

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PLANO DE SAÚDE SOBRE ERRO MÉDICO CREDENCIADO

Lucas Bastos Pereira ¹
Brasiliano Brasil Borges ²

RESUMO

O objetivo do presente estudo foi de buscar entendimento quanto à responsabilidade médica decorrente do erro e a responsabilidade do plano de saúde. O Direito é uma ciência que deve ser contemporânea à sociedade na qual se insere, de modo a acompanhar as modificações sociais sob pena de tornar-se ineficaz e inapto a reger as relações que se dão entre os sujeitos que compõem determinada sociedade. Erros médicos já não são mais tidos como inevitáveis, e, sendo os recursos tecnológicos cada vez menos suscetíveis a falhas, acaba-se por se exigir a correta orientação e atuação dos profissionais da saúde e, nos casos das operadoras do sistema de assistência privada à saúde, a escolha consciente (pré-verificação) da qualidade dos hospitais e criteriosa avaliação da capacidade dos profissionais credenciados e conveniados. A metodologia de pesquisa foi de cunho bibliográfico, com referências a livros, revistas, artigos e publicações eletrônicas, especificamente com relação a documentos jurisprudenciais.

Palavras-chave: Dano. Responsabilidade Civil do Médico. Plano de Saúde.

ABSTRACT

The objective of the present study was to seek understanding regarding medical liability arising out of the error and the responsibility of the health plan. The law is a science that must be contemporary to the society in which it operates, in order to keep up with the social changes under penalty of becoming ineffective and unable to govern the relationship between the subjects give that make up a given society. Medical errors are no longer regarded as inevitable, and, being the technological resources and less susceptible to failure, because they require the correct guidance and expertise of health professionals and, in the case of the system operators of private assistance to health, conscious choice (pre-check) quality of hospitals and judicious evaluation of the capacity of accredited professionals and health plan. The research methodology was a bibliographical nature, with references to books, journals, articles and electronic publications, specifically with respect to jurisprudential documents.

Keywords: Damage. Civil liability of the Doctor. Health plan.

¹Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Direito no Centro Universitário de Várzea Grande/MT(UNIVAG).

²Professor do Centro Universitário de Várzea Grande/MT (UNIVAG).

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira começou a despertar de seu sono secular e vem desenvolvendo o hábito de reivindicar seus direitos, principalmente aqueles ligados à saúde e os decorrentes das relações de consumo.

O crescente número de ações indenizatórias provenientes de erro médico é assunto que merece estudo e permanente atenção. Não se aceitam mais falhas graves e grosseiras, o que vem tornando os bons profissionais cada vez mais cautelosos e atenciosos.

Se aos profissionais é imposto um novo dever de cuidado, por que não exigir dos planos e seguros de assistência privada à saúde mais atenção na seleção dos profissionais e instituições credenciadas?

As relações jurídicas, que o paciente se submete, fazem fronteira entre a Medicina e o Direito, assim como a conduta médica, pois atos médicos culposos ou dolosos, que violem direito e causem prejuízo ao paciente são tidos como atos ilícitos. Por isso, os profissionais da saúde devem agir com prudência e perícia, a fim de evitar responsabilidade civil.

O Direito e a Medicina são ciências fronteiriças, pois, muitas vezes, os reflexos desta repercutem naquela ou vice-versa.

Demonstrar a solidariedade das empresas de plano de saúde torna-se socialmente importante à medida que se começa a exigir dessas instituições uma seleção mais rigorosa dos profissionais, hospitais e serviços de tratamento e diagnóstico que oferecerão aos seus segurados/conveniados e que devem corresponder às suas legítimas expectativas.

1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No campo do entendimento e do saber humano, é preciso compreender o que é Direito. O que será que define o Direito como norma que procura nos proteger como cidadãos no convívio social? Ao se referir ao Direito, está de pronto, manifestando ou distribuindo a justiça? A busca por esta ou aquela resposta nos

leva a um pensamento de Aristóteles, cuja sabedoria é retratada pela célebre frase: O homem é, por natureza, um animal político.³

Esta afirmação de Aristóteles traduz-se, certamente, no mais remoto antecedente da visão do conceito de sociedade. Se não pelo próprio sentido de seu conteúdo, é pela natureza de sua constituição, corno, aliás, o próprio filósofo chegou a se pronunciar:

(...) Por conseguinte, é evidente que o Estado é uma criação da natureza e que o homem é, por natureza, um animal político. E aquele que por natureza, e não por mero acidente, não tem cidade, nem Estado, ou é muito mau ou muito bom, ou sub-humano ou super-humano como o guerreiro insano condenado, nas palavras de Homero, como alguém sem família, sem lei, sem lar porque uma pessoa assim, por natureza amante da guerra, é um não-colaborador, como uma peça isolada num jogo de damas.⁴

A denominação pura e simples de sociedade para um grupo de indivíduos conduz cada um a um estado de ordem, onde todos têm a mesma liberdade, sem, entretanto, diminuir ou prejudicar a liberdade do outro.

Responsabilidade civil é o dever de reparação de uma pessoa que causou dano ou em decorrência de dano de terceiro por quem se responda, quer pela prática de conduta ilícita, quer de conduta lícita, a ser prestada à vítima do dano material, moral ou estético, sem que entre ambos (agente e vítima) haja, necessariamente, uma prévia relação obrigacional.⁵

Denota-se, portanto, do entendimento jurídico, que a responsabilidade se apresenta como uma resposta em satisfação do lesado, quando da prática de um ato, ou de um compromisso assumido em consequência de um ato volitivo.

No âmbito do Direito do Consumidor, esse dever jurídico de indenizar está ligado ao fato do produto ou serviço. Mas, essa conceituação repousa no campo do dano material, sem qualquer consequência no campo extra patrimonial.⁶

Na seara do direito, encontra-se a obrigação e com ela os deveres decorrentes das relações jurídicas. Quem garante o cumprimento do dever é a

³BARBOZA, Jovi Vieira. **Dano moral**: o problema do *quantum debeatur* nas indenizações por dano moral. Curitiba: Juruá, 2008, p. 42.

⁴Idem, p. 43.

⁵GABURRI, Fernando. **Direito Civil para Sala de Aula - Responsabilidade Civil**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 29.

⁶NUNES, Luiz Antonio Rizzatto **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva 2004, p. 162.

responsabilidade. Hart diz “bem que a responsabilidade é a força do dever, sendo o vínculo que leva ao seu cumprimento, externamente eficiente”.⁷

Conforme Rizzatto Nunes:

Como decorrência de todas as garantias constitucionais, a iniciar pelo princípio maior da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, garantia da vida sadia, do piso vital mínimo da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, do direito de ser informado e se informar, de receber produtos e serviços de qualidade, a preços baixos e eficientes, de só receber publicidade verdadeira etc., a Constituição Federal garante ao consumidor atingido o direito à indenização contra as violações praticadas.⁸

Assim, surge a proteção à integridade da pessoa humana, entendida essa integridade como a vida sem qualquer perturbação de ordem física ou psicológica.

1.1 A função da responsabilidade civil

Entende-se que o papel basilar da responsabilidade civil tem caráter reparatório ou compensatório, com o objetivo de proporcionar à vítima do dano os meios jurídicos indispensáveis para obter uma reparação ou uma compensação. “Noutras palavras, busca-se por meio dela fazer com que a situação subsequente ao evento lesivo seja revista de modo a se aproximar, tanto quanto possível, do estado anterior das coisas”.⁹

Em decorrência do mesmo, a retomada do *status quo ante* é um dos desideratos de maior capacidade em se tratando de responsabilidade civil. Vale lembrar, no entanto, que em princípio ela não se destina a cumprir função preventiva e nem punitiva, embora se admita que uma e outra desempenhem um papel secundário ou complementar.¹⁰

Entretanto, não significa dizer que a responsabilidade civil não possa exercer esse papel preventivo-punitiva de uma forma primária, ou mesmo, dizer com a máxima exatidão, uma colocação preventiva, posto que a revelação punitiva deva preencher essencialmente um papel instrumental, dirigido à prevenção.

⁷GOMES, Orlando. **Obrigações**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 279.

⁸NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Op. Cit., p. 306.

⁹MATIELLO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Advogado**. São Paulo: LTr, 2014, p. 31.

¹⁰Idem, p. 31.

Desta forma, todas essas facetas normalmente se encontram ajuntadas em cada situação concreta, sendo mister, contudo, atribuir-lhes individualmente a relevância que merecem, observada a circunstância necessária de que o principal desiderato da responsabilização civil se traduz no socorro que tenciona ofertar ao lesado.¹¹

Conquanto, mesmo que sem normas propostas a nortear o assunto em caráter específico, a legislação possui determinadas disposições capazes de produzir soluções distintas segundo a amplitude do juízo de reprovação que se extrai de certo comportamento.

Não é o mesmo, por assim dizer, o desfecho de uma lide ajuizada contra alguém que agiu com dolo em comparação com aquela proposta contra o agente que se portou com culpa, de vez que, por óbvio, as repercussões da conduta dolosa precisam ser mais severas do que as decorrentes de mero agir culposos.¹²

Responsabilidade civil é o dever de reparação de uma pessoa que causou dano ou em decorrência de dano de terceiro por quem se responda, quer pela prática de conduta ilícita, quer de conduta lícita, a ser prestada à vítima do dano material, moral ou estético.

“A expressão responsabilidade civil tem origem remota no verbo latim *respondere*, aplicado no sentido de que certa pessoa está atrelada à garantia de uma obrigação”.¹³

É imprescindível que não se confunda responsabilidade com obrigação, pois enquanto esta configura um dever jurídico primário ou decorrente, aquela evidencia um dever jurídico secundário. A violação do dever jurídico originário imputado a certo sujeito é que acarreta o surgimento da obrigação de indenizar os prejuízos causados a outrem.¹⁴

1.2 Culpa e imputabilidade

¹¹MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Op. Cit., p. 31.

¹²Idem, p. 32.

¹³STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: RT, 1997, p. 89.

¹⁴MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Op. Cit., p. 32.

Inicialmente partia-se do pressuposto que responsabilização do indivíduo no plano civil, sujeitava-se essencialmente da união de dois elementos: a culpa e a imputabilidade.

Em outras palavras, se do atuar culposo do sujeito resultassem prejuízos a outrem, e se não existisse elemento algum de exclusão do dever jurídico abstratamente previsto em lei, seria implacável o nascimento da obrigação de indenizar.

A evolução do entendimento jurídico acerca da matéria, contudo, fez com que se mostrasse necessário ampliar os horizontes da idéia de que é responsável, no plano civil, aquele que se posta em condição de garante, agindo com culpa e havendo condições legais de imputabilidade.¹⁵

Essa alteração de ponto de vista não implicou a cessação do conceito encaminhado pelo modelo anterior. Tanto é assim que ainda nos dias atuais a base da responsabilidade civil prossegue prostrada nas raízes da noção de culpa, qualificando a chamada responsabilidade subjetiva. A ela, todavia, ligou-se o entendimento de que o elementar é a reparação dos danos causados ao lesado, muito mais do que tão somente o entendimento de que ela tem lugar puramente na hipótese da junção subjetiva do causador com o resultado final.

Em determinadas situações, revelava-se imprescindível afirmar a responsabilidade civil do indivíduo mesmo sem que tivesse havido conduta culposa da sua parte. Isso em nome de valores jurídicos maiores quando em cotejo com outros, ou, então, cujo resguardo se fazia relevante em função de especiais circunstâncias, v.g, nas relações de consumo, haja vista a presumível fragilidade — hipossuficiência — de uma das partes.¹⁶

Pode-se entender do o exposto acima a percepção da nomeada responsabilidade objetiva, que, como assinalado, prescinde do exame e da comprovação do elemento subjetivo do agente.

Assim, a culpa em qualquer das suas modalidades (negligência, imprudência e imperícia) é desprezada como substrato da responsabilidade civil, já que esta tem como base primária a força da lei e como pressupostos a ocorrência de danos e o nexo de causalidade entre a conduta do lesante e o resultado final nocivo a outrem.¹⁷

¹⁵CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 34.

¹⁶MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Op. Cit., p. 34.

¹⁷Idem, p. 34.

O Direito pátrio faz repousar no componente da culpa o fundamento da disciplina jurídica da responsabilidade civil em geral. Salvo acontecimentos explicitamente apontados em lei, ou que dela originam como reflexo da sua aplicação indireta nas eventualidades de exercício de atividades de risco, não se aparta da prova da culpa para que se provoque o episódio da responsabilização do agente causador dos danos. “A culpa funciona como critério de imputação desde a época do Direito romano clássico, materializado na *Lex Aquilia de damno injuria datum*”.¹⁸

Não é comum se deparar com sentenças fundamentadas em uma determinada percepção dos critérios de responsabilidade existentes, o que faz da demanda em torno do conceito do elemento culpa algo secundário e pouco explorado.

2 DO DANO

Todo ato tem um agente: aquele que o pratica. Tem, também, uma consequência, que pode ser positiva, negativa ou neutra, em relação ao direito de outrem. Se um ato praticado por qualquer pessoa viola “direito” alheio, abre-se o portão da responsabilidade civil e estampa-se a obrigação de indenizar. “Comportamentos, pois, investigar o que se deve responder, como resultado do fato oriunda da atuação humana, isto é, o dano”.¹⁹

O erro médico pode causar diversos “danos autônomos”, sendo material, moral ou estético.

O dano material consiste no prejuízo financeiro sofrido pelo paciente até se reabilitar dos efeitos dos danos decorrentes do erro médico. Neste caso, os responsáveis pelo dano devem indenizar todas as despesas até o fim da convalescença do paciente, consoante os Artigos 949 e 950 do CC:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de

¹⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 32.

¹⁹BARBOZA, Jovi Vieira. Op. Cit., p. 128.

trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitasse, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 951. O disposto nos arts. 948,949 e 950 aplicam-se ainda no caso de 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.²⁰

O dano moral é a dor psíquica sofrida pelo paciente por ter sido lesado em virtude da conduta ilícita do médico, hospital, plano de saúde ou qualquer outro causador do dano, sendo decorrente de uma deformidade física ou mental.

Considerando o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, existe a possibilidade de cumular de pedido de indenização em decorrência de dano moral e de dano estético:

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Dano moral e dano estético. Cumulação. 1. Possível a cumulação da indenização por dano moral com o dano estético. Precedentes. 2. A alegação de que a condenação por danos morais e estéticos, da que decorrentes do mesmo fato, não foi deferida em função de títulos diversos, é questão ausente do Acórdão recorrido, ficando impossibilitado o exame do tema face a ausência de pré questionamento” (Superior Tribunal de Justiça. Acórdão: AGA 305666/RI (200000439215), 374087. Agravo regimental no agravo de instrumento data da decisão: 29/08/2000, Órgão julgador: Terceira turma, 3. Agravo regimental improvido. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Fonte: DJ DATA: 23/10/2000 PG: 00141. VEJA: RESP 162566-SP RESP 192823-RJ, RESP 219807-SP (STJ).²¹

O dano estético, que não se confunde com dano moral, é lesão causada à integridade física da pessoa, que gera a deformação da aparência, ao contrário do dano moral, pois, neste, o dano é psíquico afetando a incolumidade da mente.²²

Embora o dano estético seja autônomo em relação às demais espécies de lesão, os seus reflexos podem gerar o dano moral.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

²⁰VIANA, Thiago Henrique Fedri. **Erro médico**: responsabilidade civil do médico, hospital e plano de saúde. Campinas: Millennium, 2012, p. 55.

²¹Idem, p. 56.

²²Ibidem, p. 56.

A responsabilidade civil consiste em um conjunto de princípios e normas que visam a restabelecer o convívio entre as pessoas, por meio de reparação de danos.

Durante muitos séculos, a medicina esteve revestida de caráter religioso e mágico, atribuindo-se aos desígnios de Deus a saúde e a morte. Neste contexto, não se cogitava responsabilizar o médico que apenas participava de um ritual, talvez inútil, pois dependente da vontade Divina. Até início do século passado, o médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência, médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles. O ato do médico se resumia na relação entre uma confiança (do paciente) e uma consciência (do próprio médico).²³

O Brasil adota a teoria da culpa no caso erro médico, nos termos dos Artigos 186 do Código Civil e 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de responsabilidade do médico.

Vale lembrar que os valores sociais do trabalho constituem fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil. O médico exerce serviço público voltado para o bem da humanidade, por isso deve ser bem remunerado, a fim de que possa ter condições de se especializar a cada dia, e prestar serviços com qualidade e eficiência.²⁴

“O dolo consiste na vontade de lesar, ao passo que a culpa *stricto sensu* relaciona-se a conduta negligente, imprudente ou imperita”.²⁵

A rigor não se espera que o médico, profissional dedicado a saúde, possua a vontade deliberada de ocasionar algum mal ao paciente. Contudo, “ultimamente pode-se dizer que o erro médico é praticado por negligência, imprudência e imperícia”.²⁶

O médico somente poderá ser responsabilizado se agir com culpa ou dolo, nos termos da teoria da responsabilidade civil subjetiva.

Os atos médicos consistem em obrigação de meio e de resultado, em regra, a atividade médica desenvolve-se como obrigação de meio, isto é, o médico utiliza-se de seu conhecimento para tratar o paciente, sem vincular-se ao resultado de cura. Por isso, neste caso, a responsabilidade é subjetiva.

²³MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 95.

²⁴Idem, p. 95.

²⁵VIANA, Thiago Henrique Fedri. Op. Cit., p. 26.

²⁶Idem, p. 145.

A natureza jurídica da prestação de serviços médicos, embora *sui generis*, é contratual, porém o profissional não se compromete com a obtenção de um determinado resultado, mas sim com prestar um serviço consciencioso, atento e de acordo com as técnicas científicas disponíveis, sendo assim uma típica obrigação de meios. Significa dizer que o médico não se obriga a restituir a saúde ao paciente que esteja aos seus cuidados, mas a conduzir-se com toda a diligência na aplicação dos conhecimentos científicos, para colima tanto quanto possível, aquele objetivo.²⁷

O hospital enquadra-se nas regras sobre responsabilidade civil objetiva, ou seja, é obrigado a indenizar independentemente de culpa do seu empregado ou preposto, em relação ao dano causado, segundo a jurisprudência:

Indenização por erro médico. Ação movida contra o hospital e o profissional liberal. Responsabilidade objetiva do nosocômio e subjetiva do médico, dependendo esta última, da comprovação da culpa, na forma do artigo 14, § 4º, CDC — inversão do ônus probatório. Possibilidade, desde que presente os requisitos no artigo 6º, VIII, CDC. Honorários periciais a serem arcados pelo réu agravante aplicação do enunciado nº34 do centro de debates, estudos e pesquisas deste tribunal. Recurso desprovido (TAPR — AI 0280862- 8 (234842) — Curitiba — 188 C. Civ. — Rei. Des. Luíz Lopes — DJPR 08.04.2005).²⁸

Os hospitais, por terem responsabilidade civil objetiva, respondem pelos atos de terceiros, ou seja, empregados ou prepostos. Assim, o erro médico praticado pelo médico gera a responsabilidade subjetiva do médico, e objetiva do hospital (empregador). Às vezes, o médico não é empregado, mas, preposto, quando executa um ato médico (cirurgia), no centro cirúrgico do hospital, sem manter vínculo empregatício com este, conforme jurisprudência:

Ação de indenização por danos morais - Agravo retido - Preliminar de ilegitimidade passiva afastada - Não-acolhimento de prescrição - Incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor - Erro Médico - Responsabilidade objetiva do estabelecimento hospitalar em face de ato de preposto - Valor da indenização razoável - Ausência de sucumbência recíproca. O estabelecimento hospitalar é prestador de serviços que se compromete a prestar auxílio médico por meio de profissionais que indica, incidindo sobre a relação às normas do consumidor [...] (TJMS — A C-O 2005.005608-8/0000-00 — Dourados — 4 T Cív. — Rei. Des. Atapoã da Costa Feliz —j. 10.04.2007 — DOEMS 23.04.2007).²⁹

Até mesmo as operadoras de plano de saúde estão sendo condenadas com base na teoria do risco, por consequência de erro médico, tendo-se em vista a

²⁷MELO, Nehemias Domingos de. Op. Cit., p. 96.

²⁸VIANA, Thiago Henrique Fedri. Op. Cit., p. 29.

²⁹Idem, p. 30.

relação jurídica de credenciamento de seu médico ou hospital (prepostos) e a obrigação de zelar pela qualidade dos serviços de seus credenciados

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO PLANO DE SAÚDE SOBRE ERRO MÉDICO CREDENCIADO

O Brasil adotou um sistema jurídico de proteção ao usuário da assistência privada em muitos aspectos considerado rigoroso, e, para que ficasse claro o âmbito de aplicação da Lei 9.656/98, o legislador, já no art. 1º, traz importantes definições, que aqui se transcrevem:

Plano Privado de Assistência à Saúde (inc. I): Prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais apreço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso e pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor. Operadora de Plano de Assistência à Saúde (inc. II): pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inc. I deste artigo.³⁰

Diante dessa definição, muito se questionou, à época da entrada em vigor da Lei 9.656/98, se as empresas seguradoras poderiam ser enquadradas na categoria de operadoras de plano de assistência à saúde e quem realizaria a sua fiscalização. A Lei 10.185/01 esclareceu a questão, enquadrando o seguro-saúde nas características do plano privado de assistência à saúde; autorizando que as seguradoras pudessem operar contratos de seguro-saúde, “desde que fossem constituídas como seguradoras especializadas nessa espécie de seguro, devendo o seu estatuto social vedar a atuação em qualquer outra modalidade; e ficando subordinadas à fiscalização e regulamentos da ANS”.³¹

Os planos e seguros de saúde poderão ser oferecidos segundo contratação individual ou familiar (é o regime mais comum); coletiva ou empresarial (sempre vinculados a uma pessoa jurídica) ou coletiva por adesão (oferecidos por pessoa jurídica a um grupo de pessoas que têm liberdade de aderir ou não).³²

³⁰SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil dos Planos e Seguros de Saúde**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 35.

³¹Idem, p. 35.

³²Ibidem, p. 37.

A principal obrigação dessas empresas é o cumprimento integral e idôneo dos seus contratos, seja oferecendo serviços e profissionais qualificados, seja efetivando, sem grandes burocracias, a cobertura prometida.

Às seguradoras e operadoras de planos de saúde, em decorrência do princípio constitucional da igualdade, é vedada a recusa de contratantes em razão de idade ou deficiência física ou psíquica, quando preenchidas as demais condições de contratação estabelecidas pelas empresas e legalmente previstas, conforme o disposto no art. 14, da Lei 9.656/98.³³

Os principais deveres que norteiam a atividade dos planos e seguros de saúde são: dever de efetivamente prestar o atendimento prometido ou reembolsar as quantias acordadas; dever de repassar aos médicos conveniados e segurados os valores devidos pelos atendimentos; dever de cuidado (é obrigação de resultado de a empresa vigiar os profissionais que mantém em seus quadros); dever de não pressionar os médicos para escolha de exames e tratamentos ou limitar tempo de internamento; dever de supervisionar materiais e equipamentos necessários ao desempenho adequado das especialidades médicas que oferece; dever de escolher com atenção os profissionais conveniados, cadastrados ou indicados em listas referenciais; dever de renovar automaticamente os contratos, se preenchidos os requisitos de renovação; dever de respeito à dignidade e integridade física e psíquica da pessoa.³⁴

Subordinam-se, ainda, os contratos de consumo aos seguintes princípios: da equidade ou equilíbrio contratual; “da interpretação pró-consumidor das cláusulas contratuais; da proibição de inserção de cláusulas abusivas; do controle judicial dos contratos; da confiança e da vulnerabilidade dos consumidores, só citando os principais”.³⁵

A lei de defesa do consumidor adotou dois sistemas de responsabilização civil, cujos pontos em comum são a existência de um dano e o nexo de causalidade: a subjetiva para os profissionais liberais, e a objetiva para os demais fornecedores.

A responsabilidade civil subjetiva fundamenta-se na culpa *lato sensu* (CC, art. 951, e CDC, art. 14, § 4º), ou seja, configura-se mediante a comprovação de que o prejuízo foi causado por ação ou omissão dolosa ou culposa (negligência, imprudência e imperícia).

³³SCHAEFER, Fernanda. Op. Cit., p. 37.

³⁴Idem, p. 75.

³⁵Ibidem, p. 75.

É de se salientar que a previsão do Código de Defesa do Consumidor levou em consideração que a relação de consumo existente entre consumidor e profissional liberal nasce de uma relação *intuitu personae*, mas, em nenhum momento, a previsão de aplicação supletiva da legislação civil tem o condão de afastar o direito do consumidor à inversão do ônus da prova, ou seja, caracterizada a relação de consumo entre paciente e médico, deverá este, para eximir-se da responsabilização, provar uma das excludentes de responsabilidade.³⁶

Em relação à responsabilidade interessa a este trabalho apenas o fato do serviço (acidente de consumo), pois os erros médicos caracterizados a relação de consumo, são considerados acidentes de consumo, decorrentes de falhas graves na execução do serviço médico, que causam sérios danos à saúde física e/ou psíquica do paciente-consumidor e, por isso, merecem ser indenizados.

Nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, será responsável pela reparação dos danos causados pelo acidente de consumo o fornecedor do serviço, independentemente da comprovação de culpa, considerando-se serviço defeituoso aquele que não fornece a segurança que o consumidor dele legitimamente pode esperar, ressaltando-se que não é considerado defeituoso o serviço pela adoção de novas técnicas médicas, se o fim almejado foi atingido.³⁷

A obrigação das operadoras de planos e seguros de saúde é de resultado, ou seja, “assumem o compromisso de prestar um serviço médico de alto padrão e confiabilidade e garantir indenização caso esse resultado não seja alcançado por falha de seus médicos credenciados”.³⁸

Portanto, o contrato é considerado descumprido quando “o serviço não é executado nos moldes prometidos, como ocorre quando há um erro médico e, por serem as operadoras coordenadoras de toda a rede contratual, são elas, pelo princípio da solidariedade, responsáveis por acidentes de consumo”.³⁹

Destaque-se que o erro médico não pode ser confundido com a não realização das expectativas do paciente, que variam desde a cura definitiva até a diminuição do sofrimento, mas deve ser entendido como falha de técnica médica capaz de provocar sérios danos à saúde e à integridade física e/ou psíquica do paciente.

³⁶SCHAEFER, Fernanda. Op. Cit., p. 85.

³⁷Idem, p. 88.

³⁸Ibidem, p. 89.

³⁹Ibidem, p. 89.

Contudo, os responsáveis pelo erro médico podem excluir a ilicitude da conduta quando ocorrem as hipóteses do Artigo 188 do Código Civil ou em caso de culpa exclusiva do paciente, caso fortuito ou força maior. Há culpa exclusiva da vítima (paciente), por exemplo, quando este não cumpre a prescrição médica ou emite uma informação equivocada ao médico, causando-se o erro de diagnóstico.

A força maior advém de fatos naturais, ao passo que caso fortuito e um fato imprevisível e seu causador é indeterminável. Exemplificando, no meio de uma cirurgia cai um raio, queima o aparelho e paciente vem a falecer. E, no caso fortuito, a medicação gera alergia, sendo imprevisível e indeterminável a causa. Por fim, a parte mais árdua de responsabilizar o infrator está relacionada à prova das condutas ilícitas causadoras do erro médico.⁴⁰

O médico deve cumprir e fazer cumprir o Código de Ética Médica, de modo que não pode acobertar ou dissimular ato médico ilícito praticado por um colega. “V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente”.⁴¹

Um dos principais deveres do médico consiste em estudar para obter diagnóstico preciso, pois, muitas vezes, o erro médico decorre de diagnóstico equivocado.

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.⁴²

Esse preceito é milenar, pois origina-se do juramento realizado Hipócrates e, ademais, é constituído entre os princípios da Resolução nº 37/194, de 18 de Dezembro de 1982 da ONU.

O médico não pode submeter-se à administração de hospital ou aos procedimentos do plano de saúde que o compelem a praticar atos médicos em benefício de interesses econômicos, no entanto, antagônicos “ao tratamento eficaz e ao restabelecimento da saúde de seu paciente, por exemplo, no caso de existir a cirurgia endovascular, mas o plano de saúde, apenas, autorizar a cirurgia aberta, por ter valor inferior”.⁴³

⁴⁰VIANA, Thiago Henrique Fedri. Op. Cit., p. 31.

⁴¹Idem, p. 4.

⁴²Ibidem, p. 4.

⁴³Ibidem, p. 5.

Muito se discute, na doutrina e na jurisprudência, sobre a responsabilização de médicos e hospitais por erros médicos, mas pouco se falada aplicação do Código de Defesa do Consumidor a essas relações claramente de consumo e, menos ainda, se perquire sobre a responsabilidade solidária dos planos e seguros de saúde por acidentes de consumo, embora já haja julgados a esse respeito no Superior Tribunal de Justiça. “O objeto contratual das operadoras de planos e seguros de saúde determinou-se a extensão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.656/98 a essas relações contratuais de consumo e definiram-se os princípios aplicáveis”.⁴⁴

Assim, inafastável é a responsabilidade solidária dos planos de saúde por falhas técnicas de seus médicos conveniados ou credenciados “ou equipamentos próprios ou terceirizados, pois são contratos que têm por objeto uma prestação de saúde (atividade de saúde desempenhada por profissionais e estabelecimentos próprios ou credenciados ou conveniados)”.⁴⁵

O plano de saúde, caracterizada a responsabilidade objetiva, responde pela escolha de seus profissionais, independentemente da constatação de culpa. A lei consumerista determina que o fornecedor seja responsável pela qualidade do serviço que coloca à disposição do mercado de consumo. Portanto, a operadora de plano de saúde é responsável pela qualidade dos serviços, do atendimento e dos profissionais que põe à disposição de seus consumidores por meio de listas vinculativas.

Quanto à responsabilidade dos seguros-saúde por erros médicos, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que não há responsabilidade quando presente o sistema de reembolso, mas pouco se questiona sobre o uso de listas referenciais pelas seguradoras.

O uso, cada vez mais comum, das listas referenciais descaracteriza o contrato de seguro-saúde, por induzir o segurado a procurar os serviços ali elencados.

Certo é que, na prática, asseguradoras têm dificultado o reembolso de despesas médico-hospitalares quando o segurado busca serviços não arrolados nessas listas.

⁴⁴SCHAEFER, Fernanda. Op. Cit., p. 89.

⁴⁵Idem, p. 89.

Pode-se então concluir que o uso de listas referenciais, comprovada a dificuldade de reembolso de despesas, pode também levar, em casos específicos, à responsabilização solidária das seguradoras por falhas dos profissionais ali elencados, pois se pode afirmar que a liberdade de escolha se encontra viciada.

Problematiza-se: considera-se a hipótese comprovada de um segundo, já ciente da dificuldade de ver suas despesas reembolsadas, trocarem um serviço médico do qual se utilizava há anos, por um serviço constante na lista, para evitar todo incômodo e mobilidade, e a colar sofrendo uma lesão em decorrência de um erro médico.

Neste caso, poder-se-ia concluir pela responsabilização solidária, pelos mesmos fundamentos destinados aos planos de saúde, pois, se a seguradora oferece uma lista, ainda que referencial, e vincula o seu nome ao do prestador daquele serviço, emitindo seu aval de excelência, está induzindo o segurado a utilizá-los; é, portanto, seu dever zelar pela qualidade dos serviços médicos e hospitalares ali indicados.

Disserte é do consumidor a escolha de quem irá acionar na busca da reparação de seus prejuízos, pois os responsáveis solidários não precisam ser demandados ao mesmo tempo, facultando-se ao que ressarcir o dano o direito de regresso contra quem o causou (trata-se, portanto, de litisconsórcio facultativo).

Aconselha-se cautela na escolha do responsável solidário, ainda mais nos casos que envolvem acidentes de consumo decorrente de erro médico, pois a presença de muitos deles no pólo passivo da lide pode tumultuar o bom andamento processual e causar demora desnecessária no ressarcimento de um dano causado à saúde e à integridade física do requerente.

Por fim, outra questão importante a ser tratada é o prazo prescricional para o exercício do direito de ação de reparação civil por acidente de consumo proveniente de erro médico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O médico deve estar atento ao crescimento e novidades da ciência médica, bem como de suas obrigações e dos seus direitos, com o objetivo de evitar o erro médico. O exercício da medicina trata de um serviço público, portanto a pessoa ao tornar-se profissional da área médica deve se preocupar diuturnamente

com a saúde pública, tendo-se em vista que a qualquer momento deve agir, seja no consultório, hospital, na rua ou até mesmo dentro de um avião, enfim em qualquer circunstância.

A responsabilidade civil do médico é subjetiva, assim deve ser comprovado o dolo ou a culpa, conforme jurisprudência, excetuando-se na hipótese de atuar com resultado, no caso de cirurgia plástica estética.

Os contratos de assistência privada à saúde põem em confronto dois valores completamente antagônicos: de um lado encontra-se a operação econômica, cujo equilíbrio deve ser garantido como forma de proporcionar a utilidade e eficiência do objeto contratado; de outro, encontra-se o interesse do consumidor em preservar a sua vida, saúde e integridade física e psíquica.

É perfeita a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações existentes entre médicos, hospitais e pacientes, sendo praticamente impossível, no estado em que se encontra a prestação de serviços médicos na sociedade atual, afirmar que se trata de relações pessoais e não de consumo.

Não há justificativa jurídica convincente capaz de afastar a incidência da lei consumerista também sobre essas relações, principalmente quando vistas frente aos contratos massificados de assistência privada à saúde, presentes a figura do consumidor, do fornecedor e da habitualidade da prestação do serviço remunerado.

A falha na técnica médica deve ser comprovada por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial pela prova médica pericial e pela avaliação de fichas, prontuários e prescrições.

A responsabilização objetiva dos planos de saúde por erros de médicos conveniados ou credenciados é consequência de todo o sistema de proteção elaborado pelo Código de Defesa do Consumidor, que tem como um de seus preceitos a idéia de que quem oferece um serviço ao mercado de consumo deve ser responsável, direta ou solidariamente, por sua qualidade e segurança.

A responsabilização solidária das operadoras de planos de saúde por acidentes de consumo é um avanço jurídico que visa o equilíbrio da relação de consumo conforme a política nacional das relações de consumo, atendendo à socialização dos contratos e segundo uma necessária interpretação sistemática de todo o ordenamento.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Jovi Vieira. **Dano moral:** o problema do *quantum debeatur* nas indenizações por dano moral. Curitiba: Juruá, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GABURRI, Fernando. **Direito Civil para Sala de Aula - Responsabilidade Civil.** Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, Orlando. **Obrigações.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Advogado.** São Paulo: LTr, 2014.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2013.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto **Curso de direito do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2004.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil dos Planos e Seguros de Saúde.** 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial.** São Paulo: RT, 1997.

VIANA, Thiago Henrique Fedri. **Erro médico:** responsabilidade civil do médico, hospital e plano de saúde. Campinas: Millennium, 2012.