



CURSO DE DIREITO
PEDRO REINALDO SOUZA DE PAULO

ERRO MÉDICO: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS
E DOS PLANOS DE SAÚDE

FORTALEZA
2019

PEDRO REINALDO SOUZA DE PAULO

**ERRO MÉDICO: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS
E DOS PLANOS DE SAÚDE**

Artigo Científico apresentado ao curso de
Direito da UNIFAMETRO como requisito
para a obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Prof. Ms. Leonardo Jorge
Sales Vieira

FORTALEZA

2019

PEDRO REINALDO SOUZA DE PAULO

**ERRO MÉDICO: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS
E DOS PLANOS DE SAÚDE**

Este artigo científico foi apresentado no dia 19 de junho de 2019 como requisito para a obtenção do grau de bacharel em DIREITO da UNIFAMETRO.

Orientador: Prof. Ms. Leonardo Jorge Sales Vieira

Data da Aprovação: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Leonardo Jorge Sales Vieira (Orientador)
UNIFAMETRO

Prof^a. Ms. Patrícia Lacerda de Oliveira Costa
UNIFAMETRO

Prof. Ms. Flávio Ribeiro Brilhante Júnior
UNIFAMETRO

ERRO MÉDICO: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E DOS PLANOS DE SAÚDE

PEDRO REINALDO SOUZA DE PAULO¹

PROF. MS. LEONARDO JORGE SALES VIEIRA²

RESUMO

Esse trabalho aborda o tema da responsabilidade civil do profissional médico, um tema complexo e difícil de ser definido, pois envolve questões e circunstâncias específicas que vão muito além do saber jurídico, exigindo do intérprete um mínimo de conhecimento médico ou conhecimento jurídico da área médica. Desta feita, tendo como base a pesquisa teórica legislativa, doutrinária e jurisprudencial, o presente estudo avalia, primeiramente, os pressupostos fundamentadores da responsabilidade civil. Em um segundo momento, a pesquisa abordará a responsabilidade médica como atividade meio, ensejando a responsabilidade subjetiva, o qual deverá ser comprovado à inobservância de um dever de cuidado inerente a atuação do profissional. Para complementar, destacou-se a responsabilidade objetiva como postulado em que todo dano indenizável deve ser reparado por quem deu causa, independentemente de culpa, sendo fundada na teoria do risco. Em que pese, nos casos de responsabilidade das operadoras de planos de saúde por erro de médico, esta responsabilidade nem sempre será objetiva, pois algumas situações escapam do controle do plano de saúde, sendo injusto enquadrá-la nos moldes da teoria do risco, devendo incidir, portanto a responsabilidade civil subjetiva.

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

¹ Graduando do Curso de Direito da UNIFAMETRO

² Orientador do Curso de Direito da UNIFAMETRO

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como propósito compreender o campo da responsabilidade civil, e logo após, analisar a responsabilidade civil dos planos de saúde e dos profissionais médicos. Para tanto, a exposição do assunto será dividida em três seções e, ao fim, as conclusões pertinentes.

Na primeira seção, dar-se-á o enfoque à responsabilidade civil, bem como à sua aplicação ao setor da saúde, versando, também, acerca da atividade e atuação do profissional médico e as crescentes ações judiciais que envolvem o exercício da profissão.

A segunda seção sucintamente abordará os primórdios da atividade médica até a atualidade, com ênfase na diferenciação entre a responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde e a do profissional médico, refletindo, com isso, o papel deste e a complexidade de seus atos, bem como aos mecanismos jurídicos aplicáveis à defesa de pacientes que são vítimas de serviço defeituoso e do famigerado erro médico.

Na terceira seção, será analisado os conceitos de operadoras de planos de saúde, através de sua legislação específica de nº 9.656/98, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que por sua vez, tem obrigação regular, controlar e fiscalizar a atuação de todo o setor de saúde suplementar, assim como regulamentar as atividades das empresas que empreendem no âmbito da assistência privada.

Ao final da leitura, o consumidor poderá compreender através do Código de Processo Civil, Código de Defesa do Consumidor, Doutrinas, Jurisprudenciais, outras legislações específicas, qual a responsabilidade civil aplicável às operadoras de planos de saúde e ao profissional médico, frente aos casos concretos.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil consiste na reparação do dano causado ao indivíduo, em decorrência da prática de ato ilícito por descumprimento da relação obrigacional, tendo como finalidade a reparação em face do dano moral e social causado ao indivíduo.

Maria Helena Diniz (2012, p.51) discorre sobre Responsabilidade Civil como sendo: “aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa e ela pertencente ou simples imposição legal”.

Neste liame, o Código Civil Brasileiro de 2002 traz no artigo 927, *caput*, que: “Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem ficará obrigado a repará-lo”. A compreensão desse instituto possui liame com as normas contidas nos artigos 186¹ e 187² do mesmo Código, em que, respectivamente, que discorre sobre o ato ilícito.

Sendo assim, para que se configure a responsabilidade civil se faz necessário o preenchimento de pressupostos, que geralmente são quatro: 1º - conduta, 2º animus, 3º resultado danoso e 4º nexos de causalidade.

Antônio Jeová Santos (1999, p. 79.) entende que se faz necessário o reconhecimento dos requisitos para que se admita a ocorrência de responsabilidade civil, aduzindo o seguinte:

Não existe responsabilidade, dever de indenizar, se não houver dano, culpa e nexos causal. O dano estará justificado e, em princípio não surgirá obrigação de indenizar, quando ocorrer inimputabilidade do agente ativo, inculpabilidade por vontade viciada decorrente de erro ou violência, interrupção do nexos causal por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, estado de necessidade, legítima defesa, **exercício regular de um direito** ou cumprimento de um dever legal e quando houver consentimento da vítima¹.

Em verdade, o ponto primordial para se tratar no campo da responsabilidade civil, é averiguar o problema sofrido ao caso concreto, considerando os pontos

¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

verídicos da violação da obrigação e/ou da norma, frente situação em que o indivíduo se localiza.

Importante elucidar que, quando se constatar o dever de indenizar, o magistrado deverá avaliar com cautela, o *quantum* indenizatório, a fim de observar o a extensão do ato lesivo, as condições que o indivíduo se encontrava, para que seja analisado se o caso concreto não passa de um mero aborrecimento do dia a dia, ou seja, aquele dessabor diário que todo indivíduo pode sofrer.

Desta feita, a responsabilidade obedecerá aos ritos configurados no Código Civil Brasileiro de 2002, visando a restituição do dano sofrido pelo indivíduo, levando em consideração a responsabilidade entre as partes que compôs o fato lesivo.

1.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A responsabilidade civil objetiva tem como escopo a reparação do dano cometido ao lesado, sem que se faça necessário a configuração da culpa, ou seja, para que se caracterize a indenização, basta que ocorra o nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o resultado danoso.

Nestes termos, ressalta-se o entendimento de que existe a responsabilidade objetiva das Operadoras de Planos de Saúde, posto que estas são enquadradas como fornecedores de serviços, devendo assim, responder objetivamente pelas lesões causadas aos seus beneficiários, em detrimento de atividade empresarial elaborada.

Sendo assim, a jurisprudência pacífica das cortes superiores já se consolidou ao afirmar que os contratos de plano de saúde, são geridos pelo Código de Defesa do Consumidor, devendo compreender suas cláusulas a luz do referido código, posto que existir uma prestação de serviços e em contrapartida, há a cobrança para a disponibilização do serviço contratado. Com este entendimento, o Supremo Tribunal Federal - STF editou a súmula de nº 469, mencionando o seguinte: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”

Desta feita, em respeito ao entendimento do STF, a jurisprudência fundamenta a responsabilidade das operadoras de planos de saúde, ao artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, chamando de *fato do serviço*, ou seja, lesões que possuem origem do serviço defeituoso, causando prejuízos materiais e/ou morais. *In*

verbis:

Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º - O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º - O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

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

Em sequência, o Código de Defesa do Consumidor dispõe no parágrafo único do art. 7º dispõe que “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Corrobora também o §1º do art. 25 em que “havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores”. No mesmo sentido, segue o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL - DANO MORAL - PACIENTE INTERNADO EM CLÍNICA DE RECUPERAÇÃO DE DROGAS - ALTA ADMINISTRATIVA - SAÍDA PERMITIDA - PACIENTE SEM CONDIÇÕES DE SAIR SOZINHO - RESPONSABILIDADE DA CLÍNICA - INDENIZAÇÃO DEVIDA - AÇÃO JULGADA PROCEDENTE - APELAÇÃO - MANUTENÇÃO DO VALOR FIXADO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIMED RECURSO - RECURSO - NEGA PROVIMENTO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 494931-1 - 3ª VARA CÍVEL DE LONDRINA - Relator: Juiz Sérgio Luiz Patitucci - Julgado em 24/09/2009)

Além disso, a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal - STF diz que “é presumível a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Assim, qualquer falha na prestação de serviço médico-hospitalar será suficiente para motivar a responsabilidade solidária do plano de saúde, em função da teoria do risco.

O Código de Defesa do Consumidor, reporta-se a serviço defeituoso, aquele que não atende aos requisitos de segurança esperado pelo consumidor, ou seja, o simples fato de colocar um serviço no mercado, por si só, já se caracteriza o dever de reparação, caso ocorra alguma lesão, não havendo a necessidade de averiguar de o fornecedor teve culpa ou se detinha conhecimento do defeito.

A jurisprudência majoritária entende que as operadoras de planos de saúde, hospitais, clínicas, que são integrados por profissionais e estabelecimentos credenciados, respondem objetivamente, independentemente da culpa, nos casos causados a terceiros.

Em síntese, a responsabilidade objetiva possui alicerce na teoria do risco, que se fundamenta no risco que causará a terceiros em detrimento do desenvolvimento da atividade exercida, sendo devido a reparação da lesão gerada ao consumidor. Vale ressaltar que a culpa não é um fato predominante, ou seja, deverá ser observada os requisitos do seu reconhecimento. Assim, o juiz deverá examinar o caso concreto, posto que nem sempre a responsabilidade objetiva será absoluta, uma vez que o risco da atividade implicará em diversos fatores preponderantes, os quais são imprescindíveis sua observação.

1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

Entende-se como responsabilidade subjetiva, aquela em que o agente possui culpa comprovada ensejadora da reparação do dano, ou seja, se houve dolo ou culpa, tendo três pressupostos imprescindíveis para sua caracterização, quais sejam, dano, nexo de causal e culpa.

Destarte, para que o indivíduo obtenha indenização, este deverá comprovar o dano, o nexo de causalidade entre a conduta do agente, bem como a culpa do ofensor. Assim, não obstante a teoria do risco seja o suporte para a incidência da responsabilidade objetiva, os juristas passaram a avaliar a atuação das operadoras

de planos de saúde, perante os erros praticados por profissionais médicos credenciados, através do entendimento sobre a responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido, se a pretensão suscitada decorrer dos serviços relacionados a exploração da atividade, aos planos de saúde deve ser aplicado a responsabilidade diante da responsabilidade objetiva. Todavia, se a pretensão do indivíduo consistir na falha ou erro médico, a aplicação é da responsabilidade subjetiva. Assim, o fornecedor deverá responder objetivamente sobre os danos causados ao indivíduo, neste caso o beneficiário do plano de saúde, e o profissional da medicina responsabilidade subjetiva.

Neste contexto, alguns juristas compreendem a existência da responsabilidade subjetiva, por se tratar da culpa ou dolo do profissional médico ou do estabelecimento, não sujeitos ao artigo 6º, inciso VIII³ e do § 3º do artigo 14, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Desta feita, antes que o julgador venha a responsabilizar a operadora de plano de saúde, se fará necessário analisar a conduta do profissional médico, observando o atendimento prestador ao beneficiário do plano de saúde, com a finalidade de avaliar a atividade “meio” e não o resultado final, cuja conduta se denomina responsabilidade subjetiva.

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SUPOSTO ERRO MÉDICO. CLÍNICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPLICAÇÃO INERENTE AO ATO CIRÚRGICO. DEVER DE INFORMAÇÃO. VIOLAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ADEQUAÇÃO. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. A apuração da adequação do serviço prestado pela clínica depende necessariamente da análise da conduta do médico, cuja responsabilidade é subjetiva, nos termos do art. 14, § 4º, CDC, daí porque a existência de conduta culposa daquele profissional é decisiva na resolução da lide. (TJ-PR - AC: 5722403 PR 0572240-3, Relator: Vitor Roberto Silva, Data de Julgamento: 10/09/2009, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 242).

Assim, percebe-se que a atividade do profissional médico possui como escopo a obrigação meio, buscando o resultado almejado, mas não garante que haja o

³ **Art. 6:** São direitos básicos do consumidor: ... **VIII** – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências

resultado definitivo positivo. Sendo assim, a apuração da responsabilidade do plano de saúde, dependerá da conduta da análise do médico, ou seja, do serviço desenvolvido pelo profissional, caracterizando a responsabilidade subjetiva.

1.3 TEORIA DO RISCO

A teoria do risco adveio da responsabilidade objetiva, que consiste no dever de indenização, ocasionado pelo defeito de quem praticou a prestação de serviços. Trilhando os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p.514) esta diz que “Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa”. Em seguida, continua afirmando que “o fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos serviços prestados”.

O Código Consumerista, aborda no artigo 25, §1º, a vedação de qualquer cláusula que fixe ou que exclua a reparação do dano, podendo ser moral ou material, devendo observar ainda, a responsabilidade solidária dentre aqueles que deram causa a lesão.

Art. 25 É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores.

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

Por derradeiro, faz-se necessário compreender que a teoria do risco não gera, de pronto, a obrigação de reparação do dano, posto que se trata do princípio da segurança, sendo predominante que haja violação do dever jurídico, que consiste no fornecimento do produto e dos serviços segurados.

2 DA ATIVIDADE MÉDICA

Primeiramente, cabe esclarecer que a atividade médica, desde o seu início na civilização, busca a preservação da saúde, a cura, através de medicamentos e tratamentos paliativos. No tocante ao entendimento dos juristas, um fator que causa bastante preocupação dos planos de saúde e que, suas decisões na maioria asseguram o direito a saúde, deixando de observar as condições do profissional médico, bem como a limitação de atuação dos planos de saúde.

O Poder Judiciário afirma que a saúde é um dever do Estado, conforme a Constituição Federal de 1988, e que as operadoras de planos de saúde surgiram para complementar o serviço, posto que o serviço prestado pelo Estado não atende as necessidades da população. Contudo, quanto aos planos de saúde, se fará necessário observar as exigências impostas no Código de Defesa do Consumidor e ainda, pela Lei dos Planos de Saúde.

Neste liame, é preciso que os magistrados compreendam que os contratos elaborados pelos planos de saúde, são comercializados após autorização da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, e que além de constar as coberturas que o beneficiário possui, observará as condições econômicas para que seja promovida uma assistência à saúde de qualidade aos seus beneficiários.

Assim, nenhum profissional médico, por mais capacitado que seja, poderá assumir o dever de curar o paciente ou de evitar sua morte em detrimento da doença, vez que a atividade exercida pelo médico possui o condão de meio e não de resultado.

Deste modo, como demonstrado em linhas supra, para que haja a responsabilidade civil, que se forma num conjunto de normas e princípios, deverá ser observado o convívio entre os indivíduos, através da reparação dos danos. Nesse viés, vejamos o que Nehemias Domingos de Melo (2014, pág. 07/08) observou da advertência de João de Castro:

“O crescente incremento da tecnicidade da medicina, que serve de pano de fundo à maioria dos erros médicos e que deve ser desvendada para identifica-los de modo a dirimir o mérito da ação, traz ínsita uma dificuldade suplementar aos magistrados, na medida em que a circunstância de serem leigos na arte médica, impõe-lhes lidas com sinceridade de perito, já denunciados pela doutrina como muitas vezes tendentes a preservar a fraternidade profissional, e que a acabar por jogar sobre os ombros da vítima uma tarefa quase hercúlea para provar o dano e, sobremaneira, a

culpa e o nexo de causalidade.

Na condição de erro médico, o Brasil exerce a teoria da culpa, nos termos da cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva, dispostos no artigo 186 do Código Civil de 2002 e no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de responsabilidade do médico.

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

Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

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

Desta feita, a responsabilidade civil do médico, em detrimento da teoria da culpa, demanda para sua identificação a existência dos elementos subjetivos, quais sejam, dolo ou culpa em sentido estrito. O dolo consiste no animus de praticar a lesão, à medida que a culpa se relaciona diretamente com a conduta negligente, imprudente ou imperícia.

Assim, a negligência respalda-se na inércia do profissional médico que se omite, diante dos cuidados necessários, deixando de praticar seus atos com precaução, deixando assim, de prever o resultado que poderia ser observado por este. A imprudência é considerada por meio da ausência de cautela do médico, que passa a não respeitar as condições físicas concomitante com o consentimento do paciente, deixando de tomar as precauções necessárias quanto a realização de um procedimento ou ainda, do diagnóstico da enfermidade. Já a imperícia, nada mais é que inexistência de habilitação para exercer a profissão, a impossibilidade de praticar as ciências médicas, podendo ser entendido como a falsificação de diploma.

Neste contexto, o médico apenas será responsabilizado, nos termos da responsabilidade civil subjetiva, caso haja com dolo ou culpa. Ademais, com antecedência da culpabilidade do insucesso das interferências sob qualquer que seja suas condições, o médico passou a ser responsabilizado não apenas pelo

resultado por si só, mas pela sua conduta de profissional médico, devendo ser observado o ato médico para cada caso concreto.

Todavia, caso o médico tenha atuado de maneira concisa, dentro de suas obrigações de profissional da área da saúde, praticado todos os atos necessários para ao restabelecimento da saúde do paciente, não haverá em que se falar na responsabilidade civil, ou seja, não caberá o dever de reparação de danos.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

O doutrinador Nehemias Domingos de Melo (2014, pág. 03), dispõe o seguinte:

“As primeiras atividades nesse campo não tinham uma preocupação de estudo das patologias, mas, principalmente, de encontrar meios de cura, o que se fazia através do empirismo. Assim, algumas pessoas, como curiosas e observadoras, receitavam determinadas ervas como remédio para curar uma dor, ou, diante de uma fratura, determinavam o modo pelo qual deveria imobilizar-se para modificar a fratura, fazendo surgir assim, através da experiente concreta, aqueles que na comunidade se destacavam como os espertos ou taumaturgos, qualidades que lhes eram conferidos pela comunidade, ou eles próprios assim se autorrotulavam”

Entretanto, o único documento da antiguidade que possui registro das práticas médicas, é o Código de Hamurabi, posto que alguns desses artigos mencionam a conduta do profissional médico, indicando a necessidade do cuidado para o exercício desta atividade, do contrário o médico poderia sofrer punições severas em caso fosse imperito, podendo ser umas delas a amputação da mão.

Ademais, o conhecimento dos primeiros registros da responsabilidade civil dos profissionais médicos dos tempos atuais, deu início no Direito Romano, por meio da vingança, chegando a célebre Lex Aquília que edificou a estrutura jurídica juntamente com a construção da doutrina sobre a responsabilidade civil, fundada com a culpa.

Todavia, as circunstâncias atuais passaram por alguns desgastes, o que ocasionou na distância entre o médico do paciente. Tal alegação pode ser confirmada sobre alteração de sua nomenclatura, posto que agora se chama de usuário/beneficiário e prestador de serviços médicos, passando a ótica da

sociedade, deixando de lado a social, cuja a confiança era predominante, vez que o indivíduo prefere ser conhecedor de seus direitos do que exigir o resultado da cura.

Neste liame, a saúde também se estendeu para criação da assistência à saúde privada, onde o doente, que antes dependia do Serviço Único de Saúde – SUS, passou a contar com a assistência médica particular, no intuito de obter a prestação de um serviço falho pelo poder público.

Assim, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.627/01, estabeleceu normas relativas à definição e alcance do ato médico, definido a atuação do profissional da saúde em todo o território nacional brasileiro, *in verbis*:

Art. 1º - Definir o ato profissional de médico como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado e dirigido para:

- I – A promoção de saúde e prevenção da ocorrência de enfermidades ou profilaxia (prevenção primária);
- II – A prevenção de evolução das enfermidades ou execução de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos (prevenção secundária);
- III – A preservação da invalidez ou reabilitação de enfermos (prevenção terciária)

Neste cenário, percebe-se que o médico deve utilizar-se de todos os meios disponibilizados de diagnóstico e tratamento em benefício do paciente, executando sua atividade de maneira devida, ou seja, com zelo e presteza, devendo ainda, o profissional respeitar o livre-arbítrio do paciente, conforme exposto no Código de Ética Médica.

Por fim, conclui-se, que a relação médico-paciente depende da análise de todos os critérios mencionados em linhas supra, fazendo-se necessário a observação dos fatos, posto que nem sempre no exercício da medicina haverá o absoluto resultado almejado, pois se trata de uma atividade arriscada, somando uma série de fatores, sendo uma delas a recepção do organismo do paciente ao tratamento utilizado. Assim, para se chegar à conclusão de direito sobre o dano causado, o magistrado deverá inicialmente, ponderar todos os fatores e riscos, aplicando ao causador do dano, a obrigação de reparação.

2.2 ELEMENTOS DA CONDUTA CULPOSA DO MÉDICO

O profissional médico que ao atender um paciente, se incube de pronto em alertá-lo sobre os riscos inerentes aquela doença, bem como os fatores que poderão incidir sobre o tratamento ou pela realização do procedimento, promove a prudência e cautela conforme se entende na responsabilidade objetiva. Assim, quando o paciente for realizar um procedimento, deverá ser elaborado entre as partes, médico e paciente, o termo de consentimento, o qual conterá todas as informações imprescindíveis do procedimento, e tão logo, será assinado pelo médico e paciente.

Cavaliere Filho (2012, p.37) aponta os critérios de objetivo e subjetivo para aferir a previsibilidade. Assim, o juiz deverá ter em vista os dois critérios, fatos e as condições pessoais do sujeito, para promover uma solução justa.

A doutrina entende que a negligência, que consiste na omissão, a imprudência que é a falta de ação, e a imperícia que é a ausência de aptidão técnica, não são elementos de culpa, mas sim, manifestação da conduta entendida como culposa.

Assim, negligência do médico seria erros de diagnóstico, tratamento inadequado ou impróprio, ausência de cuidados indispensáveis, falta de higiene, esquecimento de compressas, aparelhos em procedimento cirúrgico, curetagem mal feita e etc. No mesmo sentido age com imprudência o profissional que pratica ação irrefletida e intempestiva, precipitada, sem a necessária precaução resultante de imprevistos do agente em relação ao ato que poderia e poderia presumir. Por derradeiro, médico imperito é aquele que não possui desconhecimento, competência no exercício da profissão. A Jurisprudência pátria afasta a responsabilização dos profissionais e estabelecimentos de saúde quando não comprovada a culpa com quem teriam agido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PROCEDIMENTO HOSPITALAR. PARTO NORMAL. LESÃO DO PLEXO BRAQUIAL. NEGLIGÊNCIA OU IMPERÍCIA NÃO CONFIGURADAS. I - Preliminar contra recursal de ofensa ao artigo 514, II, do CPC afastada. Hipótese em que o recurso atacou os fundamentos da sentença, descabendo a alegação de razões genéricas. II - A doutrina distingue duas hipóteses de responsabilização médica: a responsabilidade decorrente da prestação do serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal, e a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos os hospitais. No presente caso trata-se de responsabilidade médica empresarial e pessoal, uma vez que os autores moveram a ação contra a médica que realizou o pré-natal e o médico que realizou o parto e

contra o hospital. III - A rejeição dos pareceres periciais pressupõe a existência de outros elementos de convicção nos autos, hábeis para solucionar questão de natureza técnica, que depende de conhecimento especial e não pode ser suprida pela experiência pessoal do julgador ou de testemunhas. Na ausência desses elementos, não assiste ao julgador recusar as conclusões apresentadas no laudo. IV - Hipótese em que a prova produzida durante a instrução processual demonstrou que a distorção de ombros sofrida pelo autor não foi resultado de negligência imprudência ou imperícia dos réus. Não havendo nexos causal entre a conduta dos demandados e a lesão sofrida pelo autor, inexistente o dever de indenizar. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70058205519, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 24/04/2014)

Em linhas gerais, ao se deparar com erros médicos, os juristas deverão impreterivelmente adentrar nas questões técnicas e científicas, a fim de avaliar a responsabilidade civil decorrente do procedimento médico adotado, devendo suas decisões ser constituídas quando identificada ausência de cautela e cuidado na condução do melhor tratamento ao paciente, o que ensejará na indenização pretendida.

2.3 ATIVIDADE DE MEIO E DE RESULTADO

Neste tema, a responsabilidade civil do profissional médico com base na natureza jurídica do contrato em nada se altera, na realidade, o que importará será compreender que a obrigação gerada pela avença corresponde à responsabilidade de resultado ou de meio. Sobre a obrigação de meio e resultado, Nehemias Domingos de Melo (2014, p.77) entende que:

“Obrigação de meio é aquela em que o profissional (fornecedor) se obriga a empregar seus conhecimentos e técnicas disponíveis visando um determinado resultado em favor de seu contratante (consumidor), sem, contudo, responsabilizar-se pelo êxito da empreitada [...]

Em contrapartida, a obrigação de resultado será aquela em que o profissional venha a assumir, contratualmente, que determinada finalidade será alcançada, comprometendo-se assim, com os resultados finais da empreitada.”

Relevante trazer a baia essa distinção, posto que se a obrigação assumida pelo profissional médico for de meio, caberá ao paciente o ônus da prova, já se a esta for de resultado o ônus da prova passará a ser do médico.

A jurisprudência majoritária entende que o profissional médico celebra contrato de meio, e não de resultado⁴, visto que não caberá ao médico a garantia de cura ao paciente, mas de promover todo o conhecimento da ciência para prestação de seus cuidados, por meio de tratamentos e realização de procedimento cirúrgicos. Na lição de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p.403):

[...] nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidencia, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência [...] não se compromete a curar, mas a prestar os serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo ai cuidados e conselhos.

Deste modo, por mais que seja a qualificação e competência do profissional médico, nem sempre estará ao seu alcance a eliminação total do risco inerente a atuação profissional, todavia, caberá ao médico, buscar todos os meios para melhoria do quadro clínico do paciente.

É válido elucidar que a não aceitação do tratamento ou procedimento cirúrgico do paciente, anda simultaneamente com o seu organismo, ou seja, por mais que o médico tenha buscado o melhor tratamento, tenha alertado o paciente dos riscos, o Poder Judiciário deverá buscar, através de conhecedores da área médica, se o caso concreto se trata da rejeição do organismo na absorção do tratamento. A exemplo, temos o transplante.

Logo, ao observar a atividade do profissional médico, resta configurada de meio, o médico apenas será responsável pelo insucesso do procedimento, quando constatar a sua imprudência, negligência ou imprudência, fazendo-se necessário

4 Excepcionalmente o médico pode ter responsabilidade de resultado quando realizar procedimentos cirúrgicos para fins estéticos, como cirurgias plásticas. Jurisprudência: (TJ-SP 10063092020148260005 SP 1006309-20.2014.8.26.0005, Relator: Natan Zelinschi de Arruda - Data de Publicação: 26/10/2017) - Paciente que se submetera à lipoaspiração em diversas partes do corpo. Finalidade do procedimento era embelezamento, portanto, envolve obrigação médica de resultado.

que tenha havido dano ao paciente em detrimento da conduta exercidas pelo profissional. Ademais, para as cirurgias estéticas, o médico se compromete com o resultado do procedimento.

3. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

O debate sobre a responsabilidade civil envolvendo as operadoras privadas de assistência à saúde necessita de conhecimento das normas acerca da regulamentação que rege esse setor. Todavia, antes de adentrar na responsabilidade, precisa-se entender como as operadoras de planos de saúde surgirão.

O Estado, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, no artigo 126, tomou para si, a responsabilidade de promover o direito saúde para a população nos seguintes termos:

Art. 126. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Contudo, devido a deficiência do Estado em atender as necessidades diárias da população, o setor empresarial observou a necessidade de criar uma assistência médica privada, a fim de promover um escape para o indivíduo que depende do Estado, mas este é falho na promoção da saúde. Segundo Nehemias Domingos de Melo (2014, p.194), este aduz que:

Ocorre que o sistema público de saúde do Brasil sempre foi e continua falido seja por incompetência dos políticos de plantão, seja pela corrupção institucionalizada, seja pelo estado de miserabilidade da população brasileira [...] seja enfim do conjunto de fatores conjugados [...]

Nesse liame, o surgimento das Agências das Reguladoras no ordenamento pátrio tem amparo constitucional em seu artigo 197 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Com fundamento no dispositivo acima elencado, restou concedido que as operadoras de planos de saúde atuassem no mercado, sendo o Estado o detentor do poder de fiscalização direta e indireta, regulamentação e controle, com o objetivo de averiguar se os planos de saúde estão fornecendo a prestação de serviços lançados, através das normas e princípios norteadores.

Logo, em 03 de junho de 1988 foi editada e publicada a Lei de nº 9.656/98 em conjunto com a Medida Provisória nº 2.177-44 (originalmente MP nº 1.665 de 05 de junho de 1988). Assim, com a Lei de nº 9.961/00 de 20 de janeiro de 2000 nasceu a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS para promover a fiscalização da saúde privada, bem como a Lei de nº 10.185/01, de 12 de fevereiro de 2001, que instituiu a figura da seguradora de saúde. Sobre a finalidade da agência reguladora, ensina a Agência Nacional de Saúde Suplementar (2003, p.09) que:

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais – inclusive quando às suas relações de prestadores e consumidores – e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

Ademais, para os contratados pactuados antes da vigência da Lei 9.656/98, deverá ser aplicado aos seus beneficiários, as cláusulas impostas no contrato da época da contratação, ou seja, o usuário não se valerá das determinações estabelecidas pela agência reguladora, mas sim, pelas cláusulas constantes no contrato.

Em conclusão, por determinação legal, as operadoras de planos de saúde, compõe o sistema de prestação a saúde do território nacional, por ter adotado um sistema de saúde misto, deixando evidente que a iniciativa privada poderá atuar livremente no campo da saúde, mesmo sendo conhecedor de que a saúde pública é um direito do indivíduo e dever do Estado em promover sua prestação de qualidade.

3.1 CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

Inicialmente ressalta-se que as operadoras de saúde possuem característica de fornecedoras de serviços à saúde, na medida em que disponibilizam no mercado de consumo serviços médico/hospitalares através de remuneração, adequando-se nas disposições contidas do artigo 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

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

Deste modo, o beneficiário do plano de saúde é caracterizado como destinatário final do serviço, sendo um consumidor padrão, nos moldes dos termos do artigo 2º, *caput*, do mesmo código: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Assim, o Enunciado nº 191 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil expôs que: “Art. 932: A instituição hospitalar privada responde, na forma do art.932, III do CC, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes de seu corpo clínico”. Deste modo, os danos sofridos pelos doentes resultantes de lesão praticada por aparelho ou de infecção hospitalar acarretará a incumbência de reparação do dano por parte da prestadora de serviços.

Dando seguimento as relações estabelecidas entre as operadoras de planos de saúde e os beneficiários, Fernanda Schaefer (2003, p.17) diz que “[...] Frise-se que a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor não afasta a Lei 9656/98, que regula os planos e seguros de assistência privada a saúde, e aquele tutela os efeitos do descumprimento ou de inexecução de obrigação advinda de relação de consumo”.

Na verdade, o conjunto de normas estabelecidas e regras previstas na Lei de Planos de Saúde e no Código de Defesa do Consumidor, aplica-se direta e imediata nas contratações de serviço à saúde, abrangendo tanto o atendimento da rede pública (SUS), bem como os serviços de atendimento da rede privada (planos de saúde).

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor passa a ser mais atacado pelos juristas, posto que é mais favorável ao consumidor, através do rol de garantias protetivas, estabelecendo um equilíbrio nas relações existentes entre as empresas prestadoras de serviços à saúde e os beneficiários/consumidores. Desta feita, perante o defeito na prestação de serviços médicos e hospitalares, é imposto as operadoras de planos de saúde, a responsabilidade objetiva e solidária, em detrimento da teoria do risco, passando ao profissional médico, a responsabilidade subjetiva em razão da motivação dos danos causados ao paciente.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO DE MÉDICO DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE

É sabido que para promover a prestação de serviços à saúde privada, as operadoras de planos, integram o credenciamento de hospitais, clínicas e médicos, atuando em uma atividade de alto risco, posto que as pessoas que procuram o serviço geralmente estão acometidas por doenças ou por precaução.

Como tratado no decorrer deste trabalho, compreende-se que as operadoras de planos de saúde são fornecedoras de serviços médicos, e como tal respondem em regra, objetivamente, em razão dos danos causados aos seus beneficiários, no caso dos serviços prestados que versem sobre a própria atividade empresarial. Nesse sentido, destaca-se a aplicação de reajuste, defeito de equipamentos, comercialização de planos de saúde, ausência de vigilância e assistência a pacientes durante internação, credenciamento de estabelecimentos e profissionais para promover a prestação dos serviços, dentre outros.

A jurisprudência moderna⁵ encara como solidária a responsabilidade das operadoras privada de planos de saúde pelos danos que eventualmente venham a sofrer os seus segurados.

O doutrinador Nehemias Domingos de Melo traz em sua obra (2014, p.201) a distinção entre a responsabilidade solidária das operadoras de planos de saúde e a sua exoneração. Veja:

As empresas operadoras de planos de saúde são solidariamente responsáveis, juntamente com os médicos e hospitais credenciados que agem, em verdade, com os seus verdadeiros prepostos, pelos danos

⁵ Tribunal de Justiça do Amapá TJ-AP -RECURSO INOMINADO : RI 0033192-67.2017.8.03.0001 AP

causados aos seus consorciados. Isto porque as empresas de planos de saúde, ao disponibilizarem uma relação de hospitais ou profissionais credenciados [...] estão aptas a prestar um serviço de boa qualidade, não podendo de eximir ao argumento de que a escolha foi feita pelo usuário dos serviços[...]

Diferente é a situação em que o paciente contratou o seguro saúde porque, nesse caso, a escolha do médico é feita pelo próprio segurado, quanto que a responsabilidade do segurado é tão somente com o reembolso das despesas realizadas. [...] Logo, qualquer dano sofrido em face do atendimento que lhe foi prestado pelo médico ou hospital conveniado não lhe diz respeito, porque não há como estabelecer um liame de causalidade entre a empresa que contratou o plano de saúde e o dano sofrido pelo associado.

Destarte, a responsabilidade civil como já explicado neste artigo demanda tão somente à comprovação do nexos de causalidade entre a conduta tomada e o resultado obtido. Assim, basta que haja a comprovação da falha na prestação de serviços, não sendo necessário a averiguação se houve culpa ou dolo praticada pela operadora, mas sim, a exclusiva observância do resultado que teve como resultado o evento danoso.

Deste modo, a doutrina vem pacificando o entendimento de que havendo falha ou erro médico, não caberá ao plano de saúde responder objetivamente por eventuais danos causados ao beneficiário, tendo vista que o art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, impõe, ao contrário, ao profissional da medicina a responsabilidade subjetiva. Portanto, a responsabilidade subjetiva no caso em tela, atinge não só o médico, mas também a operadora de plano de saúde.

Importante analisar neste contexto, se o plano de saúde, tido como prestador de serviço, possuía o condão de prevenir o ato lesivo, e por algum fator, não o fez. Logo, a doutrina entende que a prestadora de serviços não pode ser responsabilizada pelo insucesso da realização do procedimento cirúrgico, em detrimento do estado clínico de saúde do paciente.

É imprescindível frisar que, para caracterizar a responsabilidade subjetiva dos planos de saúde, em decorrência do serviço defeituoso quanto ao erro praticado pelo profissional médico, se fara necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: dever de agir, conduta culposa ou dolosa, nexos de causalidade e dano.

Todavia, tratando-se do **erro médico** em detrimento ato cirúrgico, a relação entre profissional da medicina e paciente, incide a responsabilidade subjetiva, observada no art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Por conseguinte, para se ter caracterizado a responsabilidade médica, o paciente deverá comprovar o ato ilícito, a culpa, o dano e do nexo de causalidade, nos termos previstos pelo artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil Brasileiro.

Assim, apenas por meio de uma prova pericial, realizada por profissional da área, não cabendo ao jurista tal competência, posto que possui formação diversa, demonstrar se houve nexo causal entre o agir **médico** e o alegado prejuízo sofrido pelo paciente, de modo que somente após essa análise, poderá concluir a culpa do médico e, conseqüentemente a atuação da operadora de plano de saúde ao qual o paciente é vinculado.

Importante mencionar que, ao arbitrar a indenização, o magistrado deverá considerar as condições do caráter punitivo, a condição social, a economia do lesado, bem como a repercussão do dano. Nestes termos o doutrinador Sérgio Cavaliere Filho (2012, p.426) afirma que:

[...] Não vemos a menor incompatibilidade entre a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares e a responsabilidade objetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, mesmo em face dos riscos de certos tipos de cirurgias e tratamentos, tendo em vista que o hospital só responderá quando o evento decorrer de defeito do serviço”.

O doutrinador entende que, mesmo havendo a responsabilidade objetiva, é essencial a existência do nexo de causalidade entre a conduta praticada e o resultado obtido. Deste modo, não sendo possível apontar o defeito da prestação de serviço, não caberá se cogitar na responsabilidade da operadora de planos de saúde ou do hospital, por mais que tenha existido insucesso na realização do procedimento.

Assim, basta que as operadoras de planos de saúde e o profissional médico comprove que o evento danoso não se deu em detrimento de suas atividades, mas sim, por situações imprevisíveis, oriundas da própria natureza do paciente, ou seja, do recebimento do seu organismo ao procedimento realizado.

A jurisprudência entende que, para se ter um erro médico é imprescindível a produção de provas concretas e convincentes acerca da responsabilização do

profissional médico.

RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANOMORAL - ERROMÉDICO - ÔNUSDAPROVA - CULPAINDEMONSTRADA - EXCLUDENTE DO DEVER INDENIZATÓRIO - LAUDO PERICIAL - FORÇA PROBANTE. - O direito pátrio adotou a teoria da culpa no que diz respeito à responsabilidade médica e à vítima restou a incumbência de demonstrar a sua ocorrência. Assim, para que possa responsabilizar o médico pelos insucessos, no exercício de seu mister, é necessário que resulte provado, de modo concludente, que o evento danoso se deu em razão de sua negligência, imprudência ou imperícia (NCCB, art. 951). - Embora não esteja adstrito ao laudo pericial (art. 436 do CPC), para rejeitá-lo, impõe-se a existência de provas concretas e convincentes, em sentido contrário.

Finaliza-se que para que haja a aplicação da responsabilidade objetiva das operadoras de planos de saúde, quanto ao erro praticado por profissional médico, deverá a perícia constatar se o médico agiu com imprudência, imperícia ou negligência, com o objetivo de avaliar se houve culpa por parte do médico.

3.3 DA AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicia-se o tema com afirmação de Cavalieri Filho (2012, p.428) que atesta que “médico e hospital só podem ser responsabilizados pelos riscos adquiridos, isto é pelo defeito do serviço”.

A responsabilidade civil resguarda o indivíduo, neste caso ao paciente a reparação do dano sofrido, contudo, se faz necessário que haja o nexo causal entre a conduta do agente causador do dano e o dano propriamente dito. Ao buscar o Poder Judiciário, o paciente deverá avaliar se possui todos os meios inerentes a responsabilidade civil do médico ao seu lado, de contrário a perícia técnica, poderá constatar que o dano sofrido pelo paciente se deu exclusivamente pela suposta vítima, ou de terceiros, não configurando defeitos na prestação de serviços por parte do profissional médico e do plano de saúde.

Tendo por pilar o STJ, a configuração de RESPONSABILIDADE POR ERRO MÉDICO exige necessariamente a COMPROVAÇÃO TÉCNICO-LEGAL da autoria certa, sendo insuficiente a simples narrativa de fatos para sustentar decisão condenatória. Cabe ao acusador provar o erro médico/hospitalar, sempre tendo

como rumo o fato de que este só gera dano indenizável se for erro grosseiro. É a JURISPRUDÊNCIA:

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MÉDICO - INOCORRÊNCIA - ERRO GROSSEIRO NÃO VERIFICADO - PACIENTE INTERNADA COM O DIAGNÓSTICO DE LABIRINTITE E QUE 24 HORAS DEPOIS FALECE POR INFARTO AGUDO DO MIOCÁRDIO - CAUSA DO ÓBITO NÃO RELACIONADA COM A DO INTERNAMENTO - SINTOMATOLOGIA QUE APONTAVA PARA O DIAGNÓSTICO APRESENTADO - AUSÊNCIA DE QUAISQUER DAS MODALIDADES DE CULPA DO PROFISSIONAL - ÔNUS DA PROVA A CARGO DOS AUTORES, PORQUE A OBRIGAÇÃO DO MÉDICO ERA DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO - RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL IGUALMENTE AFASTADA - "O extrato de monografias no estudo da chamada 'morte súbita' circunscrito ao campo da cardiologia, indicam na incidência da isquemia miocárdica silenciosa como fator imprevisível e irreversível de razoável freqüência, a ocorrência de nenhum sintoma aparente" (Acórdão nº 10133, 2º Câmara Cível, Relator Des. Patitucci).

Se os profissionais utilizaram meios técnicos reconhecidamente indicados ao tratamento do quadro clínico apresentado pelo paciente, somente uma prova irretorquível poderá ensejar indenização. Logo, pela infinidade de variáveis que permeiam a medicina, se ausente o erro grosseiro na conduta do médico, inexistente o dever indenizatório.

A conduta clínica compete ao profissional médico e a ninguém mais, merecendo atenção a apuração de eventual IMPERÍCIA, NEGLIGÊNCIA OU IMPRUDÊNCIA.

Logo, não haverá de ser aplicada a Responsabilidade Objetiva, cujo entendimento jurisprudencial do STJ, tem firme que a apuração da conduta do estabelecimento hospitalar ou operadora de plano de saúde DEPENDE DA PROVA SOBRE OS COMPONENTES DA CULPA. Vide jurisprudência:

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAL E MATERIAL EM DECORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CONDOTA MÉDICA ADOTADA EM RELAÇÃO AO QUADRO CLÍNICO APRESENTADO REALIZADA DE FORMA ADEQUADA. AFASTADA A

RESPONSABILIDADE DA CLÍNICA, A QUAL ESTÁ VINCULADA À COMPROVAÇÃO DA CULPA DO MÉDICO. CONHECIMENTO DE DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Portanto, a responsabilidade civil dos planos de saúde será objetiva quando o erro for decorrente de procedimentos inerentes da atividade da operadora, e subjetiva quando o dano suceder do serviço do profissional médico credenciado do convênio.

Contudo, caso o serviço prestado ao paciente não seja constatado nenhum defeito, muito menos delonga na autorização ou disponibilização do procedimento, não há que se falar em responsabilidade e conseqüentemente em dever de indenizar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando ao fim do presente trabalho, considera-se importante o entendimento da responsabilidade civil, com o advento do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal de 1988.

Por conseguinte, o consumidor passou a compreender as situações em que poderá recorrer ao Poder Judiciário, ou seja, quando de fato, houver violação do seu direito, conseguindo visualizar de quem é a responsabilidade pela lesão causada, seja pela operadora de planos de saúde ou pelo profissional médico.

Nesse cenário, a demanda fundada na responsabilidade civil por erro médico, tende a conglobar elementos próprios do caso concreto, devendo tais fatos serem observadas pelo intérprete, sob pena de se construir decisões jurídicas incoerentes e injusta.

É fundamental que o julgador perceba além da lesão sofrida pelo paciente/usuário, se o próprio lesado deu causa ao dano, observando os riscos inerentes a realização de determinado procedimento, se houve o efetivo cuidado apontado pelo médico assistente.

Tal compreensão é de suma importância para o Judiciário, posto que qualquer resultado que não seja aquele pretendido pelo paciente, passou a ser motivo de proposição de ação para obtenção de indenização por danos morais.

Assim, a ausência de aprofundamento do caso concreto pelo juízo, o qual deixa de esgotar as possibilidades que deu causa ao resultado, vem deixando a

justiça abarrotada de processos, vez que se tornou cultural a pretensão da reparação de danos, fazendo com que o judiciário se tornasse uma indústria de danos morais. Inclusive, em alguns casos, o juiz passa a julgar através de entendimento próprio, ou seja, deixa de lado a real necessidade de realização de perícia por profissional da área habilitado, compreendendo que seu entendimento é suficiente para julgar um possível erro médico.

Finalmente, notamos que a responsabilidade das operadoras de planos de saúde não se confunde com a responsabilidade do médico. A princípio, deverá responder solidariamente nos casos comprovados de dano oriundo da conduta do profissional médico, excetuando-se as situações nas quais tenha atuado com todo o dever de cuidado inerente a sua atividade, o que significa que não teve ingerência nos serviços médicos prestados. Por exemplo, nos casos em que o paciente dá entrada em seu pronto-socorro e, que o médico, no exercício de sua profissão, agiu na qualidade de autônomo, motivo pelo qual o plano de saúde não tinha o dever de fiscalizar.

Diante de todo trabalho científico, foi possível compreender que para a aplicação da responsabilidade civil, se faz necessário observar os elementos constantes no caso concreto, mediante o limite da responsabilidade das operadoras de planos de saúde, profissionais médicos e pacientes, para que o Poder Judiciário, caso entenda que houve dano, aplique a obrigação de reparação na medida de sua culpabilidade e de forma fundamentada.

REFERÊNCIAS

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: Principiologia, Conceitos, Contratos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2. ed. rev. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012

- FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 10° Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 10ªEd. São Paulo: Saraiva, 2012
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SUPLEMENTAR, Agência Nacional de Saúde. **Regulação & Saúde**. Documentos técnicos de apoio ao Fórum de Saúde Suplementar de 2003. Vol.1, TOMO 1, Rio de Janeiro: MS, 2004
- SUPLEMENTAR, Agência Nacional de Saúde. **Regulação & Saúde**. Documentos técnicos de apoio ao Fórum de Saúde Suplementar de 2003. Vol.3, TOMO 2, Rio de Janeiro: MS, 2004
- SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética: Legislação Positiva Aplicável**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- VIANA, Thiago Henrique Federi. **Erro Médico: Responsabilidade Civil do Médico, Hospital e Plano de Saúde**. Campinas, SP: Millennium Editora. 2012.
-