



Interdependência
REDUZINDO FRAQUEZAS,
AUMENTANDO
AS **FORÇAS**

26º CONGRESSO

de Presidentes, Provedores, Diretores e Administradores
hospitalares de Santas Casas e Hospitais Beneficentes
DO ESTADO DE SÃO PAULO.

2 a 5 de Maio de 2017
TAUÁ HOTEL - ATIBAIA - SÃO PAULO



fehosp
Federação das Santas Casas
e Hospitais Beneficentes do
Estado de São Paulo

Fórum Jurídico

Responsabilidade Civil Hospitalar
Infecção em ambiente hospitalar
Teoria da Perda de uma Chance

Rubens Carmo Elias Filho



Interdependência

REDUZINDO FRAQUEZAS,
AUMENTANDO
AS **FORÇAS**

26º CONGRESSO

de Presidentes, Provedores, Diretores e Administradores
hospitalares de Santas Casas e Hospitais Benéficos
DO ESTADO DE SÃO PAULO.



fehosp

Federação das Santas Casas
e Hospitais Benéficos do
Estado de São Paulo

2 a 5 de Maio de 2017

TAUÁ HOTEL - ATIBAIA - SÃO PAULO

Rubens Carmo Elias Filho

•Advogado, Bacharel em Direito e Pós-Graduação em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP, Professor de Direito Civil e Ética Profissional da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo.

•Sócio no escritório NELM – Nogueira, Elias, Laskowski e Matias Advogados

Sumário

- Aspectos introdutórios sobre a teoria da responsabilidade civil
- Responsabilidade civil médica e hospitalar
- Infecção hospitalar – aspectos endógenos e exógenos
- Programa de Controle de Infecções Hospitalares = PCIH
- Responsabilidade hospitalar em caso infecções hospitalares
- Teoria da Perda de uma Chance
- Conclusões

Aspectos introdutórios sobre a teoria da responsabilidade civil

- **Teoria da responsabilidade civil subjetiva (a pessoa do sujeito)**

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
- **Teoria da responsabilidade civil objetiva (o ponto central desloca-se para o dano)**
- Art. 927 (...)
- Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

- **Enunciado 38 do CEJ:** “A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na 2ª parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.”
- A responsabilidade objetiva libera a vítima apenas da prova da culpa. Ela não dispensa a prova do dano e do nexo de causalidade. Sem a prova desses dois elementos, não se cogita da obrigação de reparação.
- A teoria do risco não anulou a teoria da culpa, mas convive com ela, abarcando inúmeras circunstâncias geradas pela atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, mas que, a par desta normalidade, representa, de alguma forma, risco para o direito de terceiros.

Artigo 2.050, do Código Civil italiano

A teoria teria influência do artigo 2050, do Código Civil Italiano, que dispõe:

“Qualquer um que causa um dano a outrem no desempenho de uma atividade perigosa por sua natureza, ou pela natureza dos meios adotados, deve repará-lo, se não provar ter adotado todas as medidas adequadas para evitá-lo” (tradução livre)

Porém, o direito Italiano admite uma prova liberatória que consiste na possibilidade de se isentar da responsabilidade com a prova de ter adotado todos os meios idôneos. Assim, a atividade perigosa deve ser exercida nas condições de máxima segurança, com todas as providências preventivas que a técnica oferece. Se, ainda assim, o evento danoso se verifica, isso será um evento inevitável e por isso, não terá relação de causalidade com o desenvolvimento da atividade perigosa.

Responsabilidade civil médica e hospitalar

- Atribui-se a responsabilidade objetiva ao hospital quando o dano decorrer do fato da coisa (equipamentos, produtos, etc.).
- O hospital responde objetivamente pela conduta do médico, quando se estiver diante de relação de subordinação. Porém, nestes casos, deverá ser comprovada a culpa do médico para que o hospital responda.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

- O STJ já afastou a responsabilidade objetiva da instituição quando há morte de paciente por conduta atribuída à atividade técnico-profissional dos médicos (REsp n.º 258.389/SP, relatado pelo eminente Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 22/08/2005). Naquela ocasião, entendeu-se que, restando afastada a culpa dos médicos, não se pode apenar o hospital sob o argumento de se tratar de responsabilidade objetiva.
- *A contrario sensu*, caso o dano decorra da prestação de serviços exclusivamente do hospital, igualmente não se justificaria a responsabilidade do médico.

No mesmo sentido, entre outras:

RESPONSABILIDADE CIVIL – HOSPITAL – ERRO MÉDICO – NEOPLASIA INTRA-CEREBRAL – **INFECÇÃO HOSPITALAR PÓS-OPERATÓRIA – OBRIGAÇÃO DE MEIO** - DANOS MORAIS – **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO E OBJETIVA DO HOSPITAL** - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – INSURGÊNCIA – ALEGAÇÃO DE NÃO ADOÇÃO DE PRÁTICAS DESTINADAS À PREVENÇÃO E CONTROLE DE INFECÇÕES HOSPITALARES – INOCORRÊNCIA – NOSOCÔMIO COM BAIXO ÍNDICE DE INFECÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA DA CULPA DO MÉDICO E DO NEXO ENTRE SUA CONDUCTA E O DANO - SENTENÇA MANTIDA.

Em ação de indenização proposta em face de hospital, a responsabilidade objetiva deste não exclui o paciente de provar a culpabilidade do médico, mesmo em relação de consumo. Assim, deve ser prestigiada a sentença que afasta a pretensão indenizatória por suposto erro médico se a prova pericial afasta a tese de conduta culposa do médico e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano verificado e também exclui qualquer responsabilidade do hospital. Inteligência do artigo 186, do Código Civil. RESULTADO: Apelação desprovida.

(TJ-SP - APL: 00139130320098260077 SP 0013913-03.2009.8.26.0077, Relator: Alexandre Coelho, Data de Julgamento: 12/08/2015, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/08/2015)

Infecção hospitalar – aspectos endógenos e exógenos

A infecção hospitalar pode ser atribuída a:

- (i) contaminação direta por germes do ambiente hospitalar ou;
- (ii) infecção a partir das condições clínicas do próprio paciente.

O indivíduo pode ser acometido por infecções endógenas – ou seja, desenvolvidas por seu próprio organismo – ou por infecções exógenas – que são adquiridas através do contato com profissionais da saúde, artigos ou equipamentos médicos e hospitalares.

Programa de Controle de Infecções Hospitalares = PCIH – Lei n.º

9.431/97

Art. 1º Os hospitais do País são obrigados a manter Programa de Controle de Infecções Hospitalares – PCIH.

§ 1º Considera-se programa de controle de infecções hospitalares, para os efeitos desta Lei, **o conjunto de ações desenvolvidas deliberada e sistematicamente com vistas à redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares.**

§ 2º Para os mesmos efeitos, entende-se por infecção hospitalar, também denominada institucional ou nosocomial, **qualquer infecção adquirida após a internação de um paciente em hospital e que se manifeste durante a internação ou mesmo após a alta, quando puder ser relacionada com a hospitalização.**

Art. 2º Objetivando a adequada execução de seu programa de controle de infecções hospitalares, os hospitais deverão constituir:

I - Comissão de Controle de Infecções Hospitalares

Comissão de Controle de Infecções Hospitalares (CCIH)

As atividades de relevância da CCIH podem ser agrupadas em:

- Controle do ambiente
- Controle do pessoal
- Controle de produtos químicos
- Elaboração de normas e rotinas
- Investigação epidemiológica
- Reuniões periódicas.

Responsabilidade em caso de infecções hospitalares

“RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMIDOR. INFECÇÃO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. ART. 14 DO CDC. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATORIO. O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si. O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal a quo não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando a excepcional intervenção desta Corte para revê-lo. Recurso especial não conhecido”(STJ, REsp n.º 629.212/RJ, relatado pelo eminente Ministro César Asfor Rocha, DJ de 17/09/2007)

Antes da vigência do Código Civil de 2002, o STJ havia decidido que de que a **infecção hospitalar encerra "reparação de dano moral fundada em culpa contratual, e não em responsabilidade objetiva"** (REsp n.º 116.372/MG, relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 02/02/1998).

Naquele feito, assim se entendeu porque a infecção hospitalar derivaria do descumprimento de um dever contratual relativo à incolumidade física do paciente, firmado entre este e o hospital.

No mencionado REsp n.º 629.212/RJ, assim se ponderou:

*“De fato, admitindo-se como correta a tese de que a responsabilidade pela infecção hospitalar decorre do descumprimento culposo de um dever referente aos meios necessários ao atendimento e recuperação do paciente, **igualmente certo seria concluir que não haveria responsabilidade quando tais meios restassem atendidos pela instituição que o acolhe.***

*Isso significa, em outros termos, que a orientação firmada no mencionado precedente exclui a responsabilidade do hospital não apenas quando há evento externo, como ali consignado, **pois tendo sido cumprido o dever de cuidado com a internação e com a higiene das instalações, também seria possível que nesse caso a instituição estivesse isenta de responsabilidade. Assim, bastar-lhe-ia provar tal suposto cuidado para elidir a presunção de culpa.***

Nessas condições, é de se concluir que ninguém responderia pela infecção hospitalar quando oferecidos todos os meios para a garantia da incolumidade física do paciente, independentemente de o hospital assumir os riscos da sua internação. As infecções inevitáveis ficariam imunes à reparação, mesmo relacionadas ao serviço prestado pelo nosocômio, como ocorrido in casu.

Tal solução não me parece a mais segura e tampouco se coaduna com a lógica da responsabilidade objetiva, cuja adoção no Direito pátrio serve justamente ao desiderato de não deixar sem reparação a ofensa relacionada às atividades cujos riscos são assumidos por quem as presta.

Isso é o que há de relevante. O hospital assume os riscos inerentes à internação do paciente e em virtude disso há de responder objetivamente.

Orientação diversa fragilizaria em muito o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que afasta expressamente a necessidade de culpa pelo prestador de serviço.” (Min. Cesar Asfor Rocha)

Retornando ao artigo 14 do CDC

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.

Qual é a segurança que o paciente deve esperar, para se evitar riscos de infecção hospitalar?

O paciente está devidamente orientado dos riscos, e mesmo diante deles, consentiu para a realização da intervenção cirúrgica?

Avaliada a teoria promocional da responsabilidade civil, há que se apreciar a prevenção possível diante de situações previsíveis.

Não seria exagerado afirmar que uma infecção hospitalar que ocorra em hospital que obedeça ao Programa de Controle de Infecções Hospitalares decorreria de situações imprevistas e inevitáveis que afastam o nexo de causalidade entre o dano e a atividade.

Código Civil:

“ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não e houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

TJ/PR

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MORTE DECORRENTE DE INFECÇÃO HOSPITALAR - RESPONSABILIDADE DE NATUREZA OBJETIVA - PRESUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL EM RELAÇÃO AOS DANOS CAUSADOS AOS AUTORES - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - TEORIA DO RISCO QUE, TODAVIA, NÃO SE MOSTRA APLICÁVEL EM SE TRATANDO DE INFECÇÃO HOSPITALAR - APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS - EVENTUAIS INFECÇÕES QUE SE MOSTRAM INERENTES E, POR VEZES, INAFASTÁVEIS, EM PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS - DEVER DO HOSPITAL DE, TODAVIA, MANTER BOAS CONDIÇÕES PROCEDIMENTAIS E SANITÁRIAS EM SEU ESTABELECIMENTO - PROVAS DOS AUTOS QUE EVIDENCIAM SER O ÍNDICE DE INFECÇÃO HOSPITALAR DO APELANTE MENOR DO QUE O DA MÉDIA MUNDIAL - PROVA PERICIAL QUE ATESTA AS BOAS CONDIÇÕES SANITÁRIAS DO ESTABELECIMENTO E EVIDENCIA QUE A INFECÇÃO SE DEVEU À CONDIÇÃO DEBILITADA DE SAÚDE DA VÍTIMA - INFECÇÃO QUE SE MOSTRA, PORTANTO, INEVITÁVEL, A DESPEITO DOS AMPLOS ESFORÇOS REALIZADOS - RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL AFASTADA - APELAÇÃO PROVIDA”.

(TJPR – Apelação Cível n.º 625686-8 - Curitiba - Relatora Desa. Denise Kruger Pereira - Unânime - - j. em 18.03.2010)

Em acórdão do TJ/SP:

“Ademais, independentemente de a infecção ter sido adquirida durante a internação ou após a alta hospitalar, este é um risco natural de qualquer intervenção cirúrgica, inclusive podendo resultar tragicamente em óbito, sendo que a responsabilização civil do hospital ou do médico depende da verificação de que não foram tomadas as medidas consideradas possíveis para evitá-la ou combatê-la”.

(TJ/SP, Apelação Cível n.º 001391303-2009.8.26.0077, 8ª Cam. Direito Privado, Relator Des. Alexandre Coelho, j. em 12.08.2015)

Relevância da perícia médica

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

§ 1º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.

§ 2º Para formação do cadastro, os tribunais devem realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados.

§ 3º Os tribunais realizarão avaliações e reavaliações periódicas para manutenção do cadastro, considerando a formação profissional, a atualização do conhecimento e a experiência dos peritos interessados.

Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

(...)

§ 3o A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

§ 4o Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa.

Art. 465. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo.

Teoria da Perda de uma Chance

A aplicação da teoria da perda da chance tem lugar em situações que, em virtude de ato ilícito - leia-se "ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência", nos termos do artigo 186 do Código Civil - a chance de um sujeito obter uma vantagem é frustrada. Neste caso a indenização não deve ser pela perda da vantagem pretendida, mas pela perda da oportunidade de alcançar aquela vantagem.

Cumpra observar, que tal teoria exclui a mera expectativa ou vantagem hipotética: "dano deve ser certo, pois não há reparação a dano meramente eventual, hipotético, ou conjuntural. Deve ter uma existência real, ou, ao menos, a probabilidade suficiente de uma existência futura." (TJ/SP, Apelação Cível n.º 512.944.4/0-00, 4ª Câmara de Direito Privado - Relator Des. Francisco Loureiro – j. em 4.09.2008-V.U.)

“Tendo por base o entendimento doutrinário e jurisprudencial, conclui-se que a aplicação da "teoria da perda da chance" ao atendimento do pleito indenizatório está adstrito aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável. (STJ, REsp n.º 1.104.665/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, j. em 09/06/2009)

Oportunas as lições de Miguel Kfoury Neto[1]:

“O exercício da arte médica envolve os médicos em frequentes riscos para combater as doenças. O resultado do tratamento não depende apenas de seus conhecimentos científicos e competência. Depende, igualmente, das características pessoais do doente, da eficácia dos medicamentos e de toda sorte de fatores imprevisíveis inerentes à atividade curativa. O dano resultante do ato médico não é necessariamente decorrente de culpa médica.

A aplicação irrestrita da noção de perda de uma chance mudaria por completo a jurisprudência relacionada ao erro de diagnóstico. Sabe-se que, em princípio, a jurisprudência não considera culposo o diagnóstico falho – salvo erro grosseiro. Mas a admissão da perda de uma chance conduziria automaticamente à condenação do erro diagnóstico – pois a ele, em regra, segue-se o erro de tratamento. A jurisprudência que admite a perda de chance provoca consequências nefastas para o exercício da medicina.

Exigir dos médicos audácia e aceitação de riscos – e, ao mesmo tempo, na outra ponta, recusar o insucesso – significa condenar o médico a exercer sua profissão em clima de insegurança e aumentar seus riscos profissionais, que já não são pequenos”.

[1] Culpa Médica e ônus da Prova, p. 102/3



Interdependência

REDUZINDO FRAQUEZAS,
AUMENTANDO
AS **FORÇAS**

26º CONGRESSO

de Presidentes, Provedores, Diretores e Administradores
hospitalares de Santas Casas e Hospitais Benéficos
DO ESTADO DE SÃO PAULO.



2 a 5 de Maio de 2017

TAUÁ HOTEL - ATIBAIA - SÃO PAULO

fehosp

Federação das Santas Casas
e Hospitais Benéficos do
Estado de São Paulo

Obrigado!

rubens.elias.filho@nelmadvogados.com

NOGUEIRA | ELIAS | LASKOWSKI | MATIAS
ADVOGADOS