

RECURSO ESPECIAL Nº 1.673.051 - SP (2016/0004865-6)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **BENJAMIM JOSE MADRID FERNANDES**
ADVOGADO : **ALESSANDRO PICCOLO ACAYABA DE TOLEDO E**
OUTRO(S) - **SP167922**
RECORRIDO : **L C T S (MENOR)**
REPR. POR : **M D D T S**
ADVOGADO : **ROGERIO MORINA VAZ - SP179189**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. TOXOPLASMOSE EM GRAVIDEZ. AUSÊNCIA DE EXAME SOROLÓGICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE DANO MORAL. EXORBITÂNCIA. CONFIGURADA. REDUÇÃO DA QUANTIA EM VALOR PROPORCIONAL.

1. Ação ajuizada em 19/05/2003. Recurso especial interposto em 19/08/13 e atribuído ao gabinete da Relatora em 25/08/16. Julgamento: CPC/73.
2. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por menor e por sua genitora, em face de médico obstetra e da operadora de plano de saúde, devido a negligência médica que deixou de solicitar exame de toxoplasmose capaz de evitar o nascimento da menor com grave comprometimento neurológico, mental e oftalmológico (microcefalia e cegueira), sequelas decorrentes da toxoplasmose congênita não identificada em tempo oportuno.
3. O propósito recursal consiste em verificar a ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar danos morais e indenizar danos materiais.
4. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.
5. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido foi incisivo ao registrar que houve inegável conduta negligente do médico-obstetra que realizou o pré-natal da gestante, que, mesmo diante da propensão desta em contrair toxoplasmose, não teve a vigilância necessária.
6. Em relação ao valor arbitrado pelo Tribunal de origem a título de compensação por danos morais, a jurisprudência desta Corte orienta que apenas em hipóteses excepcionais, em que configurado flagrante exagero ou irrisoriedade da quantia, o recurso especial seria a via adequada para nova fixação excepcional. Circunstâncias verificadas no particular.
9. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira

Superior Tribunal de Justiça

Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a). ROBERTA CURY KAWENCKI, pela parte RECORRENTE: BENJAMIM JOSE MADRID FERNANDES.

Brasília (DF), 05 de junho de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora



RECURSO ESPECIAL Nº 1.673.051 - SP (2016/0004865-6)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : BENJAMIM JOSE MADRID FERNANDES
ADVOGADOS : ALESSANDRO PICCOLO ACAYABA DE TOLEDO E
OUTRO(S) - SP167922
ROBERTA CURY KAWENCKI - MG076720
RECORRIDO : L C T S (MENOR)
REPR. POR : M D D T S
ADVOGADO : ROGERIO MORINA VAZ - SP179189

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cuida-se de recurso especial interposto por BENJAMIM JOSE MADRID FERNANDES, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

Recurso especial interposto em: 19/08/2013.

Atribuído ao Gabinete em: 25/08/2016.

Ação: de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por L C T S (MENOR) e por sua genitora M D D T S, em face do médico BENJAMIM JOSE MADRID FERNANDES e da operadora de plano de saúde UNIMED, devido a negligência médica que deixou de solicitar exame de toxoplasmose capaz de evitar o nascimento da menor com grave comprometimento neurológico, mental e oftalmológico (microcefalia e cegueira), sequelas decorrentes da toxoplasmose congênita não identificada em tempo oportuno.

Sentença: julgou improcedente o pedido.

Acórdão: deu provimento à apelação interposta pelas pacientes, para condenar os requeridos solidariamente ao pagamento de indenização pelos danos materiais e compensação por danos morais, no valor de R\$ 300.000,00, nos termos da seguinte ementa:

Responsabilidade civil médica e do plano de saúde. Culpa evidenciada do médico que realizou o pré-natal da coautora. Quadro de toxoplasmose durante a gestação que deixou sequelas graves e irreversíveis na menor também requerente. Ausência de atendimento a procedimentos tidos como recomendáveis e que poderiam constituir em possibilidade real de redução das sequelas na infante. Teoria da perda de uma chance. Caracterização do dever de indenizar. Responsabilidade do plano por atos dos seus profissionais credenciados. Condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais. Sentença de improcedência reformada. Agravo retido não conhecido. Apelo das autoras provido.

Embargos de declaração: opostos pelo recorrente, foram parcialmente acolhidos, apenas para suprir omissão relativa a incidência de juros e correção monetária da condenação em danos materiais.

Recurso especial: alega violação da Súmula 54/STJ e dos arts. 131, 944, do CPC/73, 186, 927, 944, parágrafo único, do CC, 14, §4º, do CDC, bem como dissídio jurisprudencial.

Afirma que o acórdão recorrido baseou-se fundamentalmente na opinião pessoal manifestada pelo perito judicial, em detrimento das conclusões técnicas do laudo e das demais provas que atestaram ter o profissional adotado os procedimentos previstos pela classe médica obstétrica e pelo Ministério da Saúde.

Sustenta que durante o primeiro trimestre gestacional a recorrente trabalhou em depósito de bebidas, com contato direto com um importante agente transmissor da toxoplasmose, pois gatos eram soltos no local para evitar que ratos viessem a contaminar as latas de bebidas, condições de trabalho que deveriam ser informadas ao médico, mas foram omitidas, e igualmente desconsideradas no julgamento.

Assevera que a contaminação por toxoplasmose e as graves sequelas dela decorrentes são decorrência direta de seu contágio no primeiro trimestre de gestação, período que a recorrida não era paciente do médico-recorrente, de modo que não existe nexo de causalidade a justificar sua condenação.

Aduz que o acórdão recorrido converteu a atuação médica em

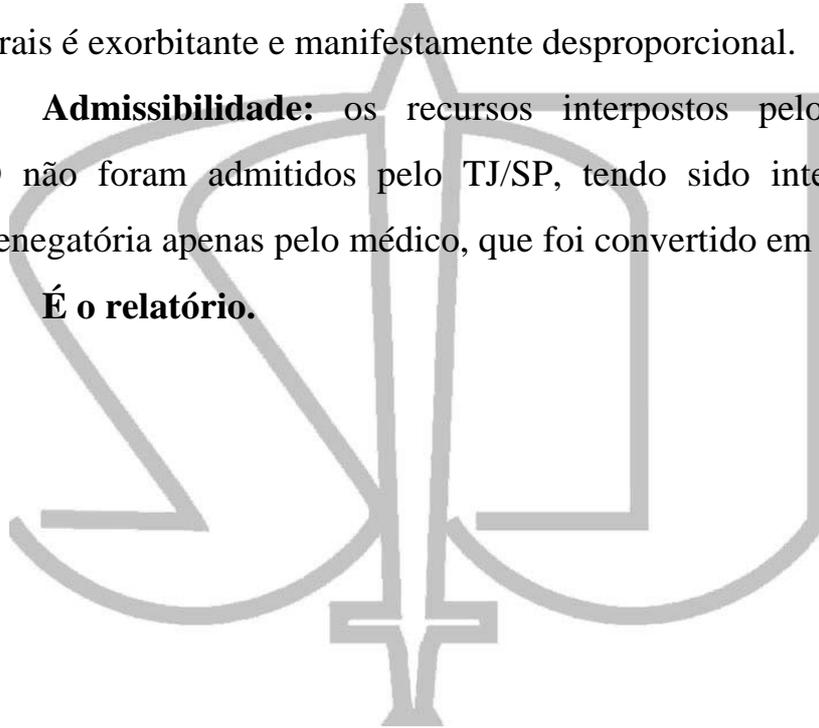
atividade de resultado, em linha contrária ao consolidado na jurisprudência do STJ que a consagra como atividade de meio.

Em relação ao dissídio jurisprudencial, aponta que o TJ/SP não analisou a extensão e o percentual que a chance perdida da paciente representou na integralidade do dano por ela suportado, conforme acórdãos paradigmas do STJ.

Por fim, afirma que o valor arbitrado a título de compensação por danos morais é exorbitante e manifestamente desproporcional.

Admissibilidade: os recursos interpostos pelo médico e pela UNIMED não foram admitidos pelo TJ/SP, tendo sido interposto agravo da decisão denegatória apenas pelo médico, que foi convertido em recurso especial.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.673.051 - SP (2016/0004865-6)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : BENJAMIM JOSE MADRID FERNANDES

**ADVOGADOS : ALESSANDRO PICCOLO ACAYABA DE TOLEDO E
OUTRO(S) - SP167922**

ROBERTA CURY KAWENCKI - MG076720

RECORRIDO : L C T S (MENOR)

REPR. POR : M D D T S

ADVOGADO : ROGERIO MORINA VAZ - SP179189

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

- Julgamento: CPC/73.

1. Da moldura fática da demanda e do propósito recursal

Em 20 de julho de 2001, M.D.D. procurou o médico ginecologista Djair Lessa, tomou conhecimento de sua gravidez e iniciou o pré-natal com a realização de diversos exames, inclusive o de toxoplasmose, cujo resultado fora negativo para aquele momento.

Com três meses de gravidez, M.D.D. passou a sentir fortes dores de cabeça, insatisfeita e descrente com os cuidados dispensados pelo médico, resolveu procurar outro profissional de sua confiança, que já havia acompanhado sua gestação anterior. Ao longo das consultas com o médico BENJAMIM JOSE MADRID FERNANDES, apesar das dores, da perda de peso e da insistência da paciente, não foram solicitados novos exames, em especial o de sorologia para toxoplasmose.

Em fevereiro de 2002, realizada ultrassonografia obstétrica, foi detectado que o perímetro craniano do feto era menor que o normal, sinal de microcefalia, para o que o médico-recorrente não teria dado a devida atenção.

Assim, a paciente defende que devido a negligência e imperícia do médico – que não teria se atentado para a necessidade de repetição do rastreamento sorológico, deixando de diagnosticar a toxoplasmose por ocasião da

gravidez e, igualmente, deixando de ministrar o tratamento correspondente – acabou por dar à luz à filha com grave comprometimento neurológico, mental e oftalmológico (microcefalia, calcificações cerebrais e cegueira), sequelas decorrentes da toxoplasmose congênita.

Com base nesses fatos, a genitora e a recém-nascida judicializaram o problema com a pretensão de receberem indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Em primeiro grau de jurisdição, o juízo julgou improcedentes os pedidos. Contudo, em grau recursal, o TJ/SP reformou a sentença para condenar solidariamente médico e operadora de plano de saúde ao pagamento de R\$ 300.000,00 a título de dano moral e a arcar com o tratamento necessário para a regular vida da menor.

Contra este entendimento, o médico interpôs recurso especial, cujo propósito consiste em verificar a ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar danos morais e indenizar danos materiais.

2. Da responsabilidade do médico por erro de diagnóstico

A complexidade em responsabilizar o médico, por equívoco em diagnóstico, foi objeto de reflexão elucidativa pelo Prof. Miguel Kfoury Neto:

A determinação da responsabilidade civil médica, decorrente de erro de diagnóstico, revela-se muito difícil, porque se adentra em um campo estritamente técnico, o que dificulta enormemente a apreciação judicial, principalmente porque não se pode admitir em termos absolutos a infalibilidade médica. Por outro lado, como veremos, condições pessoais do próprio paciente também podem determinar tais erros.

Caracteriza-se pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso. O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja, por completo, grosseiro.” (Responsabilidade Civil do Médico, 8ª ed., Revista do Tribunais - São Paulo, 2013, pags. 101/102)

No mesmo sentido, o Prof. João Monteiro de Castro destaca que “a

apreciação do erro de técnica por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência” (*In Responsabilidade Civil do Médico*, 1ª ed., Ed. Método - São Paulo, 2005. Pg. 140).

Nessa linha, é importante visualizar na controvérsia a efetiva ocorrência de um dano decorrente da culposa atuação profissional, sem a qual o dano não teria sido produzido ou, ao menos, não teria os mesmos graves contornos ilícitos.

Analisando esses fatores, o TJ/SP ponderou que “sem realizar uma investigação mais criteriosa, o médico acarretou na perda de uma chance valiosa da coautora L., uma vez que não foi realizada periodicamente durante a gravidez uma avaliação mais detalhada” (e-STJ fl. 914).

Após analisar doutrina sobre o tema, o acórdão recorrido foi incisivo ao registrar que “houve inegável conduta negligente do corréu Benjamin que realizou o pré-natal da demandante M, que, mesmo diante da propensão desta em contrair toxoplasmose, não teve a vigilância necessária com o caso” (e-STJ fl. 917).

Nota-se que a consulta com o médico representa para o paciente a legítima expectativa de que sua situação individual será avaliada em conformidade com os parâmetros consolidados dentro da medicina.

Por se tratar de tema de alta indagação e de especialidade no meio científico, cuja expertise não está ao alcance dos juristas, deve o julgador utilizar-se da prova pericial, por ser revestida de uma autoridade qualificada pelo sistema processual a auxiliar e discernir com imparcialidade se houve conduta efetivamente culposa do profissional no tratamento dispensado ao paciente.

No particular, o acórdão recorrido levou em consideração a posição do perito judicial, cujo laudo atestou que “o requerido Benjamin não lançou mão

de todos os meios disponíveis para evitar as lesões acarretadas na requerente, pois conforme já salientado, diante da constatação de falta de imunidade na mãe, deveria ter solicitado, no curso da gravidez, outros exames de sorologia (...) diante da tecnologia e dos meios atualmente disponíveis, devem ser realizados na hipótese dos autos, vários exames de sorologia durante a gravidez” (e-STJ fls. 911-912).

Relevante registrar aqui o propósito recursal do médico-recorrente, no sentido de que durante o primeiro trimestre gestacional a recorrente trabalhou em depósito de bebidas, com contato direto com um importante agente transmissor da toxoplasmose, condições de trabalho que deveriam ser informadas ao médico, mas foram omitidas, e igualmente desconsideradas no julgamento.

Este argumento, no entanto, não deve prevalecer. Supor que a paciente deixou de informar suas condições de trabalho não equivale dizer que o médico está dispensado do diagnóstico e das condutas profissionais que sua expertise lhe capacitaram para atuar no mercado de saúde.

Aceitar a tese do recorrente inverte a lógica de atenção à saúde dispensada pelo médico em favor do paciente e coloca o paciente como o centro de responsabilidade acerca das informações relevantes para um diagnóstico para o qual ele foi justamente buscar auxílio profissional. Se a descoberta de problemas de saúde depende também da colaboração do paciente isso em nada elimina a responsabilidade do profissional em atuar com diligência colhendo as informações indispensáveis ao exercício do seu ofício.

Nesse contexto, as peculiaridades dos autos permitem identificar que houve um prejuízo concreto decorrente da conduta culposa do médico, pois a paciente não teve conhecimento da toxoplasmose congênita que afetou sua filha com incontáveis sequelas.

Sobre este ponto, inclusive, o TJ/SP registrou o relato do assistente técnico da UNIMED, no sentido de ser evitável a enfermidade por meio de

“medidas alimentares e de higiene e a repetição do teste sorológico ao longo da gestação” (e-STJ fl. 912).

De igual modo, apesar da insistência da paciente diante dos problemas de saúde ocorridos durante a gestação, o médico-recorrente foi omissivo em prescrever novos exames e orientar diferentes condutas, retirando da gestante a oportunidade de exercer uma gestação saudável em benefício especialmente de sua filha, compreendidos os tempos de absoluta sensibilidade e cuidado durante a gravidez, o parto e o puerpério.

A partir desta perspectiva, percebe-se que a consequência jurídica extraída dos fatos, tal como delimitados pelo Tribunal de origem, é irretocável e deve ser mantida, sobretudo porque perfectibilizados os requisitos da responsabilidade subjetiva do profissional liberal.

3. Da compensação por dano moral

No que concerne a aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso concreto, observa-se que, muito embora a ementa do acórdão mencione sua aplicação, no corpo do acórdão só há uma referência à fl. 914 da expressão "perda da chance", sem contudo ter o Tribunal de origem feito a fundamentação necessária e adequada do instituto.

O uso da expressão "perda de uma chance" no contexto do acórdão permite que se conclua que esta expressão foi usada apenas no sentido léxico à vista da ausência, repita-se, da adequada e necessária fundamentação.

Importante ressaltar, neste contexto, que tampouco a petição inicial requer a aplicação da referida teoria, não distinguindo em nenhum momento na formulação do pedido o isolamento do valor do dano moral para cada uma das autoras e a sua eventual majoração pela perda da chance. Aliás, não há na inicial e tampouco no voto a especificação de qual das duas foi vítima da perda da chance, se a mãe (por causa da ausência do tratamento adequado) ou a criança (por causa

do cerceamento da vida normal).

Por esta razão, deixo de aplicar a teoria da perda de uma chance para fixar o valor dos danos morais de forma conjunta das duas autoras, ora recorridas.

A jurisprudência desta Corte orienta que apenas em hipóteses excepcionais, em que configurado flagrante exagero ou irrisoriedade da quantia arbitrada a título de compensação por danos morais pelas instâncias ordinárias, o recurso especial seria a via adequada para nova fixação excepcional.

Naturalmente, a dor e o sofrimento capazes de gerar efetivo dano moral não são comparáveis a situações experienciadas por outras pessoas em outras circunstâncias. Entretanto, é indispensável haver o máximo possível de uniformização no arbitramento de compensação por danos morais, sempre em atenção às peculiaridades que individualizam as situações de aguda aflição psicofísica das vítimas.

No particular, após refletir sobre a presente controvérsia, sobressai a flagrante exorbitância do valor de R\$ 300.000,00 fixado pelo TJ/SP, sobretudo quando consideradas todas as atualizações incidentes sobre a quantia.

A conduta culposa do médico-recorrente produziu danos para a genitora e para a recém-nascida, pois, a um só tempo, retirou da genitora a consciência de um problema de saúde gravíssimo para o período gravídico - capaz de influenciar sua conduta e seu modo de ser e viver na gestação - e produziu para a bebê um resultado indiscutivelmente doloroso, ante o nascimento com deficiências cognitivas e oftalmológicas irreversíveis.

A narrativa da experiência vivida pela genitora me fez lembrar do dardo penetrante enviado pelas "Ilítias, deusas do parto, filhas de Hera e senhoras de dores amargas", a que faz referência a épica *Ilíada* de Homero (Trad. de Frederico Lourenço. São Paulo, Penguin: 2013, p. 344), para reafirmar o que já foi dito, e com razão, no sentido de que os danos morais são apenas compensados, mas jamais reparados, pois insuficientes a devolver a vítima ao *statu quo ante*.

Por outro lado, não se pode olvidar que está registrado pelo acórdão recorrido o dever de reparação pelos danos materiais, estando compreendidos neste capítulo: “todos os tratamentos que a demandante L. necessite para suas deficiências aqui referidas sejam amenizadas, como consultas mensais com neuropediatra e médico infectologista, sessões de terapia ocupacional para estímulo da visão, terapia para coordenação motora, hidroterapia e escola pedagógica especial. Tudo enquanto houve prescrição médica para tanto e que, relacionado com os fatos aqui tratados, seja necessário para a regular vida da requerente L.” (e-STJ fl.920)

Considerando, desse modo, as peculiaridades concretas da demanda, e sem deixar de me sensibilizar com a dor e sofrimento das recorridas (mãe e filha), deve ser reduzido o valor da compensação por danos morais para R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Os juros de mora devem correr a partir da citação, por se tratar de responsabilidade civil contratual e a correção monetária deve ser contada a partir da data de julgamento do presente recurso.

Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais para R\$ 100.000,00, corrigidos a partir da sessão de julgamento (05/06/2018) e com juros desde a citação válida. Mantida a sucumbência fixada pelo acórdão recorrido, em 15% sobre o valor da condenação (e-STJ fl. 920).

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2016/0004865-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.673.051 / SP

Números Origem: 00945479120078260000 945479120078260000

PAUTA: 05/06/2018

JULGADO: 05/06/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA IRANEIDE OLINDA SANTORO FACCHINI**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BENJAMIM JOSE MADRID FERNANDES

ADVOGADO : ALESSANDRO PICCOLO ACAYABA DE TOLEDO E OUTRO(S) - SP167922

RECORRIDO : L C T S (MENOR)

REPR. POR : M D D T S

ADVOGADO : ROGERIO MORINA VAZ - SP179189

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **ROBERTA CURY KAWENCKI**, pela parte RECORRENTE: BENJAMIM JOSE MADRID FERNANDES

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, conheceu do recurso especial e deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente) e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.