

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PUBLICO - IDP
ESCOLA DE DIRETO DE BRASILIA - EDB
CURSO DE PÓS - GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TAMARA LUIZA MARQUES DE SOUZA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE POR
ERRO MÉDICO**

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

TAMARA LUIZA MARQUES DE SOUZA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE POR
ERRO MÉDICO**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção título de Pós-Graduado em Direito Privado na área Latu Sensu em Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família.

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

Tamara Luiza Marques de Souza

Responsabilidade Civil das Operadoras de Planos de Saúde por Erro Médico

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção título de Pós-Graduado em Direito Privado na área Latu Sensu em Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família.

Brasília-DF, 26 de agosto de 2016.

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

À minha família, aos meus amigos e a todos que me apoiaram na conclusão deste trabalho.

"Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo, qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim." - Chico Xavier

RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar a responsabilidade civil presente no ordenamento jurídico brasileiro através dos dispositivos legais da Carta Magna – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sob a ótica do Código Civil Brasileiro e do Código de Direito do Consumidor. Abordando-se aspectos teóricos e doutrinários de interpretação e aplicação das normas. Busca-se mostrar as distinções empregadas para o instituto da responsabilidade civil, sendo elas: objetiva e subjetiva, como também contratual e extracontratual. Bem como descrever os elementos que constituem ou excluem o seu uso nas relações civis. Este estudo visa compreender o instituto da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde por erro médico frente a problemática: as operadoras de planos de saúde não possuem ingerência técnica profissional da medicina empregada pelos médicos; sendo estes vinculados aos prestadores de serviços hospitalares, os quais também não exercem comando quanto a técnica a ser empregada no paciente – beneficiário do plano de saúde – é cabível a responsabilidade solidárias das operadoras de planos de saúde por atos médicos lesivos? Sendo possível, qual fundamento legal – Código Civil e/ou Código de Defesa do Consumidor? Qual classificação da responsabilidade civil é denominada para cada prestação de serviço como operadora de plano de saúde, hospital e médico em separado? Estuda-se, portanto, a relação jurídica das operadoras de planos de saúde com os fornecedores de serviços vinculados/associados ao contrato de assistência à saúde suplementar. Ademais, analisa o posicionamento adotado pelo Poder Judiciário, especificamente, o Superior Tribunal de Justiça nos casos de responsabilidade civil de operadoras de planos de saúde por erro médico.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil. Código Civil. Código do Consumidor. Responsabilidade de Operadora de Plano de Saúde. Erro Médico.

ABSTRACT

The present work aims to study the civil liability present in the Brazilian legal system through the legal provisions of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, under the Brazilian Civil Code and the Consumer Law Code. Approaching theoretical and doctrinal aspects of interpretation and application of norms. It seeks to show the distinctions employed for the institute of civil liability, being: objective and subjective, as well as contractual and extracontractual. As well as describing the elements that constitute or exclude their use in civil relations. This study aims to understand the institute of civil liability of the health plan operators for medical error in the face of the problem: the health plan operators do not have professional technical intervention of the medicine used by the doctors; These being linked to the providers of hospital services, who also do not exercise command as to the technique to be employed in the patient - beneficiary of the health plan - is the joint responsibility of health plan operators liable for harmful medical acts? If possible, what legal basis - Civil Code and / or Consumer Defense Code? What classification of civil liability is named for each service provider as a separate health care plan, hospital and doctor? Therefore, the legal relationship of the health plan operators with the suppliers of services linked to the supplementary health care contract is studied. In addition, it analyzes the position adopted by the Judiciary, specifically, the Superior Court of Justice in cases of civil liability of health plan operators for medical error.

Keywords: Civil responsibility. Civil Code. Consumer Code. Health Plan Operator responsibility. Medical Error.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAUDE POR ERRO MÉDICO.....	30
2.1 RESPONANILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS	30
2.2 RESPONANILIDADE CIVIL DO HOSPITAL.....	35
2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE ..	40
2.4 QUALIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE.....	47
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil é aplicado a todo momento na relação interpessoal em sociedade. Através dele mantém-se o equilíbrio social no convívio entre danos e prejuízos causados pelo agir humano. A responsabilização do agente causador traz o dever de reparação ou compensação inerente ao restabelecimento do fato.

O presente estudo da responsabilidade civil comporta a análise dos seus elementos característicos, dentre suas classificações, compreensão das suas teorias desenvolvidas e apresentação de sua aplicação nos demais ramos do direito. A abordagem metodológica visa apresentar além das teorias e teses doutrinárias a disposição legal no Código Civil Brasileiro vigente e no Código de Defesa do Consumidor. Bem como o entendimento jurisprudencial dos tribunais e, dada sua relevância no Poder Judiciário, do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à temática: responsabilidade civil de operadoras de planos de saúde por erro médico, esta mostrou-se relevante diante do aumento de demandas judiciais com esta temática. A extensão da responsabilidade civil nos serviços de assistência à saúde apresentar características particulares. Trata-se de um ramo interdisciplinar que envolve o conhecimento técnico jurídico e da medicina.

O jornal Estadão publicou no dia 22 de março de 2015 que em 4 anos, o número de processos por erro médico cresceu 140% no Superior Tribunal de Justiça. Dados obtidos pelo referido jornal mostram que, em 2010, foram 260 ações encaminhadas à corte sobre o tema e no ano de 2014, 626 processos.

Expõe que no mesmo período de quatro anos, 18 médicos tiveram seus registros cassados e outros 625 receberam outros tipos de punições do Conselho Federal de Medicina - CFM por agir com imprudência, imperícia ou negligência, práticas que caracterizam o erro médico. Destaca a notícia que para especialistas em direito à saúde, o aumento de casos de erros médicos reportados à Justiça está relacionado com a baixa preocupação de alguns profissionais e unidades de saúde com a qualidade do serviço prestado. Arremata a informação com os dizeres da

advogada Renata Vilhena: "O número de clientes de planos de saúde vem aumentando, mas a qualidade, não. Há médicos que têm de atender com cronômetro, fazer várias cirurgias no mesmo dia. É óbvio que, dessa forma, os erros começam a se tornar mais frequentes".¹

O jornal O Globo em recente anúncio - dia 02 de junho de 2016 - evidenciou que quase 30% dos brasileiros têm plano de saúde, conforme nova pesquisa do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Assevera-se que em 2013, 27,9% da população tinha algum plano de saúde, médico ou odontológico, com destaque para a região Sudeste (36,8%). A região Norte (13,3%) apresentou o menor índice. Foi apontado ainda que, quanto mais instruído, maior a quantidade de pessoas com cobertura de saúde complementar. A variação foi de 16,% (sem instrução ou com fundamental incompleto) a 68,8% (superior completo). Além disso, 47,7% das pessoas que tinham plano de saúde eram os titulares e 32,4% pagos exclusivamente pelo empregador do titular. Do total de pessoas com plano, 25,2% pagavam pelo serviço. E desse número, 57,6% pagava até R\$ 200 por mês. Apenas 4,7% gastava mensalidade a partir de R\$ 1.000.²

A ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia especial de normatização controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, divulga em seu endereço digital dados gerais atinentes às operadoras de planos de saúde. Verifica-se que, a partir do Sistema de Informações de Beneficiários - da ANS e do Ministério da Saúde, que até o mês de junho de 2016, o número de beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia é de 48.487.129; o número de beneficiários segundo o tipo de contratação do plano é de 9.492.363 na modalidade individual ou familiar; de 32.136.535, coletivo empresarial; e de 6.584.431, coletivo por adesão. Por fim, apresenta a quantidade de operadoras com beneficiários no Brasil apurado entre os

¹ CAMBRICOLI, Fabiana. *Em 4 anos, número de processos por erro médico cresce 140% no STJ*. O Estado de São Paulo. Disponível em <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,em-4-anos-numero-de-processos-por-erro-medico-cresce-140-no-stj-imp-,1655442>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

² KNOPOCH, Carol. *Quase 30% dos brasileiros têm plano de saúde, diz nova pesquisa do IBGE*. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/quase-30-dos-brasileiros-tem-plano-de-saude-diz-nova-pesquisa-do-ibge-16325726#ixzz4IP0ARwdC>> Acesso em: 20 ago. 2016.

anos 2006 a 2016, sendo de 800 operadoras cadastradas na ANS até o junho de 2016.³

Ademais, o portal do Conselho Federal de Medicina - CFM aponta o total de médicos em atividade no país: 426.179.⁴ Em informativo institucional - dia 30 de novembro de 2015, afirma que o Brasil conta com 432.870 (divergência) registros de médicos, o que corresponde à razão nacional de 2,11 médicos por grupo de 1.000 habitantes. A taxa brasileira fica próxima da dos Estados Unidos (2,5), do Canadá (2,4) e do Japão (2,2) e é maior do que a do Chile (1,6), China (1,5) e Índia (0,7). Os países com o maior número de médicos por habitantes são Grécia (6,1), Rússia (5,0), Áustria (4,8) e Itália (4,1). Os dados fazem parte do estudo *Demografia Médica Brasil 2015*. Alerta que desde 2010 até novembro de 2015 foram abertas 71 novas escolas dos cursos de medicina.

Com base nos dados quantitativos e sob o conhecimento notório de um sistema público de saúde fragilizado, que não garante leitos adequados para todas as pessoas - sendo dever do Estado a sua promoção. O presente trabalho objetiva analisar o instituto da responsabilidade civil aplicada às operadoras de planos de saúde por erro médico – perante o Código Civil e o Código do Consumidor. Abordando-se a responsabilidade dos médicos como profissionais liberais, dos hospitais como prestadores de serviços credenciados e das operadoras de plano de saúde, tendo como foco o erro médico. Tendo como hipótese a responsabilização solidária das operadoras de plano de saúde como fornecedoras de serviços e exercício de atividade de risco em conjunto com o ato lesivo do profissional liberal da medicina.

³ ANS, Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Dados Gerais*. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em: 20 ago. 2016

⁴ CFM, Conselho Federal de Medicina. *Estatística*. Disponível em <http://portal.cfm.org.br/?option=com_estatistica> Acesso em: 20 ago. 2016

1 INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é conceituada pelo doutrinador Irazy Novah Moraes⁵ como “a obrigação de assumir as consequências de ação própria ou, na dependência das circunstâncias, alheia. Assim, aquele que é sujeito da ação poderá responder por ela perante as autoridades competentes, arcando com o ônus de suas decisões”. Diante desta definição depreende-se o sentido etimológico atrelado a ideia de obrigação, contraprestação ou encargo.

O vocábulo responsabilidade provém do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, que significa garantir, responder por alguém, prometer, obrigando o devedor perante o credor. Desde já fazemos a distinção entre obrigação e responsabilidade, visto que esta é um dever jurídico sucessivo consequente à violação de um dever originário, sendo este dever a própria obrigação⁶ - de não lesionar.

A responsabilidade civil existe para garantir que seja assegurado o direito de responsabilizar aquele que viola algum bem, propriedade e/ou personalidade a restabelecer o *status quo ante* da lesão proporcionada. Quanto a este tema, Silvio Venosa afirma:

“Reparar o dano, qualquer que seja sua natureza, significa indenizar, 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.”⁷

Em outros termos: ela fundamenta-se sob o preceito de não prejudicar o outro e em havendo o agente causador responda pelo prejuízo causado. A responsabilidade traduz a própria noção de justiça porquanto ser o meio de restaurar o equilíbrio (preservar o bem-estar) no convívio em sociedade - dar o direito a vítima dos atos danosos o ressarcimento moral e/ou patrimonial pelo causador da violação.

⁵ MORAES, Irazy Novah. *Erro médico e a Justiça*. 5ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pág. 551.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, pág.3.

⁷ VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. 9ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010, pág. 182.

Este instituto advém da própria natureza humana calcada no sentimento de vingança - reação pessoal pelo mal sofrido.⁸ Nos primórdios, aplicava-se a Pena do Talião: "olho por olho e dente por dente", forma simétrica entre o dano e a pena a ser adotada. Posteriormente, com o surgimento da Lei das XII Tábuas pelo Direito Romano, passou-se a tarifar/valorar o quanto a ser devido a título de indenização para cada caso concreto, suprimindo-se a vingança privada.

Com a delegação de poderes ao Estado - Poder Público - a composição da responsabilidade evoluiu com o advento da *Lex Aquilia*, a qual originou a responsabilidade civil delitual ou extracontratual, também denominada aquiliana. Esta substituiu a multa prevista pela Lei das XII Tábuas por uma pena proporcional ao dano causado - análise do caso concreto.

A Constituição Federal Brasileira, base jurídica do nosso ordenamento, pontua sobre a responsabilidade civil como garantia fundamental do direito à reparação. Vejamos o teor do inciso V e X, do artigo 5º - capítulo destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos da Carta Magna:

Art. 5º. 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:(...)

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;

Dispõe, também, quanto a responsabilidade estatal, delineada no artigo 37, parágrafo 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.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3, pág.11.

A responsabilidade civil está indubitavelmente pautada na nossa Constituição.⁹

A responsabilidade civil está prevista no Código Civil Brasileiro a partir do art. 186, o qual descreve a ocorrência de ato ilícito por aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Este artigo é a base fundamental do instituto da responsabilidade civil no nosso código civil porquanto dispõe dos elementos que a constitui, quais sejam: a conduta (ação ou omissão), nexos causal, dano e culpa. A culpa é apenas elemento incidental exigida na responsabilidade subjetiva, sendo, portanto, estudada na abordagem desta classificação da responsabilidade. Passemos a analisar cada elemento em sua particularidade para posterior distinção entre a responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Conforme estabelecido no citado artigo, o ato ilícito é cometido pela ação/comissão ou omissão sendo, portanto, este ato contrário ao ordenamento jurídico - não permitido pelo direito - que causa lesão ao direito subjetivo de outrem. A conduta, elemento primário do ato ilícito, corresponde a uma ação/comissão ou omissão humana voluntária (consciência/discernimento do ato) ou da natureza que enseja consequências jurídicas.

Trazemos os ensinamentos da professora Maria Helena Diniz¹⁰ acerca deste elemento:

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 ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

(...) A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. A omissão é, em regra, mais frequente no âmbito da inexecução das obrigações contratuais.

Outrossim, Paulo Nader¹¹ também discorre:

⁹ A exposição do instituto da responsabilidade civil, objeto central do presente estudo, não se resume as estas normas trazidas. Porém, estas estão atinentes a abordagem que se presente desenvolver.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*, 7 Volume -16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 56.

O ato ilícito pode ser praticado mediante ação ou omissão do responsável pela reparação. Em outras palavras, o ilícito pressupõe uma conduta do agente, violadora da lei ou de ato negocial e causadora de lesão ao direito alheio. Como o ato ilícito é modalidade de *ato jurídico*, tanto quanto este deve ser manifestação da vontade. Dentro do gênero *ato jurídico* se contrapõe aos atos lícitos, uma vez que necessariamente deve contrariar a ordem jurídica. Destarte, podemos concluir, com Humberto Theorodo Júnior, afirmando que *voluntariedade* e *antijuridicidade* são pressupostos necessários à conduta do agente.

Ou seja, a conduta positiva ou negativa é o elemento originário da responsabilidade civil. É a partir da obrigação de fazer ou não fazer não constituída em conformidade ao que se dispõe a lei ou em instrumento particular entre o ofensor e o ofendido que surge o elemento denominado 'conduta' para possível aplicação do instituto da responsabilidade civil.

Sendo a conduta considerada como fonte, o elemento denominado 'dano' é a consequência, causa ou resultado ocasionado pela conduta. É o prejuízo, fato gerador da obrigação de indenizar/reparar/restituir o estado anterior, que por suposição não haveria como corolário de uma ação/omissão violadora de um interesse jurídico tutelado.

Façamos novamente a citação do artigo 5º, inciso V, da nossa Carta Magna: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.". Assim sendo, este elemento da responsabilidade civil classifica-se em patrimonial - material - ou extrapatrimonial - moral. O dano patrimonial, como a própria nomenclatura, está relacionada ao patrimônio - conjunto de bens e direitos de representação econômica; é o prejuízo financeiro auferido para recomposição/efetiva pela perda/redução gerada pelo dano. Esta classificação subdivide-se em: dano emergente e lucro cessante.

Dano emergente entende-se como aquele visivelmente observado, o qual é efetivo, imediato e facilmente capaz de ser indicado o quanto valorado pela diminuição da perda patrimonial. Enquanto lucro cessante é a estimativa mensurada na perda relacionada ao não ganho proveniente do fato ou ato praticado (conduta). Ele é demonstrado a partir de uma projeção razoável do lucro que a vítima deixou de auferir.

¹¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

O dano extrapatrimonial ou moral está previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso 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 ". Sob o pretexto constitucional a ofensa ao direito personalíssimo da pessoa física ou jurídica, elencados na normativa: direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, acarreta na tipificação do dano moral.

Este visa a compensação e não a reparação ao estado anterior porquanto a impossibilidade de se restabelecer o ato/fato ocorrido, mas sim de se tentar remediar os danos experimentados pelo ofendido. Possui o caráter satisfativo e punitivo. Satisfativo: satisfazer a vítima pelos constrangimentos, transtornos e dissabores experimentados em decorrência de ato ilícito; e punitivo: cunho pedagógico - função educativa, não repetição do ato/fato pelo infrator.

Interessante também trazer a este trabalho o estudo do dano estético e dano reflexo, ainda que de forma sucinta, dado a temática associada ao erro médico, o qual pode ocasionar danos materiais, morais, estéticos e/ou reflexo. Danos morais e estéticos são autônomos entre si. Sendo pacificado o entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, Súmula n. 387¹², acerca da possibilidade da cumulação das indenizações de dano estético e dano moral, corroborando serem danos diversos passíveis de recomposição ou reparação própria para cada um deles.

O dano estético é definido como deterioração da aparência, estrutura morfológica, corporal da pessoa física permanente ou de efeito prolongado, reversível ou irreversível¹³. O dano moral, associado ao dano estético, é o fator psicológico diante da lesão estética.

O ato/fato comissivo ou omissivo causado à vítima primária pode refletir em outrem vinculado a ela. A ocorrência desta lesão é denominada dano reflexo ou

¹² Súmula vigente até a aprovação deste trabalho.

¹³ ALMEIDA, Maria Clara Lucena Dutra de. *A Parametrização da Indenização por Dano Estético*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2874/2087>> Acesso em: 05 jul.2016.

também dano em ricochete, o qual acarreta consequências não só ao ofendido, mas opera perante aquele(s) que dependente(s) dele, vítimas secundárias do dano.

Ante até o momento exposto verifica-se que é fundamental a existência do dano. Sendo este é o elemento núcleo da responsabilidade civil preconizada na reparação e determinação da relação jurídica equilibrada no convívio em sociedade.

O nexo de causalidade¹⁴, ou também chamado nexo de causal, é o liame entre a conduta lesiva e o dano. Estes dois componentes devem estar associados como causa e efeito para a caracterização do dever de indenizar. O dano deve ser proveniente direto da conduta para quantificação da restituição ou compensação do bem ou direito violado.

Assim como não pode haver obrigação de reparar caso não haja a constatação de dano/prejuízo, também não há responsabilidade sem nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão. Tem-se, portanto, uma cadeia de sucessões temporais de elementos: a ação ou omissão que resulta em uma consequência lesiva. A conduta e o dano estão adstritos um ao outro.

O nexo causal é fundamental e indispensável, pois é partir deste quesito que se estabelece a quem se deve atribuir o resultado danoso. E delimita-se a extensão do dano a ser indenizado em todas as espécies de responsabilidade civil.

Ademais, a partir deste requisito questiona-se, como meio de identificar o liame - nexo causal, se a conduta praticada ou omitida é consequência, direta ou previsível, do dano. Ou, então, se o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido¹⁵ (causa do acontecimento).

Existem variadas teorias do nexo causal, entretanto, este estudo fará alusão a Teoria da Causalidade Adequada, a qual fora acolhida pelo ordenamento brasileiro de acordo com a doutrina e jurisprudência. Ela está atrelada a uma cadeia de causas, as quais tão somente a que tenha causado resultado danoso de forma

¹⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 24.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 7. Responsabilidade civil. 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 127.

direta é que servirá como critério para a reparação civil. Busca-se identificar o motivo concreto do prejuízo, a causa que foi a mais adequada na produção da lesão.

Trazemos os doutrinadores Sérgio Cavalieri Filho e Caio Mário acerca da Teoria da Causalidade Adequada, ambos citados pela Décima Quinta Vara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de julgamento de apelação realizado no dia 14 de dezembro de 2011. Vejamos, conforme mencionado no acórdão nº 70042602169, a lição dos doutrinadores:

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho:

Esta teoria, elaborada por von Kries, é a que mais se destaca entre aquelas que individualizam ou quantificam as condições. Causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento.

Diferentemente da teoria anterior, esta faz distinção entre causa e condição, entre os antecedentes que tiverem maior ou menor relevância. Estabelecido que várias condições concorreram para o resultado, e isso é feito através do mesmo processo mental hipotético (até aqui as teorias seguem os mesmos caminhos), é necessário agora verificar qual foi a mais adequada. Causa será apenas aquela que for mais determinante, desconsiderando-se as demais.

O problema reside justamente neste ponto. Como estabelecer, entre várias condições, qual foi a mais adequada? Não há uma regra teórica, nenhuma fórmula hipotética para resolver o problema, de sorte que a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, com bom senso e ponderação. Causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento¹⁶.

No mesmo sentido, explicitou Caio Mário:

Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após esse processo de expurgo, resta algum que, no curso normal das coisas, provoca um dano dessa

¹⁶ Doutrina citada pelo acórdão: FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 e. São Paulo: Atlas, 2008, pág. 48.

natureza. Em consequência, a doutrina se constrói neste processo técnico se diz causalidade adequada, porque faz salientar, na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade¹⁷.

Em nota conclusiva, esta teoria estabelece a necessidade de analisar o caso concreto com a finalidade de poder indicar a causa adequada, sendo aquela última e considerada a melhor como inibidora do dano sofrido.

Traçados os três elementos cumulativos principais, independente do tipo de responsabilidade - subjetiva ou objetiva, os quais a ausência de um implica na descaracterização do instituto da responsabilidade. Na ocorrência da falta de nexo de causalidade denomina-se excludentes de responsabilidade civil, porquanto atuarem no rompimento do liame entre a ação ou omissão e o dano e sendo meio de defesa do agente imputado como responsável. As excludentes de responsabilidade civil são: caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente e fato de terceiro.

Primeiramente, façamos a distinção estabelecida pelo professor Felipe P. Braga Netto¹⁸ entre excludentes de ilicitude e excludentes de responsabilidade. “As excludentes de ilicitude retiram a contrariedade ao direito da conduta, mas não isentam, de modo absoluto, o responsável pela reparação dos danos”. Conforme art. 188, incisos I e II, do Código Civil Brasileiro, não constituem atos ilícitos: legítima defesa e estado de necessidade. Já as excludentes de responsabilidade civil, quando comprovadas, retiram a aplicação do instituto da responsabilidade, já que ausente o liame entre a conduta do suposto agressor e os danos verificados.

O tema: caso fortuito e força maior não tem entendimento pacificado na doutrina. São considerados sinônimos da expressão “fatos imprevisíveis, incontrolláveis, inevitáveis”. Bem como são denominados por alguns doutrinadores como unidades distintas. Sendo caso fortuito um evento da natureza; e força maior os fatos humanos impossíveis de serem impedidos.¹⁹

¹⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*, 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pág. 79.

¹⁸ BRAGA NETTO, Felipe P.. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, pág. 128.

¹⁹ TJDF, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Caso Fortuito e Força Maior*. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/caso-fortuito-e-forca-maior>> Acesso em :15 jul.2016.

O nosso Código Civil não traz uma distinção entre caso fortuito ou força maior, sendo ambos considerados como fato ou ato alheio a vontade das partes absolutamente impossível de ser previsto ou evitado (art.393, parágrafo único); ou o sendo possível, permanece remota o seu impedimento.²⁰ Portanto, sendo um fato ou ato que não advém da conduta consciente humana ou não lhe sendo cabível imputar a previsibilidade da ocorrência, há a quebra do requisito que une a ação ou omissão e o dano - nexo de causalidade.

O dano é apurado e existencial, porém sua origem não está associada ao elemento conduta ilícita. Não gera responsabilidade, tão pouco direito de indenização.

A culpa exclusiva da vítima ocorre quando o dano advém unicamente por ato desta, ou seja, não existe nenhum nexo de causalidade entre o agente imputável do dano e o próprio dano. A própria vítima é responsável pelo dano causado a si.

O Código Civil de 2002 cita, em seu artigo 936, esta excludente de responsabilidade ao dono, ou detentor, do animal pelo dano por este causado, no caso de comprovação de culpa da vítima ou força maior. E ainda, no ordenamento jurídico fundamental deste trabalho: o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, determina em seu inciso III do § 3º do artigo 12 a não responsabilização do fabricante, do construtor, do produtor ou importador em caso de culpa exclusiva do consumidor devidamente provado. Exclui-se a responsabilidade do agente pois não é ele que concorreu para a produção do dano.²¹

Segundo art. 945, do Código Civil: “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. A partir deste artigo configura-se a excludente denominada culpa concorrente.

As ações ou omissões do agressor e da vítima convergem entre si acarretando prejuízo para ambos e a redução equitativa da verba indenizatória,

²⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 29.

²¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, volume7, p. 7.

porquanto assim determinar o parágrafo único, do art. 944, do mesmo código – “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.²²

O fato de terceiro é aquele dano causado por pessoa estranha ao vínculo existente entre a vítima e o aparente causador. Trata-se de terceiro estranho que concorreu para a ocorrência do fato de forma direta.

O Código de Defesa do Consumidor expressamente determina no seu § 3º, do art. 12, a aplicação deste instituto como excludente de responsabilidade. Entretanto, esta excludente apenas rompe absolutamente o nexo causal quando constatada de modo exclusivo e único como causa do dano sem qualquer relação com a atividade do aparente causador(fornecedor).²³

A responsabilidade civil pode ser dividida em: extracontratual, contratual - quanto ao seu fato gerador; objetiva ou subjetiva - em relação aos seus fundamentos. As quais serão elucidadas a seguir.

A responsabilidade extracontratual nasce de lesão a um direito subjetivo, inexistindo relação jurídica contratual entre os personagens, constituindo em uma transgressão de norma jurídica - lei - imposta a sociedade de não prejudicar alguém. Segundo Ruy Rosado de Aguiar Jr.²⁴ pode-se definir a responsabilidade extracontratual como:

(...) na responsabilidade extracontratual ou delitual, o autor da ação deve provar, ainda, a imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa), isentando-se o réu de responder pela indenização se o autor não se desincumbir desse ônus. Na prática, isso só tem significado com a outra distinção que se faz entre obrigação de resultado e obrigação de meio.

Corroborando com essa afirmação Carlos Roberto Gonçalves escreve:

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Culpa concorrente e redução equitativa da verba reparatória*. Artigo publicado. Edição nº 135 – Revista JC. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2011/11/culpa-concorrente-e-reducao-equitativa-da-verba-reparatoria-2/>> Acesso em: 27 jul. 2016.

²³ BRAGA NETTO, Felipe P.. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 134.

²⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. in: *direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pág. 80.

Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana. Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito. (Responsabilidade Civil, 2003, p. 25/26).

Na modalidade de responsabilidade contratual, antes que surja obrigação de indenizar, preexiste um pacto entre as partes, obrigando os contratantes a indenizar caso haja algum inadimplemento. Advertem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho²⁵ que:

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.

De outro norte, cabe ressaltar, que há quem critique a divisão dos temas abordados nesse tópico, por defenderem que basicamente a solução para os dois casos (responsabilidade contratual e extracontratual) seriam idênticas, pois, para que se configure a responsabilidade civil são necessários a presença do dano, do ato ilícito e do nexa causal entre os dois primeiros, sendo importante frisar que nosso ordenamento acolheu primeiramente a tese clássica - responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade subjetiva, também denominada como teoria da culpa, é a responsabilidade tradicional/clássica aquiliana. É a primeira a ser usada e estudada pelos doutrinadores e legisladores franceses. Fundamenta-se no princípio elementar: culpa. Esta se baseia na necessidade de ser caracterizada a culpa do agente – está relacionada com um comportamento subjetivo.²⁶

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. III. 4. ed. rev. atual. e reform. – São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 16/17.

²⁶ GRÉGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde – A ótica da proteção do consumidor*. Ed. Revista dos Tribunais. V.31. São Paulo, 2007.

O dever de indenizar nesta classificação existe quando da presença dos três elementos fundamentais: ação ou omissão, dano, nexos causal e a culpa, como diferencial. Este último elemento é conceituado por Maria Helena Diniz²⁷, nos seus dizeres:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência, ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas consequências.

Mário Júlio de Almeida Costa não explicita um conceito, apenas indica que a culpa “se traduz numa determinada posição ou situação psicológica do agente para o facto”.²⁸ Levando em consideração o conceito trazido, Maria Helena cita também como característica da responsabilidade civil subjetiva a classificação de culpa, em sentido estrito e dolo, ou também denominado delito (culpa *lato senso*) do agente como determinantes²⁹.

O dolo é a intenção do agente de produzir o efeito danoso à vítima de forma consciente ou assumindo o risco proveniente do seu comportamento. A culpa - quase delito - decorre de conduta negligente (dano causado por omissão), imprudente (dano causado por ação) e/ou imperita (falta de destreza que dele se espera). Avalia-se, portanto, a conduta do causador sendo ela censurada ou ofensiva pelos padrões de previsão e precaução do homem médio.³⁰

A responsabilidade subjetiva está disposta no atual Código Civil brasileiro em seu art. 186 - já transcrito neste trabalho. Trazemos a análise do doutrinador Sílvio Rodrigues³¹ quanto a teoria da culpa a partir do dispositivo legal citado:

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 7º Volume, 16ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 40.

²⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, 4ª Ed. Coimbra, 1984, pág. 380.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 7º Volume, 16ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 41.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. v. IV. São Paulo : Saraiva, 2012. pág. 316.

³¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil 4 - Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2002. pág. 15.

Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”; b) nexa causal que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões “violar direito ou causar dano a outrem”.

Assim sendo, além dos elementos basilares, tem-se o requisito subjetivo retratado: culpa ou dolo, como decretório da obrigação de indenizar pelo prejuízo causado. Ou seja, na ausência de comprovação da culpa, não haverá responsabilidade civil.

O Código de Defesa do Consumidor teve origem com a promulgação da Carta Magna de 1988, posto que pioneiramente em nossa história legislativa foi dado relevo ao direito do consumidor, inserido nos direitos e garantias fundamentais, expressamente em seu artigo 5º, inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. E, no seu artigo 170, V, a Lei Maior instituiu a defesa do consumidor dentre os princípios gerais da ordem econômica. Em arremate, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT estabeleceu o prazo de 120 (cento e vinte) dias, após a promulgação da Carta, para a sua elaboração.

Tendo sido publicada a Lei nº 8.078, no dia 11 de setembro de 1990, a qual dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Acerca deste tema o professor Carlos Roberto Gonçalves³² (2010, p. 35) trata com maestria:

Com a evolução das relações sociais e o surgimento do consumo em massa, bem como dos conglomerados econômicos, os princípios tradicionais de nossa legislação privada já não bastam para reger as relações humanas, sob determinados aspectos. E, neste contexto, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, atendendo a princípio constitucional relacionado à ordem econômica. Partindo da premissa básica é a parte vulnerável das relações de consumo, o Código pretende restabelecer o equilíbrio entre os protagonistas de tais relações. Assim, declara expressamente no art. 1º que o referido diploma estabelece normas de proteção e defesa do consumidor acrescentando serem tais normas de ordem pública e de interesse social.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações. Parte especial, responsabilidade civil.* – 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 35.

A edição do CDC acarretou mudanças significativas na aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações de consumo. Este ordenamento jurídico adotou a responsabilidade objetiva como regra.

Porém, estabeleceu aos profissionais liberais, ainda que prestadores de serviço, o emprego da teoria clássica da responsabilidade aquiliana. Conforme expressamente determina no artigo 14, § 4º: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".

Assim sendo, esta teoria possui base legal tanto no Código Civil Brasileiro quanto na Lei das relações de consumo. Para ambos os regramentos jurídicos está o dever de reparar àquele que causar dano a outrem por ato ilícito - caput do art. 927, do CC/2002.

A responsabilidade civil objetiva surgiu com o objetivo de amparar as pessoas vítimas de lesão a direitos sem a necessidade de demonstrar a culpa do agente causador do dano, ou seja, para exigir alguma reparação, seriam suficientes os seguintes requisitos de responsabilidade: ação ou omissão, relação de causalidade entre o dano e a conduta e dano. O motivo que ensejou a sua imposição legal foi o aumento do número de acidentes e a dificuldade de prova da culpa dos mesmos, no final do séc. XIX, com a massificação das relações sociais e a industrialização. A prova da culpa, como principal critério de responsabilização, deixou muitos danos ocorridos em razão do processo social sem qualquer reparação.³³

O Código Civil dispõe em seu artigo 927, parágrafo único, que: 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. Ademais, há previsão no art. 931, vejamos: 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. De forma expressa, a partir do vocábulo 'independente de culpa', elimina como requisito de verificação da culpa do fato violador.

³³ QUINTANA, Luciana Hernández. *Responsabilidade civil objetiva no Código Civil Brasileiro: a teoria do risco criado prevista no artigo 927, parágrafo único*. Revista do Advogado.

Seguindo, assim também estabeleceu a Lei nº 8.078/1990, no Capítulo IV, Seção II, em seus artigos 12 e 14, vejamos:

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. 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.

Não havendo dúvidas, porquanto igualmente enuncia, quanto a responsabilidade civil objetiva, a qual é pautada na apuração da conduta conexa ao dano - havendo ou não culpa dos fornecedores de produtos e serviços de consumo.

Expandindo o conhecimento, o direito ambiental igualmente faz uso da responsabilidade objetiva. Citamos o art. 14 , § 1º , da Lei n. 6.938 /1981:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Assim sendo, compete ao poluidor indenizar ou reparar os danos causados, ainda que sua conduta não tenha elemento subjetivo. A responsabilidade objetiva traz maior abrangência ao direito à reparação ou compensação dos atos/conduas violadoras.

O citado parágrafo único do art. 927 do Código Civil estabelece a responsabilidade objetiva por força da teoria do risco: "quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para

os direitos de outrem". Trazemos os ensinamentos de Sílvio Rodrigues³⁴ quanto a teoria do risco:

“A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.”

Podemos assim dizer que, enquanto a responsabilidade civil aquiliana/subjectiva está associada a noção de culpa, a responsabilidade civil objetiva desloca-se para a teoria do risco, ou seja, substitui a culpa pelo risco. Referida teoria desdobra-se em: risco proveito, risco criado, risco profissional, risco excepcional e risco integral.

Passemos a analisar as teorias do risco proveito e do risco criado. A primeira vincula a aferição de uma vantagem econômica obtida com a atividade exercida. O empreendimento, prestação de serviço ou fornecimento de produtos - cetera civil ou em relação de consumo, tem como o objetivo principal o proveito financeiro. Sendo esta prática comercial criadora potencial de riscos. O dever de indenização advém dos danos ocasionados a partir da exploração de atividade lucrativa, pois fundamenta-se que aquele que tira proveito ou vantagem do fato causador do dano é obrigado a repará-lo.³⁵

Na teoria do risco criado a atividade ou ato humano por si só já é potencialmente geradora de risco, sendo prescindível auferir algum proveito para a sua responsabilização. Trata-se da ampliação do conceito do risco proveito, sendo mais equitativa para vítima³⁶ porquanto não necessitar apontar que o exercício praticado pelo agente resulta em uma vantagem ou benefício monetário, mas tão somente o perigo - o risco - gerado pela ação ou omissão praticada.

³⁴ Rodrigues, Sílvio. *Direito Civil*, Volume IV, 19ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 10.

³⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960. pág. 212.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág. 285.

O risco profissional justifica a reparação dos acidentes de trabalho. Façamos uso das palavras do professor Silvio Venosa³⁷: "A explicação dessa teoria justifica-se também sob o título risco profissional. O dever de indenizar decorre de uma atividade laborativa. É o rótulo que explica a responsabilidade objetiva nos acidentes do trabalho".

Como destacado pelo doutrinador: esta modalidade de teoria está relacionada a atividade laboral ou profissional, a qual visa a responsabilidade civil/trabalhista do empregador pelos riscos de acidentes causados ao(s) empregado(s). Para melhor compreensão de ordem prática, trazemos o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho - TST, julgado dia 04/11/2015, publicado dia 06/11/2015, pela Primeira Turma, tendo como o Ministro Relator Walmir Oliveira, nestes termos:

RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. MOTORISTA DE TRANSPORTE COLETIVO. ASSALTO. MORTE DO EMPREGADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPREGADORA. TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL.

O Tribunal Pleno do TST, nos autos do Proc. E-RR-184900-63.2007.5.16.0015, na sessão realizada em 29/09/2015, firmou tese jurídica acerca da "responsabilidade civil objetiva do empregador, com fundamento no risco gerado pela atividade empresarial (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil). Tal acréscimo apenas veio a coroar o entendimento de que os danos sofridos pelo trabalhador, em razão da execução do contrato de emprego, conduzem à responsabilidade objetiva do empregador, quando a atividade do empregado é considerada de risco. A ocorrência de roubo com arma de fogo durante a jornada de trabalho enseja o reconhecimento da responsabilidade objetiva do empregador pelos danos morais daí advindos, na forma do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil". Incidência do disposto no art. 896, § 7º, da CLT. Recurso de revista de que não se conhece.

Seguindo, quanto ao risco excepcional: o dever de indenizar surge de atividade que acarreta excepcional risco, como é o caso da transmissão de energia elétrica, exploração de energia nuclear, transporte de explosivos, etc.³⁸

O risco integral considera que todo ato danoso é passível de responsabilização e conseqüente indenização/reparação, independentemente de ser este ato regular ou da ocorrência de circunstâncias que normalmente seriam

³⁷ VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. pág. 185.

³⁸ Idem.

consideradas excludentes de responsabilidade.³⁹ Considerada, portanto, como extremada, é suficiente para a caracterização da responsabilidade o ato/fato danoso, sendo dispensável os demais elementos: conduta e nexos de causalidade.

Esta teoria é adotada no direito ambiental, calcada na previsão legal do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, já exposto em tópico anterior. O entendimento do STJ acerca da incidência da teoria do risco integral aos danos ambientais é firme. Sendo, portanto, suficiente o resultado prejudicial ao homem e ao meio ambiente advindo de uma ação ou omissão do responsável para conseqüente dever de reparação.⁴⁰ Também utilizada pelo TST em casos relacionados a acidente de trabalho, bem como estudado por doutrinadores do direito administrativo quanto a responsabilidade do Estado.

Ainda sobre a teoria do integral, trazemos os ensinamentos do professor Paulo Nader⁴¹:

Risco Integral. Defendida por alguns autores diante de situações excepcionais, não foi incorporada à ordem jurídica, pois constitui uma subversão aos princípios orientadores da responsabilidade civil. Por ela, basta o dano para a configuração da responsabilidade, dispensando-se a culpa, excludentes de responsabilidade e o nexos de causa e efeito. Pelo risco integral, imputar-se-ia a responsabilidade ainda quando a conduta fosse de terceiros, dano decorrente de caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima.

Dentre as teorias apresentadas neste estudo, aplica-se mormente a teoria do risco criado, ao teor do parágrafo único do art. 927 do nosso Código Civil. Os doutrinadores e os tribunais, em sua maioria, interpretam a expressão “atividade de risco” sob o enfoque da teoria do risco criado com dever jurídico de segurança.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2009, pág. 647.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1374342 MG 2012/0179643-6, Ministro Relator: Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julg. 10/09/2013, publicação: DJe 25/09/2013

⁴¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAUDE POR ERRO MÉDICO

Passemos a analisar o instituto da responsabilidade civil pelos médicos, hospitais e pelas operadoras de planos de saúde.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

No Código Civil de 1916 a responsabilidade civil do médico estava expressa no seu art. 1.545: “Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”. No atual Código vigente, o art. 951 estabelece de forma genérica: “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”.

O serviço médico prestado ao paciente é caracterizado pela relação de consumo, seguindo o CDC, o qual consigna no seu art. 14, § 4º, que a apuração da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, compreendido os médicos, os advogados etc., será mediante a verificação de culpa. Para tanto, necessário se faz a compreensão do agente 'profissional liberal'. Trazemos as linhas traçadas pelo doutrinador Sergio Cavalieri Filho⁴²:

Quem é *profissional liberal*? É preciso ser portador de diploma superior (médico, advogado, dentista, engenheiro etc.) para ser considerado profissional liberal? A quem assim sustente; em nosso entender, sem razão. *Profissional liberal*, como o próprio nome indica, é aquele que exerce uma profissão livremente, com a autonomia, sem subordinação. Em outras palavras, presta serviços pessoalmente, por conta própria, independentemente, do grau de escolaridade. Não só o médico, o advogado, o engenheiro, o psicólogo, o dentista etc. podem ser profissionais liberais, mas também o sapateiro, o carpinteiro, o marceneiro, o eletricitista, o pintor, a costureira, desde que prestem serviço com autonomia, sem subordinação – enfim, por conta própria. Pela ótica do Código, melhor caminho é definir o profissional liberal pelas características de

⁴² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civi*. 12ª Edição, São Paulo: Atlas, 2015.

sua prestação de serviços, e não pelo seu grau de escolaridade, ou pelo enquadramento na regulamentação legal.

Conforme exposto, a responsabilidade civil dos médicos é subjetiva. Porém, cabe conceituar, em princípio, o que vem a ser erro médico, que pode ser definido como o descumprimento de dever (contratual ou extracontratual) do médico. Noutros dizeres, o erro médico é “a falha do médico no exercício da profissão”⁴³ (MORAES, 2003, p. 424). Assim, podemos afirmar que independente do fato de a responsabilidade decorrer do contrato ou de ato ilícito, os médicos têm uma série de deveres originários do contrato ou da lei que, se não observados, ensejam a responsabilização civil por erro médico, em qualquer de suas espécies. Cumpre destacar que os deveres do médico estão presentes antes, durante e após o exercício da sua atividade profissional.

A esse respeito, segundo Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁴⁴:

O erro médico pode ocorrer nas diversas modalidades de atividade médica: (i) diagnóstico; (ii) prognóstico; (iii) cirurgia; (iv) pós-operatório; e (v) tratamento. O diagnóstico é a classificação pelo médico do problema ou doença do paciente. O prognóstico é definido como a perspectiva de desenvolvimento da doença ou problema, com a apresentação dos riscos e consequências para o paciente. A cirurgia se resume ao ato cirúrgico de intervenção no corpo do paciente. O pós-operatório se trata do momento imediatamente posterior ao encerramento da cirurgia até a alta hospitalar. O tratamento, por fim, é o conjunto de cuidados e medicamentos empregados para manter ou melhorar a saúde, diminuir a dor ou garantir a vida do paciente.

Nesse sentido, cumpre trazer a diferenciação entre culpa e erro profissional do professor Sérgio Cavalieri Filho:

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 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 falta do homem normal,

⁴³ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil dos Hospitais – Código Civil e Código de Defesa do Consumidor*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2010.

⁴⁴ GARFINKEL, Ana. *Responsabilidade Civil por Erro Médico Segundo a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Síntese)*. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rd-06_4_pp.037-058_responsabilidade_civil_por_erro_medico_ana_garfinkel.pdf> Acesso em: 30 jul. 2016.

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

Ainda no que concerne aos deveres do médico, é importante salientar que o erro de técnica ainda é apreciado com prudência e reserva pelos tribunais, pois, o julgador não deve adentrar em discussões de ordem técnica dos métodos científicos que sejam passíveis de dúvida. A falha no diagnóstico não gera responsabilidade quando realizado com atenção e precaução conforme o grau de desenvolvimento da ciência.

O médico é livre na indicação terapêutica e na escolha do tratamento, sopesando os riscos e a eficácia das medidas imputadas. O erro pode ocorrer quando decorrente da própria limitação do médico, pois são inúmeras as doenças ainda não catalogadas e outras que não se conhece a causa. Tendo-se também a questão atinente aos avanços tecnológicos, os quais, por vezes não se mostram suficientes.

O médico não assume compromisso de curar o paciente, mas de prestar cuidados e assistência correlatos com o seu estado de saúde. O tratamento poderá não ser suficiente para que o paciente se convalesça, ainda que o método adotado fora o mais indicado à época para o quadro patológico.

À luz de tais expendimentos, é importante ser destacado que a aferição de suposto erro médico é verificado por perícia técnica da medicina para cada caso concreto. Visto que o ser humano está afeto à patologias que trazem em seu bojo riscos que sem que se demonstre a culpa do médico resta dificuldade em saber se houve efetivamente o erro ou se o dano foi causado pela própria natureza humana.

O agir do profissional da medicina deve ser pautado pela culpa. Sobre as modalidades da culpa em seu sentido estrito nos ensina Fernanda Schaefer⁴⁶:

A negligência (do latim *negligentia*) caracteriza-se por ser um descuido, desleixo, falta de diligência, incúria, desatenção, desídia,

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civi*. 12ª Edição., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 474.

⁴⁶SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2002, pág.45-47.

falta de cuidado capaz de determinar a responsabilidade por culpa, omissão daquilo que razoavelmente se faz, falta de observação aos deveres que as circunstâncias exigem. (...)

A imprudência é a descuidada, descuido, prática de ação irrefletida ou precipitada, resultante de imprevisão do agente em relação ao ato que podia e devia pressupor, ou, ainda quando o médico age com excesso de confiança desprezando as regras básicas de cautela. São situações em que o médico atua sem a devida precaução, e que acabam por expor o paciente a riscos desnecessários. (...)

A imperícia (do latim *imperitia*) é a falta de prática ou ausência de conhecimento que se mostram necessários ao exercício de uma profissão ou de uma arte. É ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imaturidade para a prática de determinados atos, no exercício da profissão, que exigem um conhecimento específico.

Sergio Cavaliere Filho leciona que não mais importa a distinção entre a natureza jurídica da responsabilidade médica entre: contratual ou extracontratual; se a obrigação de meio ou de resultado. Este professor considera que com o advento do CDC, passou-se, então, a ser mais relevante a distinção da responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial - hospitais, clínicas etc.; ou de forma direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal.⁴⁷ Entretanto, impende trazer a diferenciação entre obrigação de meio ou de resultado perante os doutrinadores e o Poder Judiciário.

Os profissionais médicos têm como órgão supervisor o Conselho Federal de Medicina - CFM e suas autarquias regionais, Conselhos Regionais de Medicina - CRM, instituído a partir da Lei nº 3.268/1957. O CFM estabelece os ditames éticos, bem como atua como julgador e disciplinador da classe médica. Instituiu o Código de Ética Médica - Resolução nº1931/2009, o qual também prevê a responsabilidade médica sendo a ele vedado causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência - art. 1º, do Capítulo III. E ainda, em seu parágrafo único, determina que a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

A Resolução nº 1.627/2001 do CFM, que define o ato médico, dispõe, em seu anexo, a exposição de motivos da referida normativa, no que concerne as características específicas dos profissionais médicos. Vejamos:

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civi*. 12ª Edição, São Paulo: Atlas, 2015, pág. 473.

Duas características essenciais assinalam a atividade profissional dos médicos e a diferenciam de todas as outras que lhes são análogas:

- 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 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.

O fragmento do texto destacado em negrito fundamenta a classificação entre obrigação de meio e de resultados pelos médicos. Conforme relatado "a medicina é uma profissão de empenho e não de resultados" - a atividade médica visa a cura, porém não é auferida pelo seu êxito, e sim pela diligência com que se põe a trabalhar em favor da recuperação e restabelecimento da saúde do doente.

O médico não se obriga a dar, conseguir ou obter o resultado querido tanto por ele quanto pelo paciente. Trata-se, portanto, de obrigação de meio, a qual não caracterizará o dever de indenização ou reparação por não ter obtido este ou aquele resultado, até no caso de falecimento. O médico obriga-se a agir com zelo, atenção, cuidado e em conformidade aos preceitos do Código de Ética Médica.

Diferentemente, a obrigação de resultado está associada ao fim obtido. A doutrina e jurisprudência afirmam a presença desta obrigação no campo da cirurgia plástica de cunho estético. Neste caso o profissional da medicina obriga-se a alcançar determinado fim/resultado esperado pelo paciente. Vejamos o entendimento do STJ, que esclarece quanto a obrigação de meio e de resultado na atividade médica:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES.

1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa

do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética.

2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de uma prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.

3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.

4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.

5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente).

6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: 236708 MG 1999/0099099-4, Quarta Turma, Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias, Data de Julgamento: 10/02/2009)

Os procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim estão excluídos do rol de cobertura mínima estabelecida pela ANS, ou seja, não são obrigatórios na prestação de serviço de assistência à saúde pelas operadoras de planos de saúde⁴⁸. Portanto, o erro médico deste estudo será na obrigação de meio.

Isto posto, trazemos a exposição da responsabilidade civil dos hospitais na ocorrência de erro médico.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL

Os médicos atuam nos hospitais, clínicas, casas de saúde e ou entidades semelhantes como empregados ou integrantes do corpo clínico da instituição. Estas unidades são fornecedoras de serviços médico-hospitalares ou ambulatoriais aos seus consumidores, denominados pacientes. Os hospitais, assim como as operadoras de planos de saúde, não possuem poder de gerência sobre os atos

⁴⁸ Art. 10, inciso II, da Lei nº 9.656/1998.

médicos, ainda que empregados ou credenciados. A análise do diagnóstico e indicação da técnica é restrita ao médico.

Na relação entre hospitais, clínicas e casas de saúde e pacientes não há divergência sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor como legislação reguladora. Consoante art. 14 deste regramento normativo, o fornecedor de serviços responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

Anterior ao CDC, a doutrina e a jurisprudência tradicional enquadravam a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares como hotéis/hospedarias. Sendo, portanto, responsáveis pela hospedagem/acomodação e refeições aos enfermos e, conseqüentemente, pelos acometimentos danosos que pudessem advir do serviço - serviço médico. O Código Civil Brasileiro, de 1º de janeiro de 1916, fazia alusão à responsabilidade civil pela reparação "aos donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;" - art. 1.521, inciso IV. Tendo sido ratificado no atual Código vigente, nos mesmo termo, no art. 932, inciso IV.

Para o exercício da sua atividade, o hospital estabelece diversificados vínculos contratuais, vínculos estes de caráter empregatício. Conforme já citado, o art. 932, do CC/2002, determina: "são também responsáveis pela reparação civil(...) III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;". O art. 933 complementa: "As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos".

Isto posto, poder-se-ia concluir que, caso um subordinado ou preposto do nosocômio cometa dano a qualquer paciente que veio a procura de tratamento, a responsabilidade do hospital será sempre objetiva, tanto no vínculo consumerista - art. 14, quanto no empregatício, pelos danos causados e pela má prestação do serviço. Corrobora com esse entendimento a Sexta Câmara Cível do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, o qual negou provimento ao recurso:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACOLHIMENTO PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. MANUTENÇÃO.

1. A responsabilidade civil do hospital é objetiva pelos danos causados, na condição de fornecedor, aos consumidores, nos termos do art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor. A exceção prevista no § 4º do referido dispositivo legal, cuidando da responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais, incluindo-se aí os médicos.

2. Com a exclusão do nexo de causalidade pelas instâncias ordinárias, fica afastada a responsabilidade civil objetiva da entidade hospitalar.

3. Embargos declaratórios acolhidos para prestar esclarecimentos, mas sem alteração do resultado do julgamento. (EDcl no AgR no Agravo de Instrumento nº 1.261.45/SP, Ministro RAUL ARAÚJO. Julg. 22/04/2014, DJe 15/05/2014)

Nesse sentido leciona Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁴⁹, citamos:

O Código é claro ao asseverar que só para a "responsabilidade pessoal" dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar em hospital responderá apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente.

Verifica-se que a responsabilidade dos hospitais é contratual e a dos médicos - profissionais autônomos ou empregados, é extracontratual/aquiliana - vistos separadamente. Entretanto, não foi este o posicionamento pelo STJ adotado no ano de 2005. Vejamos a ementa do acórdão proferido pela 4ª Turma, no Recurso Especial nº 258.389/SP, pelo Ministro Relator Fernando Gonçalves:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS.
AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL.
RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - 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, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (*É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.*).

⁴⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentário ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, pág.80.

2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido.

Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar⁵⁰ considera ser imprescindível a “prova da culpa do servidor na prática do ato danoso. Isto é, o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar dano produzido por médico integrante de seus quadros”.

Impende citar a seguinte ementa do recurso especial proposto pelo Hospital e Maternidade Nossa Senhora de Fátima Ltda. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso – TJMT, julgado pelos Ministros da Terceira Turma do STJ. Esta ementa destaca, respectivamente ponto a ponto, a responsabilidade dos hospitais exclusivamente pelos médicos a ele vinculados como preposto ou empregado, a responsabilidade solidária dos hospitais, a concorrência entre as atividades do hospital e do médico, a indenização proporcional qualitativa, a apuração da responsabilidade do médico para ser então configurado o dever de indenizar do hospital e, por último, o uso da denúncia à lide no Código de Defesa do Consumidor. Vejamos quão rica de detalhes e análises jurídicas nos traz:

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.
RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO PARTICULAR.
RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. HOSPITAL.
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASIVA AD
CAUSAM.

⁵⁰ AGUIAR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: RT, pág. 41-42.

1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes.
2. Embora o art. 14, §4º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo caput do art. 14 do CDC.
3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento.
4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas.
5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor.
6. Admite-se a denúncia da lide na hipótese de defeito na prestação de serviço. Precedentes.
7. Recurso especial parcialmente provido. (Resp. nº1216424/MT, Ministra Relatora: NANCY ANDRIGHI, Julg. 09/08/2011. Publicado no DJe: 19/08/2011)

Tem-se, portanto, que a responsabilidade objetiva dos hospitais está diretamente associada aos defeitos da prestação de serviços: acomodação e refeição, no tocante ao teor do art. 14, caput, do CDC - "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços". Porém, sendo a atividade defeituosa - erro profissional médico - a perspectiva passa a ser de demonstração de culpa do agente causador do dano para consequente responsabilidade do profissional e do hospital solidariamente. Porquanto, não sendo certificado a existência do dano por uma ação ou omissão imprudente, negligente ou imperita, não haverá aplicabilidade de ação de regresso ao agente - considerando somente o hospital no polo passivo. Em outros termos, seria responsabilizar um fornecedor de serviço por erro de outrem que não fora constatado.

Ademais, ainda que haja defeito inerente a prestação de serviço do hospital, no caso: infecção hospitalar, seja ela decorrente de culpa dos médicos aplicar-se-á ao hospital o instituto da responsabilidade subjetiva - comprovação de culpa dos agentes. Citamos ementa da Suprema Corte:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INFECÇÃO HOSPITALAR POR CULPA DOS MÉDICOS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. COMPROVAÇÃO DE CULPA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. Em casos como o dos autos, esta eg. Corte tem entendimento firmado no sentido de que a responsabilidade do hospital é subjetiva.

2. A pretensão recursal objetiva o reconhecimento da responsabilidade do recorrido pelo infortúnio, com a consequente verificação do nexa causal e reversão da conclusão exposta no aresto impugnado, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, conforme a orientação da Súmula 7/STJ.

3. Para a comprovação e apreciação da divergência jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais dos julgados trazidos ou citado repositório oficial de jurisprudência.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no Ag: 721956 PR 2005/0192494-6, Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias, Data de Julgamento: 07/08/2008, Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 15.09.2008)

Rui Stoco nos ensina que não se pode impor obrigação a quem não a deve, nem se lhe pode transferir o dever de responder por algo de que não praticou, "nem há razão jurídica para que seja eleito responsável através da responsabilidade objetiva e da teoria da responsabilidade pelo fato de outrem"⁵¹.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE

O direito à saúde foi instituído no ordenamento brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O direito à saúde é um direito fundamental de segunda dimensão previsto na nossa Carta Magna no art. 6 e art. 196, vejamos o teor :

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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

⁵¹ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pág.158

igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A saúde está disposta em vários artigos do texto constitucional. Podemos verificar que este direito atua como um direito social⁵², como garantia no âmbito das relações de trabalho⁵³, como adoção de programas voltados para crianças e adolescente⁵⁴, idosos e portadores de deficiência⁵⁵ e entre outras concepções, sempre com enfoque no bem-estar social.

Depreende-se, portanto, que a saúde é um direito social de/para todos, sendo dever do Estado a sua promoção de serviços de proteção e recuperação. Seguindo, o artigo 198 trata das ações e serviços públicos de saúde a partir da constituição de um sistema único de saúde, o qual ofertará atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

O serviço público de saúde, denominado SUS - Sistema Único de Saúde, previsto no art. 200, da CF/88, está disciplinado na Lei nº 8.080/1990, regido pelos princípios e normas de direito público. Dentre os previstos na Lei, destacamos o princípio da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência - art. 7º, inciso I. Advém deste princípio o acesso universal ao serviço público de saúde a todos que dele precisarem: cidadãos brasileiros e/ou estrangeiros.

Corroborando com o teor dos dispositivos apresentados pela Constituição Federal, a legislação mencionada também estabelece em seu art. 2º:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Entretanto, a prestação de serviço de assistência à saúde não é restrita ao Poder Público. Por força do art. 199, da Constituição Federal Brasileira: "a

⁵² "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

⁵³ Art. 7º, XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

⁵⁴ Art. 208.VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

⁵⁵ "Art. 227. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:"

assistência à saúde é de livre iniciativa privada". Assim sendo, as instituições privadas poderão participar de forma complementar ao SUS - § 1º. Outrossim, determina o § 2º, do art. 4º, da Lei nº 8.080/1990: " A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar". Coexistindo, de forma independente, serviços públicos e privados.

Impende enfatizar que a rede particular de prestação de serviço de saúde atua de forma complementar, suplementar, adicional e facultativa ao serviço integral disponibilizado pelo Estado. Leonardo Vizeu Figueiredo⁵⁶ nos ensina: trata-se de atividade econômica em sentido estrito, regida por princípios e regras de direito privado, sendo seu acesso garantido, tão somente, à parcela da população com renda para contratar tais serviços".

Levando-se em conta ainda o referido doutrinador⁵⁷, este conceitua o direito de saúde suplementar como sendo:

O sub-ramo do direito econômico que disciplina tanto em caráter técnico, quanto em caráter financeiro, a atividade de prestação coletiva, empresarial ou liberal de assistência privada à saúde, bem como as relações jurídicas entre todos os segmentos sociais envolvidos no respectivo setor, a saber, o governo, operadoras de mercado, prestadores de serviços médicos e consumidores, sob o jugo da regulação estatal.

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle (art. 197, da CF/88). Para tanto editou a Lei nº 9.656, a Lei de Planos de Saúde - LPS, em 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. E, posteriormente, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que criou a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar.

A ANS, autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, foi criada com o objetivo institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das

⁵⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar (Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde)*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pág. 7.

⁵⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar (Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde)*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pág. 7.

ações de saúde no País.⁵⁸ Compete a esta agência reguladora, entre outras competências: elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica e de cobertura obrigatória pelos planos de saúde; estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras; estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras; e estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados.⁵⁹

As operadoras de plano de assistência à saúde, objeto de regulação pela ANS, são conceituadas e classificadas conforme art. 1º, inciso I e II, da Lei de Planos de Saúde – LPS nº 9.656/98. Vejamos o conceito legal:

I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço 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 ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

II – Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato.

Façamos a distinção entre a prestação de serviço de assistência à saúde a partir de um contrato de plano de saúde e de seguro-saúde. Primeiramente, tange esclarecer que o mercado de seguros é regulado pelo Sistema Nacional de Seguros privados - SNSP, por meio do Decreto-Lei nº 73, publicado dia 21 de novembro de 1966.

⁵⁸ Art. 3º, da Lei nº 9.961/2000.

⁵⁹ Art. 4º, da Lei nº 9.961/2000.

O contrato de seguro-saúde tem também como objeto a prestação de serviço de assistência à saúde, entretanto, este assume as características econômico-financeiras que lhes são próprias. Leonardo Vizeu⁶⁰ nos esclarece:

Uma vez que o elemento de álea pode envolver os riscos do adoecimento, a saúde pode ser objeto de contrato securitário, envolvendo a transferência (onerosa e contratual) de riscos futuros à saúde do segurado (consumidor) e seus dependentes, mediante a prestação de assistência médico-hospitalar por meio de entidades "conveniadas" ou do reembolso das despesas.

Assim sendo, "o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa contra riscos predeterminados" - art. 757, do CC/2002. Na modalidade de contrato de plano de saúde este pode ser celebrado entre pessoa física - diretamente pelo beneficiário, ou pessoa jurídica - sociedade empresária ou entidade associativa ou de classe - com a operadora de plano de saúde.

Independente da forma de pagamento, realizada pelo beneficiário ou pela parte contratante responsável, tem-se a disponibilização de rede médica e hospitalar específica para cada plano contratado, a qual o beneficiário está vinculado. As operadoras de planos de saúde obrigam-se a garantir a cobertura financeira dos custos provenientes da prestação de serviços de assistência médica.

Não há dúvidas da aplicação do Código de Defesa do Consumidor para as empresas prestadoras de serviço de assistência à saúde aos beneficiários. Apesar do art. 35-G, da LPS⁶¹, prever a aplicação tão somente em caráter subsidiário a estes contratos, o STJ já sumulou a sua aplicabilidade efetiva a partir da Súmula n. 469⁶², de 6 de dezembro de 2010.

Desta forma, as operadoras de plano de saúde qualificam-se como fornecedoras de produtos e serviços, em conformidade com o art. 3º⁶³, do CDC.

⁶⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar (Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde)*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pág. 169.

⁶¹ 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990.

⁶²STJ, Súmula nº 469: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

⁶³Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação,

Sendo produtos: os planos ofertados, os quais possuem segmentação assistencial (ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetrícia, odontológico e referência) e área de abrangência geográfica do contrato (municipal, grupo de municípios, estadual, grupo de estados ou nacional). E serviços: a atividade fornecida de assistência à saúde do conjunto de procedimentos (rol de cobertura mínima obrigatória editada pela ANS) através de uma rede de prestadores próprios ou credenciados. E, do outro lado, o destinatário final, o consumidor - beneficiário do plano de saúde - o qual adquire o produto e utiliza o serviço.

Ademais, por se enquadrarem nos dispositivos do CDC, as operadoras de planos de saúde devem cumprimento aos princípios e direitos básicos dos consumidores, sendo eles: proteção à vida, saúde e segurança; proteção contra a publicidade enganosa e abusiva etc - previstos no art. 6º e nos demais artigos deste código.

O núcleo da atividade fornecida pelas operadoras é a assistência à saúde privada – garantir e facilitar o acesso à saúde. Esta assistência, conforme alude o art. 35-F, da LPS, compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde. Para a prestação deste serviço, faz-se necessário dispor de atendimento médico em rede credenciada, própria, referenciada ou contratada.

Para a prestação de serviços de assistência à saúde, as operadoras de planos de saúde firmam dois tipos de contratos distintos com partes diversas. Primeiramente, estabelece uma rede credenciada de prestadores através de contrato de prestação de serviços médicos ou hospitalares com médicos, hospitais e/ou clínicas.

Portando dessa rede de prestadores, celebram contratos, denominados “Planos Privados de Assistência à Saúde”, tendo como parte contratante do contrato: empresa – caracterizando o contrato na modalidade coletivo empresarial; ou

construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

conselhos profissionais e entidades de classe, sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações da profissão, associações profissionais ou cooperativas – contrato coletivo por adesão; ou pessoas físicas – contrato individual ou familiar⁶⁴.

Diante destes contratos a operadora os administram fazendo um elo entre eles para a prestação do serviço de assistência. O prestador final da assistência à saúde é aquele credenciado à operadora (médico, hospital ou clínica), e o consumidor, ou beneficiário final do contrato, será sempre aquele que utiliza os serviços dos credenciados denominado beneficiário, paciente ou consumidor, independente do contrato ser coletivo empresarial ou coletivo por adesão. A atividade intermediadora das operadoras de saúde é tão somente administrativa para garantir e facilitar o acesso aos serviços oferecidos pela iniciativa privada, de natureza tipicamente contratual e financeira, visto que atualmente o acesso à saúde particular é extremamente onerosa para os brasileiros.

Existe uma cadeia de contratos interligados. Podemos verificar quatro ligações obrigacionais: um entre o plano de saúde e o hospital, outro entre hospital e médico, e, ainda, ao final, médico e paciente, este último ligado ao primeiro da cadeia - o plano de saúde. Em cada uma destas relações há uma responsabilidade específica.

Henrique Freire⁶⁵ nos ensina o que cada parte exerce neste complexo de contratos:

Cabe desde logo assinalar que as atividades dos médicos (realização do ato médico: diagnóstico, cirurgia, informação e consentimento, entre outros) são distintas das atividades dos serviços de saúde – hospitais e clínicas, por exemplo, os quais realizam ainda os serviços de enfermagem, UTI, fornecimento de equipamentos, fornecimento de medicamentos, alimentação, realização de exames laboratoriais, busca da erradicação da infecção hospitalar, entre outros-; e mais, são distintas as atividades das operadoras de planos de saúde (cobertura dos custos, informação correta na venda, reembolso, liberação de procedimentos cobertos, reajuste contratual etc.).

⁶⁴ Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009, ANS.

⁶⁵ FREIRE, Henrique. *A Responsabilidade Civil na Área da Saúde Privada – Operadoras de Plano de Saúde, Médicos e Hospitais Prestadores de Serviços*, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007, pág. 265.

Reforçamos quanto as atividades desempenhada pelas operadoras de planos de saúde para os beneficiários, as quais são diretamente responsabilizadas. As operadoras são obrigadas a: cobrirem os procedimentos mínimos estabelecidos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde constituído pela ANS⁶⁶; cumprirem com o prazos legais para autorização dos procedimentos; não limitar os serviços - consultas, dias de internação, exames, sessões de terapia etc; determinar cumprimento de carência pelos beneficiários; verificar a ocorrência de doença e lesão preexistente - carência máxima de vinte e quatro meses para uso do plano quanto a procedimentos de alta complexidade; realizar reajuste contratual de acordo com os preceitos da ANS - reajuste anual e/ou por mudança de faixa etária do beneficiário; etc.

Na relação entre médico e paciente, estabelece-se a responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela que a apuração de culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente é necessária para configurar o dever de indenizar. Já entre o médico e o hospital, diante de uma relação empregatícia, considera-se a responsabilidade objetiva sob o fundamento da teoria do risco proveito e risco criado. A mesma responsabilidade se aplica na relação consumerista do paciente com o hospital - objetiva.⁶⁷

2.4 QUALIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE

A responsabilidade civil das operadoras de plano de saúde por erro médico vem sendo aplicada da seguinte forma:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CULPA DEMONSTRADA. HOSPITAL E PLANO DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE.

Não responde por erro médico ocorrido dentro de suas instalações o hospital que não é empregador da profissional. Quanto ao plano de saúde, igualmente não deve responder pelos prejuízos pelo simples fato de a médica ser sua cooperada, máxime quando não foi quem indicou a mesma à autora. No que diz respeito à responsabilidade pessoal profissional, resta caracterizado que agiu com imperícia, devendo, portanto, arcar com os danos morais sofridos pela demandante.

⁶⁶ Rol atualizado - Resolução Normativa nº 387, de 28 de outubro de 2015, da ANS.

⁶⁷ Tema será melhor estudado nos demais tópicos.

APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

(Apelação Cível nº 70005925052, Décima Câmara Cível, TJRS/Porto Alegre, Julg. 22/04/2004.)

O citado julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em sede de apelação proposta para indenização por danos morais aponta que as operadoras de planos de saúde não respondem por erro médico quando este não foi indicado por ela - ementa datada em 22 de abril de 2004. Verificamos disparidades de entendimento. Senão, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PROCESUAL CIVL. CONSUMIDOR. CIVL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL RECONHECIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais com reembolso das despesas no limite da apólice, conforme ocorre, em regra, nos chamados seguros-saúde, não se poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais aqui é feita pelo próprio paciente ou por pessoa de sua confiança, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida seguradora. A responsabilidade será direta do médico e/ou hospital, se for o caso.

2. Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual operadora de plano de saúde mantém hospitais emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação de serviço.

3. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, at. 1.521, I, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa.

4. Tendo em vistas peculiaridades do caso, entende-se devida alteração do montante indenizatório, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios.

5. Recurso especial provido.

(EMENTA: REsp. nº 866371/RS, Minist. Relator RAUL ARAÚJO, Quarta Turma. Julg. 27/03/2012. Publicado noDJe 20/08/2012)

Perante o consumidor a responsabilidade da operadora, do hospital e do médico é objetiva e concorrente; porém a responsabilidade entre estes responsáveis solidários enumerados, se rege pelo Código Civil, respondendo cada um nos limites da sua culpa. A relação jurídica entre o plano de saúde e o médico não é de preposição, por isso não

exige a necessária e integral subordinação, embora seja óbvia existência de limites de ação do médico em face das regras impostas pelo plano. O médico contratado pelo plano de saúde não é um empregado do plano, é um prestador de serviços autônomo que a operadora contrata para atender a convênios que firme com objetivo de lucro. Portanto, responde concorrentemente porque contrata para em seu nome prestar o serviço que se comprometeu com os conveniados.

(Fundamentos: REsp.nº 866371/RS, Minist. Relator RAUL ARAÚJO, Quarta Turma. Julg. 27/03/2012. Publicado noDJe 20/08/2012)

O Supremo Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial contra a sentença proferida por pelo Tribunal do Rio Grande do Sul alterou e estabeleceu uma nova visão sobre a responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde e seguradoras. Conforme dispõe a ementa do acórdão proferido pelo Ministro Raul Araújo, existe uma diferença na prestação de serviço das operadoras de planos de saúde e as seguradoras. No contrato firmado com as seguradoras a escolha do médico e do hospital a qual será realizado um procedimento médico é exclusivamente do segurado, sendo obrigação das seguradoras efetivar o reembolso dos dispêndios com os tratamentos. Já nos contratos celebrados com operadoras de planos de saúde existe uma listagem de hospitais e médicos os quais o beneficiário poderá escolher qual realizará os cuidados da sua saúde.

Ou seja, mesmo que a operadora de plano de saúde faça uma escolha criteriosa sobre os seus credenciados, ainda assim será responsável por erro médico daquele por ela contratado - credenciado/referendado, porquanto ser considerada falha na prestação do serviço. Ainda que presente a função do CFM como fiscalizador do ato médico.

Voltamos a dizer, as operadoras de plano de saúde é um elo entre os pacientes e os médicos e os hospitais, não há nenhuma relação na prestação de serviços desta com as demais, tendo cada qual uma função específica na execução do serviço. As operadoras de planos de saúde exercem atividade diretamente atrelada a cobertura dos custos, informação correta na venda, reembolso, liberação de procedimentos cobertos, reajuste contratual, conforme citado anteriormente.

Em 3 de junho de 2014, último precedente, o STJ se pronunciou acerca da legitimidade passiva *ad causam* em demanda cujo objeto é a responsabilidade civil de operadora de saúde - cooperativa - por suposto erro médico de profissional por

ela referenciado. O Ministro Luis Felipe Salomão fundamentou seu acórdão pontuando que a operadora de plano de saúde celebra contrato de prestação de serviço com os seus associados/filiados - médicos e hospitais - regulamentando a prestação de serviço de maneira padronizada, o qual é o objeto do instrumento particular - assistência à saúde.⁶⁸

Outrossim, Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁶⁹ entende:

"que a entidade privada de assistência à saúde, que associa interessados através de planos de saúde, e mantém hospitais ou credencia outros para a prestação de serviços que está obrigada, tem responsabilidade solidária pela reparação dos danos decorrentes de serviços médicos ou hospitalares credenciados. E mais, excetua dessa responsabilidade as entidades que, em seus contratos de planos de saúde, dão liberdade para a escolha de médicos e hospitais, (...) e por isso não respondem pelos erros profissionais livremente selecionados e contratados pelo seu segurado."

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade das operadoras de planos de saúde advém da sua liberdade de escolha na celebração de contratos de credenciamento com médicos e hospitais. Tal fato restringe a autonomia da vontade do beneficiário/consumidor trazendo pra si - fornecedora de serviço - a responsabilidade pelo erro cometido pelo médico - profissional liberal.

A responsabilidade solidária - concorrente - está presente na cadeia de contratos interligados entre si para a prestação de serviço núcleo - assistência à saúde. De acordo com o art. 18 e 19 do CDC - os fornecedores de produtos ou serviços respondem solidariamente pelos vícios de produtos e/ou serviços. Ademais: parágrafo único, do art. 7^o e §1^o, art. 25 - os quais sustentam a responsabilidade solidária. Esta traz ao autor de ação processual a escolha a quem será dirigido o dever de indenização pelo dano sofrido.

A responsabilidade solidária nessa relação de prestação de serviço está associada a multiplicidades de obrigações contratuais e legais. Sendo eles: médico,

⁶⁸ AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.319.848 - RJ (2012/0023374-5)

⁶⁹ AGUIAR JUNIOR. Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. v. 45, n.º 231, Porto Alegre: Revista Jurídica, 2000, p. 155.

⁷⁰ Art. 7º, Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

⁷¹ Art. 25, § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

hospital/clínica e operadora de plano de saúde - ligados por uma cadeia de contratos interligados.

Além do CDC, também há previsão no nosso Código Civil quanto a responsabilidade solidária - artigos 932⁷² e 942:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

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

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Os responsáveis solidários somente serão responsabilizados se demonstrado a culpa do agente causador do dano. A qualificação da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde é objetiva. A qual é suficiente a constatação dos elementos: conduta, dano e nexo de causalidade para qualificação do dever de indenizar. Esta classificação está expressa no CDC e, ainda podendo ser enquadrada no CC/2002 - art. 927, parágrafo único - teoria do risco.

A responsabilidade solidária por erro médico das operadoras de plano de saúde somente será configurada caso seja comprovado a existência do erro médico - ato ou omissão pautada na negligência, perícia ou imprudência - culpa, responsabilidade subjetiva. Visto que, não havendo erro médico, não será cabível ação de regresso contra o profissional liberal para reaver o valor pago a título de indenização por ação ou omissão deste.

⁷² Artigo citado no tópico relacionada a responsabilidade civil dos hospitais.

Corroborando com o estudo deste trabalho, trazemos a palavras do Ministro Luis Felipe Salomão, como fundamento do acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 885446/SP, publicada em 06/11/2009⁷³:

“A empresa locadora direta dos serviços médico-hospitalares, quando credencia médicos e nosocômios para suprir a deficiência de seus próprios serviços, acaba por compartilhar as responsabilidades civis dos profissionais e dos hospitais que selecionou. Evidentemente que a medida de sua culpa deve ser avaliada no processo, mas inegável que a responsabilidade, no caso, é solidária, podendo o prejudicado escolher, entre os co-responsáveis, aquele que irá responder pelos prejuízos sofridos.”

A relação dos prestadores de serviço de assistência à saúde ao consumidor tem raiz no CDC. Entretanto, a relação entre eles possui base jurídica no Código Civil.

⁷³ Precedentes Jurisprudenciais: REsp 686146/RJ, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data da Publicação 27/10/2009; REsp 1029043/SP, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data da Publicação 31/03/2009; Ag 762614/RJ, Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data da Publicação 08/06/2006; Ag 682875/RJ, Relator Ministro CASTRO FILHO, Data da Publicação 18/10/2005; REsp 138.059/MG, Relator Ministro ARI PARGENDLER, Data da Publicação 11.06.01; REsp 328.309/RJ, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO, Data da Publicação 17.03.03.

CONCLUSÃO

O instituto da responsabilidade civil em muito evoluiu como instrumento para alcançar o equilíbrio nas relações jurídicas interpessoais em sociedade. Sendo fundamental a sua aplicação jurídica para o restabelecimento dos direitos violados. Verifica-se que cada vez mais se desenvolve para alcançar e efetivar o objetivo principal: a reparação, tanto material/patrimonial quanto moral/extrapatrimonial.

A responsabilidade civil está presente no ordenamento jurídico brasileiro: na nossa Constituição Federal, no Código Civil vigente e no Código de Defesa do Consumidor - normas objeto deste trabalho. O estudo é amplo dentre variadas doutrinas - teses e teorias, e posicionamento adotado pelos tribunais no aperfeiçoamento e transformação da responsabilidade civil. Entretanto, ainda permanecem os elementos constitutivos do dever de reparação, conforme delineados: conduta, dano, nexos de causalidade e culpa.

Os requisitos essenciais - ação ou omissão, dano e nexos de causalidade - estão presentes na classificação da responsabilidade civil objetiva. Sendo objetivo da responsabilidade aquiliana a comprovação da existência de culpa. A análise e compreensão de cada componente da relação jurídica produto da obrigação de reparação é fundamental para que seja instituída a responsabilidade civil pelo dano.

O aumento de instituições de ensino de medicina - número de profissionais médicos no mercado; de beneficiários vinculados a contratos de prestação de serviço de assistência à saúde; e de operadoras de planos de saúde repercute, ao mesmo passo, no crescimento de demandas judiciais e estudos jurídicos acerca da responsabilidade civil dos fornecedores de serviços de assistência à saúde suplementar na ocorrência de erro médico.

O erro advém da própria natureza humana. Todavia, observa-se que o erro pode ser causado por negligência, imperícia e/ou imprudência. Constatação da culpa no agir humano, de acordo com o tema deste trabalho, no ato médico.

Com o avançado exame da teoria da responsabilidade civil objetiva, verifica-se que ela está indicada nos artigos do Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Ambos os códigos dispõem da desnecessidade da existência de culpa dos agentes causadores do dano para que haja a imposição de indenização.

Avaliando o entendimento doutrinário e jurisprudencial apresentado, a responsabilidade civil das operadoras de plano de saúde frente os seus beneficiários seria, de forma incontestável, objetiva, tanto pelo direito civil quanto pelo direito consumerista. Diante da teoria do risco criado intrínseco ao contrato.

O presente trabalho apresentou a seguinte conclusão: a determinação legal do dever de indenizar e classificação da responsabilidade está associada a atividade desempenhada pelo agente causador e aquele responsável solidário pelo dano. Visto que a responsabilidade civil objetiva das operadoras de planos de saúde está relacionada a sua atividade desempenhada - deveres e obrigações contratuais e legais inerente ao fornecimento do serviço de assistência à saúde. Na ocorrência de dano resultante de ato médico, para fundamento da responsabilidade objetiva das operadoras, deverá ser constatado o elemento culpa do profissional liberal.

Por fim, as operadoras de planos de saúde não são responsáveis por erro médico quando a prestação de serviço de assistência à saúde não ocorrer através de rede credenciada de prestadores de serviços ou quando o profissional não faça parte desta relação como referenciado. A solidariedade está na cadeia de contratos - vínculos obrigacionais, os quais todos os envolvidos - fornecedores de serviços - apresentam responsabilidades distintas de acordo com o elo que os unem - contratual ou legal.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico. in: direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

AGUIAR JUNIOR. Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. v. 45, n.º 231, Porto Alegre: Revista Jurídica, 2000.

AGUIAR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: RT.

ALMEIDA, Maria Clara Lucena Dutra de. A Parametrização da Indenização por Dano Estético. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2874/2087>> Acesso em: 05 jul.2016.

ANS, Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Dados Gerais*. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em: 20 ago. 2016

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Comentário ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRAGA NETTO, Felipe P.. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BRAGA NETTO, Felipe P.. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009, ANS.

BRASIL. Supremo Tribunal Justiça. Súmula nº 387.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 469.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1374342 MG 2012/0179643-6, Ministro Relator: Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julg. 10/09/2013, publicação: DJe 25/09/2013

CAMBRICOLI, Fabiana. *Em 4 anos, número de processos por erro médico cresce 140% no STJ. O Estado de São Paulo*. Disponível em <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,em-4-anos-numero-de-processos-por-erro-medico-cresce-140-no-stj-imp-,1655442>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

CAMPOS, Thayná Silva. *Responsabilidade Civil Subjetiva: da culpa ao risco*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/36726/responsabilidade-civil-subjetiva-da-culpa-ao-risco>> Acesso em: 30 jul. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Culpa concorrente e redução equitativa da verba reparatória*. Artigo publicado. Edição nº 135 – Revista JC. Disponível em:

<<http://www.editorajc.com.br/2011/11/culpa-concorrente-e-reducao-equitativa-da-verba-reparatoria-2/>> Acesso em: 27 jul. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civi*. 12ª Edição, São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CFM, Conselho Federal de Medicina. *Estatística*. Disponível em <http://portal.cfm.org.br/?option=com_estatistica> Acesso em: 20 ago. 2016

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, 4ª Ed. Coimbra, 1984.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 7º Volume, 16ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 7. Responsabilidade civil. 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Direito Aplicado. *Culpa Exclusiva da Vítima*. Disponível em: <<https://direitoap.wordpress.com/culpa-exclusiva-da-vitima/>> Acesso em: 16 ago. 2016.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar (Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde)*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FREIRE, Henrique. *A Responsabilidade Civil na Área da Saúde Privada – Operadoras de Plano de Saúde, Médicos e Hospitais Prestadores de Serviços*, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007, p. 265.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. III. 4. ed. rev. atual. e reform. – São Paulo: Saraiva, 2006.

GARFINKEL, Ana. *Responsabilidade Civil por Erro Médico Segundo a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Síntese)*. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rd-06_4_pp.037-058_responsabilidade_civil_por_erro_medico_ana_garfinkel.pdf> Acesso em: 30 jul. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. v. IV. São Paulo : Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações. Parte especial, responsabilidade civil.* – 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRÉGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde – A ótica da proteção do consumidor.* Ed. Revista dos Tribunais. V.31. São Paulo, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil dos Hospitais – Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.* 7ª Ed. São Paulo: RT, 2010.

KNOPLOCH, Carol. *Quase 30% dos brasileiros têm plano de saúde, diz nova pesquisa do IBGE.* Disponível em < <http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/quase-30-dos-brasileiros-tem-plano-de-saude-diz-nova-pesquisa-do-ibge-16325726#ixzz4IP0ARwdC>> Acesso em: 20 ago. 2016.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco.* São Paulo: RT, 1960.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a Justiça.* 5º Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil.* vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, volume7.

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

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

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil 4 - Responsabilidade Civil.* v. IV. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico.* Curitiba: Juruá, 2002.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Da Responsabilidade Civil do Médico.* Disponível em:<http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20338:da-responsabilidade-civil-do-medico&catid=46> Acesso em: 20 ago. 2016.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

TJDFT, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Caso Fortuito e Força Maior.* Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/caso-fortuito-e-forca-maior>> Acesso em :15 jul.2016..

VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil.* 9ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010.

WERNECK, Ana Carla. *A responsabilidade civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8514#_ftn19> Acesso em: 27 ago. 2016