferida a partir de um parâmetro exigível de conduta. Nem todo processo que se perde pode ser atribuído à culpa do advogado, nem toda morte em procedimento cirúrgico pode ser atribuída ao cirurgião ou anestesista. Não obstante, em qualquer dos casos há parâmetros para saber se o advogado se portou de forma diligente ou se o cirurgião ou anestesista foram efetivamente diligentes. Determinar esse parâmetro é fundamental para definir se houve ou não culpa, porque só se pode falar em culpa se a conduta pessoal tiver sido contrária (ou, ao menos, inferior) ao parâmetro exigível." (Editora Forense-Rio de Janeiro, pág. 318)

Nestes autos, o Tribunal estadual registrou expressamente não ter sido demonstrada a culpa do médico, ora recorrido. Ao contrário, reconheceu, com base nas provas colhidas, que o profissional não teria praticado nenhum ato ilícito a ensejar a requerida indenização (fl. 1.338, e-STJ).

Anoto, por oportuno, excerto do parecer técnico transcrito no acórdão recorrido às fls. 1.339-1.340 (e-STJ):

"Sim. A cirurgia era necessária de qualquer forma. Na oncologia, para a decisão da conduta terapêutica é sempre necessário o resultado do exame anatomopatológico.

A indicação da cirurgia, toracotomia diagnóstica, foi determinada pela presença de nódulo pulmonares em tomografias computadorizadas de tórax de diferentes serviços de radiologia.

(...)

3. Assim, é correto afirmar que na existência de uma lesão suspeita radiologicamente, mesmo nas situações que o resultado citológico é benigno, há a necessidade de ser ressecada a lesão, coletada cirurgicamente, com fins de determinação diagnóstica, para se evitar mandar para casa um paciente que depois pode vir a desenvolver metástases?

R: Sim, na existência de uma lesão suspeita radiologicamente, mesmo com um citopatológico de benignidade, existe a necessidade de ressecção da lesão para determinação ou confirmação do diagnóstico.

Superior Tribunal de Justiça

4. Diante dessas considerações anteriores, foi correta a indicação para realização da cirurgia de toracotomia na paciente para coleta de nódulos diretamente do pulmão da paciente para fins de diagnóstico?

Sim, foi correta a indicação para a realização da cirurgia".

Portanto, de igual modo, é inviável a este Tribunal Superior reapreciar o entendimento exarado na origem acerca da responsabilidade do médico oncologista João Carlos Prolla, pois esbarraria no óbice da Súmula nº 7/STJ.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. NÃO COMPROVAÇÃO. SÚMULA N.7/STJ. AFASTAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. BASES FÁTICAS DISTINTAS.

1. Afasta-se a alegada violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.

2. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

3. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes cuidam de situações fáticas diversas.

4. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 158.627/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 10/02/2015 - grifou-se).

6. Da divergência jurisprudencial

O recurso não merece conhecimento com base na alínea "c" do permissivo constitucional, pois o dissídio jurisprudencial não ficou caracterizado nos moldes legal e regimental (artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 1º, do RISTJ).

Com efeito, é insuficiente para a configuração da divergência a mera transcrição de ementas dos paradigmas. É preciso que ocorra o cotejo analítico entre o acórdão impugnado e os paradigmas, além existir a necessidade de comprovação de similitude fática entre as decisões confrontadas, o que não houve na espécie, mormente porque, no presente caso, afastou-se o fundamento da responsabilidade dos recorridos por ausência de informação ante a inovação recursal dessa tese (art. 264 do Código de Processo Civil).

A propósito:

Superior Tribunal de Justiça

"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. VALOR ARBITRADO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA NOS MOLDES LEGAIS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O Colegiado estadual ao fixar o valor indenizatório o fez com base no substrato fático-probatório dos autos, cujo reexame é vedado em âmbito de recurso especial, ante o óbice do enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.

2. O dissenso pretoriano não ficou demonstrado por meio do cotejo analítico com transcrição de trechos dos acórdãos recorrido e paradigma que exponham a similitude fática e a diferente interpretação da lei federal entre os casos confrontados, conforme exigem os arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

3. Ademais, 'tratando-se de danos morais, é incabível a análise do recurso com base na divergência pretoriana, pois, ainda que haja grande semelhança nas características externas e objetivas, no aspecto subjetivo, os acórdãos são distintos' (AgRg no AREsp n. 528.943/MS, Rel. o Ministro João Otávio de Noronha, DJe 30/9/2014).

4. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 608.137/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 1º/06/2015).

6. Conclusão

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2013/0150674-6 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.381.681 / RS**

Números Origem: 00110701299430 10701299430 12994310320078210001 667156320138217000
70052881547 70053420907

PAUTA: 16/06/2015

JULGADO: 16/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SILVIA ELISABETH BECKER SPORLEDER

ADVOGADO : ROSA LUIZA DEGANI ROSSI E OUTRO(S)

RECORRIDO : JOÃO CARLOS PROLLA

ADVOGADO : JORGE ALCIBIADES PERRONE DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO : IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PORTO ALEGRE

ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE MUNHOZ OLEA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil - Indenização por Dano Moral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.