

**Indenização - Dano moral - Exame de translucência nucal - Diagnóstico não conclusivo - Erro de diagnóstico - Inexistência - Clínica de imagem - Responsabilidade objetiva - Lei nº 8.078/90 - Falha na prestação do serviço - Ausência de prova - Médico - Responsabilidade subjetiva - Ato lesivo - Dano - Ausência de nexo causal - Diagnóstico preciso - Necessidade de outros exames - Desídia do paciente - Dever de indenizar - Ausência**

Ementa: Apelação cível. Prescrição. Preclusão. Responsabilidade civil. Clínica de imagem. Médica. Translucência nucal. Síndrome de Down.

- Embora a prescrição seja matéria de ordem pública, analisada em decisão contra a qual não foi interposto nenhum recurso, faz coisa julgada, impedindo a reapreciação do tema em segundo grau de jurisdição.

- Enquanto a responsabilidade das clínicas médicas, a partir da vigência da Lei nº 8.078/90, passou a ser objetiva, levando em conta que são fornecedores de serviços, a do médico é subjetiva, sendo imprescindível para sua caracterização a comprovação do nexo de causalidade e da culpa.

- O exame de translucência nugal não é específico para o diagnóstico da síndrome de Down, pois apenas aponta para um maior ou menor risco da alteração cromossômica. Assim, mesmo verificada medida menor do que 2,5 mm, existe a possibilidade de o bebê possuir a síndrome, mostrando-se inviável a responsabilização da clínica ou da médica que realizou o exame, mormente porquanto a responsabilidade pela interpretação do resultado é da médica assistente da gestante, que requereu a ultrassonografia.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.09.565027-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: E.M.F.B. - Apelados: Centro Médico de Diagnóstico e Tratamento e outro, A.M.R.M. - Relator: DES. ESTÊVÃO LUCCHESI**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2014. - Estêvão Lucchesi - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. ESTÊVÃO LUCCHESI - Cuida-se de ação de indenização por danos morais proposta por E.M.F.B. em desfavor de Centro Médico de Diagnóstico e Tratamento e A.M.R.M. Na inicial, a autora alega que fez exame de ultrassonografia na clínica ré, tendo sido atendida pela médica segunda requerida, que, questionada acerca das condições do feto, notadamente sobre a possibilidade de nascimento de criança com síndrome de Down, respondeu que tudo corria bem e que os bebês eram perfeitos.

No entanto, após o nascimento, verificou-se que uma das crianças possuía síndrome de Down, situação ensejadora de reparação por dano moral pela má prestação do serviço, pois a autora não teve tempo de se preparar para receber uma criança especial.

Alega que o resultado foi errôneo ao não constatar a síndrome, bem como não ter sido alertada quanto a possíveis erros e falhas no referido exame.

Após regular tramitação do feito, proferiu-se sentença julgando improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que o exame abarca margem de erro.

Inconformada, a autora aviou recurso de apelação, discorrendo sobre a má prestação do serviço e sobre a

ausência de informação concernente à imprevisão do exame. Reitera a alegação de que questionou a médica sobre a saúde dos bebês, tendo esta lhe respondido que não havia nenhum problema. Assevera que o exame deveria fazer clara menção quanto a sua margem de erro, situação não verificada na espécie. Discorre sobre a responsabilidade objetiva da clínica em relação ao erro de diagnóstico. Requer a condenação das rés em indenização por dano moral.

Contrarrazões às f. 258/264.

Relatei.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Prejudicial de mérito - prescrição.

Extrai-se dos autos ter sido a prejudicial de prescrição rejeitada em despacho saneador proferido às f. 136 e que transitou livremente em julgado.

Assim, a questão se encontra preclusa e não pode ser novamente apreciada pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, confira-se:

Apelação cível. Ação de rescisão de contrato. Agravo retido. Não conhecimento. Preclusão. Legitimidade passiva configurada. Compra e venda de imóvel. Descumprimento comprovado. Rescisão. Possibilidade. Restituição das partes ao *status quo ante*. Perdas e danos. Não comprovação. Danos morais não configurados. Litigância de má fé. Não ocorrência. Situação que não se enquadra no disposto do art. 17 do CPC. - Sendo o agravo retido interposto contra despacho sem conteúdo decisório, que apenas determinou a intimação das partes para especificação de provas, não há como conhecê-lo. *Sendo a preliminar de coisa julgada e a prejudicial de mérito de prescrição devidamente analisadas e afastadas pelo julgador singular no saneador, decorrendo o prazo sem que a parte tivesse oportunamente se insurgido, interpondo o recurso cabível, resta impossibilitada a reapreciação no presente estágio processual, ainda que se trate de matérias de ordem pública. [...]* (Apelação Cível nº 1.0024.07.566676-8/001, Relator Des. Valdez Leite Machado, 14ª Câmara Cível, j. em 18.04.2013, p. em 26.04.2013) (grifamos).

Com essas considerações, rejeito a prejudicial de mérito de prescrição.

Mérito.

*Data venia*, no caso em tela, não merece qualquer reparo a decisão atacada, uma vez que inócua o defeito na prestação de serviço ou o erro de diagnóstico pelos apelados, consoante as razões a seguir alinhadas.

Inicialmente, destaque-se que a responsabilidade dos hospitais e clínicas médicas, a partir da vigência da Lei nº 8.078/90, passou a ser objetiva, levando em conta que são fornecedores de serviços, devendo, assim, responder independentemente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor.

A propósito do tema, preleciona Sergio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*, 5. ed., 2ª tiragem, p. 382):

Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes. [...]

É o que o Código chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrente de um defeito do serviço.

Essa responsabilidade, como se constata do próprio texto legal, tem por fundamento ou fato gerador o defeito do serviço, que, fornecido ao mercado, vem dar causa a um acidente de consumo. 'O serviço é defeituoso, diz o § 1º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido'.

Trata-se, como se vê, de uma garantia de que o serviço será fornecido ao consumidor sem defeito, de sorte que, ocorrido o acidente de consumo, não se discute culpa; o fornecedor responde por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito.

Segue o mestre, à f. 383, dizendo:

E mais, será absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se esse defeito era previsível ou evitável. Em face do fato do serviço, o defeito é presumido porque o Código diz - art. 14, § 3º, I - que o fornecedor só excluirá a sua responsabilidade se provar - ônus seu - que o defeito inexistente, vale dizer, que o acidente não teve por causa um defeito do serviço.

Logo, tal responsabilidade é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito na prestação do serviço ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, *ex vi* do art. 14, § 3º, do CDC.

Por outro lado, a responsabilidade civil do médico é subjetiva. Para sua caracterização, imprescindível a comprovação do nexo de causalidade entre o ato lesivo e a culpa em qualquer de suas modalidades.

Assim, a responsabilidade civil do médico é aquela resultante do seu dever de reparar os danos causados aos pacientes, no exercício da profissão. Nas palavras de Rui Stoco:

Vemos, portanto, que o direito civil pátrio abraçou totalmente a teoria da culpa no que diz respeito à responsabilidade médica. Sendo assim, terá a vítima do dano que provar a imprudência, a negligência e a imperícia do profissional para ser plenamente ressarcida. [...] a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária e normal dessa profissão para o melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 172-175).

Sobre a matéria, importante citar também a lição de Maria Helena Diniz:

[...] Não resultando provadas a imprudência ou imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em Medicina, em virtude mesmo da presunção de capacidade pelo diploma obtido após provas regulamentares (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 8. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 7, p. 203).

Pois bem.

Na espécie, não restou comprovada a falha na prestação do serviço pela clínica e nem a responsabilidade da médica que realizou o exame.

A autora, a pedido de sua médica assistente, Dra. Rosely Bianco, dirigiu-se à clínica (primeira ré) para realizar uma ultrassonografia obstétrica, exame genérico das condições da gestação, conforme se vê do resultado de f. 18, assinado pela médica (segunda ré).

No referido exame, realizou-se a medição da circunferência nugal dos fetos, denominada de 'translucência nugal', encontrando em ambos a medida de 1,5 mm.

O documento de f. 88 explica tratar-se de exame genérico, que apenas define o risco ou não do diagnóstico, senão vejamos:

A translucência nugal (ou TN) é uma medida realizada na região da nuca do feto. Esta medida ajuda a estimar o risco do feto ter algumas doenças, entre elas a Síndrome de Down e as cardiopatias congênitas.

[...]

A medida da translucência nugal não é um teste de diagnóstico, ela apenas define qual grupo tem alto ou baixo risco. Para diagnosticar se o feto tem, por exemplo, a Síndrome de Down, deverá ser realizada uma biópsia de vilosidades coriônicas ou amniocentese [...] (f. 88/90) (grifamos).

É nessa linha que, ainda que o exame verifique características normais ou anormais da medida, nem uma e nem outra podem gerar a conclusão, firme, no sentido da ocorrência ou não da síndrome. Confira-se:

Lembre-se sempre que o exame avalia apenas o risco e não faz o diagnóstico. Isto significa que um exame 'normal' não garante que o bebê é normal, apenas significa que o risco para a síndrome de Down é baixo. Da mesma forma um exame 'alterado' informa que o risco é alto, porém mesmo quanto a translucência nugal está aumentada encontramos fetos normais (f. 90) (grifamos).

No mesmo sentido:

Aproximadamente 75% dos fetos portadores da síndrome de Down (trissomia do 21) possuem a translucência nugal aumentada. Portanto a translucência nugal de espessura normal (abaixo de 2,5 mm de espessura) não exclui a possibilidade de síndromes fetais (f. 62) (grifamos).

E, ainda, corroborando:

Por outro lado, alguns bebês com Síndrome de Down ou outras alterações cromossômicas podem apresentar translucência nugal normal. Assim, deve ficar claro que a translucência nugal aumentada requer o diagnóstico pré-natal, mas que mesmo uma medida abaixo de 2 mm nunca pode

dispensar o diagnóstico genético pré-natal se já existe qualquer outro fator de risco, como a idade materna acima dos 35 anos, cromossomopatia em gravidez anterior, alteração cromossômica no casal etc. Em suma, a translucência nucal aumentada é um alerta do problema, mas o fato de a medida estar nos limites normais não deve ser interpretado como ausência de risco (f. 67/68).

Ora, tratando-se de exame não conclusivo, afasta-se a alegação de erro no diagnóstico, valendo ressaltar que os artigos médicos juntados aos autos são todos na mesma linha.

Nesse passo, precisa a observação de Hamid Charif Bdine Júnior de que “os laboratórios não terão responsabilidade indenizatória, pela imprecisão do resultado, quando a ciência e seus elementos disponíveis não permitirem a certeza a que se visa” (BDINE JÚNIOR, Hamid Charif. Responsabilidade pelo diagnóstico. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord). *Responsabilidade civil na área da saúde*. Ed. Saraiva, Série GVlaw, 2007, p. 103).

Ademais, conforme fartamente demonstrado nos autos e em pesquisa a diversos artigos médicos sobre o tema, essa medição não é o exame específico utilizado para a aferição de síndrome de Down, sendo certo que alguns exames associados podem indicar risco maior da síndrome.

Em artigo apresentado pela própria autora, essa questão é esclarecida, senão vejamos:

TN não deve substituir os exames séricos de segundo trimestre até que maiores comparações da *performance* destas duas técnicas estejam disponíveis. O *screening* sérico deve ser recomendado mesmo que a TN revele um baixo risco de S. de Down. Até que os dois testes possam ser integrados de maneira a oferecer uma estimativa de risco única, é importante esclarecer às mulheres que uma sequência de *screenings* resulta em um risco cumulativo aumentado de falso-positivo. Isto pode gerar um aumento do número de testes invasivos e, conseqüentemente, maior perda de fetos normais (f. 132).

Seguindo essas pegadas:

A ultrassonografia genética do segundo trimestre, após o rastreamento combinado do primeiro trimestre, pode aumentar a detecção de trissomia do 21, às custas do aumento das taxas de rastreamento positivo (f. 102) (grifamos).

No caso, ao que parece, a apelante realizou apenas um exame, não cuidando de demonstrar sua diligência no sentido de investigar com afinco a possibilidade de existência da síndrome que lhe afligia, de forma que agora não pode imputar sua desídia aos apelados.

Noutro passo, importante observar que a médica ré foi responsável exclusivamente por realizar o exame, a pedido da médica assistente da autora (Dra. Rosely Bianco), sendo certo que o responsável pela interpretação do resultado obtido na ultrassonografia é o profissional que acompanha a gestante, conhece seu histórico e tem acesso aos demais exames.

Tratando-se, portanto, de uma obrigação na qual se presta um serviço médico com a utilização do conhecimento técnico e dos recursos disponíveis para a realização do exame, não demonstrada a falta de perícia ou imprudência da médica ou da clínica na realização dos procedimentos, não há como responsabilizá-las.

Com efeito, não há qualquer evidência de culpa das recorridas ao longo do procedimento a que foi submetida a autora. Assim, não evidenciada a ilicitude decorrente de um ato contrário ao direito exercido por imprudência, imperícia ou negligência com causação de dano a alguém (art. 186 do CC), tratando-se, na origem, de análise de hipótese de ilicitude a partir de uma obrigação de meio a ser observada pelas demandadas, cumpre se afastar a pretensão indenizatória exposta na inicial.

Outrossim, a prova produzida nos autos não conseguiu demonstrar a ocorrência donexo causal. É que o nexode causalidade restou inconclusivo, não restando evidenciado sequer um diagnóstico clínico preciso, pois, na verdade, o exame não fez qualquer referência negativa ou positiva a respeito da síndrome de Down, se limitando a apresentar as características verificadas na gestação.

Evidencia-se, portanto, a incoerência de nexode causalidade entre o procedimento realizado e o supostodano sofrido, circunstância jurídica, por consequência, suficiente a afastar a pretensão reparatória.

Nesse sentido alinham-se os seguintes julgados:

Responsabilidade civil. Dano material e moral. Exame laboratorial. Defeito na prestação do serviço. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Art. 14, §3º, Lei nº 8.078/90. Erro na conclusão do diagnóstico. Inocorrência. I - O juiz é o destinatário da prova, cabendo a ele avaliar a necessidade de outros elementos para formar seu convencimento. Ao entender que a lide está em condições de julgamento, sem dilação probatória, a prolação da sentença constitui obrigação. II - O art. 14, §3º, da Lei nº 8.078/90 regula hipótese de inversão do ônus da prova, incumbindo ao prestador de serviço provar a excludente de sua responsabilidade. III - Se o réu logrou êxito em provar a inexistência de defeito na prestação do serviço, a excludente de sua responsabilidade está configurada. IV - Negou-se provimento ao recurso (TJDFT. Apelação Cível 20060110123899, Relator Des. José Divino de Oliveira, j. em 11.05.2011).

Responsabilidade civil. Estudo citogenético. Gestação. Amniocentese. Alteração cromossômica no feto. Alegada anomalia não confirmada no nascimento. Danos morais. Ausência de erro. - Não obstante o incontestável sofrimento dos autores à vista do resultado do exame efetivado, que atestava anomalia genética, compatível com síndrome de Down, conclusão extraída à vista dos cromossomos estampados, do fato não resulta responsabilidade do laboratório, ou médica responsável, haja vista que não se evidenciou erro na análise. Com efeito, o exame foi corretamente realizado e suas conclusões foram roboradas pela prova pericial, mormente porque, como destacado na perícia, a interpretação, orientação e solicitação de maiores investigações competia ao médico que acompanhava a gestação, sendo incontestado que o exame foi solicitado pelo profissional que atendia a gestante. O que se viu da prova pericial e que certamente era e é desconhecido pelos leigos, é que a alteração cromos-

sômica não induz necessariamente às alterações físicas e mentais que comumente acompanham e fisicamente identificam os portadores da síndrome de Down, tanto que, como destacado pela perita, muitos são os portadores de alterações que nunca serão conhecidas ou poderão vir a ser apenas em casos de investigação genética, algumas vezes refletidas apenas em dificuldades reprodutivas. E o grau da alteração evidenciada como mosaïcismo demandava a realização de exames complementares. Ausente erro, não há falar em responsabilidade civil. Apelação desprovida (Apelação Cível nº 70030931901, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora Des.ª Marilene Bonzanini, j. em 20.01.2010).

Assim, o exame de ultrassom, bem como os demais exames de imagem, não constitui prova inconteste para se firmar diagnóstico, devendo ser sempre avaliado em conjunto com demais exames, sejam eles físicos, clínicos

ou laboratoriais e, principalmente, à luz da avaliação clínica do médico que assiste o paciente.

Com essas considerações, rejeito a prejudicial de mérito de prescrição e nego provimento ao recurso, ratificando a sentença de lavra da Juíza de Direito Ivone Campos Guillarducci Cerqueira.

Custas recursais, pela apelante, suspensa a exigibilidade nos termos da Lei nº 1.060/50.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCO AURELIO FERENZINI e VALDEZ LEITE MACHADO.

*Súmula* - REJEITARAM A PREJUDICIAL DE MÉRITO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...