*RESPONSABILIDADE DO ESTADO — INFECÇÃO HOSPITALAR — CASO FORTUITO**

— A infecção hospitalar contraída durante ato cirúrgico, sendo caso fortuito e não força maior, está incluída no âmbito de risco da atividade do Estado e não exclui o nexo de causalidade, especialmente em face da "cláusula de incolumidade".

— Sucumbindo o autor em parte considerável do pedido, impõe-se o reconhecimento da sucumbência recíproca e a conseqüente compensação de honorários (artigo 21, "caput" do CPC).

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
Apelação Cível n. 21.593-0/RS

Apelantes: Alexandre Campos Gonçalves
União Federal
Apelados: Os mesmos
Relator: Juiz José Germano da Silva

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *por unanimidade, negar provimento à apelação da União Federal e por maioria, negar provimento à apelação do autor*, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 3 de dezembro de 1996 (data do julgamento).

Juiz José Germano da Silva, Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária de indenização ajuizada contra a União Federal em que se pleiteia dano moral (artigo 1.538, § 1º do Código Civil), tratamento médico e prótese, bem como pensão vitalícia — face à redução

* Ver, sobre o caso, parecer da Procuradoria Regional da República 4ª Região, neste volume.

da capacidade laborativa (artigo 1.539 do Código Civil). Postula ainda a condenação da ré em despesas judiciais e honorários advocatícios no percentual de 20% sobre o valor da condenação.

Sustenta o autor que ao ser submetido a exames médicos para ingresso na Marinha (da qual seu pai é militar reformado), para prestar serviço militar obrigatório, foi constatada a existência de um pequeno defeito estético na sua perna esquerda, denominado "genu valgo", que o levou, por indicação dos médicos que o examinaram, a sujeitar-se a cirurgia corretiva no Hospital da Base Aérea da Canoas, em 04 de outubro de 1988, na condição de dependente de seu progenitor. Alega que logo após a cirurgia começou a sentir dores muito fortes no local da incisão, o que fez com que os médicos abrissem a tala de gesso, sem no entanto, segundo informou o cirurgião responsável, terem constatado qualquer anormalidade. Que a partir do terceiro dia pós-operatório iniciou-se um processo infeccioso, ocasião em que passaram a ministrar-lhe antibióticos e que, já no dia 11 do mesmo mês, como os medicamentos não produziram uma resposta satisfatória, foi submetido a uma fasciotomia, oportunidade em foi diagnosticado, inclusive por exames bacteriológicos, a existência de gangrena gasosa ("clostridium perfringens"). Em vista da gravidade do mal, foi reconduzido ao centro cirúrgico e teve parte de sua perna amputada. No dia seguinte (12.10), como além de não ter apresentado melhora no seu estado geral e ter sido constatada a presença de novas áreas de necrópsia, foi submetido a outra cirurgia para amputação do membro, como única alternativa para evitar a morte. Aduz ainda que, inobstante a realização de tal procedimento cirúrgico, a gangrena não foi estancada, o que resultou em sua transferência (em vôo especial da própria Base Aérea) para o Hospital Naval Marcílio Dias, na cidade do Rio de Janeiro, uma vez que lá existe uma das poucas Câmaras Hiperbáricas do Brasil. Naquele nosocômio, embora o estado gangrenoso tenha sido controlado, ainda foi necessária a amputação da parte restante do membro infectado, sobrando-lhe tão-somente um coto.

Alega o autor, portanto, que face à amputação do seu membro inferior esquerdo, teve reduzida sua capacidade laborativa e em conseqüência seus ganhos profissionais; limitada sua vida esportiva, familiar e social (inclusive relacionamentos afetivos), bem como sua própria mobilidade ficou comprometida e a aparência estética prejudicada. Postula, em conseqüência, com fundamento na responsabilidade objetiva, dano moral, tratamento médico sempre que se fizer necessário, prótese de titâneo, pensão vitalícia e demais cominações legais. A assistência judiciária gratuita requerida lhe foi deferida.

Contestando a ação, a União Federal, em preliminar, denuncia da lide ao médico-cirurgião, Tenente-Coronel Acir Júlio Mangoni, responsável pela primeira cirurgia realizada no autor. No mérito, sustenta (1) ser indevido o pedido de pensão vitalícia pela Marinha, porquanto o autor nem chegou a ingressar nos seus quadros; que (2) o autor já faz jus ao tratamento médico e à prótese requerida, por ser dependente de militar (seu progenitor) e (3) que é excessivo o valor do dano moral postulado. Propugna a condenação do denunciado da lide (acaso provada a sua culpa) e a improcedência da demanda.

O denunciado da lide manifestando seu desinteresse em intervir no feito, ao argumento da falta de responsabilidade pelo evento, uma vez que decorrente de infecção hospitalar, da qual o autor tinha conhecimento dos riscos de sua eventual ocorrência, encaminhou essa informação à União Federal que fez a sua juntada aos autos.

Após, foi realizada perícia médica que concluiu pela inexistência de erro médico (os procedimentos adotados foram os corretos), e afirmou que a contaminação ocorreu durante o ato cirúrgico, sendo este caso uma fatalidade. Houve manifestação das partes e os autos foram conclusos para sentença.

A MM. Juíza "a quo", após rejeitar a denunciação da lide porque ela se operou com base na responsabilidade subjetiva de terceiro, hipótese não consagrada no artigo 70 do CPC, julgou procedente a ação com fundamento na responsabilidade objetiva do Estado — danos causados a paciente que se interna

em um de seus hospitais (atividades hospitalares) — visto ser patente o nexo de causalidade entre a intervenção cirúrgica e a perda do membro objeto da cirurgia. Condenou a União ao pagamento de R$ 50.000,00 (equivalente na data da sentença a 500 salários mínimos) a título de danos morais, que deverão ser atualizados pelos indexadores oficiais e de pensão mensal vitalícia no valor de um salário mínimo, a contar da citação. Julgou improcedente a pretensão do autor no que tange ao pedido de (1) tratamento médico, ao argumento de que, enquanto dependente do pai — militar aposentado da Marinha tem direito à assistência médica diferenciada e perdendo essa condição, deverá submeter-se ao SUS e (2) à concessão de prótese de titaneo, tendo em vista que o laudo pericial concluiu que a utilizada pelo autor (conforme descrição feita pelo próprio) é a indicada para o caso. Face à sucumbência recíproca deixou de condenar as partes em honorários advocatícios.

Inconformado com a sentença, o autor interpõe recurso de apelação, propugnando a sua reforma. Requer a majoração do valor arbitrado a título de danos morais; a determinação que o índice a ser aplicado na correção monetária da quantia a ser paga por danos morais seja o da caderneta de poupança, com incidência de juros moratórios; bem como a fixação do valor da pensão mensal vitalícia em 20 salários mínimos, ao invés daquele concedido pela sentença recorrida (um salário mínimo); a condenação da União na prestação de assistência médica diferenciada, e não aquela prestada pelo SUS; e o arbitramento de honorários advocatícios no percentual de 20% sobre o valor da condenação a serem pagos pela União Federal, uma vez que pelo fato *"de ter a decisão arbitrado o valor do dano aquém do pedido, não implica em sucumbência por parte do autor, já que o valor dado na inicial é meramente exemplificativo e sujeita-se a arbitramento judicial (fl.* 280).

Por sua vez, a União em seu recurso de apelação, requer a reforma do "decisum", argüindo para tanto que a sentença é nula, porquanto a pretensão deduzida pelo autor na vestibular é embasada na existência de culpa (responsabilidade subjetiva do Estado e seus agentes) e a ação foi julgada procedente com fundamento na configuração da responsabilidade objetiva, que é incabível a indenização por danos morais em face da inexistência de qualquer responsabilidade estatal (falta de nexo causal) e que em decorrência, não é devido ao autor o pagamento de pensão mensal vitalícia.

E o relatório.

À revisão.

Juiz JOSÉ GERMANO DA SILVA, Relator

VOTO

Prefacialmente, merece ser rejeitada a preliminar de nulidade argüida pela União Federal por infringência ao artigo 460 do Código de Processo Civil. É que a petição inicial, ainda que tenha dado maior ênfase à culpa dos agentes do Estado, também exerce a pretensão com base na responsabilidade objetiva da Administração. Ademais, não há falar em deferimento na sentença de pedido diverso daquele formulado pelo autor, porque a decisão fustigada deferiu indenização e pensão vitalícia, enquanto a vestibular requereu tais itens e ainda tratamento médico e prótese. Portanto, a sentença julgou apenas parcialmente procedente o pedido, mas não deferiu parcelas de natureza diversa daquelas que foram solicitadas.

Quanto ao mérito, a sentença da MM. Juíza Helena Delgado Ramos merece confirmação, por seus próprios fundamentos. Entretanto, há um aspecto neste caso que, pela sua complexidade, merece mais algumas considerações: é a questão da existência do nexo de causalidade, em face à ocorrência de caso fortuito.

A perícia realizada afirma categoricamente que não houve culpa dos agentes do Estado em nenhum momento da assistência que foi prestada ao autor, bem como que a infecção hospitalar que determinou a perda de sua perna foi uma fatalidade:

"3) Qual o tipo de complicação pós-operatória que se verificou e quais seus prováveis motivos?

RESPOSTA: Infecção cirúrgica com gangrena gasosa causada pelo germe "clostridium perfringens" O motivo foi a infecção hospitalar transoperatória.

4) O Tratamento que se seguiu era o indicado?

RESPOSTA: Sim. a conduta após verificada a infecção foi correta.

5) Fazia-se necessária nova intervenção cirúrgica?

RESPOSTA: Dentro do quadro? todas as cirurgias foram necessárias.

6) A nova operação era a adequada para o quadro clínico de então?

RESPOSTA: Sim Havia indicação para as drenagens e fasciotomias realizadas, mas como não houve melhora do quadro e se havia risco de septicemia também havia indicação para a posterior amputação.

7) Havia necessidade de uma terceira operação?

RESPOSTA: Sim.

8) A terceira operação foi a adequada para o quadro clínico?

RESPOSTA: Nesta época o paciente estava no Rio de Janeiro e era preciso fechar o coto que estava aberto. A conduta foi reduzir a parte óssea para ter músculo para o fechamento

9) Qual a taxa de infecção hospitalar registrada no Hospital da Aeronáutica de Canoas no ano de 1988?

RESPOSTA: Conforme documento incluso, não chegou a 1%.

10) Qual a taxa média de infecção hospitalar verificada nos nosocômios brasileiros nos últimos 3 anos?

RESPOSTA: Não tenho dados para a resposta.

11) Qual a probabilidade de risco de ocorrer gangrena gasosa em pós-operatório de *genu valgo*?

RESPOSTA: É de zero por cento. Este caso foi uma fatalidade.

12) O Hospital da Aeronáutica de Canoas está devidamente aparelhado para a realização de tal cirurgia?

RESPOSTA: Sim, conforme dados constantes no processo.

13) Os prontuários juntados aos autos denotam que o Autor recebeu acompanhamento pós-operatório satisfatório quanto à freqüência?

RESPOSTA: Sim.

14) Denuncie quaisquer outros dados que repute úteis ao deslinde da controvérsia.

RESPOSTA: Nada a acrescentar" (fl. 204/206)

Então, a questão que se coloca é: em face da ausência de culpa da União e da ocorrência de uma fatalidade no curso causal dos acontecimentos, não teria sido rompido o nexo de causalidade entre o comportamento dos agentes estatais e o resultado danoso? A sentença resolveu a questão negativamente, afirmando a permanência do vínculo causal.

Se o caso fosse de responsabilidade civil não haveria dúvida porque tanto o caso fortuito como a força maior isentam de responsabilidade, a teor do que dispõe o artigo 1.058 do Código Civil que, em seu parágrafo único equipara os dois fenômenos ao referir que "o *caso fortuito ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*".

Os conceitos de caso fortuito e força maior não se constituem em questão pacífica na doutrina. Alguns conceituam caso fortuito de forma diferente da força maior, ainda que não vejam importância prática na distinção, em face de atribuírem a ambos o mesmo efeito exoneratório, isto é, o efeito de romper o nexo de causalidade dos acontecimentos. Mesmo em se tratando de responsabilidade civil, como refere o professor CARLOS ALBERTO DABUS MALUF, da Faculdade de Direito da USP, citando JOSSERAND, é importante a distinção entre um e outro acontecimento, porque no caso fortuito, por vezes, pode haver obrigação de indenizar, sendo que a principal distinção entre as duas noções é a exterioridade:

"Para JOSSERAND a distinção entre força maior e caso fortuito teria uma real utilidade prática indicando aquela expressão os eventos exclusivos de toda a responsabilidade, mesmo objetiva. A força maior nos pareceria, assim, como o campo delimitado da não-responsabilidade; o caso de força maior seria toda circunstância insuscetível de acarretar jamais,

por si mesma, uma responsabilidade qualquer para com a vítima do prejuízo, enquanto que o caso fortuito poderia, por vezes, dar lugar à reparação civil.

A exterioridade seria ainda o característico distintivo entre as duas noções; mas esta exterioridade nada teria de material, sendo ao contrário, puramente jurídica e intelectual. Decorreria da falta de conexidade racional entre o fato prejudicial e o meio organismo, ou a empresa, no qual aquele se houvesse verificado, estando entendido que aquela não seria necessariamente exclusiva da culpa, sempre geradora de responsabilidade quando ocorresse, de acordo com o direito comum tradicional.

A distinção que modernamente a doutrina vem estabelecendo, aquela que tem efeitos práticos e que já vai se introduzindo em algumas leis, é que que vê no caso fortuito uma impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa enquanto que a força maior é um acontecimento externo. Tal distinção permite estabelecer uma diversidade de tratamento para o devedor, consoante o fundamento da sua responsabilidade."

(*in* Revista Forense, vol. 258, nº 886/888, págs. 165/166).

Por outro lado o professor HELENO TAVEIRA TORRES observa, em artigo denominado "O Princípio da Responsabilidade Objetiva do Estado e a Teoria do Risco Administrativo", que na verificação da cadeia causal deve-se utilizar o mesmo método do direito penal do procedimento hipotético de eliminação de THYRÉN, que consagra a doutrina da "conditio sine qua non":

"Para tanto, pode-se, com toda idoneidade, utilizar o método penalístico do *procedimento hipotético de eliminação* de Thyrén, pelo qual é possível relacionar uma causa a uma conseqüência, quando, toda vez que se suprime mentalmente um elemento, pode vir a resultar na inexistência da conseqüência danosa, tal como ocorreu. Assim, a conduta estatal deve ser *conditio sine qua non* para configurar a sua responsabilização". (in Resista de Informação Legislativa, volume 126, pág. 231/241).

Ocorre que, na esfera penal, existe o parágrafo 1º do artigo 13 do Código Penal, que dispõe que a causa relativamente independente exclui a responsabilidade quando, por si só, produziu o resultado. É que, aí, há o rompimento da cadeia causal, mesmo sendo relativamente independente a causa superveniente. O mesmo ocorre, é evidente, se a causa superveniente é absolutamente independente vale dizer, não tem qualquer vinculação com o desenrolar anterior dos fatos.

Entretanto, aqui não se trata nem de responsabilidade civil e tampouco de responsabilidade criminal, ainda que se possa tomar emprestado do direito penal o arcabouço lógico relativo à causalidade. Especificamente sobre o caso fortuito no direito administrativo, é muito esclarecedor o verbete de JOSÉ CRETELLA JUNIOR, publicado na Enciclopédia Saraiva do Direito, sobre caso fortuito, onde ressalta a distinção entre ele e a força maior, bem como a completa exterioridade desta em relação aos acontecimentos:

"Acidente determinado por causa desconhecida e que pode refletir-se no equilíbrio ou equação financeira do contrato. No caso fortuito, há sempre o acidente que produz o dano. Procuram os autores fazer distinção entre *força maior* e *caso fortuito*. "Acidente danoso" é o "gênero próximo" entre *a força maior* e o *caso fortuito,* mas ao passo que, no primeiro caso, a causa é *conhecida* (fato da natureza, como, p ex. raio que provoca incêndio, vulcão que soterra lugares, sismo que abala casas, inundação que danifica produtos), no segundo caso, a causa é *desconhecida* ("incêndio", produzido talvez por curto-circuito ou por defeito, que a técnica não conseguiu apurar "granada", que explode sem ter sido acionada). O *caso fortuito* implica essencialmente que o acidente gerador do prejuízo resultou *causa desconhecida,* como o caso elétrico aéreo que se rompe e cai sobre os fios telefônicos, causando incêndio. O fato não dependeu de nenhum fato estranho à companhia ou que tivesse resultado de força maior, tendo acarretado a ruptura do cabo. A ruptura é o resultado de *causa desconhecida:* observa-se o acidente, mas ignora-se o porquê e como se produziu. Por conseguinte, o aciden-

te nem poderia ter sido previsto nem impedido. *Caso fortuito* é como *culpa do serviço* que se ignora O *caso fortuito* em que a *causa* permanece *desconhecida,* diferentemente do que sucede *na força maior,* apresenta a impossibilidade exoneratória, quando a responsabilidade *é fundada no risco.* Ressalta Hauriou que o caso fortuito é, na realidade, "uma falha de serviço que se ignora"; a causa primeira do acidente é desconhecida, porque a técnica industrial e científica, em seu estado atual, é impotente para descobri-la. Tal caráter desconhecido, entretanto, é provisório e chegará o dia em que, graças às descobertas científicas, a luz descerá sobre as causas de tal acidente. O *caso fortuito* exprime *áleas* internas; ele é interior a uma das atividades em presença, ligando-se, como escreve Hauriou, ao próprio funcionamento da empresa ou do serviço, como, p. ex., em uma usina, a explosão de caldeira, ou, na mina, a inflamação do gás gris (cf. Duez & Debeyre. *Traité.* 1952. p. 433). Alguns autores consideram as expressões *caso fortuito* e *força maior* como sinônimas (H. & L. Mazeaud. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile.* 2. ed. v 2, § 1.540; e M. Mathiot. *Les accidentes causés par les travaux publics.* 1934. p. 209)".

(in obra citada, vol. 13, pág. 474/475)

Destes conceitos se pode concluir que a infecção hospitalar que acometeu o autor durante a cirurgia, ainda que não se conheça a sua origem, pode ser considerada um caso fortuito e não uma força maior. Primeiro porque não é exterior, independente ou estranha aos acontecimentos, ainda que seja também uma força da natureza sobre a qual não se tem controle. E, segundo, porque vinculada internamente à atividade desenvolvida pelo Estado e, portanto, incluída em seu âmbito de risco, ainda que não causado diretamente por seus agentes.

Ademais, em se tratando de atividade hospitalar não seria demasiado referir que ela tem ínsita a cláusula de incolumidade, segundo a qual o hospital, à semelhança do hoteleiro, tem o dever de segurança do paciente e obrigação de resultado. Neste sentido, antiga crônica de jurisprudência, relativa a acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de autoria do conceituado JOSÉ DE AGUIAR DIAS, intitulada "Responsabilidade Médico Hospitalar e Caso Fortuito", onde ele conclui que, em face da referida cláusula, não fica afastada a responsabilidade do hospital, mesmo quando o paciente contribuiu para a ocorrência do dano:

"No caso, o fato da vítima, desde que não se pode falar em culpa, tratando-se de doente praticamente fronteiriço, teria admissão como excludente, se não defrontasse *condição de responsabilidade mais poderosa, como a cláusula de incolumidade ínsita no contrato hospitalar,* pela qual se assegura ao paciente assistência e cuidados totais, ainda contra atos ou gestos do próprio paciente. Este não pode sofrer lesão que signifique desfalecimento na vigilância que sobre ele tem o estabelecimento que exercer, permanentemente. Sinal certo de que os médicos estão compenetrados desse dever é a imobilização do leito dos doentes capazes de produzir dano a si mesmos". (grifo não original).

(in "Atualidade Forense", vol. XI, nº 110, pág. 15).

Portanto, no caso dos autos, em que o autor, filho de graduado da Marinha, dependente deste, pretendendo juntar-se àquela Força, após consultar os médicos da Instituição que o aconselharam a realizar a malsinada cirurgia (fato afirmado na inicial, não negado na contestação e reconhecido pelo Coronel-médico Dr. Acir Júlio Mangoni — fls. 140/142), para correção da anomalia denominada "genu valgo", contrai infecção hospitalar, durante a cirurgia, tal fato, por constituir-se caso fortuito e não força maior, ainda que não possa ser imputado aos agentes do Estado, não exclui o nexo de causalidade porque não é exterior aos acontecimentos, estando, ao contrário, vinculado internamente à ordem natural deles. Daí a responsabilidade objetiva do Estado, em que pese não ser ele o responsável pela infecção hospitalar, visto estar esta incluída na área de risco das atividades por ele desenvolvidas.

Por outro lado, o valor da indenização pelos danos morais fixados na sentença são razoá-

veis, tendo observado os critérios usualmente utilizados pelos tribunais, estando, inclusive, próximo ao limite do que tem sido admitido pelo Superior Tribunal de Justiça. De qualquer sorte, trata-se de quantia que deve ser arbitrada pelo Juiz no exame do caso concreto, sendo que o valor encontrado está de acordo com aquele que eu fixaria nas circunstâncias.

Do mesmo modo, e pelas mesmas razões, merece confirmação a sentença no que diz respeito à pensão fixada no valor de um salário mínimo, a ser percebida pelo autor até a sua morte, ante a sua evidente diminuição de capacidade, inclusive laborativa. Ainda que não tenha sido feita a respectiva prova, há notícia na inicial (fl. 3) e fotografia (fl. 20) indicando que o autor trabalhasse como empregado na Companhia Zaffari de Supermercados, onde o seu salário não deveria ser diferente do mínimo.

Quanto a isso merece referência o Parecer do culto Procurador Regional da República, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, aqui adotado como razão de decidir:

" 17. No que concerne ao dano estético, cujo conceito encontra-se intimamente vinculado ao do dano moral, tendo em vista que aquele acarreta sempre prejuízos morais e, muitas vezes, também prejuízos patrimoniais, o dano à estética pessoal é a espécie do gênero dano moral, acertado foi o seu deferimento no caso pela douta Juíza *a quo*, na forma do art. 1.539 do Código Civil.

18. Nessa linha é a jurisprudência do Pretório Excelso (RE nº 69.754-SP, rel. Min. THOMPSON FLORES in RTJ 57/786; RE nº 83.296-RJ, rel. Min. THOMPSON FLORES, in RTJ 83/172; RE nº 85.600-RJ, rel. Min. THOMPSON FLORES, in RTJ 85/621; RE nº 98.555-RJ, rel. Min. ALFREDO BUZAID, in RTJ 106/416).

19. No caso em exame, o autor é pessoa jovem, onde a perda de uma perna além de constituir óbice à perfeita locomoção é, igualmente fator de fundamental importância na estruturação de sua vida familiar, sendo inimaginável o sofrimento que tal evento lhe ocasionou, justamente no auge de sua juventude, inclusive com sérias limitações à sua atividade de trabalho (MAURICE DUBOIS, in Pretium Doloris, Libr. Générale, Paris, 1935, pp. 48/9; ALFREDO MINOZZI, in Studio Sul Danno Non Patrimoniale (Danno Morale), 3ª ed.; Società Editrite Libraria, Milano, 1917, p. 89)

20. A quantia estipulada na r. sentença, a título de reparação do dano moral, o foi dentro dos parâmetros razoáveis, justificados a fls. 268/9, à vista da prova dos autos, observados os limites traçados pela doutrina e pela jurisprudência nessa difícil tarefa judicial (In RJTJRGS nºs 163/261; 164/312).

21. Acerca da matéria, pronuncia-se o clássico autor ALFREDO MINOZZI, *verbis*:

"Quando il danno non consiste nella perdita patrimoniale, ma è la persona nei suoi beni originarii che à offesa, è vero che le difficoltà della valutazione aumentano, ma non per ciò essa deve dirsi impossibile, L'indennizzo, in tali casi, diventa quasi la risultante delle forze opposte delle parti contendenti, nello ammarnire le specifiche dei danni e nil cercare di smentirle. Il giudise non fa se non valutare gli argomenti delle parti e tutte le circostanze, in cui il fatto si svolse".

(*In Op. cit., p. 89*)" (fls. 312/3t3)

No que concerne à verba honorária também merece confirmação a sentença que em face da sucumbência recíproca deixou de condenar as partes em honorários advocatícios.

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade argüida pela União Federal em seu recurso, e negar provimento aos recursos de apelações.

Juiz JOSÉ GERMANO DA SILVA, Relator

RESPONSABILIDADE DO ESTADO — INFECÇÃO HOSPITALAR — CASO FORTUITO

PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO
Parecer de Apelação Cível n. 21.593*

1. Trata-se de apelações em ação de indenização ajuizada contra a União Federal, com fundamento no art. 37, § 6º, da CF, eis que o autor ora recorrente, internando-se para corrigir um defeito físico sem maior importância em sua perna esquerda, volta para casa sem o membro que lhe foi operado, em razão de complicações decorrentes de infeção no transoperatório.

2. A preliminar de nulidade formulada a fls. 283/4, por violação ao art. 460 do CPC, merece ser rejeitada, pois a responsabilidade objetiva é expressamente referida na peça vestibular, a fls. 66/7, inclusive, ainda, com a transcrição do art. 37, § 6º, da CF de 1988.

3. A questão dos autos, no que concerne ao mérito da demanda, restou bem apreciada pela douta sentença recorrida.

Com efeito, como sabido a obrigação do médico encerra obrigação de meio, diversamente sucedendo com a responsabilidade hospitalar que configura obrigação de resultado, que consiste em assegurar ao paciente a sua incolumidade de tudo o que seja capaz de lhe produzir dano. No caso em exame, a infecção hospitalar constituiu em falta a esse dever, equivalente ao dever de guarda.

4. Realmente, tenha sido a infecção oriunda ou não de caso fortuito, o fato incontestável, e assegurado no Laudo Pericial à fl. 201, nº 12, é que isso se verificou no interior da instituição hospitalar, acarretando, via de conseqüência, a responsabilidade objetiva da mesma, já que há um princípio ético inafastável que impõe a tais entidades, seja ou não originada de germe remoto que estivesse a permanecer de forma latente, assumir a defesa da saúde do paciente no próprio interior do estabelecimento hospitalar, precisamente em razão da dificuldade de se apontar com exatidão a forma pela qual veio a ser contraída a infecção, pois, do contrário, estaria diluída, em prejuízo da vítima, a mínima responsabilidade que poderia ser imposta ao serviço hospitalar, contrariando todo o senso de Justiça que deve nortear o Juiz ao aplicar a lei.

5. A respeito, preciso o magistério de Francis Bacon, ao advertir aos Juízes nas regras de hermenêutica, *verbis:*

"*Judges must beware of hard constructions and strained inferences, for there is no worse torture than the tortutre of laws.*"

(In The Essays, Penguin Books, 1985, p. 223)

6. Na doutrina, colhem-se os seguintes ensinamentos, *verbis:*

"No plano da responsabilidade civil do Estado, refere Teresa Ancona Lopes que a responsabilidade pelos danos sofridos em hospitais públicos, bem como naqueles que têm convênio com o INSS, deverá ser informada pela teoria objetiva, pois se trata de responsabilidade de agente do Poder Público, a teor do art. 107 da Constituição de 1969: acórdão pioneiro, publicado na RF 89/178, datado de 16.9.41, estabeleceu a responsabilidade do Estado pela cegueira conseqüente de infecção adquirida por pessoa internada em hospital mantido pelo Estado."

(Yussef Said Cahali, in Responsabilidade Civil do Estado, *2ª ed., Malheiros Editores, 1995, p. 327, nº 60)*

"*Dans l'organisation générale du service hospitalier ou à propos des soins hospitaliers ordinaires sans caractère médical, toute faute dans l'organisations ou dans le fonctionne-*

* Ver, neste volume, acórdão do Tribunal Federal Regional da 4ª Região na Apelação Cível n. 21.593.

ment engage la responsabilité du service public."

(Philippe Le Tourneau, in La Responsabilité Civile, 2ª *ed., Dalloz, Paris, 1976, p. 407, n. 1.182)*

"*Un principe de responsabilité contractuelle a été retenu à la charge soit du principal d'un collège en ce qui concerne les objets du trousseau de ses élèves détruits par incendie (Trib. civ. Arras, 7 mai 1930, Gaz. Pal. 30 juin 1930), soit de l'Assistance publique pour maladie vénérienne contractée par une enfant reçue saine dans un hôpital.*"

(Henri Lalou, in Traité Pratique De La Responsabilité Civile, 5ª *ed., Dalloz, Paris, 1955, p. 375, nº 485)*

"*Quel est, en effet, le contenu du contrat passé entre le malade ou sa famille et celui, médecin ou non médecin, qui hospitalise le malade (directeur de clinique, de maison de santé, d'asile d'aliénés, de maison de repos etc)? La situation est ici differente de celle de l'hôtelier. Du fait de son état, le malade n'a plus la liberté dont jouit le client d'un hôtel, et il ne veut plus l'avoir: il s'en remet entièrement à la clinique du soin d'assurer sa sécurité; il se confie à elle. Il exige qu'aucun accident ne se produise; il ne lui suffit pas que celui qui le loge — et le nourrit promette de prendre toutes les précautions nécessaires. Seule la preuve de la cause étrangère libèrera donc celui qui hospitalise un malade en cas d'accident dû à l'établissement d'hospitalisation*".

(Henri Mazeuad et Leon Mazeaud, *in Traité Théorique — Et Pratique De La Responsabilité Civile Délictuelle Et Contractuelle, 4ª ed., Libr. Du Recueil Sirey, Paris, t. 1º, p. 182, nº 159-2)*

7. No mesmo sentido, ainda, Roger O. Dalq, in *Traité De La Responsabilité Civile,* 2ª ed., Maison Ferdinand Larcier Editeurs, Bruxelles, 1967, t. I, pp. 392/3, ns. 1.129/1.130, e Aguiar Dias, in *Da Responsabilidade Civil,* 7ª ed., Forense, 1983, v. I, pp. 349/350, nº 150.

8. Outro não é o entendimento adotado pela jurisprudência, *verbis:*

"Responsabilidade civil de hospital.

Ato de enfermagem praticado por empregado seu (enfermeiro), em doente internado no estabelecimento, ocasionando perda parcial de membro superior. Efeitos.

II. Na indenização inclui-se o dano moral (mutilação).

(...)."

(RE *nº 73.788-GB, rel. Min. Thompson Flores, in RTJ 62/255)*

"Responsabilidade Civil — Infecção hospitalar. A obrigação médica não é evidentemente obrigação de resultado, o mesmo devendo ser dito da instituição hospitalar. Não se exige que assuma o dever de durar, de remediar todos os males, de vir a responder pela própria vida do paciente. Mas é evidente obrigação de meio de não abandonar o paciente, sequer sem assistência doméstica ou ambulatorial."

(TJSP, 8ª *C., 3.3.88, rel. Fonseca Tavares, verb. 38009, p. 218, in ADCOAS 1988)*

"ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OPERAÇÃO CIRÚRGICA. ANESTESIA. ACIDENTE. CASO FORTUITO. NEXO DE CAUSALIDADE.

I. É obrigação do Estado indenizar o dano resultante do ato lesivo que foi causador, se a vítima não concorreu para o dano.

II. O caso fortuito nem sempre elide a responsabilidade do Estado, se existiu nexo causal entre o comportamento estatal e o dano.

III. Responde o Estado pelo acidente ocorrido durante uma anestesia, em seus hospitais, ainda que não tenha o médico agido com negligência, imperícia ou imprudência, desde que tenha ocorrido nexo de causalidade entre o ato lesivo e o dano.".

(TRF da 1ª *Região, AC nº 93.01.33571-9/GO, rel. Juiz Tourinho Neto, in Lex 56/420)*

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO — CEGUEIRA CONSEQÜENTE A INFECÇÃO ADQUIRIDA EM HOSPITAL.

— O Estado responde pela cegueira conseqüente a infeção adquirida por pessoa internada em hospital por ele mantido. Fazenda do Estado versus *Josinas Lopes*

Ap. *nº 13.239 — Relator: Desembargador Mário Guimarães — Ac. unânime da 2ª Câmara Civil do Trib. de Ap. de São Paulo, em 16 de setembro de 1941.*"

(Revista Forense *nº 89/178)*

9. Ademais, não há que se falar, pois, nestes autos, em fato fortuito. Aliás, mesmo que se admitisse aqui tal indagação, ver-se-ia, segundo a melhor doutrina, que o fortuito é indiferente para a aferição da responsabilidade objetiva do Estado, quando, como é o caso em exame, se demonstra o mau funcionamento de seus serviços.

10. É o que salienta André de Laubadère, Mestre de Montpellier, em sua conceituada obra, *verbis:*

"*Quant au dommage dû au cas fortuit on rappelle que, s'il est consécutif à une activité de l'administration, il lui demeure imputable et que dès lors il engage sa responsabililté mais seulement lorsque s'applique le système du risque, non lorsque joue le système de la faute ou de la présomption de faute.*"

(*In Traité Élémentaire de Droit Administratif, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1953, p. 499, nota nº 4)*

11. Por outro lado, no caso dos autos é cristalina a configuração do nexo de causalidade entre o ato lesivo e o dano, já que o autor, ora recorrente, internou-se no hospital para corrigir um defeito físico sem maior importância em sua perna esquerda, contraindo, na sala de cirurgia, uma infecção, consoante afirmado no Laudo de fl. 201, nº 12, o que teve como conseqüência a amputação de sua perna.

12. Embora o Laudo Pericial afaste qualquer conduta culposa no procedimento médico, durante e após a cirurgia, o fato incontestável é que ocorreu uma infecção hospitalar, durante o ato da cirurgia, implicando, assim a responsabilidade objetiva da União Federal.

13. Pertinente o magistério de Karl Larenz, *verbis:*

"*Al hecho base de la responsabilidad — p. ej., un accidente del tráfico o el derioro de una cosa — pueden ir unidas en el curso ulterior de los acontecimientos, ciertas consecuencias que aparecen en relación causal con aquél y que son apropiadas para aumentar los daños ocasionados. Así, el que en principio fué sólo herido — levemente, pero, p. ej., se le infecta la herida y ello ocasiona la pérdida de un brazo y en definitiva — una considerable reducción de su capacidad para el trabajo. (...) Consecuencias de esta clase no son nada extraodinarias, sino que según la experiencia general de la vida son más o menos conformes o 'adecuadas' con el hecho através del cual se han producido, y el que ha de responder de aquel hecho ha de responder de estas consecuencias.*"

(In Derecho de Obligaciones, *tradução espanhola de Jaime Santos Britz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, t. I, p. 198, 'b')*

14. Outra não é a lição de Andreas Von Tuhr, *verbis:*

"*La responsabilité s'étend non seulement au dommage causé directement par le fait dommageable, mais encore aux suites qui découlent d'autres circonstances*".

(In Partie Générale du Code Fédéral des Obligations, *tradução do alemão por Maurice de Torrenté et Emile Thilo, 2ª ed., Imprimerie Centrale S.A., Lausanne, v. 1, p. 73, nº 2, § 13).*

15. Ao definir 'proximate cause', para o efeito de responsabilidade civil, assinalou Thomas Cooley, *verbis:*

"*By proximate cause of an injury is meant the efficient cause — the act or omission which sets in motion a chain of events that operating in natural sequence, unbroken by any new, intervening force, results in the injury complained of*".

(In A Treatise on the Law of Torts, *Callaghan and Company, Chicago, 1930, p. 50, § 28)*

16. Dessa forma, patente o nexo de causalidade entre a intervenção cirúrgica e a perda do membro objeto da cirurgia, tem-se como presente a responsabilidade objetiva do Estado em razão dos danos decorrentes da atividade hospitalar.

17. No que concerne ao dano estético, cujo conceito encontra-se intimamente vinculado ao do dano moral, tendo em vista que aquele acarreta sempre prejuízos morais e, muitas vezes, também prejuízos patrimoniais, o dano à estética pessoal é espécie do gênero dano moral, acertado foi o seu deferimento no caso pela douta Juíza *a quo*, na forma do art. 1.539 do Código Civil.

18. Nessa linha é a jurisprudência do Pretório Excelso (RE nº 69.754-SP, rel. Min. Thompson Flores, in RTJ 57/786; RE nº 83.296-RJ, rel. Min. Thompson Flores, in RTJ 83/172; RE nº 85.600-RJ, rel. Min. Thompson Flores, in RTJ 85/621; RE nº 98.555-RJ, rel. Min. Alfredo Buzaid, in RTJ 106/416).

19. No caso em exame, o autor é pessoa jovem, na qual a perda de uma perna além de constituir óbice à perfeita locomoção é, igualmente fator de fundamental importância na estruturação de sua vida familiar, sendo inimaginável o sofrimento que tal evento lhe ocasionou, justamente no auge de sua juventude, inclusive com sérias limitações à sua atividade de trabalho (Maurice Dubois, in *Pretium Doloris,* Libr. Générale, Paris, 1935, pp. 48/9; Alfredo Minozzi, in *Studio Sul Danno Non Patrimoniale (Danno Morale),* 3ª ed., Società Editrice Libraria, Milano, 1917, p. 89).

20. A quantia estipulada na r. sentença, a título de reparação do dano moral, o foi dentro de parâmetro razoáveis, justificados a fls. 268/9, à vista da prova dos autos, observados os limites traçados pela doutrina e pela jurisprudência nessa difícil tarefa judicial (In RJTJRGS nºs 163/261; 164/312).

21. Acerca da matéria, pronuncia-se o clássico autor Alfredo Minozzi, *verbis:*

"Quando il danno non consiste nella perdita patrimoniale, ma è la persona nei suoi beni originarii che è offesa, è vero che le dfficoltà della volutazione aumentano, ma non per ciò essa deve dirsi impossibile. L'indennizzo, in tali casi, diventa quasi la risultante delle forze opposte delle parti contendenti, nello ammannire le specifiche dei danni e nel cercare di smentirle. Il giudice non fa se non valutare gli argomenti delle parti e tutte le circonstanze, in cui il fatto si svolse."

(In Op. cit., p. 89)

Ante o exposto, Opina, o Ministério Público Federal pelo Improvimento das apelações interpostas, mantendo-se a r. sentença recorrida pelos seus jurídicos fundamentos.

Porto Alegre, 16 de julho de 1996.

CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Procurador-Chefe da PRR da 4ª Região