

EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE EM CASOS DE INFECÇÃO HOSPITALAR – Uma Análise à luz do CDC

THE EXCLUDING CAUSES OF CIVIL RESPONSIBILITY IN CASES OF HOSPITAL INFECTION – A Review based on CDC

PAULINE TONIAL¹
FERNANDA SCHAEFER²

RESUMO:

Trata-se o presente de estudo direcionado a analisar as causas excludentes de responsabilidade civil das instituições hospitalares em casos de infecção hospitalar. A relação jurídica estabelecida entre hospital e paciente é geralmente regida pelo Código de Defesa do Consumidor, que adota, para o caso, a responsabilidade objetiva, a qual é bastante favorável ao consumidor. No entanto, diferentemente do que uma análise superficial do tema sugere, o presente estudo tenta demonstrar que a responsabilidade do hospital não é absoluta, mas comporta excludentes, ligadas à ausência de nexo de causalidade entre a conduta do hospital e o dano, o que pode ocorrer quando, por exemplo, a instituição seguiu todas as normas de controle de infecção hospitalar, e esta sobrevier, decorrente de caso fortuito ou força maior, ou então de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Partindo do pressuposto de que a infecção hospitalar pode ser controlável apenas em partes, já que impossível evitá-la em absoluto com as tecnologias atualmente existentes, demonstra-se neste estudo, elaborado à luz do CDC e com respaldo na jurisprudência atual, a possibilidade de se entender pela ausência de responsabilidade da instituição em determinados casos, quando comprovada a ausência de defeito no serviço prestado, a ocorrência de caso fortuito ou força maior, ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro,

Palavras-chave: infecção hospitalar; responsabilidade civil; exclusão de responsabilidade.

Abstract:

The present is about a study directed to analyse the excluding causes of civil responsibility of hospital institution in cases of hospital infection. The juridical relationship that is established between patient and hospital is usually governed by the Consumer Protection Code, adopting, to the case, the objective responsibility, which is quite favorable to the Consumer. However, differently that a superficial analysis of the subject suggests, the present study tries to demonstrate that the hospital responsibility is not absolute, but have excludents, related to the lack of causality nexus bethen the hospital conduct and damage, that may occur when, for example, the institution have followed all hospitalar infection control rules, and this comes, due to fortuity or force majeure, or due to exclusive guilt of the victim or others. Assuming that hospitalar infection can be controlled in parts, since it is impossible to be prevented in absolut with new technologies, this study has shown based on CDC and

¹ Advogada, formada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pós-graduanda em Direito Médico pelo Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba.

² Advogada em Curitiba-PR. Doutora em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil da Faculdade Estácio de Curitiba e da Unicuritiba. Coordenadora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Médico do Unicuritiba. Membro da Comissão de Educação Jurídica e da Comissão de Direito da Saúde da OAB-PR.

with support in current law, the possibility to understand by the institution lack of responsibility in some cases, when proven the absence of service defect, the occurrence of fortuity or force majeure, or exclusive guilt of the victim or others.

Keywords: hospital infection; civil responsibility; exclusion of responsibility

1 INTRODUÇÃO

O termo *infecção hospitalar* é relativamente recente na literatura médica brasileira, tendo tido suas primeiras aparições em artigos médicos datados da década de 60. Contudo, foi apenas com a morte do presidente Tancredo Neves, em 1985, vítima de infecção hospitalar³, que o assunto saiu do anonimato, e ganhou repercussão.

Hoje a infecção hospitalar é sem dúvida um dos grandes problemas que o hospital enfrenta. O combate a esse mal apresenta-se como mais do que uma exigência legal, uma necessidade, de modo que ignorá-lo implica no desenvolvimento de um trabalho inócuo nas casas de saúde⁴.

Dados do Ministério da Saúde divulgados no ano de 1995 mostram que aproximadamente 15% dos pacientes internados no Brasil contraem algum tipo de infecção hospitalar⁵. É um número bastante expressivo, que apresenta variações de acordo com o setor do hospital, o tipo de tratamento dado ao paciente, a situação clínica do próprio paciente, e o tempo de internamento, entre outros fatores. A infecção hospitalar é responsável por um grande número de mortalidade e agravamento de quadro clínico de pacientes.

Este tema recorrente nos noticiários e objeto de preocupação constante das instituições hospitalares, vem ganhando cada vez mais assiduidade em batalhas judiciais visando a obtenção de indenizações por danos materiais e morais causados a pacientes que a adquiriram.

³ Secretaria da Saúde do Governo do Estado do Paraná. Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=612> Acesso em: 20.02.2015.

⁴ SCREMIN, Natali. Responsabilidade civil dos hospitais e os índices de controle de infecção hospitalar. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Março de 2008 – Vol. 3 N.1. Disponível em: http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2/index.php/revistadireito/article/view/6826/4142#.VEj_XfnF_MJ acesso em 20.02.2015.

⁵ SILVA, Ruvani Fernandes da. A infecção hospitalar no contexto das políticas relativas à saúde em Santa Catarina. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 11, n. 1, Feb. 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692003000100016&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20.02.2015.

A fundamentação jurídica utilizada nesses pleitos pauta-se na aplicação do Código de Defesa do Consumidor⁶, na responsabilidade objetiva dos hospitais, e até na teoria do risco profissional, considerando grande parte da jurisprudência brasileira a infecção como defeito do serviço prestado, como descumprimento contratual do hospital, que tem a obrigação de assegurar a incolumidade do paciente internado em suas dependências.

Conforme predominante entendimento doutrinário e jurisprudencial, a relação hospital-paciente trata-se de uma relação de consumo, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, que traz a responsabilidade objetiva como regra, ao prever que o fornecedor de produtos ou serviços responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores, por defeitos relativos à prestação dos serviços (art. 14, *caput*, CDC).

Com respaldo, então, na responsabilidade objetiva, que independe da configuração da culpa a ensejar responsabilização, usufruindo igualmente da inversão do ônus da prova, diversas demandas foram propostas, com a obtenção, quase que à unanimidade, de julgamentos favoráveis, sob o entendimento de que,

tratando-se da denominada infecção hospitalar, há responsabilidade contratual do hospital relativamente à incolumidade do paciente, no que respeita aos meios para seu adequado tratamento e recuperação, não havendo lugar para alegação de ocorrência de caso fortuito, uma vez ser de curial conhecimento que tais moléstias se acham estreitamente ligadas à atividade da instituição, residindo somente no emprego de recurso ou rotinas próprias dessa atividade à possibilidade de prevenção⁷. E: “O hospital assume os riscos inerentes à internação do paciente e em virtude disso há de responder objetivamente. (...) Portanto, não se aplica aqui a lógica inerente à obrigação de meio, mas sim a tônica da assunção de risco⁸.”

No entanto, recentemente, estudos mais críticos e cuidadosos vem sendo desenvolvidos, e a matéria passando a ser tratada com mais cautela pela doutrina e pelo Poder Judiciário principalmente, que, paulatinamente, vem mudando seu

⁶ Deve-se ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor não vem sendo aplicado por alguns Tribunais aos serviços prestados por meio do Sistema Único de Saúde, assunto que por sua extensão e complexidade não será abordado nesse trabalho, por fugir ao objetivo proposto.

⁷ STJ, REsp 116.372/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 11/11/1997, DJ 02/02/1998, p. 110.

⁸ STJ, REsp 629.212/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 15/05/2007, DJ 17/09/2007, p. 285.

entendimento, de responsabilidade absoluta dos hospitais, em quaisquer casos de infecção hospitalar, passando a aceitar argumentos de defesa baseados principalmente na demonstração de existência de Comissões de Controle de Infecção Hospitalar efetivas no estabelecimento hospitalar, na constatação de que não existe hospital com índice zero de infecção hospitalar, que muitas vezes a infecção ocorre mesmo quando inexistente qualquer falha na prestação dos serviços, e na demonstração de que muitas vezes é a própria condição física do paciente que o torna mais suscetível de contrair esta doença.

Esta mudança de paradigma é salutar, não apenas sob o viés jurídico puramente analisado, que permite o aprimoramento de teorias, e a aplicação racional do Direito, mas também analisando a realidade social e as dificuldades enfrentadas pelas unidades hospitalares, que são muitas, e acabam muitas vezes praticamente inviabilizando a própria atividade.

Como se demonstrará adiante, o próprio uso da tecnologia, com a criação de condições para aumentar o tempo de sobrevivência do paciente, torna maiores as chances de se contrair infecção. O aumento da permanência dos pacientes internados, e a situação clínica do próprio paciente, são fatores que também favorecem o desenvolvimento de mais infecções.

Estas questões não podem ser deixadas de lado ao analisar a responsabilidade civil das instituições de saúde, sob pena de se criar uma situação paradoxal: que é a punição do estabelecimento de saúde em razão da utilização de técnicas avançadas, em razão do cumprimento de seu dever que é utilizar-se de todos os meios disponíveis ao seu alcance para tentar a cura do paciente, ou mesmo punição por ter recebido paciente em estado grave, com condição clínica propensa a contrair tal complicação.

Assim, o presente trabalho tem o objetivo de demonstrar que a responsabilidade dos hospitais em casos de infecção hospitalar não é absoluta, mas comporta excludentes, e especificamente debruçar-se sobre a possibilidade de exclusão desta responsabilidade em casos em que a infecção, mesmo contraída dentro da instituição, não pode ser entendida como falha na prestação dos serviços hospitalares, mas sim decorrente de fatores externos entendidos como caso fortuito ou força maior, ou como a própria condição clínica do paciente, o que deve implicar na isenção de responsabilização da instituição hospitalar, ou ao menos na redução do *quantum* indenizatório.

2 BREVE CONCEITUAÇÃO DE INFECÇÃO HOSPITALAR E LEGISLAÇÃO PERTINENTE

A primeira norma regulamentadora expedida pelo Ministério da Saúde tratando da infecção hospitalar foi a Portaria n. 196, de 1983, a qual trouxe o conceito de infecção hospitalar, como sendo qualquer infecção adquirida após a internação do paciente e que se manifeste durante a permanência no hospital ou mesmo após a alta, quando puder ser relacionada com a hospitalização. Esta norma já determinava a implantação de Comissões de Controle de Infecção Hospitalar (CCIH) em todos os hospitais do país, e indicava o modo de operação destas Comissões. Esta norma, contudo, teve pouca efetividade.

Mais recentemente, em 1997, foi sancionada a Lei n. 9.431, que está em vigor atualmente e que estabelece a obrigatoriedade dos hospitais manterem Programas de Controle de Infecções Hospitalares, consistindo estes num conjunto de ações desenvolvidas deliberada e sistematicamente com vistas à redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares.

Para tanto, objetivando a adequada execução de seu programa de controle de infecções hospitalares, estabelece que os hospitais devem constituir Comissões de Controle de Infecções Hospitalares (CCIH), sob pena, para os que infringirem as disposições da lei, da aplicação das penalidades previstas na Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, que trata das infrações à legislação sanitária federal, estabelecendo sanções que vão desde a aplicação de advertência e multa, até a interdição e cancelamento do alvará de licenciamento do estabelecimento.

A Lei n. 9.431 é complementada pela Portaria n. 2.616 do Ministério da Saúde, editada em 1998 que traz diretrizes e normas para a prevenção e o controle das infecções hospitalares, ou seja, para a execução das ações das CCIH.

Esta portaria, que encontra-se atualmente em vigor, traz a definição de infecção hospitalar, também denominada institucional ou nosocomial, como sendo aquela adquirida após a admissão do paciente e que se manifeste durante a internação ou após a alta, quando puder ser relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares.

Estabelece que quando se desconhecer o período de incubação do microorganismo e não houver evidência clínica e/ou dado laboratorial de infecção no momento da internação, convencionam-se infecção hospitalar toda manifestação clínica de infecção que se apresentar a partir de 72 (setenta e duas) horas após a admissão. E que são também convencionadas infecções hospitalares aquelas manifestadas antes de 72 (setenta e duas) horas de internação, quando associadas a procedimentos diagnósticos e/ou terapêuticos, realizados durante este período. Este é o conceito válido hoje em dia.

De outro lado, o Anexo II da Portaria n. 2.616 também traz o conceito de infecção comunitária, como sendo aquela constatada ou em incubação no ato de admissão do paciente, desde que não relacionada com internação anterior no mesmo hospital. São também definidas como comunitárias as infecções associadas com complicação ou extensão da infecção já presente na admissão, infecção de recém-nascido por via transplacentária ou associadas com bolsa rota superior a 24 horas.

Ou seja, somente pode ser considerada infecção hospitalar aquela adquirida durante ou após a internação do paciente – convencionando-se tratar de infecção hospitalar a manifestação de infecção que se apresentar a partir de 72 horas após a admissão do paciente, ou antes deste período desde que associada a procedimentos realizados durante este período. Quando a infecção for constatada ou estiver em incubação no ato de admissão do paciente, neste caso, a infecção não será hospitalar, e sim comunitária, assim como aquela adquirida pelo recém-nascido por meio da mãe.

A Portaria em vigor estabelece que os hospitais deverão constituir Comissão de Controle de Infecção Hospitalar (CCIH), para a adequada execução do Programa de Controle de Infecções Hospitalares (PCIH), que é o conjunto de ações desenvolvidas deliberada e sistematicamente, com vistas à redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares. Miguel Kfoury Neto explica que,

A principal tarefa da CCIH é o levantamento de dados, denominado 'busca ativa', que visa a identificar e eliminar os grupos de risco, através de medidas preventivas. Integram tais grupos os pacientes de cirurgias, aidéticos, cancerosos, diabéticos e pacientes de UTI. Água tratada, incinerador de lixo, utilização de material descartável, boa esterilização,

pessoal de enfermagem em contínua reciclagem, utilização de desinfetantes e germicidas, autoclaves e estufas – são algumas das medidas para se reduzir a taxa de infecção.⁹ E na sequência enfatiza que o problema existe em todos os hospitais, em qualquer país, incluindo-se os de primeiro mundo. O risco de infecção é inerente ao ato cirúrgico. Não existe índice zero de infecção. Por melhor que seja a desinfecção, alguns germes persistem – e, quanto mais longa for a duração da cirurgia [ou o período de internamento], maior o risco¹⁰.

Ou seja, a infecção hospitalar está presente em todos os estabelecimentos hospitalares. Medidas rigorosas de desinfecção e uma Comissão de Controle de Infecção Hospitalar atuante e efetiva possibilitarão que os riscos de infecção sejam reduzidos, no entanto, jamais eliminados por completo.

3 REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA DA SAÚDE

3.1 NOÇÕES GERAIS

A responsabilidade civil, de uma maneira geral, está calcada na premissa de que quem causa um dano a outrem tem o dever de repará-lo. Diante disto, denotam-se como requisitos da obrigação de indenizar: ação/omissão, dano e nexos de causalidade, nos termos do art. 927 do Código Civil.

No campo específico da saúde, a ação ou omissão dos profissionais da área consiste geralmente na prática de conduta contrária ao que determinam os manuais e protocolos de tratamento médico e diretrizes terapêuticas, que resultem em lesão à vida ou à integridade física ou psíquica do paciente. Este é o erro médico clássico, em que o profissional não adota o procedimento recomendado para o tratamento do paciente, e lhe causa algum dano. Há, ainda, outras condutas médicas que podem gerar danos indenizáveis aos seus pacientes, como a falha no dever de informação, tanto na fase pré-operatória como pós-operatória, erros de diagnóstico e omissão de socorro. O hospital, por sua vez, também pode praticar condutas que venham a causar danos em seus pacientes, como o fornecimento de alimentos deteriorados, mau funcionamento de equipamentos, faltas praticadas por funcionários, e, ainda, a

⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p.222.

¹⁰ Ibid, p.222.

não desinfecção e esterilização correta de seus equipamentos, auxiliando na proliferação de infecção hospitalar.

O dano, por sua vez, pode decorrer de ofensa a um bem jurídico material, moral e/ou estético do lesado, sendo as três espécies perfeitamente cumuláveis¹¹. Frise-se que somente se indeniza o dano certo, não se indenizando o dano hipotético ou abstrato. Dano certo é o dano real, efetivamente existente, seja ele atual (presente no momento da propositura da demanda) ou futuro. Ou seja, o que se exclui de reparação é o dano meramente hipotético, eventual ou conjuntural, que não possa vir a se concretizar¹², e não o dano futuro, que pode ser indenizado, vez que a lei não determina que o prejuízo tenha sido inteiramente realizado, exigindo-se apenas a certeza de que se realizará. No campo da responsabilidade médico-hospitalar, e especialmente em casos de infecção, é perfeitamente possível visualizar a ocorrência de danos certos tanto atuais quanto futuros, já que é possível que o paciente tenha na data da propositura da demanda as sequelas consolidadas em razão da infecção como é possível que os danos ainda não estejam consolidados por completo, podendo-se, assim, a indenização ser fixada levando em conta os danos futuros, ou seja, aqueles que se tem condição de dizer que ocorrerão.

O terceiro requisito é o nexos causal entre esta ação/omissão e o resultado danoso advindo ao paciente, “*sendo que a sua investigação é o verdadeiro desafio na análise das condutas e omissões médicas [e hospitalares] e das lesões sofridas pelos pacientes*”¹³. Se houver dano sem que sua causa esteja ligada ao comportamento do suposto ofensor não haverá nexos de causalidade e, de consequência, obrigação de indenizar. Francesco Antolisei, citado por Miguel Kfourri Neto, sustenta que,

Como não se pode fazer com que um homem responda por um delito sem que tenha ele praticado a ação, assim também não se pode considerá-lo responsável pelo resultado, se este não derivou de sua ação. O evento, ao lado da ação, deve ser obra do agente. A necessidade dessa ligação de

¹¹ Entendimento consolidado por meio da edição da Súmula n. 387 do STJ, *verbis*: “*É possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral.*”

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

¹³ BRUNHARI, Andréa de Almeida; ZULIANI, Ênio Santarelli. O Consumidor e seus direitos diante de erros médicos e falhas de serviços hospitalares. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, junho, 2012, p. 99.

derivação ou dependência entre a conduta do sujeito e o evento é comumente denominada relação de causalidade¹⁴.

No âmbito da responsabilidade civil médico-hospitalar é necessário verificar se o dano é consequência de uma conduta ou omissão do profissional ou da entidade ou se possui causa diversa, até mesmo desconhecida, o que não é difícil de acontecer.

E é justamente no campo do nexo de causalidade que residem as principais causas excludentes de responsabilidade dos hospitais que serão tratadas mais adiante.

Ainda, convém salientar que a regra geral no campo da responsabilidade civil dispõe que apenas tem o dever de indenizar aquele que age com culpa. Ou seja, aquele que foi negligente quando lhe era exigido cuidado, que foi imprudente quando lhe era exigido cautela, que foi imperito quando lhe era exigido habilidade.

Contudo, a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor representou uma enorme evolução da teoria da responsabilidade civil, vez que passou a estabelecer que nas relações de consumo a responsabilidade deixa de ser embasada apenas na culpa (responsabilidade subjetiva), fixando como regra a responsabilidade objetiva, que ocorre independente de verificação de culpa.

Baseada na teoria do risco, a responsabilidade objetiva é fundada na ideia de que quem explora a atividade, e obtém o proveito, deve suportar também os seus riscos. Exige-se apenas a verificação de nexo causal entre a ação/omissão e o dano, sendo irrelevante o aspecto subjetivo do comportamento do ofensor.

A responsabilidade objetiva é aplicada em situações especiais, previstas em lei, e que geralmente decorrem da exploração de determinada atividade que gera proveito ao explorador, mas também gera risco, possibilitando uma tutela jurídica mais ampla e de mais fácil acesso às pessoas lesadas.

O Código Civil de 2002 também passou a admitir esta espécie de responsabilização. Apesar de fixar como regra a responsabilidade subjetiva, o parágrafo único do artigo 927 passou a estabelecer que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou

¹⁴ ANTOLISEI Francesco apud KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**, 7ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 121.

quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

As relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor são um caso em que a lei prevê que a obrigação de reparar o dano independe da constatação de culpa em casos de acidentes de consumo¹⁵, estabelecendo o seu art. 14 que “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”. Quanto à atividade hospitalar prestada por meio do SUS, quando não se entende pela aplicação do CDC, a responsabilidade objetiva deriva da aplicação do art. 927 do CC, parte final, por se tratar de uma atividade de risco.

A regra, portanto, que rege as relações consumeiristas, é da responsabilidade objetiva. Contudo, o §4º do art. 14 deste diploma legal estabelece que a responsabilidade pessoal dos profissionais será apurada mediante a verificação de culpa quando se tratar de acidente de consumo.

Desta forma, tem-se que nas relações de consumo a regra é a responsabilidade objetiva, sendo a responsabilidade subjetiva exceção, aplicável nos casos de profissionais liberais e apenas quando se tratar de acidentes de consumo. E é justamente nesta exceção que se enquadram os profissionais da área da saúde, os quais respondem pelos danos causados aos pacientes quando comprovadamente agirem com dolo, imprudência, negligência ou imperícia.

De outro lado, a responsabilização dos hospitais, por não se enquadrar na exceção, subsume-se à regra geral, que é a responsabilidade objetiva, respondendo independentemente da existência de culpa pelos danos causados aos pacientes, por defeitos na prestação dos serviços, seja porque se configura uma relação de consumo, seja por ser considerada uma atividade de risco.

3.2 A RELAÇÃO JURÍDICA ESTABELECIDADA ENTRE HOSPITAL E PACIENTE

¹⁵ Acidente de consumo ocorre quando o produto ou serviço apresenta defeito e este vem a provocar dano à saúde ou segurança do consumidor, sendo tratado pelo CDC como fato do produto e do serviço, ao passo que quando o defeito atinge apenas o produto/serviço em si, tornando-o impróprio ao consumo ou lhe diminuindo o valor, o CDC se refere a vício do produto/serviço. Em casos de infecção hospitalar, como eventual defeito acarretará em danos à saúde ou segurança do paciente/consumidor, se está diante de fato do serviço, e não vício.

A relação jurídica estabelecida entre hospital e paciente é sempre de natureza contratual, seja verbal, seja escrita, podendo ser até mesmo tácita em muitos casos. Trata-se de um contrato diferenciado, de múltiplas facetas, vez que envolve prestação de assistência médica, serviços de enfermagem, hospedagem, alimentação, entre outros. Como descreve Eduardo Dantas,

É um contrato misto, atípico, que combina assistência médica especializada e serviços médico-auxiliares, fornecimento de hospedagem e alimentação, internação, cirurgia, dispensa de medicamentos e demais cuidados necessários à busca da recuperação de um estado anterior de saúde, ou combate a doenças¹⁶.

Ou seja, o hospital não presta apenas serviço de hotelaria, nem simples locação de espaço para profissionais médicos. Diversos serviços estão inseridos neste complexo contrato, e muitas responsabilidades recaem sobre as unidades hospitalares.

Trata-se, ainda, em regra, de um contrato regido pelo Código de Defesa do Consumidor, enquadrando-se o hospital no conceito de fornecedor, trazido pelo art. 3º do CDC, e o paciente no de consumidor do art. 2º do CDC.

Apesar de haver discussões sobre se seria de fato a relação médico-paciente uma relação de consumo, acredita-se tratar-se de um contrato de consumo, mesmo quando o atendimento é feito pelo Sistema Único de Saúde, vez que nesses casos há remuneração/contraprestação indireta. Este entendimento, todavia, não é pacífico na doutrina e jurisprudência, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE CORREÇÃO DE DESVIO DE SEPTO. CEGUEIRA NO OLHO ESQUERDO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ADEQUAÇÃO AO CONCEITO DE FORNECEDOR. ATENDIMENTO MÉDICO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. IRRELEVÂNCIA. REMUNERAÇÃO INDIRETA PELO ESTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA E FINANCEIRA. EVIDENCIADA. 1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor as relações entre médico e paciente na medida em que o médico figura como prestador de serviço da área da saúde e o paciente como destinatário final do serviço. 2. A remuneração pelo serviço prestado pelo

¹⁶ DANTAS, Eduardo. Responsabilidade Civil Hospitalar: Breves notas doutrinárias e jurisprudenciais. **Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos**. Acessado em 15.0.2014. Disponível em: <http://www.ipebj.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=286&Itemid=51>

médico/agravante conveniado ao Sistema Único de Saúde - SUS é de forma indireta, o que não torna o serviço gratuito haja vista o Estado pagar ao agente pelo tratamento realizado. (...). (TJPR - 10ª C.Cível - AI - 746104-3 - Cascavel - Rel.: Arquelau Araujo Ribas - Unânime - - J. 12.05.2011)

Em sentido contrário: AÇÃO INDENIZATÓRIA - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - DANOS MORAIS E MATERIAIS – (...) SERVIÇO PRESTADO POR HOSPITAL PRIVADO DELEGATÁRIO DO MUNICÍPIO E CONVENIADO AO SUS - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO EXCLUI A LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE MUNICIPAL - PRECEDENTES - AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO DIRETA - NÃO CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO - INAPLICABILIDADE DO CDC - RESPONSABILIDADE OBJETIVA (§ 6º. DO ART. 37 DA CF) - REALIZAÇÃO DE PARTO NATURAL, QUANDO, EM FUNÇÃO DE NÃO HAVER DILATAÇÃO SATISFATÓRIA DO COLO UTERINO E DE SEREM AS CONTRAÇÕES POUCO EFICAZES, HAVIA INDICAÇÃO, QUALIFICADA PELA PERÍCIA COMO "EVIDENTE", DE CESARIANA - BEBÊ QUE, DURANTE O PERÍODO EXPULSIVO (PASSAGEM PELO CANAL DE PARTO), FOI ACOMETIDO POR ANÓXIA (FALTA DE OXIGENAÇÃO CEREBRAL), CULMINANDO, 2 APÓS DIVERSAS COMPLICAÇÕES CLÍNICAS, EM SUA MORTE - NEXO CAUSAL SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO - AUSÊNCIA DE QUALQUER MÍNIMO INDÍCIO DE CAUSA EXCLUDENTE DO LIAME DE CAUSALIDADE - INDENIZAÇÃO DEVIDA - APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO - READEQUAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA. (TJPR - 2ª C.Cível - AC - 1007526-8 - Umuarama - Rel.: Antônio Renato Strapasson - Unânime - - J. 27.01.2015)

No entanto, apesar de se tratar (ou não) de um contrato de consumo, a obrigação assumida pelos hospitais, assim como pelos médicos, via de regra, é considerada obrigação de meio, e não de resultado, porque o estabelecimento hospitalar não promete a cura do paciente, ou o sucesso do tratamento. Compromete-se, sim, a prestar o atendimento adequado, de qualidade, utilizando-se de todos os meios possíveis para atingir o resultado desejado, mediante a disponibilização de profissionais competentes, e utilização das melhores técnicas, mas nada promete quanto ao êxito da intervenção.

Washington de Barros Monteiro explica que na obrigação de resultado “obriga-se o devedor a realizar um fato determinado, adstringe-se a alcançar certo objetivo”¹⁷. Já na obrigação de meio “o devedor obriga-se a empregar diligência, a conduzir-se com prudência, para atingir a meta colimada pelo ato”¹⁸.

Por esta razão a relação hospital-paciente, assim como a médico-paciente, veicula uma obrigação de meio, vez que compete ao hospital a prestação de seus serviços diligentemente, de acordo com os manuais e protocolos médicos, e com o

¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 10ª ed. Vol 4. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

¹⁸ Ibid, p. 56.

progresso da Medicina, mas não tem o médico ou o hospital o dever de curar o paciente. Miguel Kfouri Neto explica que,

A jurisprudência tem sufragado o entendimento de que, quando o médico atende a um cliente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato. A responsabilidade médica é de natureza contratual. Contudo, o fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão¹⁹.

Portanto, a prestação de serviços na área da saúde não é qualquer contrato de consumo. Detém peculiaridades, e isto em decorrência do fato de que seu objetivo primordial não está pautado no lucro, e sim na assistência à saúde, lidando com uma ciência não objetiva e nem sempre presumível.

Desse modo, a análise da responsabilidade civil na área da saúde acaba dependendo da análise da conduta dos profissionais e estabelecimento hospitalar como um todo, e não propriamente do resultado do seu trabalho.

3.3 MÉDICOS – OBRIGAÇÃO DE MEIO E RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Como afirmado, o Código de Defesa do Consumidor assenta-se na responsabilidade objetiva, trazendo, contudo, uma exceção, ao tratar da responsabilidade dos profissionais liberais em acidentes de consumo, na qual enquadram-se os médicos, enfermeiros, e demais profissionais da saúde, os quais somente serão responsabilizados quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa.

Dispõe o Código de Ética Médica (Res. CFM 1.931-2009), em seu art. 1º: “É vedado ao médico: Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida”.

Miguel Kfouri Neto explica que negligência médica “caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo”²⁰. Cita como exemplos o

¹⁹ KFOURI NETO, Miguel, 2010, pag. 74/75.

²⁰ KFOURI NETO, Miguel, 2010, p. 74/75

abandono do doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro, a letra do médico (receita indecifrável), o esquecimento em cirurgia de corpo estranho no abdômen do paciente. Revela, ainda, negligência, o não encaminhamento de paciente que necessita de intervenção cirúrgica, o não exame físico de paciente grave, limitando-se o médico a prescrever medicamento sem ver o paciente, e a troca de prontuários e exames, inclusive com a realização de procedimento cirúrgico errado, ou em lado errado de paciente.

Na imprudência, por sua vez, há culpa comissiva. “Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar de cautela”²¹. É o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista, aplicando ele próprio a anestesia causando parada cardíaca no paciente, ou que emprega cirurgia arriscada sem garantir vaga de UTI. Imprudente também é o médico que realiza cirurgia com pressa ou sem o auxílio de outros profissionais e vem a danificar órgão ou nervo de paciente.

A imprudência muitas vezes se confunde, na prática, com a imperícia, a qual decorre da não observação das normas e diretrizes técnicas, do não conhecimento técnico ou inabilidade técnica do profissional. Imperito, por exemplo, é o médico generalista que faz cirurgia ortopédica de alta complexidade e danifica nervo do paciente, ou o médico, que manuseando o fórceps vem a causar lesão cerebral no neonato.

Apesar da aparente facilidade de visualização com os exemplos citados, nem sempre é fácil aferir a culpa médica. Muitas vezes uma linha muito tênue separa o razoável do irrazoável/inaceitável.

Ao analisar a culpa médica, Miguel Kfoury Neto orienta a adoção do entendimento do Des. Nogueira Garcez, de que: “Este é um caso delicado, de difícil solução, por envolver questões relativas à ciência e artes médicas, em que o magistrado, como leigo, há de se apoiar nos dados de comum experiência, sem se esquecer, porém, do conselho dos entendidos”²².

O médico, como afirmado, via de regra assume uma obrigação de meio, devendo agir da melhor maneira possível para que o resultado seja atingido. Agindo, porém, com culpa, e vindo a causar dano ao paciente, deve ser responsabilizado. Não é necessário, porém, que esta culpa seja grave, basta que seja certa. E quanto

²¹ Ibid., p. 98.

²² KFOURI NETO, Miguel, 2010, p. 84

a isto a jurisprudência em geral tem sido bastante rigorosa, entendendo que a culpa médica não pode ser presumida, devendo estar devidamente comprovada. Em recente julgamento, o Tribunal de Justiça do Paraná reafirmou este entendimento:

A questão central é saber se houve culpa dos profissionais durante os atendimentos que prestaram à parte autora, já que a responsabilidade do Médico é subjetiva, dependendo de prova.

Ao atuar, o Médico compromete-se a agir de acordo com as regras e os métodos da profissão, ou seja, a colocar à disposição dos pacientes todo o seu conhecimento técnico da melhor forma possível, sem, contudo, assumir o compromisso de cura. Trata-se, pois, de obrigação de meio e não de resultado.

Dessa maneira, conclui-se que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva com culpa provada, e não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico.

Caberá assim ao paciente demonstrar que o resultado insatisfatório do tratamento teve por causa negligência, imprudência ou imperícia do Médico. Dos documentos acostados nos autos, como bem frisado no Laudo Pericial, verifica-se que os atendimentos prestados à paciente revelaram-se adequados, não havendo como se imputar a condição de saúde da autora, à atuação dos Médicos requeridos.²³

Os médicos não podem responder pelo sucesso do procedimento “porque a pessoa doente já corre o risco de sucumbir por sua própria fragilidade, e seria absurdo exigir o salvamento e cura por aquele que se dispõe a tratá-la, por mais competente que seja”²⁴. Exige-se, assim, do profissional, que ministre um tratamento adequado, consciente e diligente, conforme a literatura médica, ficando a responsabilidade deste profissional atrelada a análise de sua conduta e não simplesmente do resultado do seu trabalho. Apenas em se comprovando (e não apenas supondo) o agir culposo por parte do médico, que causa dano ao paciente, há o dever de indenizar.

Em casos específicos de infecção hospitalar dificilmente ocorrerá a responsabilização do médico, já que muito difícil de se comprovar que a infecção ocorreu por falha do médico na utilização de algum equipamento contaminado. De outro lado, estes casos estão sujeitos à análise de responsabilidade da instituição hospitalar, como mais adiante se exporá.

²³ TJPR - 10ª C.Cível - AC - 1098961-8 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Elizabeth de F N C de Passos - Unânime - - J. 22.05.2014

²⁴ BRUNHARI; ZULIANE, 2012, p. 101.

3.4 HOSPITAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Diferente da responsabilidade médica, que depende da comprovação de culpa para ensejar responsabilização, a responsabilidade dos hospitais e demais pessoas jurídicas prestadoras de serviços na área da saúde é tida como objetiva, seguindo a regra do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Isto significa dizer que se uma pretensão está calcada em suposto erro médico, seja a ação intentada contra o médico, seja contra o hospital, apenas haverá o dever de indenizar caso comprovada a culpa do profissional, mas que nas situações referentes ao estabelecimento comercial/hospitalar, como a parte de internamento, aparelhagem, alimentação, o hospital responde objetivamente perante o paciente. Este entendimento já está consolidado na jurisprudência pátria, como se vê do seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO E DE HOSPITAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO VERIFICADA. INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. SÚMULA 7/STJ.

(...) 3. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC, no caso o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes.

4. "O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si" (REsp 629.212/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 17/09/2007, p. 285).

5. A responsabilidade objetiva prescinde de culpa (parágrafo único do art. 927 do Código Civil). No entanto, é necessária a ocorrência dos demais elementos da responsabilidade subjetiva, o que não ocorreu no caso dos autos²⁵.

A infecção hospitalar, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, é entendida como de responsabilidade da instituição hospitalar (e não erro médico), e

²⁵ AgRg no REsp 1385734/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 01/09/2014

por esta razão a responsabilidade do hospital nestes casos é entendida como objetiva.

Diversas teorias foram criadas para fundamentar a responsabilidade objetiva, sendo a mais conhecida e mais aplicada a teoria do risco, que apresenta modalidades como o risco proveito, risco criado, risco administrativo, risco integral, e risco da atividade.

A teoria do risco leva em consideração os riscos criados pelo agente ao desenvolver sua atividade, e em geral, envolve situações em que não há equilíbrio na relação entre o causador do dano e a vítima. Decorrente da evolução das relações civis modernas, onde o ponto principal “é a potencialidade de causar danos, pois a partir do momento em que o indivíduo se sujeita a praticar um ato ao mesmo tempo está se responsabilizando por danos decorrentes de tal atividade, independentemente de ter agido culposamente”²⁶.

Diversas atividades são potencialmente perigosas, mas a lei não as proíbe por serem socialmente úteis e admitidas. De outro lado, impõe a estes agentes a obrigação de responder pelos danos que ocasionar, independentemente de terem ou não agido com culpa. Seria uma espécie de “contrapartida das vantagens que auferem do exercício de tal atividade”²⁷. São exemplos de atividades potencialmente perigosas o transporte de cargas ou de inflamáveis, de produção e transmissão de energia elétrica, atividades nucleares, trabalho em locais insalubre e perigosos.

Não se entende, todavia, que a atividade médica/hospitalar possa ser acrescentada neste rol. Miguel Kfoury Neto, referindo-se à responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, argumenta que,

Ao profissional da medicina não se aplica nenhuma dessas disposições do parágrafo único do artigo 927: primeiro, por inexistir lei que imponha ao médico o dever de reparar o dano independentemente de culpa; segundo, porque a atividade médica não implica, por sua natureza, risco para o paciente – muito pelo contrário: representa, as mais vezes, esperança de cura, de salvação, de mitigação das dores – e o risco terapêutico (maior ou menor probabilidade de se curar o enfermo), como visto linhas atrás, não depende somente da atuação do profissional médico.²⁸

²⁶ ELIAS FILHO, Rubens Carmo; SANTOS LOPES, Felipe dos. Responsabilidade Civil Subjetiva pelas Infecções Hospitalares. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, jul/dez 2011, pg. 38.

²⁷ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**, 4ª. ed, Coimbra, 2001, p. 403.

²⁸ KFOURI NETO, Miguel, 2012, p. 96.

A atividade hospitalar, por sua vez, apesar de haver previsão legal dispondo que sua responsabilidade é objetiva, também não pode ser entendida como uma atividade essencialmente perigosa. Não há como se dizer que os profissionais da área da saúde exercem atividades que, por sua natureza, implicam em riscos aos direitos do paciente, pois seria um enorme contrassenso. O risco não é criado pela instituição, a qual apenas visa diminuir o risco que já existe. Destaca Miguel Kfourri Neto que,

Nem a estrutura, tampouco a natureza do contrato estabelecido entre médico e paciente pressupõe risco, criado com a finalidade única de se extrair qualquer forma de proveito. Os profissionais da saúde, em princípio, atuam nos limites do risco inerente da própria enfermidade – e sempre com o propósito de obter a cura.²⁹

Desta forma, constata-se que a atividade hospitalar detém peculiaridades, que devem ser levadas em consideração, tendo em vista que apesar de, da interpretação da lei, se extrair que sua responsabilidade é objetiva, por ser fornecedora de serviços, sua atividade não se assemelha com casos de assunção de risco, de desenvolvimento de atividade perigosa, que causa risco a consumidor.

Não há dúvidas de que a adoção da responsabilidade objetiva atenda aos anseios da sociedade moderna, típica sociedade de massa, exposta aos riscos da produção, do desenvolvimento, e da tecnologia empregada pelos fornecedores que deixam as vítimas mais vulneráveis. No entanto, em se tratando de saúde, de serviços prestados no âmbito hospitalar, o que se constata é que em geral não é o consumidor exposto simplesmente a riscos criados pelos fornecedores em detrimento do seu desenvolvimento, mas sim o paciente quem procura esta tecnologia, que necessita desta tecnologia, que procura/encontra nesta tecnologia um meio de cura, a qual está, no entanto, atrelada a um risco, naturalmente.

A infecção hospitalar é um destes riscos. Como verificado, não existe hospital com índice de infecção zero, não existe a possibilidade de se exterminar toda a forma de infecção hospitalar, e a adoção de novas tecnologias, de procedimentos avançados que visam aumentar a sobrevivência de pacientes, acabam naturalmente deixando-os suscetíveis ao aumento deste risco, que não são criados em benefício do hospital fornecedor, mas sim do próprio paciente.

²⁹ KFOURI NETO, Miguel, 2012, p. 96

Por fim, deve-se lembrar que a responsabilidade objetiva dispensa alegação e prova de conduta culposa, mas para haver responsabilização deve-se comprovar não apenas a ação/omissão do agente e o dano, mas especialmente o nexo causal entre um e outro e, nos termos do art. 12 do CDC, o defeito do produto/serviço.

4. HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE HOSPITALAR

Compreender que a responsabilidade das instituições hospitalares é objetiva não implica em concluir que a instituição será sempre responsabilizada em casos de infecção hospitalar.

Como afirmado anteriormente, é certo que houve um período em que a jurisprudência demonstrou tendência em acolher demandas indenizatórias com origem na ocorrência de infecção hospitalar, sem abrir espaço para discussão sobre a ausência de responsabilidade da instituição em determinados casos, utilizando-se de argumentos baseados na assunção do risco pelo hospital e ausência de caso fortuito já que as moléstias estão ligadas à atividade da instituição³⁰.

No entanto, a jurisprudência foi paulatinamente se curvando às alegações de defesa consistentes e convincentes que buscavam demonstrar que a infecção em determinados casos não decorre de falha da instituição, mas de uma série de fatores que não podem ser imputados à instituição, de modo que hoje prevalece o entendimento de que o hospital tem sim a obrigação de zelar pela limpeza e assepsia de seus materiais e ambientes, bem como, deve manter em suas dependências uma Comissão de Controle de Infecção Hospitalar efetiva, com vistas a reduzir ao máximo os índices de infecção. No entanto, não se exige que a

³⁰ Nesse sentido, o REsp 116.372/MG e REsp 629.212/RJ do STJ. No mesmo sentido, ainda, Ap. Cível n. 104209-1, do extinto TAPR, 3ª C. Cível: RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECCAO HOSPITALAR. SE O PACIENTE SE INTERNA EM UM HOSPITAL PARA REALIZACAO DE CIRURGIA ELETIVA E VEM A CONTRAIR INFECCAO HOSPITALAR (STAPHILOCOCCOS AUREUS) EM DECORRENCIA DA FALTA DE ASSEPSIA, HA OBRIGACAO DO HOSPITAL EM INDENIZAR OS DANOS DECORRIDOS. TEORIAS OBJETIVA E DO RISCO. "Pelo critério do risco, chega-se a constatação de que algumas atividades se desenvolvem sob um clima de constante perigo de lesão a bens juridicamente relevantes de terceiros, não sendo exagero afirmar que retirar deste próprio perigo a sua própria essência, o seu próprio êxito. Ora, nada mais justo, portanto, que ocorrendo o dano, responde o empreendedor desta atividade pela reparação ainda que inexista a culpa, pois é do próprio potencial de perigo que retira este empreendedora sua lucratividade, o seu sucesso". (BITTAR, Carlos Alberto, "Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar", Ed. Saraiva, pag. 181). (...) (TAPR - Terceira C.Cível (extinto TA) - AC - 104209-1 - Londrina - Rel.: Eugenio Achille Grandinetti - Por maioria - - J. 03.06.1997)

instituição obtenha índice zero de infecção, nem se atribui à instituição absoluta responsabilidade em todos os casos de ocorrência de infecção, passando a admitir, portanto, que a instituição hospitalar comprove que não falhou.

Este entendimento encontra amparo em todo um arsenal jurídico que já foi pincelado acima, cabendo de primeira mão ressaltar a constatação de que a obrigação do hospital é obrigação de meio e não de resultado, o que significa dizer, em relação a questão da infecção hospitalar, que “a obrigação inerente ao hospital é a de pôr em prática todos os meios possíveis para que sejam atenuadas ao máximo as possibilidades de infecção, essa é a obrigação legal, imposta pelo art. 1º da Lei n. 9.431”³¹, não havendo obrigação de garantir índice zero de infecção em suas dependências, porque sabidamente impossível.

Diante disto, avaliado o caso concreto e constatado que o hospital não cumpriu com sua obrigação de meio, deixando de promover as medidas necessárias de higiene, sanitárias e bactericidas, a fim de evitar ao máximo a proliferação de infecção hospitalar, perfeitamente cabível se mostra a sua responsabilização. De outro lado, caso comprovado que a instituição cumpriu com seu dever, não há espaço para sua responsabilização, porque decorrente de situação inevitável, que foge do controle e possibilidades do hospital, enquadrando-se como um evento de força maior ou caso fortuito.

Há quem defenda a tese de que devido a estes fatores, a responsabilidade do hospital seria subjetiva³² e não objetiva, já que deveria haver comprovação de culpa do hospital ao não atender as normas sanitárias e de desinfecção para ensejar responsabilização.

No entanto, com o devido respeito aos defensores desta tese, entende-se que não convém levar a discussão para este lado, vez que o campo da responsabilidade objetiva comporta excludentes, como a ocorrência de caso fortuito ou força maior, e a culpa da vítima, além da ausência de nexo de causalidade pela ausência de defeito na prestação dos serviços, não sendo necessário buscar fundamentação contrária à letra da lei (lembre-se que o CDC é expresso ao afirmar que a responsabilidade dos prestadores de serviços não autônomos é objetiva) para sustentar ausência de responsabilidade da instituição com base nas excludentes de

³¹ ³¹ ELIAS FILHO, Rubens Carmo; SANTOS LOPES, Felipe dos, 2011, p. 45.

³² Por exemplo, Humberto Theodoro Jr, na obra Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. Revista de Processo n. 95, RT, 1999, p. 20. E também: Rubens Carmo Elias Filho e Felipe dos Santos Lopes, 2011.

responsabilidade civil, albergadas implícita ou explicitamente pelo Código de Defesa do Consumidor.

4.1 CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR/VÍTIMA OU DE TERCEIRO

O hospital não pode ser responsabilizado quando a infecção decorrer de evento atribuível exclusivamente ao consumidor/vítima ou a terceiro, já que ninguém pode ser responsabilizado por um evento/dano que não tenha dado causa.

Neste sentido, a primeira causa de exclusão da responsabilidade hospitalar é a chamada culpa exclusiva da vítima, também chamada de *fato* exclusivo da vítima, termo que seria o mais adequado já que a questão de fundo, a ensejar a exclusão da responsabilidade, não é propriamente a culpa da vítima, mas sim a sua conduta, que configura a causa do dano. Flavio Tartuce³³ explica que a preferência pela utilização do termo *fato* da vítima ao invés de *culpa*, deve-se ao fato de que esta excludente se aplica também nos casos de responsabilidade objetiva, como os casos aqui tratados, justamente porque não envolve análise da culpa, mas sim do nexo de causalidade.

Exemplo de fato exclusivo da vítima ocorre quando a infecção decorre de falta de cuidados pós-operatórios do próprio paciente. Ou seja, o médico prescreve recomendações ao paciente, que são descumpridas pelo mesmo, vindo a ocorrer a infecção. Certamente, não pode o médico e o hospital serem responsabilizados pelo descuido ou desleixo no paciente, o qual vem a ser causa de infecção. Nesse sentido:

Responsabilidade civil do médico e do hospital. Ausência de prova de culpa. Infecção hospitalar. Culpa exclusiva da vítima.(...) II - Mesmo diante do fato de que a responsabilidade civil do hospital é objetiva, a teor do art. 14, caput, da lei nº 8.078/90, tal responsabilidade não se configura quando demonstrada a culpa exclusiva da vítima (art. 14, § 3º, II, do mesmo diploma legal). Na casuística apresentada, a infecção hospitalar reclamada pela paciente não se deu no âmbito do nosocômio, eis que pela prova dos autos, esta se deu ou antes da primeira intervenção cirúrgica, tendo em vista que a vítima, a época, já tinha sinais de ter sofrido uma infecção urinária, ou após a alta hospitalar, pelo fato de que a autora retirou a sonda precocemente, contribuindo para a ação dos agentes microbianos. Culpa exclusiva da

³³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

vítima caracterizada. Não configuração do dever de indenizar. Sentença mantida. Apelo improvido³⁴.

Culpa ou fato de terceiro, por sua vez, ocorre quando o dano decorre da conduta de um terceiro, que pode ser qualquer pessoa além da vítima e do causador aparente do dano. Como exemplo, há fato de terceiro quando o paciente já chega no hospital portando infecção hospitalar em decorrência de anterior internação, em outro hospital.

Tais excludentes encontram previsão legal no Direito Civil, tratando-se de excludentes do nexo de causalidade, ao lado do caso fortuito e força maior, e também encontram previsão no Código de Defesa do Consumidor, que dispõe em seu art. 14, §3º, II, que o fornecedor não será responsabilizado quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Cabe esclarecer que as chamadas infecções comunitárias, que são aquelas constatadas ou em incubação no ato de admissão do paciente, ou adquiridas por recém-nascido por via transplacentária, tratam-se de um caso claro de ausência de responsabilidade do hospital, por não haver nexo de causalidade entre a conduta (ação/omissão do hospital) e o dano, sendo decorrentes de fato exclusivo da vítima ou de terceiro, já que preexistentes à internação.

Ou seja, se restar demonstrado que o paciente já encontrava-se acometido pela infecção quando deu entrada no hospital, ou que por outras razões, como descuido ou desleixo e falta de atendimento a recomendações médicas acabou adquirindo a infecção - fato exclusivo da vítima -, ou que a adquiriu em outra unidade hospitalar - fato de terceiro -, não haverá responsabilidade do hospital por ausência de nexo de causalidade.

Lembre-se, ainda, que a longa permanência de pacientes internados e a situação clínica do próprio paciente são fatores que também favorecem o desenvolvimento de mais infecções, ou seja, muitas vezes a infecção decorre da enfermidade em si, da gravidade e fragilidade da condição física do paciente. É sabido que pacientes que permanecem longos períodos de tempo intubados apresentam enormes chances de contrair infecção, assim como pacientes que são submetidos a diversas intervenções cirúrgicas. Tais situações também podem ser

³⁴ Apelação Cível Nº 70000224667, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 27/06/2001.

entendidas, dependendo do caso, como fato da vítima, a ensejar, senão a exclusão da responsabilidade hospitalar, ao menos o reconhecimento de culpa concorrente.

4.2 CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR

Outra causa excludente de responsabilidade por quebrar o liame causal entre a conduta do agente e o resultado é a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Apesar de não haver unanimidade doutrinária em seus conceitos, Flávio Tartuce apresenta uma conceituação aceita do ponto de vista didático, como sendo caso fortuito o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural e força maior um evento previsível, mas inevitável ou irresistível³⁵. A distinção entre os dois institutos, contudo, não será preocupação neste trabalho, já que nem o legislador, nem a jurisprudência demonstram tal preocupação, utilizando muitas vezes as duas expressões como sinônimas.

A questão relevante para a presente análise é que admite a lei civil como excludente de responsabilidade o fato de o dano advir de um evento imprevisível, seja decorrente de ato humano ou da natureza, ou de um evento que por mais que seja previsível, é inevitável, ou irresistível, e claramente a infecção hospitalar, em muitos casos, enquadra-se nestes conceitos.

Como restou demonstrado, por mais que um hospital aplique todas as normas fitossanitárias e de desinfecção existentes, por mais que mantenha uma Comissão de Controle de Infecção Hospitalar efetiva, por maior cuidado que tome, não conseguirá eliminar por completo o risco de infecção hospitalar em suas dependências. Já é sedimentado o entendimento de que não existe hospital com índice zero de infecção, que o risco é inerente ao ato cirúrgico, e que por melhor que seja a desinfecção, alguns agentes infecciosos podem persistir.

Apesar de seguir todo o protocolo, é certo que com o tempo surge e surgirão agentes infecciosos desconhecidos, que não se sabe a causa, a origem, ou que sejam resistentes aos agentes desinfeciosos aplicados. Bactérias mutantes e

³⁵ TARTUCE, Flávio, 2011, p. 384

hiper-resistentes surgem, e certamente somente após o seu surgimento poderão as unidades responsáveis adotar medidas com vistas a eliminá-las.

A ocorrência de infecção hospitalar em um estabelecimento que, portanto, atenda a todas as exigências legais e normativas, que foi surpreendido com o surgimento de um agente infeccioso desconhecido ou hiper-resistente, que não se sabe a causa ou como evitá-lo, pode ser entendida como um evento decorrente de caso fortuito ou força maior.

O Desembargador Fernando Antônio Prazeres, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, ao elaborar seu voto, no julgamento da Ap. Cível 658088-3, em 31.03.2011, bem destacou este entendimento:

Ora, evidente que não existe, por mais avançados que estejam os métodos de esterilização de ambientes hospitalares, nenhum lugar completamente livre de vírus e bactérias naturais.

Não podem os Hospitais ser responsabilizados objetivamente e indistintamente por ocorrência de infecções hospitalares.

No presente caso restou vastamente comprovada que a Comissão de Combate à Infecção Hospitalar do Hospital Santa Cruz é atuante e eficiente, de acordo com os relatórios mensais informados à Secretaria de Estado de Saúde, conforme documentos de fls. 788/838, inclusive, os índices de infecção ocorridos nas dependências do estabelecimento foram menores do que os índices médios mundiais.

Em momento algum, observando-se os autos, restou comprovada que a infecção decorreu de erro médico, de ausência de cuidados com o paciente e com a assepsia do ambiente hospitalar.

A infecção contraída pelo paciente decorreu de caso fortuito, agravada pelo seu estado de saúde debilitado, portanto foi inevitável.

Outro julgamento que merece destaque³⁶, refere-se a paciente que contraiu na unidade hospitalar infecção por micobactéria, após ser submetida a procedimento

³⁶ ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO RETIDO. NÃO CONHECIMENTO. INFECÇÃO HOSPITALAR DECORRENTE DE SURTO EPIDÊMICO. FURTUITO. EXCLUSÃO DO NEXO CAUSAL. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO. 1. Em respeito ao art. 523, §1º, do CPC, não deve ser conhecido o agravo retido não reiterado nas razões ou contrarrazões do recurso de apelação. 2. O artigo 37, §6º, da Constituição Federal, consagrou a responsabilidade civil objetiva do Estado, tendo por fundamento a teoria do risco administrativo, ou seja, para a aferição da responsabilidade civil do Estado e conseqüente reconhecimento do direito à reparação pelos prejuízos causados, basta a prova do nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e o fato danoso e injusto ocasionado pelo poder público, sendo dispensável, portanto, a demonstração do elemento subjetivo culpa. 3. Deve ser verificada a relação de causalidade entre a conduta administrativa e o dano sofrido pelo administrado, afastando-se a responsabilidade quando demonstrada a ocorrência de hipóteses de exclusão do nexo de causalidade, quais sejam, fato exclusivo da própria vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força

cirúrgico. Considerou o Tribunal Regional Federal da 2ª Região que houve um surto epidêmico de infecção, no Brasil, por micobactéria não tuberculosa de crescimento acelerado, em pacientes submetidos a procedimento cirúrgico de videolaparoscopia em meados de 2007, e que a infecção que acometeu a paciente neste caso foi, de fato, dotada de imprevisibilidade, segundo as técnicas de medicina utilizadas na época. Entendeu que tal agente infeccioso surpreendeu as equipes médicas cirúrgicas nacionalmente e até mesmo em vários outros países, tratando de bactéria resistente aos mecanismos utilizados para a esterilização do material cirúrgico, e, entendendo pela ocorrência de caso fortuito, inexistente o nexo causal, afastou, por consequência, o dever de indenizar.

Novamente cabe frisar que não há dúvidas de que o hospital deve adotar todas as medidas possíveis para reduzir a incidência de infecção, de modo que se esta vier a ocorrer em decorrência “de assepsia deficiente ou à ausência de cautelas idôneas a evitar a doença nosocômica, o hospital pode [e deve] ser responsabilizado”(RJ 73/111), no entanto, caso demonstrado que todos os cuidados foram tomados, que a infecção ocorreu apesar de o hospital aplicar rigorosamente o programa de controle de infecções hospitalares, entre outras medidas, plenamente possível o afastamento da responsabilidade do hospital, com fundamento na ocorrência de caso fortuito ou força maior.

4.3 AUSÊNCIA DE DEFEITO

Outro ponto merecedor de destaque nesse estudo que analisa as excludentes de responsabilidade hospitalar em casos de infecção hospitalar é a

maior. 4. Da detida análise dos autos, verifica-se que, conforme alegado pela FIOCRUZ em suas razões, a infecção que acometeu a parte autora, de fato, foi dotada de imprevisibilidade, segundo as técnicas de medicina utilizadas na época, de forma que deve ser afastada a responsabilidade da Administração. 5. Conforme cópia do prontuário da parte autora, acostado às fls.102/218, os instrumentos utilizados na cirurgia foram esterilizados, tendo sido, inclusive, juntadas ao prontuário as fitas que certificam que o instrumental cirúrgico recebeu esterilização (fls.157), sendo certo, pois, que a infecção que acometeu a parte autora decorreu de surto epidêmico de infecção, no Brasil, por micobactéria não tuberculosa de crescimento acelerado, em pacientes submetidos a procedimento cirúrgico de videolaparoscopia. (PRECEDENTES: EIAc 200851010124235, Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER, TRF2 - TERCEIRA SEÇÃO ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::13/05/2013; APELRE 200851010096616, Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO, TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::11/12/2013). 6. Atestada a ocorrência de caso fortuito, inexistente nexo causal e afasta-se, por consequência, o dever de indenizar da FIOCRUZ. 7. Agravo retido não conhecido. Recurso de apelação provido. (TRF2, Rel Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, 5ª Turma Especializada, julg. 17/12/2014).

disposição consumeirista que prevê que o fornecedor de serviços responde objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores por *defeitos* relativos à prestação dos serviços, e informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos³⁷, dispondo, na sequência, que o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração, entre outras circunstâncias, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam³⁸.

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, portanto, apesar de a responsabilidade hospitalar ser objetiva, apenas haverá responsabilidade em ocorrendo defeito, e o serviço não é considerado defeituoso sempre que apresente riscos, mas apenas quando não fornecer a segurança que dele se pode esperar, quando os riscos extrapolarem o razoavelmente esperado.

Esta previsão legal é muito importante na medida que estabelece de maneira clara que responsabilidade objetiva não é responsabilidade absoluta, mas, pelo contrário, permite ampla discussão sobre a responsabilidade ou não do fornecedor, analisando a qualidade do serviço prestado, a segurança esperada e os riscos esperados da atividade. Não tem o escopo de pôr em discussão a culpa propriamente dita do hospital, mas a conduta – se é defeituosa ou não, o que acaba remetendo à ideia de culpa³⁹.

Isto no campo da responsabilidade hospitalar em casos de infecção ganha contornos interessantes, já que justamente se está tratando de um risco – algumas vezes esperado, outras não, decorrente de serviços nem sempre defeituosos.

Cabe ressaltar que o conceito de segurança que o consumidor pode esperar está diretamente relacionado ao dever de informação, sendo indispensável que o paciente seja informado a respeito dos riscos de infecção na intervenção cirúrgica que será submetido⁴⁰.

Apesar do fornecedor de produtos ou serviços ser responsável pelos riscos de sua atividade, não pode ser responsável pelos riscos que não dá causa, ou que não contribui para que ocorra de alguma forma. A comprovação de inexistência de

³⁷ Artigo 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

³⁸ Artigo 14, §1º, II do Código de Defesa do Consumidor.

³⁹ Cleonice Rocha, citada por Eduardo Dantas, 2014, sustenta que o CDC condicionar a responsabilização do fornecedor de serviços à existência de defeitos relativos à prestação de serviços, “sugere culpa, principalmente quando se trate de cuidados médicos, cujo contrato assegura uma obrigação de meio e não de resultado, de maneira que o resultado não desejado não pode ser considerado como defeituoso”.

⁴⁰ ELIAS FILHO, Rubens Carmo; SANTOS LOPES, Felipe dos, 2011, p. 48.

defeito, apta a ensejar a exclusão da responsabilidade do hospital, também parte da premissa de ausência denexo de causalidade, e está intimamente relacionada com as excludentes de caso fortuito e força maior. Apesar de terem sido dispostos em tópicos separados, a análise de casos concretos normalmente englobará os dois fundamentos, conjuntamente.

Normalmente, para se entender pela ausência de responsabilidade do hospital com base na ausência de defeito do serviço prestado, deverá o hospital comprovar que cumpriu todas as normas fitossanitárias e de esterilização de seus materiais, que cumpriu criteriosamente com o programa de controle de infecções hospitalares, e que apresenta um índice baixo de incidência de infecções, abaixo ou dentro do risco aceitável/esperado.

No julgamento da Apelação Cível n. 952842-9, em 06/12/2012, de relatoria da Des Themis Furquim Cortes, o Tribunal de Justiça do Paraná julgou improcedente um pleito indenizatório no qual a autora postulava reparação de danos após ter sido acometida por infecção hospitalar adquirida após procedimento cirúrgico, sob o entendimento de que “as consequências gravosas não decorreram da conduta adotada pelo profissional, mas provavelmente pelo risco do procedimento e pelas condições da própria paciente”, concluindo que “a responsabilidade do estabelecimento médico-hospitalar, mesmo sendo objetiva, depende da comprovação de que houve efetivamente uma falha na prestação de seus serviços”.

Em outro caso semelhante, o mesmo tribunal, em voto de lavra do Des. Fernando Prazeres, datado de 31.03.2011, na Ap. Cível 658088-3, entendeu pela ausência de responsabilidade do estabelecimento que comprovou ter cumprido com todas as normas de combate à infecção hospitalar e que a infecção contraída decorreu de caso fortuito, ou risco inevitável, aliado ao estado de saúde fragilizado do paciente, concluindo, assim, pela exclusão da responsabilidade hospitalar com base na ausência de defeito na prestação de serviços e ocorrência de caso fortuito. De outro lado, na Ap. Cível n. 798221-2, de relatoria do Des. D’artagnan Serpa Sa, em 18.08.2011, entendeu o mesmo tribunal pela responsabilização do hospital, sob o argumento de que a infecção hospitalar que acometeu a paciente decorreu de falha na prestação do serviço, “pois para excluir a responsabilidade do réu, seria necessário que o mesmo comprovasse que a infecção não foi contraída no hospital,

ou que ao menos, procedeu de forma a evitar, naquilo que lhe era possível, a infecção”.

Como se vê dos julgados, os Tribunais, especialmente o do Paraná, já estão analisando a responsabilidade dos hospitais em infecção hospitalar com base na análise da ocorrência ou não defeito, na comprovação ou não de adoção das normas existentes com vistas a evitar e diminuir ao máximo o risco de infecção.

5 CAUSAS ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE HOSPITALAR

A ocorrência de culpa/fato exclusivo da vítima é causa de excludente da responsabilidade hospitalar, como antes afirmado. No entanto, há casos em que a conduta da vítima apenas concorre para o dano e não configura sua causa única ou preponderante. Nestes casos, está-se diante da culpa concorrente, na qual a conduta do agente e da vítima concorrem para o resultado.

Nesses casos, de culpa concorrente, a consequência jurídica para o hospital será diferente, pois não ocorrerá a exclusão da sua responsabilidade, a qual será apenas sua atenuada, nos termos dos art. 945 do Código Civil, com a fixação da indenização sopesando a culpa da vítima e a do autor do dano.

Há casos, todavia, em que não se verifica participação necessariamente culposa da vítima, mas que em razão da desproporção entre a gravidade da culpa do agente e o dano a lei permite a redução da indenização, conforme previsto no parágrafo único do art. 944 do Código Civil.

Em se tratando de infecção hospitalar, sabe-se que as consequências danosas geralmente são muito graves, sendo possível encontrar excessiva desproporção entre tão grave dano com a conduta do hospital, muitas vezes diligente, precavido, mas que não consegue evitar o pior. Nestes casos, há possibilidade de se atenuar a responsabilidade do hospital, reduzindo equitativamente o valor da indenização, levando em conta o grau de culpa do hospital, onde analisando-se o cumprimento pelo hospital das normas fitossanitárias e de desinfecção, e sua atuação no combate à infecção hospitalar.

Indubitável que se a manutenção do PCIH [Programa Nacional de Controle de Infecção Hospitalar], com resultados satisfatórios, se não servir para excluir a responsabilidade do nosocômio, no mínimo, configurará causa atenuante da responsabilidade, refletindo diretamente no quantum indenizatório. Ora, se a entidade hospitalar preocupa-se com a saúde de seus pacientes, observando as regras definidas pelo Ministério da Saúde e da Anvisa é porque age com cautela e perícia. A implantação da CCIH [Comissão de Controle de Infecção Hospitalar], responsável pelo planejamento das ações, e do SCIH [Serviço de Controle de Infecção Hospitalar], a quem incumbe a execução das ações, demonstra que a entidade age com prudência, cautela e técnica, preocupando-se com o controle e a manifestação de novos casos de infecções⁴¹.

Outras situações, ainda, poderão ser entendidas como fatores atenuantes da responsabilidade do hospital, por exemplo, quando se tratar de pacientes hospitalizados mais suscetíveis de contrair infecção, em decorrência de sua condição física. São exemplos pacientes acamados e entubados há muito tempo, indivíduos mal nutridos, diabéticos, paciente que passou por múltiplas cirurgias, etc.

Nesses casos também poderá o hospital demonstrar que a condição física do paciente propiciou a ocorrência de infecção, e que não pode o hospital ser tão severamente punido neste caso, em que possivelmente, caso o estado de saúde da vítima fosse outro, não contrairia tal infecção, ou seus danos seriam não tão graves.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se, com este estudo, que a responsabilidade civil dos hospitais, especialmente em situações de infecção hospitalar, apresenta diversas peculiaridades, não permitindo que a questão seja tratada como um simples caso de responsabilidade objetiva integral e absoluta. Analisando a obrigação hospitalar como uma obrigação de meio e não de resultado, e constatando que a infecção hospitalar, problema enfrentado pelos hospitais, é passível de controle para se atingir níveis aceitáveis, mas que não se mostra possível a sua extinção por completo, passa-se a se compreender que em determinadas situações não seria razoável atribuir responsabilidade ao hospital por um evento que não tenha dado causa.

Admite-se, assim, a exclusão da responsabilidade do hospital quando ficar demonstrado que este não falhou, que praticou todas as condutas exigidas e

⁴¹ SCREMIN, Natali, 2008, p. 34-50.

esperadas no combate à infecção, mas que esta decorreu por caso fortuito, força maior, ou mesmo por fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

O entendimento de que a responsabilidade do hospital seria absoluta, e que não haveria espaço para discutir falha da instituição mostrou-se ultrapassado, notadamente quando o próprio Código de Defesa do Consumidor admite hipóteses de exclusão de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços e dispõe que não haverá obrigação de indenizar quando se comprovar ausência de defeito/falha no serviço prestado.

A partir do momento em que se dissocia totalmente a ideia de responsabilidade com a de culpa, passando a admitir uma responsabilidade objetiva, baseada puramente no risco, sem qualquer análise vinculada à culpa ou à falha do serviço, no âmbito das instituições de saúde, e especialmente nos casos de infecção hospitalar, corre-se o risco de se começar a punir o próprio emprego de tecnologias avançadas, vez que a responsabilização deixa de ser vista como uma falha.

Não se deve exigir condutas do fornecedor que sejam capazes de torná-lo inviável economicamente, orientação que se extrai inclusive no art. 4º, III do Código de Defesa do Consumidor, um dos pontos centrais da Política Nacional das Relações de Consumo, que prima pela harmonização dos interesses de fornecedores e consumidores dentro da relação contratual a que estão submetidos⁴².

Não se acredita que a simples comprovação de existência de Comissão de Controle de Infecção Hospitalar nas dependências do estabelecimento seja suficiente para afastar a responsabilidade, tampouco que todo o caso de infecção decorra de caso fortuito ou força maior. No entanto, não se pode negar que o próprio CDC afirma que haverá a responsabilidade quando houver falha na prestação dos serviços, e que há diversos casos em que de fato, a falha inexistente, apesar da ocorrência da infecção.

Talvez esta falha seja mais facilmente verificada quando a infecção venha a atingir pessoa sadia, submetida a uma cirurgia plástica, por exemplo, sem intercorrências. De outro lado, dificilmente se sustentará a ocorrência de falha diante de um hospital que pratique o programa de controle de infecções hospitalares, que

⁴² ROSSI, Fernando Henrique. Responsabilidade de zoológico por menino atacado por tigre é relativa. **Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-28/responsabilidade-zoologico-menino-atacado-relativa> Acessado e publicado em 28/09/2014.

possua uma comissão efetiva, que obtenha baixos índices de infecção, e que o paciente que contraiu a infecção seja, por sua condição física, suscetível ou predisposto a contrair infecção.

Certo é que a análise deverá se dar caso a caso, e o ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC) cabe, em grande parte, ao hospital, que deverá provar que não falhou, provar que adotou todas as medidas exigidas e esperadas, e provar que o evento ocorreu por caso fortuito ou força maior, ou mesmo por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

7 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**, 4ª. ed, Coimbra, 2001.
- ANTOLISEI Francesco apud KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**, 7ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- BRUNHARI, Andréa de Almeida; ZULIANI, Ênio Santarelli. O Consumidor e seus direitos diante de erros médicos e falhas de serviços hospitalares. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, junho, 2012.
- DANTAS, Eduardo. **Responsabilidade Civil Hospitalar**: Breves notas doutrinárias e jurisprudenciais. Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos. Acessado em 15.0.2014. Disponível em: http://www.ipebj.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=286&Itemid=51
- ELIAS FILHO, Rubens Carmo; SANTOS LOPES, Felipe dos. Responsabilidade Civil Subjetiva pelas Infecções Hospitalares. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, jul/dez 2011.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**, 7ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2010
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 10ª ed. Vol 4. São Paulo: Saraiva,2010

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROSSI, Fernando Henrique. **Responsabilidade de zoológico por menino atacado por tigre é relativa**. Conjur. Acessado e publicado em 28/09/2014, acessível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-28/responsabilidade-zoologico-menino-atacado-relativa>

SCREMIN, Natali. Responsabilidade civil dos hospitais e os índices de controle de infecção hospitalar. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Março de 2008 – Vol. 3 N.1. Disponível em: http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2/index.php/revistadireito/article/view/6826/4142#.VEj_XfnF_MJ acesso em 20.02.2015.

SILVA, Ruvani Fernandes da. A infecção hospitalar no contexto das políticas relativas à saúde em Santa Catarina. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 11, n. 1, Feb. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692003000100016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20.02.2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THEODORO JR, Humberto. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. **Revista de Processo** n. 95, RT, 1999.