

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

RENAN PARRILO RODRIGUES ALVES

RESPONSABILIDADE CIVIL DE OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE POR ERRO
ASSISTENCIAL

SÃO PAULO

2020

RENAN PARRILO RODRIGUES ALVES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Fernanda do Amaral Gurgel

SÃO PAULO

2020

São Paulo
2020

RENAN PARRILO RODRIGUES ALVES

RESPONSABILIDADE CIVIL DE OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE POR ERRO
ASSISTENCIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Fernanda do Amaral Gurgel
Universidade Presbiteriana Mackenzie

À minha família, principalmente aos meus pais, Alan Frank e Renata Parrilo, que sempre me deram suporte para concluir esta etapa; aos meus avós; a todos os meus amigos que sempre estiveram ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

A todos os professores com quem tive o imenso prazer de ter aula ao longo do curso, que foram fundamentais para a conclusão dessa etapa, e do presente trabalho. Sem vocês, este grande sonho não teria se tornado realidade.

Um agradecimento especial aos meus pais, por todo o apoio e por tudo que me proporcionaram, sem vocês as minhas realizações não seriam possíveis.

Ao meu pai, Alan Frank Schlang Rodrigues Alves que sempre acreditou em mim, me incentivou na busca pelo conhecimento e nunca mediu esforços para que eu pudesse chegar aqui.

À minha mãe, Renata Parrilo, por todo o amor verdadeiro e incondicional, somado pelas saudades diárias de não podermos estar próximos durante o curso. Hoje tudo faz sentido, e valeu à pena para podermos estar mais próximos novamente.

Aos meus avós paternos e maternos, em especial a minha avó Sandra Alvarenga que me incentivou e me deu todo o suporte ao longo do curso, sendo fundamental inclusive para que este trabalho pudesse ter sido realizado.

Aos melhores amigos que eu poderia ter, por sempre estarem ao meu lado, dispostos a me ouvir e me aconselhar em todos os momentos.

Ao meu namorado, Guilherme Bartie, que foi fundamental para a conclusão dessa etapa, com todo o amor, carinho, suporte, e auxílio inclusive em questões acadêmicas.

Enfim, a todos os familiares, amigos, colegas, professores e profissionais que de algum modo contribuíram para a minha graduação e para a realização deste trabalho.

A educação é a arma mais poderosa que você pode usar para mudar o mundo (Nelson Mandela).

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar aspectos da responsabilidade civil utilizando-se como base a doutrina especializada, bem como a legislação aplicável, como o Código Civil Brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor, demonstrando a aplicação prática do instituto atualmente.

O cerne deste estudo é abordar a questão da responsabilidade civil de operadoras de planos de saúde por erros assistenciais partindo do princípio de que essas não possuem controle sobre o atendimento realizado por médicos e funcionários de hospitais e clínicas credenciadas. Desta forma, temos a seguinte problemática: seria possível responsabilizar civilmente uma operadora de planos de saúde por um erro médico que cause danos a seus consumidores? Em caso positivo, quais os fundamentos para tal responsabilização? Que tipo de responsabilidade civil pode ser aplicada em cada tipo de prestação de serviços que envolvem o caso, como do médico, hospital e operadora de plano de saúde? Objetiva-se, então, entender qual a relação jurídica entre operadoras de planos de saúde e seus médicos, clínicas e/ou hospitais credenciados. Além de utilizar a legislação pertinente, a saber, Constituição Federal, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 9.656/1998, dentre outras, em complemento a análise será abordado o entendimento jurisprudencial atual, especialmente do Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Erro Assistencial. Erro Médico. Operadora de Plano de Saúde.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze aspects of civil liability using a specialized doctrine as a basis, as well as applicable legislation, such as the Brazilian Civil Code and the Consumer Protection Code, demonstrating the practical application of the institute today. The core, study is to address the issue of civil liability of health plan operators for care errors, assuming that they have no control over the care provided by doctors and employees of accredited hospitals and clinics. Thus, we have the following problem: would it be possible to hold a health insurance company civilly responsible for a medical error that causes damage to its consumers? If so, what are the grounds for such accountability? What type of civil liability can be applied to each type of service provision that involves the case, such as that of the doctor, hospital and health plan operator? The objective, then, is to understand the legal relationship between health plan operators and their accredited doctors, clinics and / or hospitals. In addition to using the relevant legislation, a saber, Federal Constitution, Civil Code, Consumer Protection Code, Law No. 9,656 / 1998, among others, in addition to the analysis, the current jurisprudential understanding, especially of the Supreme Court of Justice, Tribunal of Justice of the State of São Paulo and Court of Justice of Rio Grande do Sul.

Keywords: Civil Responsibility. Assistance Error. Medical error. Health Insurance Operator.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
ANS	Agência Nacional da Saúde
ART	Artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNPL	Confederação Nacional das Profissões Liberais
IOM	Instituto de Medicina dos Estados Unidos
OMS	Organização Mundial da Saúde
RESP	Recurso Especial
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1. HISTÓRICO	13
1.2. FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	16
1.2.1. FUNÇÃO REPARADORA.....	16
1.2.2. FUNÇÃO PREVENTIVA.....	16
1.2.3. FUNÇÃO PUNITIVA.....	17
1.3. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL.....	18
1.3.1. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL.....	18
1.3.2. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL	19
1.4. ELEMENTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	20
1.4.1. CONDUTA DO AGENTE.....	21
1.4.2. DANO	21
1.4.3. NEXO DE CAUSALIDADE	23
1.5. RESPONSABILIDADE CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR..	24
2. RESPONSABILIDADE CIVIL DE OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE POR ERROS ASSISTENCIAIS	27
2.1. ERRO ASSISTENCIAL.....	27
2.2. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS.....	29
2.3. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS.....	35
2.4. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE.....	37
2.4.1. ASSISTÊNCIA PRIVADA A SAÚDE: SEGURO-SAÚDE E PLANO DE SAÚDE	38
2.4.2. RESPONSABILIDADE CIVIL DE OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE EM DECORRÊNCIA DE ERRO ASSISTENCIAL.....	40
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	49

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da civilização e regulamentação das relações entre indivíduos com a interferência do Estado, vemos o instituto da responsabilidade civil nascer e se desenvolver.

Diante da evolução social e da complexidade das relações contemporâneas, o estudo e aplicação da responsabilidade civil se tornou de suma importância, especialmente diante das diversas possibilidades e incidências de danos resultantes destas relações, sendo necessária a interferência do Estado para garantia do reparo e ou ressarcimento da vítima.

Este trabalho traz em seu escopo o histórico da responsabilidade civil, abordando ainda os conceitos dos elementos que a compõe doutrinariamente proporcionando uma compreensão global do tema, discorrendo brevemente sobre suas funções, modalidades e elementos que a caracterizam.

Quanto ao método, serão abordados os entendimentos doutrinários atuais, bem como a jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o intuito de ilustrar o posicionamento legal adotado pelo sistema jurídico brasileiro em ressonância com a legislação aplicável.

O tema central, a saber, responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde por erro assistencial, foi eleito devido a sua extrema relevância no cenário atual, seja pela conhecida reiterada incidência de casos de erro assistencial, como pela importância dos direitos violados com a ocorrência de tal dano, tratando-se de violação da dignidade do indivíduo através de lesão a sua saúde física, mental, ou a ambos, sendo possível, inclusive, que tal erro chegue a ceifar o bem maior de todo o cidadão: a vida.

O ordenamento jurídico brasileiro traduzido através da Carta Magna, prevê a garantia de diversos direitos aos cidadãos, tais como, segurança, educação e saúde, porém, é notório o fracasso da Administração Pública em viabilizar a efetividade de tais previsões, o que se constata facilmente ao observarmos a situação precária destes três setores.

Especificamente no que tange ao direito a saúde, diante da escassez de recursos do SUS, englobando a falta de materiais, medicamentos, profissionais e instalações precárias, a própria Constituição Federal autorizou a criação da assistência privada a saúde.

Com isso, o cidadão, em clara vulnerabilidade, ao perceber que não pode contar com a saúde pública em eventual momento de debilidade física ou mental, investe o fruto do seu trabalho em um serviço de assistência privada a saúde, com a esperança de, em um momento de necessidade, contar com serviços de qualidade.

Especificamente no que diz respeito aos planos de saúde, o indivíduo se compromete a pagar quantia mensal em troca de, quando precisar, contar com a garantia de ser atendido nos hospitais, laboratórios e por profissionais vinculados a operadora, constantes em listas de credenciados fornecida por esta.

Em que pese ter a autonomia na contratação da operadora de plano de saúde, o beneficiário se submete a um contrato pré-formulado com cláusulas nem sempre democráticas, além de depender de lista vinculativa no momento da escolha dos profissionais que lhe atenderão.

Diante desta vulnerabilidade e vínculo com profissionais contratados pelo plano de saúde, o instituto da responsabilidade civil trata essa relação entre beneficiário e plano de saúde com cuidado, sendo aplicáveis ao caso além da Lei nº. 9.656/98, o Código de Defesa do Consumidor, bem como o Código Civil e demais dispositivos pertinentes.

Este estudo demonstrará a aplicação prática das leis a hipótese de erro assistencial a pacientes contratantes de operadora de plano de saúde, demonstrando o tipo de responsabilidade aplicável, seja objetiva ou subjetiva, tanto aos planos de saúde propriamente ditos, quanto aos profissionais agentes do ato lesivo, abordando ainda a responsabilidade dos hospitais e a solidariedade entre estes no que tange ao dever de ressarcimento a vítima, expondo, ainda, os conceitos e características relevantes relacionados.

1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1. HISTÓRICO

O instituto da responsabilidade civil surge junto com a natureza humana, atrelado a um sentimento de busca por vingança, trazendo a ideia de favorecimento à vítima, para que esta seja ressarcida pelos males sofridos.¹

No antigo Direito Romano, já se aplicava a Pena de Talião, conhecida como “olho por olho e dente por dente”, que trazia a ideia de que todo dano causado traria consequências de igual proporção.

Com a implementação da Lei das XII Tábuas pelo Direito Romano, começou-se a ser quantificado o valor devido à título de indenização em cada caso concreto. Ou seja, iniciou-se a ideia de indenizar financeiramente a vítima que sofreu o dano.²

A maior revolução nos conceitos romanos no que se diz respeito à responsabilidade civil veio através da *Lex Aquilia*, a qual deu origem ao termo “responsabilidade aquiliana”, ou a conhecida responsabilidade extracontratual. Com ela, surgiu o elemento “culpa”, que é um dos principais requisitos para a existência da responsabilidade civil até os dias atuais. Ela acabou substituindo a multa prevista na Lei das XII Tábuas por uma indenização proporcional, de acordo com cada caso concreto.³

Hoje, a Constituição da República Federativa do Brasil, que é a base de todo o ordenamento jurídico brasileiro, traz o direito à reparação como sendo uma garantia fundamental.

Podemos observar os incisos V e X do artigo 5º da CF/88:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

¹PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade civil. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, P. 3.

²PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade civil. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, P. 4.

³PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade civil. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, P. 5.

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)
 V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem; (...)
 X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.⁴

Antes da implementação do Estado de Direito, acreditava-se que o Estado tinha apenas o dever de criação e aplicação do direito, não sendo subordinado à ordem jurídica. Neste passo, aquele que era lesado pelo Estado tinha apenas a possibilidade de requerer reparação em face do servidor causador do dano, e essa iniciativa era quase sempre frustrada, por conta da carência de recursos do responsável. Era defendido então, uma “irresponsabilidade” absoluta do Estado, o qual raramente respondia pelos danos causados.⁵

A Constituição Federal traz ainda, em seu artigo 37, parágrafo 6º, considerações no que tange à responsabilidade estatal:

Art. 37. § 6º As pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.⁶

De acordo com o dispositivo supramencionado, as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado que prestem serviços públicos também encontram respaldo jurídico no instituto da responsabilidade civil, tanto na qualidade de parte ofendida quanto na qualidade de parte ofensora, que antes somente se aplicava para pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Tal afirmação foi trazida pelo legislador no Código Civil Brasileiro, em seu art. 43:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.⁷

⁴BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. DF: Senado Federal: Centro Gráfico,1988.

⁵ NADER, Paulo. Curso de direito civil. Vol. 7: Responsabilidade civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, P. 11.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. DF: Senado Federal: Centro Gráfico,1988.

⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11/11/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 16/06/2020.

Ainda no que confere ao Código Civil Brasileiro, neste se faz presente o instituto da responsabilidade civil, a partir do artigo 186, o qual dispõe sobre o conceito de ato ilícito como sendo um ato que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que este seja exclusivamente moral. Este artigo é de suma importância, pois traz os elementos constituintes da responsabilidade, quais sejam: (i) a conduta, podendo ser por ação ou omissão; (ii) o nexo causal; e (iii) a existência de dano e culpa.

Como já estabelecido pelo artigo supracitado, ato ilícito é todo aquele que praticado tanto por ação, quanto por omissão, e que ocasione lesão ao direito subjetivo de outro indivíduo.

Pode-se concluir que todo e qualquer ato ilícito que cause um prejuízo a alguém gera o dever de indenizar. Tal dever é chamado de “responsabilidade”.⁸

Logo, devemos considerar que o uso do termo “responsabilidade” é aplicado diante de uma situação na qual uma pessoa, seja ela física ou jurídica, responde pelas consequências de uma ação, fato ou negócio que causou prejuízo a alguém. Desta forma, conclui-se que toda e qualquer atividade humana geradora de prejuízo a alguém pode provocar o dever de indenizar. Portanto, segundo Venosa, podemos partir do pressuposto de que o estudo da responsabilidade civil engloba todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.⁹

A responsabilidade civil se baseia na ideia de não causar prejuízo a outrem, e em caso de prejuízo, o agente causador deverá responder por este, de maneira que o dano causado seja completamente reparado. A ideia é de que se um sujeito derruba o muro do seu vizinho, este teria que reconstruí-lo. Da mesma maneira, se uma pessoa destrói a plantação de outra, a que causou o dano teria a obrigação de reparar.

Neste sentido, Silvio Venosa explica:

Reparar o dano, qualquer que seja sua natureza, significa indenizar,

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Vol. 1: Parte geral. 19ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, P.566

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Vol. 2: Obrigações e responsabilidade civil. 19ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, P.443.

tornar indene o prejuízo. Indene é que se mostra íntegro, perfeito, incólume. O ideal de justiça é que a reparação de dano seja feita de molde que a situação anterior seja reconstruída: quem derrubou o muro do vizinho deve refazê-lo; quem abalroou veículo de outrem por culpa deve repará-lo; o dono de gado que invadiu terreno vizinho, danificando pomar, deve replantá-lo e assim por diante.¹⁰

Diante do exposto por Venosa, conclui-se, inclusive, que a responsabilidade traz também a ideia de justiça, uma vez que busca a preservação do bem-estar, trazendo a possibilidade de restauração do prejuízo sofrido tanto no aspecto patrimonial quanto moral.

Sendo assim, a obrigação de indenizar/restituir/reparar se classifica em patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral). Como o próprio nome sugere, o dano patrimonial se relaciona com o patrimônio, ou seja, o conjunto de bens familiares.

1.2. FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As funções da responsabilidade civil podem ser divididas entre: reparadora, preventiva e punitiva, conforme sugerem diversas correntes doutrinárias.

1.2.1. REPARADORA

A responsabilidade civil se baseia na ideia de não se causar prejuízo a outrem, e no caso de uma conduta que acarrete um dano, o agente deverá responder por este, de maneira que a vítima seja reparada.

O cerne do instituto da responsabilidade civil é o ideal de justiça, pois busca a preservação do bem-estar, promovendo a possibilidade de restauração do dano sofrido, tanto na seara patrimonial quanto moral.

A função reparadora traz a ideia de que a reparação deve englobar todos os danos sofridos pela vítima, sejam eles morais ou materiais, havendo a possibilidade de cumulação das duas modalidades.

1.2.2. PREVENTIVA

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. Vol. 2: Obrigações e responsabilidade civil. 19ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, P. 789.

Outra função da responsabilidade civil é a preventiva, isto é, de prevenir futuros danos. A partir do momento que uma sentença impõe a obrigação de reparar os danos causados, isto gera automaticamente uma função pedagógica, associando aquela conduta – de causar dano, à uma contraprestação, evitando assim a prática de novos atos ilícitos pelo agente causador do dano.

Além disso, a função do poder judiciário é mais eficaz, no que diz respeito à responsabilidade civil, não apenas quando se faz cumprir o ressarcimento de um dano causado, mas principalmente quando evita a materialização de tais danos¹¹. Ou seja, a responsabilidade civil é mais útil e eficaz quando conseguir evitar o dano propriamente dito do que reparando um dano que foi causado, sem nada ter sido feito para evitá-lo.

Neste sentido, o jurista alemão Justus W. Hedemann expõe o seguinte pensamento:

A indenização de danos serve para reparar uma vulneração do direito consumada; mas, pergunta-se: por que se tem de esperar até que o dano exista? Em seu lugar deve ser concedida uma ação judicial preventiva que freie o perturbador, antes de cometer o ilícito.¹²

Ou seja, Hedemann traz a ideia de que, se um dano pode ser evitado com uma ação judicial preventiva, isto deve ser feito.

1.2.3. PUNITIVA

A função punitiva embasa ainda mais a preventiva, trazendo a ideia de punir para evitar danos futuros. Isso porque, em tese, o agente causador do dano, ao ser submetido a obrigação de ressarcir, estaria submetido também a sacrifícios pessoais, como por exemplo, o pagamento de indenização, o afetando financeiramente.

¹¹ NADER, Paulo. Curso de direito civil. Vol. 7: Responsabilidade civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, P. 15.

¹² J. W. Hedemann. Derecho de Obligaciones. Vol. 3. Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, vol. 3, § 65, P. 551.

Entretanto, segundo Paulo Nader, essa finalidade é deveras relativa na esfera cível, uma vez que a obrigação de indenizar nem sempre impõe sacrifícios ao ofensor.¹³ Portanto, o valor da indenização teria que levar em conta a situação patrimonial da parte ofensora para que a função punitiva cumprisse seu objetivo. Por exemplo, se um empresário com grande acúmulo de capital cometesse um ato contra outrem digno de indenização, o valor a ser fixado pelo Juiz deveria ser muito maior do que aquele fixado às pessoas com poder aquisitivo mediano. Por essa razão, conclui-se que as funções preventiva e reparadora são mais eficazes na aplicação prática do que a função punitiva abordada nesse tópico.

1.3. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A responsabilidade civil tem início a partir da violação de uma lei ou de uma obrigação pactuada em contrato. Neste passo, o fenômeno da responsabilidade jurídica pode ser dividido de duas formas: (a) contratual; e (b) extracontratual.

De acordo com a grande maioria dos doutrinadores, em ambas as modalidades, destaca-se a figura do ato ilícito. No ato ilícito extracontratual, há o descumprimento de uma ordem jurídica por parte do agente, enquanto no ato ilícito contratual tem-se o descumprimento após inobservância ou inadimplemento de obrigação previamente pactuada.¹⁴

De acordo com Pontes de Miranda, os atos ilícitos extracontratuais são absolutos, ou seja, não dependem de relação entre a parte ofensora e a parte ofendida. Por outro lado, os atos ilícitos contratuais são relativos, uma vez que tal ilicitude está vinculada ao instrumento negocial cujas obrigações pactuadas estão sendo infringidas.¹⁵

1.3.1. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

Como visto acima, a responsabilidade extracontratual nasce a partir da violação de um direito subjetivo, no qual inexistente uma relação jurídica contratual entre as partes, constituindo-

¹³ NADER, Paulo. Curso de direito civil. Vol. 7: Responsabilidade civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, P. 16.

¹⁴ NADER, Paulo. Curso de direito civil. Vol. 7: Responsabilidade civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, P. 21.

¹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Vol. 53. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsó, 1966, P. 81.

se, portanto, a partir de uma violação legal. Esta pode ser chamada também de *responsabilidade aquiliana*. A respeito disto, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho discorrem:

Se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual¹⁶

Quando abordamos o tema da responsabilidade civil extracontratual, estamos nos referindo a uma responsabilidade subjetiva. Para que tal responsabilidade seja indenizável é necessário observar a presença de requisitos subjetivos, ou seja, o dolo ou a culpa. Portanto, pode-se concluir que na ausência destes, não há que se falar em responsabilidade civil.

A responsabilidade subjetiva está prevista no Código Civil Brasileiro, em seu artigo 186, que dispõe:

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.¹⁷

1.3.2. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Sempre que nos referimos às relações contratuais, faz-se necessário lembrar do princípio do consensualismo, segundo o qual o simples acordo de duas ou mais vontades basta para que haja um contrato válido.¹⁸ Os contratos trazem consigo obrigações para as partes.

A obrigação contratual é estruturada pelo vínculo pactuado entre dois sujeitos, para que determinada prestação seja satisfeita por uma das partes em proveito de outra.¹⁹

¹⁶GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil. Vol. 3. Responsabilidade civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, P. 69.

¹⁷BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 3. Teoria das Obrigações contratuais e Extracontratuais. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, P. 13.

Na responsabilidade contratual, antes mesmo de existir uma obrigação reparatória, existe um acordo prévio entre as partes e no caso da violação deste, surge a obrigação de indenizar. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho indicam que neste tipo de responsabilidade, não há grande dificuldade em se comprovar o instituto da culpa, uma vez que se trata do descumprimento de uma obrigação que a própria parte ofensora assumiu em contrato. Vejamos:

Tal dificuldade é minorada quando a conduta ensejadora do dano é resultante do descumprimento de um dever contratual, pois, nessa hipótese, presumir-se-ia a culpa, uma vez que a própria parte se obrigou, diretamente, à obrigação, ora descumprida.(...) Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existir uma norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual.²⁰

Apesar da doutrina majoritária fazer a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual, diversos autores defendem a unificação dos temas. Eles entendem que ambos os assuntos se subordinam aos mesmos princípios e, na prática, ambos os casos possuem as mesmas soluções, pois para que haja a caracterização da responsabilidade civil, são necessárias as presenças dos mesmos elementos, ou seja, do dano, do ato ilícito e do nexo causal entre tais elementos.

1.4. ELEMENTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme já mencionado, o instituto da responsabilidade civil se apresenta sempre que um indivíduo, através de um ato ilícito, fere o interesse ou direito particular de outro, ou seja, aquele que causa dano a outrem possui obrigação de repará-lo. Neste diapasão, Pablo Stolze e Pamplona Filho conceituam a responsabilidade civil:

[...] atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).²¹

²⁰GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil. Vol. 3. Responsabilidade civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, P. 69.

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil. Vol. 3. Responsabilidade civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, P. 61.

Entretanto, para que a responsabilidade civil seja caracterizada e gere obrigação indenizatória, é necessária a presença de três requisitos essenciais que se dividem em: (a) conduta do agente; (b) dano e (c) nexo de causalidade.

1.4.1. CONDUTA DO AGENTE

O primeiro requisito básico de qualquer ato ilícito é a conduta do agente. Isto é, um ato humano voluntário que pode ser comissivo ou omissivo, produzindo consequências diversas.

Por ato comissivo entende-se uma ação que não deveria ter sido realizada, enquanto ato omissivo refere-se à ausência de ação em relação a um fato que deveria ter sido praticado pelo agente.

Maria Helena Diniz define a conduta do agente como sendo:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.²²

Este ato deve ser voluntário, pois representa a liberdade dos agentes em fazer suas escolhas. Sem a voluntariedade não poderíamos falar sequer em ação humana e consequentemente não haveria a caracterização da responsabilidade civil. É o caso de um sujeito que é obrigado a praticar algum ato. Se este ato por sua vez gerar dano a outrem, o agente causador não poderá ser responsabilizado, uma vez que a prática foi involuntária, isto é, ocorreu por força alheia à sua vontade.

No caso narrado, a responsabilidade civil recai sobre aquele que obrigou o agente a causar o dano.

1.4.2. DANO

²² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, P. 43.

Conforme já mencionado anteriormente, o dano é um dos requisitos essenciais para que haja a responsabilização civil e conseqüentemente, a obrigação de indenizar. Isto porque não é possível falar em indenização ou ressarcimento a alguém que não sofreu dano. Rui Stoco conceitua:

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.²³

O dano por sua vez, é separado em patrimonial e extrapatrimonial, sendo que no primeiro caso temos o conhecido “dano material”, ou seja, aquele que causa prejuízo financeiro ou econômico. Já por dano extrapatrimonial temos os casos nos quais não são gerados prejuízos financeiros, como o conhecido “dano moral”, caracterizado pelo prejuízo não econômico e que muitas vezes chega a ser imensurável, pois diferentemente dos danos materiais, não existe a possibilidade de total recuperação do prejuízo.

Quando falamos de danos extrapatrimoniais, nos referimos aqueles que são intrínsecos aos direitos da pessoa humana, como o direito à vida, por exemplo.

Já ao falar de danos patrimoniais, podemos fazer a divisão entre lucros cessantes e danos emergentes.

O lucro cessante é caracterizado por aquilo que a vítima deixou de ganhar por conta do dano sofrido. Como exemplo, podemos citar o caso de um taxista que devido a um acidente de trânsito provocado por agente diverso, foi impedido de trabalhar e, conseqüentemente, deixou de ganhar dinheiro. A este taxista, seria devido o pagamento de lucros cessantes por aquele que lhe causou o dano.

No que tange a danos emergentes, temos o efetivo prejuízo econômico causado. Ainda no exemplo do taxista, ao citar os danos emergentes, estaríamos falando do valor econômico necessário para que o veículo deste pudesse ser consertado e retornasse ao seu estado inicial, antes do acidente.

²³ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, P. 128.

A respeito do assunto, Carlos Roberto Gonçalves explica:

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado. Assim, por exemplo, se um ônibus é abalroado culposamente, deve o causador do dano pagar todos os prejuízos efetivamente sofridos pelo proprietário, incluindo-se as despesas com os reparos do veículo (dano emergente), bem como o que deixou de ganhar no período em que o veículo permaneceu na oficina.²⁴

Portanto, enquanto o lucro cessante é tido como a frustração da expectativa de lucro, o dano emergente é o efetivo prejuízo ou diminuição patrimonial que foi sofrida pela vítima, como despesas com reparos que antes eram desnecessárias.

1.4.3. NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo de causalidade pode ser considerado um dos principais requisitos caracterizadores da responsabilidade civil. Isto porque, é a relação lógica entre certa conduta e o dano que foi causado à um terceiro.²⁵

Portanto, para que seja caracterizada a responsabilidade civil de um agente, é essencial que o dano tenha sido cometido pela conduta ilícita deste e ainda, a existência de uma relação entre a causa e o efeito, não bastando apenas a prática de ato ilícito cometido por alguém, e nem mesmo o sofrimento de dano pela vítima. Neste sentido, Paulo Nader explica:

(...) é a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano causado a outrem. É preciso que os prejuízos sofridos por alguém decorram da ação ou omissão do agente contrária ao seu dever jurídico. Se houve a conduta, seguida de danos, mas estes não decorreram daquela, não haverá ato ilícito.²⁶

O próprio Código Civil Brasileiro traz a necessidade do nexo de causalidade em seu artigo 186 - já transcrito neste trabalho, ao mencionar que o ato ou omissão somente

²⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil: Direito das obrigações: Parte especial, responsabilidade civil. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, P. 93.

²⁵NADER, Paulo. Curso de direito civil. Vol. 7: Responsabilidade civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, P. 121.

²⁶ Idem

constituirá ato ilícito se “*causar dano a outrem*”. Ou seja, mesmo que haja uma conduta seguida de danos, se estes não tiverem sido causados por tal conduta, não há que se falar em “ato ilícito”.

A título exemplificativo, podemos citar o caso no qual, após a demolição de um edifício, gerando tremores no solo, o imóvel vizinho começa a apresentar diversas rachaduras. Somente com a informação da demolição e conseqüente tremores no solo, este não poderia ser responsabilizado pelas rachaduras sem antes haver uma perícia técnica a fim de provar que as avarias foram realmente uma conseqüência daquela demolição. Caso a perícia conclua que as rachaduras foram causadas por conta de um erro de construção na estrutura do prédio abalado, que acabou por não resistir as vibrações normais do solo, não haverá nexó de causalidade, isto é, relação entre a causa e o efeito, inexistindo responsabilidade civil.

1.5. RESPONSABILIDADE CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor foi criado a partir de uma determinação da Constituição Federal de 1988, a qual determinou, em seu artigo 48, que o Congresso Nacional deveria elaborar um código de defesa dos consumidores no prazo de 120 dias após a promulgação da Carta Magna²⁷.

A Constituição trouxe também a obrigatoriedade do Estado em promover a defesa do consumidor, em seu artigo 5º, inciso XXXII:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)
XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.²⁸

²⁷ SENADO, Agência. Código de Defesa do Consumidor completa 20 anos. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/09/10/codigo-de-defesa-do-consumidor-completa-20-anos#:~:text=A%20lei%20que%20instituiu%20o,c%C3%B3digo%20de%20defesa%20dos%20consumidores>. Acesso em: 13/08/2020.

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. DF: Senado Federal: Centro Gráfico,1988.

Com isso, foi publicada no dia 11 de setembro de 1990 a Lei nº 8.078 a qual dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, conhecida como “Código de Defesa do Consumidor”.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe importantes mudanças acerca da aplicação do instituto da responsabilidade civil quando se trata das relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor adotou como regra a responsabilidade objetiva nas relações de consumo. Ou seja, há a responsabilização independentemente de culpa. Este tipo de responsabilidade surgiu com a função de proteger as pessoas lesadas, sem que estas tivessem a necessidade de demonstrar a culpa de quem causou o dano, ou seja, para que haja a obrigação de reparar, basta que sejam observados os seguintes requisitos: ação ou omissão e nexo de causalidade. Isso surgiu por conta do aumento do número de acidentes no final do século XIX, nos quais as vítimas possuíam grande dificuldade de prova da culpa dos agentes causadores dos danos.²⁹

O próprio Código Civil Brasileiro prevê, em seu artigo 927, parágrafo único:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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.³⁰

Dessa forma, a partir do exposto “independentemente de culpa”, o próprio código elimina a culpa como um dos requisitos da responsabilidade civil.

No mesmo sentido, o Código Civil traz ainda a incidência da responsabilidade objetiva de empresários individuais e empresas, em seu artigo 931:

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.³¹

²⁹ QUINTANA, Luciana Hernández. Responsabilidade civil objetiva no Código Civil Brasileiro: a teoria do risco criado prevista no artigo 927, parágrafo único. São Paulo: Revista do Advogado AASP, 2004.

³⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 18/07/2020.

³¹ Idem

O Código de Defesa do Consumidor por sua vez, faz uma exceção quando diz respeito aos profissionais liberais, ainda que prestadores de serviço, mantendo a adoção da responsabilidade subjetiva, ou como conhecida, “responsabilidade aquiliana”, conforme disposto expressamente em seu artigo 14, § 4º:

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 (...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.³²

É importante destacar que a responsabilidade objetiva e conseqüentemente a redação do Art. 927 do Código Civil Brasileiro tiveram como inspiração o *Codice Civile* Italiano de 1942, o qual aborda o tema alegando a exposição ao perigo (*esposizione al pericolo*).³³

No Brasil, por sua vez, a responsabilidade objetiva não depende de culpa e tem como fundamento a teoria do risco, que pode ser dividida em diversas modalidades, sendo elas: (a) teoria do risco administrativo; (b) teoria do risco criado; (c) teoria do risco da atividade; (d) teoria do risco-proveito e (e) teoria do risco integral.

Falaremos brevemente a respeito de cada uma delas, com base nas ideias de Flávio Tartuce:

- a. Teoria do risco administrativo: prevista no artigo 37, § 6.º, da Constituição Federal de 1988, normalmente é utilizada nos casos em que se tratam sobre a responsabilidade objetiva do Estado;
- b. Teoria do risco criado: trata-se dos casos em que o risco é criado pelo agente, decorrente de uma outra pessoa ou coisa. Como exemplo, temos o caso previsto no artigo 938 do Código Civil, que trata da responsabilidade de quem habita um prédio, pelas coisas que caírem dele, ou forem lançadas;

³² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 18/07/2020.

³³ TARTUCE, Flávio. Direito civil. Vol. 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, P. 541.

- c. Teoria do risco da atividade: também conhecida como teoria do risco profissional, é utilizada nos casos em que a atividade desempenhada profissionalmente crie riscos a terceiros, conforme previsto no já citado artigo 927, parágrafo único do Código Civil Brasileiro;
- d. Teoria do risco-proveito: em resumo, esta teoria impõe àquele que extrai proveito de certa atividade lucrativa, a responsabilização pelos riscos que a mesma traz. Podemos relacionar com a responsabilidade objetiva que decorre do Código de Defesa do Consumidor;
- e. Teoria do risco integral: neste caso, não existe nenhum excludente do nexo de causalidade ou da responsabilidade civil que está sendo alegada. É muito utilizada nos casos de danos ambientais, onde o agente sempre será responsável pelos danos causados.³⁴

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DE OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE POR ERROS ASSISTENCIAIS

Com o intuito de adentrar ao tema central deste trabalho, necessário é abordar alguns aspectos relevantes que trarão base a hipótese apresentada. Com isso, serão tratados os conceitos de erro assistencial, responsabilidade civil dos médicos e responsabilidade civil dos hospitais, bem como tratar do sistema de assistência privada à saúde, conforme se fará a seguir.

2.1. ERRO ASSISTENCIAL

Erros assistenciais são aqueles erros ocorridos durante atendimento assistencial, que tem como resultado um dano ao paciente.³⁵

³⁴ Idem

³⁵ PEDROSA, Tania Moreira Grillo; COUTO, Renato Camargos. Erros e eventos adversos na assistência médico-hospitalar. Disponível em: <http://www.rmmg.org/artigo/detalhes/1602>. Acesso em: 13/08/2020.

Neste sentido, o Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina traz o conceito de erro médico em seu Manual de Orientação Ética e Disciplinar:

Erro médico é a falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso danoso imposto ao paciente decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior.³⁶

Em 1999, um estudo chamado “Errar é Humano” foi publicado pelo Instituto de Medicina dos Estados Unidos (IOM), indicando que cerca de 44.000 a 98.000 mortes por ano nos Estados Unidos aconteciam devido a falhas no atendimento médico-hospitalar.³⁷

Cerca de um milhão dos pacientes atendidos anualmente nos hospitais norte-americanos eram vítimas de erros assistenciais, sendo que destes, mais da metade poderiam ter sido evitados. As mortes causadas por estes tipos de erros representavam a quarta maior causa de mortalidade no país, superando inclusive as mortes decorrentes de acidentes de trânsito (42.297) ou à AIDS (16.516).³⁸

A *Harvard Medical Practice Study* publicou em 1991 o maior estudo acerca do tema, indicando que os eventos adversos assistenciais aconteciam em 3,7% do total das internações, sendo que destes, 69% eram decorrentes de erros que poderiam ser prevenidos e 27,6% decorriam de negligência. Apesar de 70,5% destes eventos terem causado incapacidades temporárias, com duração de até seis meses, 13,6% acabavam resultando em morte e 2,6% em sequelas irreversíveis.³⁹

No dia 13 de setembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde publicou um artigo com o título: “OMS clama por ações urgentes para reduzir danos a pacientes em tratamento médico”. Nele, a OMS indica que todos os anos 2,6 milhões de pacientes morrem em decorrência de assistência médica sem segurança no mundo. O mesmo artigo destaca a

³⁶ SANTA CATARINA. Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. Manual de orientação ética e disciplinar. Florianópolis. 2013. Acesso em: 13/08/2020.

³⁷ PEDROSA, Tania Moreira Grillo; COUTO, Renato Camargos. Erros e eventos adversos na assistência médico-hospitalar. Disponível em: <http://www.rmmg.org/artigo/detalhes/1602>. Acesso em: 13/08/2020, P. 216.

³⁸ PEDROSA, Tania Moreira Grillo; COUTO, Renato Camargos. Erros e eventos adversos na assistência médico-hospitalar. Disponível em: <http://www.rmmg.org/artigo/detalhes/1602>. Acesso em: 13/08/2020, P. 217.

³⁹ Idem

afirmação do Diretor Geral da OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, o qual relatou que a cada minuto pelo menos 5 pacientes morrem em razão de erros assistenciais.⁴⁰

2.2. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

Logo de início, é importante destacar que ao analisar a responsabilidade civil dos médicos, devemos observá-la por duas perspectivas diversas. De um lado, temos a responsabilidade que decorre da prestação de serviços pessoal e diretamente prestada pelo médico na qualidade de profissional liberal. De outro lado, temos a responsabilidade decorrente de uma prestação de serviços médicos de forma empresarial, ou seja, serviços prestados por clínicas, hospitais, centros médicos, etc.⁴¹

Neste capítulo será tratada especificamente a responsabilidade dos médicos na qualidade de profissionais liberais.

O Código Civil Brasileiro estabelece em seu artigo 951 a responsabilização de profissionais que, no exercício da atividade profissional causarem dano ao paciente, desde que mediante culpa, conforme exposto:

Art. 951. (...) indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.⁴²

O atendimento médico é caracterizado por uma relação de consumo, portanto, é regido pelo Código de Defesa do Consumidor, que traz em seu artigo 14, §4º - já transcrito neste trabalho, a responsabilização de profissionais liberais, mediante a constatação de culpa.

Podemos enquadrar os médicos na categoria de profissionais liberais, uma vez que, o estatuto da Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), em seu artigo 1º, parágrafo único, define o profissional liberal:

⁴⁰ JASAREVIC, Tarik. WHO calls for urgent action to reduce patient harm in healthcare. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/13-09-2019-who-calls-for-urgent-action-to-reduce-patient-harm-in-healthcare>. Acesso em: 13/08/2020.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 14. Rio de Janeiro Atlas 2020, p. 409

⁴² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 18/07/2020.

(...) é aquele legalmente habilitado a prestação de serviços de natureza técnico-científica de cunho profissional com a liberdade de execução que lhe é assegurada pelos princípios normativos de sua profissão, independentemente de vínculo da prestação de serviço.⁴³

Além disso, a própria CNPL traz em seu site, uma lista com as categorias de profissionais liberais, e dentre elas, estão os médicos.⁴⁴

Diante da necessidade da verificação de culpa, temos que a responsabilidade civil dos médicos é subjetiva, ou, como também é conhecida, responsabilidade *aquiliana*. Entretanto, é importante trazeremos as considerações do professor Sérgio Cavalieri Filho a respeito da diferenciação entre culpa e erro profissional:

Culpa e erro profissional são coisas distintas. Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto.⁴⁵

O Conselho Federal de Medicina instituiu o Código de Ética Médica através da resolução de nº 2.217 de 27 de setembro de 2018, o qual prevê, logo em seu art. 1º, parágrafo único que “a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida”, demonstrando a obrigatoriedade de comprovação de culpa para responsabilização de médicos.

Vale destacar que os médicos prestam um serviço de meio e não de fim, portanto, não assumem um compromisso de curar seus pacientes, mas sim de prestar a assistência adequada, de acordo com as necessidades de cada paciente, motivo pelo qual, se determinado tratamento não surtiu os efeitos desejados, não se pode falar por si só em inadimplemento do contrato.

Este pode ser considerado mais um dos motivos pelo qual a responsabilidade dos médicos é subjetiva, de modo que cabe ao paciente, ou a seus herdeiros, demonstrarem a culpa do médico.

⁴³ CARVALHO, Lejeune Mato Grosso Xavier de. O conceito de profissão “liberal”. Disponível em: <https://www.cnpl.org.br/o-profissional-liberal/>. Acesso em: 14/09/2020.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 14. Rio de Janeiro Atlas 2020, P. 413.

Vejam os entendimentos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. Ação de indenização por danos morais e materiais por erro médico. Improcedência da ação. Inconformismo da autora. Descabimento. Responsabilidade subjetiva não caracterizada. Nexo de causalidade não configurado. A responsabilidade é de meio. O resultado não depende somente das técnicas e dos procedimentos adotados, mas também das condições da paciente, e também do estado fisiológico de como cada corpo reage ao tratamento. Sentença mantida. Recurso a que se nega provimento.⁴⁶

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. ART. 14, §4º DO CDC. FRATURA DA TÍBIA DISTAL. PROBLEMAS PÓS-CIRÚRGICOS. IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA MÉDICA NÃO VERIFICADAS. DEVER DE INDENIZAR QUE NÃO SE RECONHECE. DOCUMENTOS JUNTADOS PELO AUTOR APÓS ENCERRADA A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO NOVO. Com efeito, além de não se tratar de documento novo, considerar o seu conteúdo após a fase instrutória, sem a manifestação da parte contrária, coloca a parte adversa em manifesto prejuízo em sua ampla defesa, o que não pode ser admitido. Ademais, a parte autora também poderia ter arrolado como testemunha o médico que lhe atendeu após os transtornos obtidos com a primeira cirurgia, o que não o fez. Portanto, não há como se conhecer dos documentos juntados pelo autor após instrução probatória, como requer a parte apelante. MÉRITO. Em que pese se entenda que o médico tem a obrigação e dever de tratar do paciente com zelo e utilizar as técnicas e recursos adequados, tenho que não restou comprovado de fato pelo autor os fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil. Verificou-se nos autos que sequer requereu a prova pericial técnica judicial e ainda se opôs ao requerimento do réu nesse sentido. Como já mencionado, é indispensável a comprovação do nexo casual e da culpa para o resultado danoso. Hipótese em que a prova testemunhal não sustenta a pretensão autoral. Sentença de improcedência mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.⁴⁷

No mesmo sentido, a Resolução nº 1.627/2001 do Conselho Federal de Medicina traz a definição de ato médico, e prevê, em anexo, duas características essenciais da atividade profissional dos médicos, como sendo:

- a. a vulnerabilidade particular do paciente frente ao médico (mais do que nas outras profissões), e
- b. a incerteza do médico frente ao resultado das medidas terapêuticas que indicam ou aplicam aos clientes (que os caracteriza como

⁴⁶ Apelação Cível nº 1106307-93.2016.8.26.0100. Relator(a): José Rubens Queiroz Gomes. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 26/10/2020. Data de publicação: 26/10/2020.

⁴⁷ Apelação Cível, Nº 70083559658, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em: 20/08/2020.

profissionais responsáveis pelo empenho que mostrem e não pelo resultado que alcancem).
A Medicina é uma profissão de empenho e não de resultados. A não ser que o médico haja prometido algum resultado diretamente ou por algum tipo de publicidade.⁴⁸

Superado o fato de que os médicos de forma geral prestam serviços de meio e não de fim, não podemos deixar de mencionar a respeito daqueles que prestam serviços médicos estéticos, onde se tem como objetivo a correção de alguma imperfeição física ou apenas a melhora da aparência.

Nestes casos, entende-se que os médicos assumem uma obrigação de fim, ou seja, de resultado, uma vez que se comprometem a cumprir determinado resultado pretendido pelo paciente. O já citado autor Sérgio Cavaliere Filho deixa claro que uma vez que se trata de obrigação de resultado, a responsabilidade deixa de ser subjetiva e passa a ser objetiva, deixando de ser necessária a comprovação de culpa:

Em conclusão, no caso de insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar.⁴⁹

Os médicos possuem a garantia da liberdade na escolha do tratamento de seus pacientes, visto que um dos princípios fundamentais da prática médica é justamente o princípio da liberdade terapêutica. Este princípio está presente no próprio Código Deontológico dos Médicos e garante autonomia, independência, isenção e liberdade para suas escolhas terapêuticas e em suas prescrições.⁵⁰

No mesmo sentido, as juristas portuguesas Carla Barbosa e Mafalda Francisco Matos falam sobre o tema com maestria:

O médico é livre de prescrever aquele que considera ser o melhor tratamento para a saúde do seu paciente, para o melhor benefício do mesmo e é, pois, nesta medida que se justifica que exista uma

⁴⁸ BRASÍLIA. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.627/2001. Brasília. 2001.

⁴⁹CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 14. Rio de Janeiro Atlas 2020, P. 422.

⁵⁰BARBOSA, Carla. MATOS, Mafalda Francisco. Prescrição off-label, direito à informação, consentimento informado e processo clínico eletrônico no direito português. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309274717_Prescricao_off-label_direito_a_informacao_consentimento_informado_e_processo_clinico_eletronico_no_direito_portugues. Acesso em: 13/09/2020 P. 165.

prescrição como a que é feita a título off-label. Esta prescrição deve ser feita de forma livre e serena, não se encontrando motivada por influências e vicissitudes estranhas à saúde daquele paciente concreto.⁵¹

Nessa mesma perspectiva, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça esclarece no REsp 1.180.815, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.

1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.
2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.
3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional.
4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em termo de consentimento informado, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.⁵²

Ressoa com tal entendimento os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. Erro médico. Cirurgia plástica. Implantação de próteses mamárias. Sequelas decorrentes do procedimento. Resultado que em muito fuge do esteticamente esperado. Necessidade de sucessivas intervenções cirúrgicas. Prejuízo moral e estético que salta aos olhos. Dever de reparação bem detectado e respaldado por parecer técnico. Quantum indenizatório fixado com prudência e razoabilidade quando consideradas as circunstâncias do caso, em especial as cicatrizes decorrentes de procedimento que deveria ser "estético" (Danos materiais: R\$ 4.750,00, Danos morais e estéticos R\$ 18.000,00). Minoração/Cassação descabidas. Sentença mantida. Adoção do art. 252 do RITJ. RECURSO DESPROVIDO.⁵³

⁵¹ BARBOSA, Carla. MATOS, Mafalda Francisco. Prescrição off-label, direito à informação, consentimento informado e processo clínico eletrônico no direito português. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309274717_Prescricao_off-label_direito_a_informacao_consentimento_informado_e_processo_clinico_eletronico_no_direito_portugues. Acesso em: 13/09/2020, P. 166.

⁵² STJ – Resp: 1180815 MG 2010/0025531-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/08/2010, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15932146/recurso-especial-resp-1180815-mg-2010-0025531-0/inteiro-teor-16827834>>. Acesso em: 13/09/2020.

⁵³ APELAÇÃO nº 1012515-85.2015.8.26.0564. Relator(a): Jair de Souza. Comarca: São Bernardo do Campo. Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 26/10/2020. Data de publicação: 26/10/2020.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. QUEIMADURAS CAUSADAS EM SESSÕES DE PEELING. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRECLUSÃO. FALHA RECONHECIDA. DANOS MORAIS OCORRENTES. DANOS ESTÉTICOS NÃO COMPROVADOS. REEMBOLSO DOS VALORES DEVIDO. OBRIGAÇÃO DE CUSTEIO DE CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA. CABIMENTO. I. Deixa de ser analisado o agravo retido interposto pela ré contra a decisão que, dentre outras questões, determinou a inversão do ônus da prova, pois não foi postulada, expressamente, a sua apreciação nas contrarrazões de apelação, na forma do art. 523, § 1º, do CPC/1973. II. A responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado a alguém. No que se refere à responsabilização civil do médico, tal como se dá em relação aos demais profissionais liberais, é necessária a análise subjetiva de sua conduta, não prescindindo da demonstração do agir culposo para sua caracterização. Inteligência do art. 14, § 4º, do CDC. III. Ainda dentro do campo da subjetividade, é de salientar que a responsabilidade civil do médico, na ótica da natureza avençada com o paciente, comporta outra classificação, qual seja, “obrigação de meio”, que exige a prova da culpa para a sua caracterização, e “obrigação de resultado”, situação em que a culpa é presumida no caso de insucesso do procedimento. No caso concreto, os procedimentos em questão possuem natureza meramente estética, razão pela qual é necessário analisar a responsabilidade do médico quanto ao objetivo estético, levando em conta a adequação da terapêutica escolhida para o tratamento, em razão das circunstâncias técnicas então disponíveis. Então, possuindo o procedimento estético a natureza de obrigação de resultado cuja responsabilidade do médico é presumida, cabe a este demonstrar existir alguma excludente de sua responsabilização apta a afastar o direito ao ressarcimento do paciente. Precedentes do STJ. IV. Ademais, em decisão saneadora, o juízo de origem fixou os pontos controvertidos e inverteu o ônus da prova em relação a seguinte questão: “se as sequelas que a autora apresentou e apresenta são decorrentes de falta de zelo ou do não emprego das melhores técnicas médicas ou são decorrências da má-conduta da paciente no sentido de não seguir as recomendações médicas”. Por sua vez, a requerida interpôs agravo retido contra a referida decisão, não postulando, entretanto, a sua apreciação nas contrarrazões de apelação, como exigia o art. 523, § 1º, do CPC/1973. Logo, encontra-se preclusa a questão da inversão do ônus da prova. V. Assim, respeitado o entendimento do ilustre juízo de origem, deve ser reformada a sentença, uma vez que a demandada não logrou êxito em comprovar que as sequelas apresentadas pela autora não decorreram de falta de zelo ou do não emprego das melhores técnicas médicas ou, ainda, são decorrências da má-conduta da paciente. A perícia médica realizada nos autos não foi suficiente para afastar o nexo de causalidade entre as lesões suportadas pela autora e os procedimentos estéticos realizados, ônus que foi imposto à ré em decisão saneadora e cuja preclusão se operou. Pelo contrário, restou claro pela prova técnica que os peelings com ácidos quando aplicados de maneira indevida podem ocasionar o tipo de lesão sofrido pela autora. VI. Então, reconhecida a conduta ilícita da requerida e caracterizado o dano moral *in re ipsa*, cabível a indenização, tendo em vista a condição social da autora, o potencial econômico da ré, a gravidade do fato, o caráter punitivo-pedagógico da reparação e os parâmetros adotados por esta Câmara em casos semelhantes. A correção monetária pelo IGP-M incide a partir do presente arbitramento, na forma da Súmula 362, do STJ. Os juros moratórios de 1% ao mês contam-se a partir da citação, por se tratar de relação contratual estreita, onde as partes, formalizaram um

verdadeiro contrato de prestação de serviços (médico – paciente). VII. Outrossim, embora seja possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral, por força da Súmula 387, do STJ, no presente caso, a autora não logrou comprovar o dano estético sofrido, pois ausente de lesão com vulto, a ponto de causar vexame, humilhação ou vergonha à autora. No ponto, o ônus da prova incumbia à demandante, na forma do art. 333, I, do CPC/1973 (art. 373, I, do CPC/2015), o qual não se desincumbiu. VIII. De outro lado, reconhecida a falha nos procedimentos, é devida restituição dos valores pagos pela demandante para a realização dos mesmos, bem como o reembolso das quantias gastas com medicamentos, devidamente comprovadas nos autos. Tais valores devem ser corrigidos monetariamente pelo IGP-M, desde cada desembolso, e acrescidos dos juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, por se tratar de relação contratual, como visto anteriormente. IX. Por fim, sendo incontroversas as cicatrizes decorrentes da falha do procedimento médico em questão, impõe-se a condenação da ré a custear cirurgia plástica reparadora e respectivas despesas decorrentes, o que deverá ser apurado mediante liquidação de sentença, cabendo a escolha do profissional ao juízo de origem, dentre a indicação pela demandante de três profissionais habilitados, fins de evitar o arbítrio exclusivo pela parte autora. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.⁵⁴

Cabe ressaltar que procedimentos com finalidades estéticas ficam excluídos do rol de cobertura mínima da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), conforme disposto no artigo 10, inciso II da Lei nº 9.656, a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.⁵⁵ Portanto, as operadoras de planos de saúde não são obrigadas a custear tais serviços, razão pela qual, focaremos como objeto deste estudo, o erro médico somente na obrigação de meio.

Isto posto, passaremos a analisar a questão da responsabilidade civil decorrente do erro ocorrido durante prestação de serviços médicos em sua forma empresarial, ou seja, na perspectiva dos hospitais.

2.3. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS

Um fato notório é que os hospitais prestam um tipo de serviço de alto risco, uma vez que atendem um grande fluxo de pacientes que já chegam ao nosocômio enfermos em busca de um tratamento. Muitas vezes, as enfermidades que acometem estes pacientes são graves e necessitam de um tratamento muito especializado, envolvendo a utilização de tecnologias

⁵⁴ Apelação Cível, Nº 70083703264, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em: 07/08/2020.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 jun. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656compilado.htm. Acesso em: 14/09/2020.

complexas, além de mão de obra especializada, o que acaba deixando-os mais suscetíveis à erros assistenciais.

Conforme mencionado, para realizar estes atendimentos, os hospitais necessitam de mão de obra especializada, ou seja, de médicos, os quais podem ser contratados como empregados ou credenciados, de forma que passam a fazer parte do corpo clínico da instituição.

Antes da implementação do Código de Defesa do Consumidor a jurisprudência e doutrina majoritária enquadravam a responsabilidade dos hospitais com fundamento no artigo 1.521, IV, do Código Civil de 1916, que tratava sobre a responsabilidade dos hotéis e hospedarias. Atribuía-se ao nosocômio uma presunção de responsabilidade, os responsabilizando por qualquer dano ao paciente enquanto dentro de seu estabelecimento, assim como nas obrigações de hospedagem.⁵⁶

Com a implementação da Lei nº 8.078 a qual deu origem ao Código de Defesa do Consumidor, esta passou a ser a legislação que regula a relação consumerista entre hospitais e pacientes. Conforme já visto anteriormente neste trabalho, o artigo 14 do CDC estabelece que os hospitais, enquanto fornecedores de serviços, respondem objetivamente, isto é, não há a necessidade de comprovação de culpa por danos causados aos seus pacientes.

A partir desta informação, poderíamos concluir que nos casos de danos cometidos a qualquer paciente, por algum funcionário ou preposto do hospital, este teria sempre responsabilidade objetiva pelos danos que foram causados. Entretanto, de acordo com diversas jurisprudências, a responsabilização dos hospitais só é objetiva em relação aos serviços prestados como fornecedor, ou seja, quando os danos causados são provenientes de uma falha no seu serviço, como falha de infraestrutura e equipamentos. Por outro lado, se os danos forem causados por má conduta de um médico que trabalha no hospital, a responsabilidade passa a ser subjetiva, dependendo da comprovação de culpa do preposto.

Concorda com este entendimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal de Justiça do Grande do Sul, conforme pode ser observado nas ementas:

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 14. Rio de Janeiro Atlas 2020, P. 425.

Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Erro médico. Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos. Gratuidade da Justiça confirmada em benefício da corré Santa Casa de Misericórdia de São Simão. Preclusão da questão afeta à incompetência territorial do juízo de origem. Erro médico que ocorreu nas dependências do hospital, onde recebeu amplo atendimento a autora, sendo irrelevante que não pertencessem os médicos que a atenderam aos quadros da Santa Casa. Dever de fiscalização em função do credenciamento junto ao SUS. Legitimidade passiva configurada, sendo reconhecida a possibilidade de responsabilização do nosocômio pelos atos culposos dos profissionais médicos corréus. Parto normal da autora, conduzido pelo corréu obstetra, que lhe gerou lesão do plexo braquial no membro superior direito, sem que fosse notada e informada pelos corréus pediatras que a atenderam e lhe deram alta médica. Danos materiais não comprovados. Verba indenizatória, a título de dano moral e estético, conjuntamente fixada na origem no total de R\$30.000,00. Majoração devida, alcançando o valor de R\$40.000,00, em face das peculiaridades do caso concreto, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Sentença parcialmente reformada. Recurso da autora, parcialmente provido. Recurso dos corréus, desprovido.⁵⁷

APELAÇÃO CÍVEL. ALEGADO ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL. NATUREZA SUBJETIVA, NA ESPÉCIE. ALEGAÇÃO DE DIAGNÓSTICO/TRATAMENTO TARDIO: FALTA DE PROVA DA CITADA IMPROPRIEDADE E DO NEXO CAUSAL ENTRE AÇÃO/OMISSÃO ATRIBUÍDA AO NOSOCÔMIO E AS SEQUELAS DO PACIENTE COAUTOR. 1. Hospitais e clínicas de saúde respondem, de forma objetiva, quanto à falha no atendimento que se referem à estada do paciente, instalações, equipamentos e serviços auxiliares. "A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos" - lição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. Caso em que o coautor ingressou no hospital demandado com dor de garganta. Precária condição de saúde prévia. Infecção. Triagem e medicação. Evolução desfavorável do quadro clínico. 3. Alegação inicial de desídia no atendimento e de falta de providências, medicações e estrutura física do nosocômio e negativa do plano de saúde. Dever de indenizar não configurado. Ausência de prova do nexo de causalidade entre a conduta dos réus e os alegados danos. Sentença de improcedência mantida. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.⁵⁸

A partir disto, imperioso concluir que no caso de erro assistencial a responsabilidade do hospital é subjetiva sendo necessário comprovar a culpa do agente causador do dano, enquanto nas hipóteses de falha no serviço hospitalar, a responsabilidade é objetiva, não havendo a necessidade de comprovação de culpa.

⁵⁷ Apelação Cível nº 0028660-34.2006.8.26.0506. Relator(a): Maria de Lourdes Lopez Gil. Comarca: Ribeirão Preto. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 21/10/2020. Data de publicação: 22/10/2020.

⁵⁸ Apelação Cível, Nº 70082176322, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em: 08/10/2020.

2.4. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE

Antes de adentrarmos ao tema central, se faz necessário abordar a questão da assistência privada a saúde.

2.4.1. ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE: SEGURO-SAÚDE E PLANO DE SAÚDE

A saúde é um direito fundamental do ser humano amparado pelo estado democrático de direito e expresso na Constituição Federal em seu art. 196, vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Em que pese tal previsão, é de conhecimento geral o insucesso do Estado em garantir a toda a população o acesso à prevenção e cura de enfermidades, proporcionando aos cidadãos a harmonia em suas funções orgânicas, físicas e mentais.

Diante desta incapacidade da administração pública, a Carta Magna autorizou a criação de assistência privada a saúde em complemento ao Sistema Único de Saúde, com o intuito de garantir a toda a população o acesso a este serviço básico, consoante vislumbra-se no art. 199 da CF/88:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Conforme amplamente disseminado pela mídia e vivenciado pela maioria da população, o poder público, além de fracassar em promover um sistema de saúde a toda a

população, também falha miseravelmente com o Sistema Único de saúde já estabelecido, visto a sua não efetividade e conhecida baixa qualidade no atendimento, seja no que diz respeito as condições dos hospitais e postos de saúde, quanto em relação ao corpo clínico, a insuficiência de materiais e medicamentos, dentre outras questões.

Diante deste cenário, as pessoas se veem compelidas a contratarem os serviços de saúde fornecidos pelas empresas privadas a fim de terem o mínimo de segurança e amparo em um momento delicado, sendo esperado que estas empresas forneçam um serviço de notável qualidade, especialmente pelo elevado valor cobrado.

Devido a importância e especificidades dessas empresas, bem como o impacto social e econômico causados com seu surgimento, foi promulgada a Lei nº 9.656/98 a fim de regulamentar os planos e seguros de assistência a saúde.

Neste sentido, necessário expor que o sistema privado de saúde se divide em duas modalidades, a saber, seguro de saúde e plano de saúde, ambas amparadas pela supracitada lei, bem como pelo Código Civil contemporâneo.

No seguro saúde o segurado tem a oportunidade de escolher livremente o profissional que lhe prestará serviços, em que pese a seguradora possuir a prerrogativa de apresentar lista de profissionais referenciados. Nesta modalidade o beneficiário escolhe o tratamento e/ou profissional com quem deseja tratar-se lhe sendo garantido o reembolso das de suas despesas.

Destaca-se que, caso haja lista de profissionais referenciados, a escolha de um prestador de serviços não constante na referida não impede que o segurado receba o devido reembolso.

Outra característica importante é que, no seguro saúde não existe qualquer vínculo contratual entre os prestadores de serviço e seguradora. Vejamos o que prevê o Código Civil em seu art. 757:

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

Quanto ao plano de saúde, cuja responsabilidade civil na hipótese de erro médico é o objeto central deste estudo, temos que a natureza de sua obrigação é “de fazer”, considerando que o beneficiário paga quantia mensal para usar os serviços oferecidos pelo plano quando estes lhe foram necessários.

Outrossim, diferente do que ocorre no seguro-saúde, nesta modalidade o assistido é obrigado a escolher profissionais e tratamentos previstos na lista de conveniados e credenciados fornecida pela operadora de plano de saúde, tratando-se de lista vinculativa, sendo que, excepcionalmente, caso o beneficiário escolha profissional diverso, circunstancialmente este poderá obter o reembolso, parcial ou integral.

Neste diapasão, os profissionais prestadores de serviço são vinculados ao plano de saúde.

Por conseguinte, as relações entre associado e seguro saúde ou plano de saúde possuem a mesma natureza, ou seja, trata-se de relação de consumo e, portanto, são regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, com amparo na Constituição Federal, Código Civil, Lei nº 9.656/98 e demais dispositivos aplicáveis.

2.4.2. RESPONSABILIDADE CIVIL DE OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE EM DECORRÊNCIA DE ERRO ASSISTENCIAL

Nos termos expostos neste trabalho, temos que a relação entre segurado e plano de saúde trata-se de relação de consumo regida pelo Código de Defesa do Consumidor, o art. 35-G da Lei n. 9.656/98 estabelece a aplicação subsidiária das disposições do referido diploma legal aos contratos entre operadoras de planos de saúde, o qual prevê duas modalidades de responsabilidade, quais sejam, por vício do produto ou serviço e por fato do produto ou serviço.

O vício do produto ou serviço está previsto no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor e é constatado quando há um vício de qualidade, quantidade ou informação

acarretando dano ao consumidor, já o vício por fato do produto ou serviço, exposto no art. 12 do CDC, é caracterizado quando ocorre uma violação ao dever de segurança:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Quando se trata de erro médico, temos a incidência de vício por fato do produto ou serviço, sendo considerado um acidente de consumo, pois provêm de falha na prestação dos serviços médicos a qual causa danos ao paciente passíveis de ressarcimento. Constatada a culpa do médico, este tem o dever de indenizar e, estando este vinculado a um plano de saúde, o referido responderá solidariamente.

Neste sentido, cumpre destacar o art. 7º parágrafo único e 25, § 1º, ambos do CDC:

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

(...)

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

Com isso, temos que a responsabilidade é compartilhada entre o médico e o plano de saúde, sendo imperioso esclarecer que a solidariedade neste caso é resultante de contrato, considerando que o médico nesta hipótese é um representante autônomo da operadora.

Art. 34. - CDC - O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

Outrossim, ressoa a jurisprudência, sendo o entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça, seguido pelos demais Tribunais, conforme se demonstra a seguir pela jurisprudência dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul:

PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. MORTE DA PACIENTE. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. SOLIDARIEDADE DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. PRECEDENTES. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência dessa Corte está firmada no sentido de que a operadora do plano de saúde, na qualidade de fornecedora de serviços, é solidariamente responsável perante o consumidor pelos danos causados por profissional conveniado. 2. Montante indenizatório pelos danos morais estabelecido pelo Tribunal de original que não se mostra excessivo, a justificar sua reavaliação em recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo Interno não provido.⁵⁹

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. AUTORA ATENDIDA PELA REDE CREDENCIADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RECURSO PROVIDO. A operadora de plano de saúde integra a cadeia de fornecimento relativa aos serviços médicos prestados por clínica pertencente a sua rede credenciada, sendo parte legítima para responder aos termos da ação.⁶⁰

APELAÇÃO CÍVEL. ERRO MÉDICO E ERRO DE DIAGNÓSTICO. AÇÃO AJUIZADA CONTRA O PLANO DE SAÚDE, MÉDICAS CREDENCIADAS E LABORATÓRIO CREDENCIADO. FALHA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO EVIDENCIADA. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. Em caso de erro médico ou erro de diagnóstico, o plano de saúde pode ser responsabilizado objetivamente pela falha de médico credenciado, desde que comprovada a culpa do profissional que prestou o atendimento. Caso em que não restou evidenciada conduta negligente, imperita ou imprudente das médicas credenciadas que atenderam a autora e tampouco erro nos exames realizados junto ao laboratório réu. Sentença de improcedência mantida. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.⁶¹

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. ERRO MÉDICO. SITUAÇÃO DEMONSTRADA. CASO CONCRETO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANOS MORAIS. QUANTUM MANTIDO. DANOS ESTÉTICOS. MAJORAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDUZIDOS. 1. Preliminar de intempestividade rejeitada, considerando o expediente

⁵⁹ STJ – Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial AgInt no AREsp 1416077 RJ 2018/0329091-9 (STJ).

⁶⁰ Agravo de Instrumento nº 2038862-11.2020.8.26.0000. Relator(a): Maria do Carmo Honório. Comarca: São Vicente. Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 19/10/2020. Data de publicação: 19/10/2020.

⁶¹ Apelação Cível, Nº 70082450388, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Thais Coutinho de Oliveira, Julgado em: 05/03/2020.

forense reduzido. Aplicação do art. 224, §1º, do CPC. 2. Preliminar de inovação recursal. Matéria que se confunde com mérito e com este será analisada. 3. Recurso que atende aos requisitos do art. 1.010 do CPC. Prefacial de não conhecimento do recurso por razões dissociadas desacolhida. 4. Reconhecida a legitimidade passiva da operadora do plano de saúde. Na medida em que se discute suposto erro cometido por profissional credenciado, deve a operadora garantir o tratamento adequado e a qualidade dos serviços prestados. Precedentes. 5. A operadora do plano de saúde na qualidade de prestadora de serviços responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores. Contudo, a responsabilidade do médico, profissional liberal, é apurada mediante a verificação da culpa, nas modalidades de negligência, imperícia e imprudência, na esteira do art. 14, § 4º, do CDC, cabendo ao autor comprovar os requisitos da responsabilidade civil, que são o ato ilícito culposo, o dano e o nexo causal entre o ato e o dano causado. Hipótese em que a operadora de plano de saúde responde solidariamente pelos danos causados à beneficiária em razão do erro perpetrado pelo médico credenciado ao plano. 6. No caso, a prova produzida, especialmente a pericial e documental, demonstrou que, em virtude da demora no diagnóstico da neoplasia maligna pelo comportamento negligente do médico, a parte autora necessitou se submeter a diversos tratamentos agressivos, que lhe causaram danos materiais, morais e estéticos. Dever de indenizar existente. 7. Dano moral caracterizado. Agir ilícito dos réus que ultrapassa o mero dissabor. Valor da indenização fixado em observância às peculiaridades do caso e com o fim de assegurar seu caráter repressivo e pedagógico, sem constituir-se elevado bastante para o enriquecimento indevido da parte autora. Valor mantido. 8. Dano estético reconhecido. Existência de deformidade física e abalo moral da parte autora, que se sente diminuída na integridade corporal e na estética de sua imagem externa. Quantum indenizatório majorado. 9. Ônus sucumbencial redistribuído, considerando a responsabilidade solidária da operadora de plano de saúde pelos danos causados à parte autora. Prejudicado o pedido formulado pela parte autora, de redução da verba honorária fixada na origem. PRELIMINARES CONTRARRECURSAIS DESACOLHIDAS, PRELIMINAR RECURSAL DA AUTORA ACOLHIDA, RECURSO DO RÉU DESPROVIDO E RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.⁶²

Resta pacífico o entendimento da responsabilidade solidária dos planos de saúde na hipótese de erro cometido por seus profissionais credenciados ou conveniados, especialmente porque, considerando a existência de contrato entre as partes, presume-se a prerrogativa do plano de saúde em avaliar as qualificações dos profissionais escolhidos para fazerem parte da sua rede credenciada, ou seja, respondem pelo seu poder de escolha.

A operadora de plano de saúde, ainda, assume o risco da prestação de serviços à saúde, com a qual obtém grandes lucros, razão pela qual responde de forma objetiva, ou seja, sem a necessidade de comprovação de culpa no evento danoso.

⁶² Apelação Cível, Nº 70081220501, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em: 28-08-2019. Data de Julgamento: 28-08-2019, Publicação: 03/09/2019.

Como vimos, trata-se de uma relação contratual entre beneficiário e operadora, sendo a obrigação de um pagar as mensalidades pactuadas e, da outra, prestar serviços de qualidade na área da saúde, caso esta não o faça, o que pode ser constatado pelo erro médico em discussão, há quebra de contrato, gerando o dever de ressarcir.

Neste diapasão discorre Francisco Eduardo Loureiro:

Perante os consumidores, a responsabilidade civil é contratual e pode ser bipartida em duas situações jurídicas distintas e com diversidade relevante de efeitos jurídicos: (a) inadimplemento da operadora na disponibilização dos serviços e produtos; (b) inadimplemento dos médicos, próprios, credenciados ou referenciados, na prestação de serviços ao consumidor.

(...)

A violação a qualquer dos mencionados deveres legais gera obrigação de indenizar, sem prejuízo da alternativa que se abre a critério do consumidor, de pleitear a execução in natura da obrigação de fazer, inclusive com a cominação de astreintes.⁶³

Na necessidade de ajuizamento de ação de indenização devido a erro médico cometido por profissional vinculado a plano de saúde, é de escolha do autor apresentá-la em face do plano de saúde, do médico ou de ambos, sendo importante considerar que, enquanto a responsabilidade do plano de saúde é objetiva, a do médico é subjetiva, ou seja, a parte autora deverá provar que houve culpa do médico ao cometer o dano.

Cumprе trazer à baila a possibilidade de não configuração de responsabilidade diante da comprovação das causas excludentes de ilicitude previstas no CDC e Código Civil, cujo ônus de comprovação é do fornecedor por tratar-se de fato extintivo do direito do autor, quais sejam:

- a. Não houver defeito;
- b. Culpa exclusiva do consumidor;
- c. Culpa exclusiva de terceiro;
- d. Caso fortuito e força maior;
- e. Legítima defesa;
- f. Estado de necessidade;

⁶³ LOUREIRO, Francisco Eduardo e outros. Responsabilidade Civil na Área da Saúde. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, P. 290.

- g. Exercício regular do direito;
- h. Estrito cumprimento do dever legal.

Em seu livro Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil⁶⁴, expõem Paulo Nader que: “A legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito, atendidos certos pressupostos, constituem excludentes tanto da responsabilidade civil quanto da penal”.

Constatadas uma das hipóteses acima, não haverá responsabilidade civil caracterizada e, conseqüentemente, não haverá o dever de indenizar:

ERRO MÉDICO – Indenizatória – Problemas na perna esquerda da autora não têm relação com o atendimento da ré junto ao médico réu, ocorrido no hospital réu, pelo plano de saúde da operadora ré – Ausência de dever de indenizar – Decisum mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste TJSP – Apelo não provido, com observação.⁶⁵

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROCEDIMENTO AMBULATORIAL. RETIRADA DE CISTO SEBÁCEO. TROMBOSE. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Do afastamento da preliminar de não conhecimento do recurso 1. No que tange à preliminar de não conhecimento da apelação interposta, aduzida pela apelada nas contrarrazões, sob o argumento de que houve ofensa ao artigo 1.010 da lei processual civil, pois a parte apelante não atacou todos os fundamentos utilizados na sentença, rejeito a referida prefacial, uma vez que o recorrente abordou no recurso questões de direito, demonstrando especificamente a sua inconformidade com a decisão. Do conhecimento em parte do recurso - inovação recursal 2. No que concerne às alegações de que lhe foi indicado que ela mesmo procurasse um hospital se não melhorasse, sendo deixada a própria sorte, da ocorrência de diagnóstico tardio no pós-operatório, bem como de realização do procedimento sem que fosse consultada a vontade da paciente, o recurso sequer é passível de ser conhecido nestes pontos, na medida em que essas questões sequer foram ventiladas na inicial da demanda, matéria que não foi controvertida, sendo evidente a inovação recursal em sede de apelação. Mérito do recurso em exame 3. Aplica-se a responsabilidade objetiva aos estabelecimentos hospitalares e as empresas prestadoras de serviços de atendimento à saúde pelos serviços que prestam, na forma do art. 14, caput, do CDC, o que faz presumir a culpa do apelante e prescindir da produção de provas a esse respeito, em razão de decorrer aquela do risco da atividade desempenhada. 4. O plano de saúde demandado apenas desonera-se do dever de indenizar caso comprove a ausência de nexo causal, ou

⁶⁴ NADER, Paulo. Curso de direito civil. Vol. 7: Responsabilidade civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, P. 46.

⁶⁵ Apelação Cível 1036259-91.2017.8.26.0224. Relator(a): Rui Cascaldi. Comarca: Guarulhos Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 20/10/2020. Data de publicação: 20/10/2020.

seja, prove a culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro, caso fortuito, ou força maior, ocorrendo a hipótese de isenção de culpa no caso tela. Isso se deve ao fato de que não houve equívoco nos procedimentos adotados pelos médicos que atenderam a paciente, pois conforme o laudo pericial das fls. 402/406, nada poderia ter sido diferente para evitar o quadro e, mesmo se diagnosticada antes da cirurgia não teria que fazer nenhum tratamento diferente para a cirurgia ambulatorial, não havendo desídia na prestação dos serviços de assistência à saúde. 5. Não obstante isso, no feito em análise para imputar a responsabilidade ao nosocômio demandado, nos termos da legislação consumerista, tratando-se de demanda que discute a atuação técnica do médico que atendeu o demandante, cumpre verificar a ocorrência de culpa pelo profissional, a qual se aplica a responsabilidade civil subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC, de sorte a se aferir o nexo causal. Precedente do STJ. 6. A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente. 7. Na análise quanto à existência de falha no serviço prestado, bem como da culpabilidade do profissional, o Magistrado, que não tem conhecimentos técnico-científicos atinente à área médica, deve se valer principalmente das informações prestadas no laudo pericial. 8. Não assiste razão à parte autora ao imputar ao réu a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que não restou comprovado nos autos qualquer conduta culposa pelo profissional que prestou atendimento à autora, bem como não foi provado o nexo de causalidade entre a trombose da paciente e o atendimento prestado junto ao corpo clínico do demandado. Rejeitada a preliminar suscitada. Conhecido em parte o recurso e, nesta, negado provimento ao apelo.⁶⁶

Pelo apresentado, temos que o ordenamento jurídico é uníssono no sentido da responsabilidade objetiva dos planos de saúde nos casos de erro assistencial.

⁶⁶ Apelação Cível, Nº 70077565497, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em: 29/08/2018.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil tem importância histórica, conceituação e aplicação em desenvolvimento desde tempos remotos, pois visa a solução de conflitos de relacionamento resultantes de danos causados a uma das partes envolvidas, ou seja, a vítima.

Considerando que o Direito evolui conforme a sociedade se desenvolve, temos que o instituto da responsabilidade civil cresceu e se adequou aos moldes das relações atuais, se adaptando a cada tipo diante de suas especificidades, tendo a função de reparar, prevenir e punir.

A responsabilidade civil é invocada sempre que, em uma relação entre indivíduos, uma das partes sofrer dano, ou seja, quando o agente causador, através de ato ilícito, ferir o interesse ou direito particular de outro surgirá a obrigação de reparação.

Não obstante, para caracterização da responsabilidade civil deverão ser observados três requisitos, quais sejam: conduta do agente, dano e nexo causal.

No que tange ao cerne deste trabalho, ou seja, a responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde por erro assistencial, constatou-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para regularizar a relação entre beneficiário e plano de saúde, considerando o conceito de consumidor e fornecedor constante no referido código e a relação desigual entre estes diante da evidente vulnerabilidade do contratante em detrimento da operadora de plano de saúde.

Tal vulnerabilidade envolve o direito que está em cheque nesta relação: o direito a saúde, além da relação contratual e posição da operadora de plano de saúde nesta hipótese, já que esta elabora o contrato e suas cláusulas são praticamente impostas unilateralmente, bem como esta vincula a escolha do beneficiário a sua lista de credenciados e por si só detém o poder de avaliar a fundo as qualificações dos profissionais eleitos.

Outrossim, além de assumir o risco do negócio, evidente que, em caso de erro assistencial cometido por profissional contratado pela operadora de plano de saúde, e, em que pese em regra o médico que cometeu o erro responda de forma subjetiva, havendo a

necessidade de comprovação de culpa, o plano de saúde responderá de forma objetiva diante da quebra do contrato de prestação de serviços constatado pelo dano causado ao consumidor.

O parêntese na responsabilidade do médico que comete erro diz respeito à sua atividade, a qual, em regra, é de meio, cuja a exceção está relacionada a prestação de serviços estéticos, ou seja, quando o profissional oferece tratamentos estéticos, ele se responsabiliza com o resultado, desta forma, caso não alcance o resultado prometido ao paciente, este responderá de forma objetiva, sem a necessidade de comprovação de culpa pelo erro.

Não é somente o plano de saúde que responde solidariamente com o médico nos casos de erro assistencial, mas o hospital também, em que pese este responda objetivamente por danos causados aos seus pacientes decorrentes de uma falha na prestação de seus serviços, como problemas na infraestrutura e equipamentos, responde subjetivamente quando se trata de erro médico.

Conclui-se que o instituto da responsabilidade civil garante à vítima nos casos de erro médico o seu direito à indenização pelos danos sofridos, sendo o plano de saúde contratado por este responsável de forma objetiva pela lesão, ainda, diante da cadeia de contratos caracterizada pela relação entre plano de saúde e médico, bem como estes com o hospital, vemos que a legislação aplicável em uníssono com a doutrina e jurisprudência atuais conceitua devidamente e atribui a cada envolvido a responsabilidade que lhe é devida, sendo prerrogativa da vítima a escolha dos réus quando do ajuizamento de ação de indenização neste sentido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, Carla. MATOS, Mafalda Francisco. **Prescrição off-label, direito à informação, consentimento informado e processo clínico eletrônico no direito português.** Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309274717_Prescricao_off-label_direito_a_informacao_consentimento_informado_e_processo_clinico_eletronico_no_direito_portugues. Acesso em: 13/09/2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm.
- BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde,** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 jun. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656compilado.htm.
- BRASÍLIA. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.627/2001.** Brasília. 2001.
- CARVALHO, Lejeune Mato Grosso Xavier de. **O conceito de profissão “liberal”.** Disponível em: <https://www.cnpl.org.br/o-profissional-liberal/>
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 14. Rio de Janeiro Atlas 2020.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 3. Teoria das Obrigações contratuais e Extracontratuais.** 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil. Vol. 3. Responsabilidade civil.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: Direito das obrigações: Parte especial, responsabilidade civil.** 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- JASAREVIC, Tarik. **WHO calls for urgent action to reduce patient harm in healthcare.** Disponível em: <https://www.who.int/news/item/13-09-2019-who-calls-for-urgent-action-to-reduce-patient-harm-in-healthcare>. Acesso em: 13/08/2020.
- J. W. Hedemann. **Derecho de Obligaciones.** Vol. 3. Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LOUREIRO, Francisco Eduardo e outros. **Responsabilidade Civil na Área da Saúde**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Vol. 53. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsó, 1966.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil. Vol. 7: Responsabilidade civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEDROSA, Tania Moreira Grillo; COUTO, Renato Camargos. **Erros e eventos adversos na assistência médico-hospitalar**. Disponível em: <http://www.rmmg.org/artigo/detalhes/1602>. Acesso em: 13/08/2020.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

QUINTANA, Luciana Hernández. **Responsabilidade civil objetiva no Código Civil Brasileiro: a teoria do risco criado prevista no artigo 927, parágrafo único**. São Paulo: Revista do Advogado AASP, 2004.

SANTA CATARINA. Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. **Manual de orientação ética e disciplinar**. Florianópolis. 2013.

SENADO, Agência. **Código de Defesa do Consumidor completa 20 anos**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/09/10/codigo-de-defesa-do-consumidor-completa-20-anos#:~:text=A%20lei%20que%20instituiu%20o,c%C3%B3digo%20de%20defesa%20dos%20consumidores>. Acesso em: 13/08/2020.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Vol. 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil. Vol. 1: Parte geral**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

_____. **Direito civil. Vol. 2: Obrigações e responsabilidade civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

_____. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Renan Parrilo Rodrigues Alves

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 31650694, Período Noturno, Turma R,

tendo realizado o TCC com o título: Responsabilidade Civil de Operadoras de Planos de Saúde por Erro Assistencial

sob a orientação do(a) professor(a): Dra. Fernanda do Amaral Gurgel

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 09 de novembro de 2020.

Assinatura do discente