

A APLICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS CONTEMPORÂNEOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM RELAÇÃO ÀS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

THE APPLICATION OF CONTEMPORARY ASSUMPTIONS OF LIABILITY WITH RESPECT TO THE PROVIDER OF HEALTH PLANS

ROBERTO RIBAS TAVARNARO¹

FERNANDO GUSTAVO KNOERR²

RESUMO

O presente artigo estuda a responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde, sob a perspectiva da possibilidade de aplicação dos pressupostos modernos da responsabilidade civil, enfrentando ainda a natureza jurídica das cooperativas de trabalho médico e a possibilidade de alcance destas pela moderna teoria da imputação. Para tanto, a partir da noção clássica da responsabilidade civil, analisa a responsabilidade civil derivada da atividade médica, a responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde e de que forma elas são aplicadas, levando-se em conta a responsabilidade objetiva e a solidariedade. A metodologia da pesquisa utilizada consiste na busca bibliográfica, com base em livros, artigos e textos que versam sobre o tema e na análise do posicionamento jurisprudencial brasileiro.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Planos de Saúde; Pressupostos Contemporâneos; Cooperativas.

ABSTRACT

This article studies the liability of providers of health plans from the perspective of the possibility of application of modern assumptions of liability, still facing the legal nature

¹ Mestrando no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba UNICURITIBA. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2003). Advogado, membro da Comissão de Direito Imobiliário da OAB/PR e da 10ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/PR. Foi Conselheiro da OAB - Subseção de Ponta Grossa/PR no triênio 2010-2012

² Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Paraná e da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Advogado.

of medical work cooperatives and the possibility of the scope of this modern theory of imputation. To do so, from the classical notion of liability, analyze the derivative liability of medical activity, the liability of operators of health plans and how they are applied, taking into account the objective responsibility and solidarity. The research methodology used is the literature search, based on books, articles, and texts that deal with the topic and the analysis of the Brazilian judicial position.

Keywords: Civil Liability; Health Plans; Contemporary Assumptions; Cooperatives.

INTRODUÇÃO

Atualmente o estudo da responsabilidade civil tem ganhado contornos que se afastam da doutrina clássica, a qual é baseada na segurança jurídica e exige a presença dos elementos ato ilícito, dano, nexo de causalidade e culpa (na maioria dos casos) para a caracterização da responsabilidade.

Os pressupostos contemporâneos do dever de indenizar vão além da lição tradicional para proteger a vítima de uma maneira mais abrangente, não em função da busca pela penalização do ofensor, mas simplesmente diante da moderna visão acerca da socialização dos riscos.

No âmbito da responsabilidade civil médica, que invariavelmente resvala nos planos de saúde³, a evolução é visível, mas sempre contida pela importante regra acerca da necessidade de verificação da culpa para a responsabilização do profissional liberal. Nota-se, nesse contexto, uma mistura de entendimentos, pois, ao passo em que a responsabilidade civil do médico é subjetiva – e quanto a isso não paira dúvida –, a responsabilidade dos planos de saúde vem sendo considerada objetiva, relegando ao plano interno, regressivamente, a discussão da culpa entre esses agentes.

³ que hoje atendem mais de um quarto da população brasileira (fonte: Sistema de Informações de Beneficiários/ANS/MS - 06/2013. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em 08/11/2013).

Além da natureza da responsabilidade – objetiva⁴ ou subjetiva⁵ –, a solidariedade entre médicos e administradoras de planos de saúde também merece relevo, principalmente ao se considerar que uma das maiores operadoras do Brasil possui natureza jurídica de cooperativa de trabalho, cujas características são peculiares, dentre elas a ausência de fins lucrativos.

A jurisprudência que se debruça sobre o tema, ancorada nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, é repetitiva em declarar a solidariedade das administradoras de planos de saúde nas condenações por erro médico, mas é reticente na sua responsabilização objetiva pelo mesmo fato.

No entanto, a doutrina, embora preste adesão a esse entendimento, mostra certa divergência, principalmente porque se preocupa mais com os conceitos jurídicos, ao passo que os tribunais não podem olvidar a pacificação social.

Assim, neste estudo é analisada a responsabilidade civil dos planos de saúde, do ponto de vista da sua natureza (objetiva ou subjetiva), bem como da existência de solidariedade com o profissional em razão do erro médico, analisando se a moderna teoria da imputação pode ser aplicada nesse contexto, abordando ainda a especial condição das cooperativas de trabalho médico.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DERIVADA DA ATIVIDADE MÉDICA

A análise da conduta médica e a responsabilidade pelos atos dela derivados, pelas nuances da atividade, esteve sempre ligada à existência de culpa. De fato, não é difícil justificar essa posição, pois a medicina, ciência humana, reserva pouco ou nenhum espaço para exatidões, ainda mais se consideradas as inúmeras possibilidades de variação do estado de saúde do ser humano.

⁴ “A responsabilidade objetiva – ou pelo risco – ‘é a obrigação de reparar danos que independentemente de qualquer ideia de dolo ou culpa, sejam resultantes de ações ou omissões de alguém, ou estejam simplesmente conexas com sua atividade’. Os danos ocorrem durante a atividade realizada no interesse ou sob o controle de alguém, que só por isso torna-se responsável, sendo desinfluyente para a imposição do dever de indenizar ter o agente – ou não – agido com culpa.” (KFOURI NETO, MIGUEL. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010, p. 89)

⁵ A essência da responsabilidade subjetiva assenta-se na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo da vítima. No direito brasileiro, a responsabilidade civil tem como fundamento basilar o princípio da culpa. O elemento subjetivo do ato ilícito, como gerador do dever de indenizar, está na imputabilidade da conduta à consciência do agente.” (KFOURI NETO, MIGUEL. Op. cit., p. 86)

Trata-se, portanto, de atividade de meio, que consiste em prover o cuidado e o atendimento do paciente, com o objetivo de melhorar seu estado de saúde, ressalvadas algumas exceções, como as cirurgias plásticas, em que se espera o resultado. Do médico não é exigida a prestação da saúde, propriamente dita, pois isso depende inexoravelmente do organismo do paciente e de como reage ao tratamento⁶.

É a partir dessa premissa que se consolidou a exigência de demonstração de culpa do profissional médico para que seja responsabilizado pelos atos desenvolvidos no exercício de seu mister, como salienta MIGUEL KFOURI NETO:

A responsabilidade do profissional da medicina – tirante poucas exceções – não poderá jamais se divorciar do conceito tradicional de culpa, no intuito de se qualificar a conduta do médico como lesiva e apta a gerar obrigação de indenizar. A objetivação da responsabilidade, tão a gosto de considerável parcela da doutrina jurídica hodierna, aqui não pode caber. Argumenta-se que as graves dificuldades encontradas pelo lesado, para obter prova do nexa causal e, até da autoria do dano, justificam a opção pela responsabilidade objetiva. Doutro lado, a proliferação dos grandes hospitais, onde convivem inúmeros enfermos e médicos, e a utilização sempre crescente de equipamentos sofisticados na atividade curativa contribuíram para despersonalizar a relação médico-paciente na vida moderna. Haveria, pois, uma evolução, iniciando-se pela responsabilidade subjetiva, passando-se pela teoria do risco (exacerbação da teoria objetivista), até se estabelecer, em definitivo, a responsabilidade objetiva.⁷

1.1 A NOÇÃO CLÁSSICA DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil de 1916 tratou da responsabilidade civil de maneira a prestigiar a segurança, exigindo do agente uma conduta dolosa ou culposa. No início do século XX, a responsabilidade independente de culpa somente era admitida excepcionalmente, em casos específicos e previamente estipulados.

A respeito, salienta ROBERTO ALTHEIM que

⁶ Como bem observa MIGUEL KFOURI NETO, “dar cobertura a todo risco de doença ou morte, em atividade médica, corresponderia a obrigar o médico a dar saúde ao doente, a prolongar a vida, ultrapassando as potencialidades do médico enquanto homem, para transformá-lo num Deus” (KFOURI NETO, MIGUEL. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013, p. 46).

⁷ Ibid., p. 44.

Os pressupostos tradicionais do dever de indenizar, construídos de acordo com essas ideias, estavam em perfeita sintonia com os anseios do mundo da segurança, pois a todos era possibilitado o conhecimento dos limites dentro dos quais poderiam exercer sua autonomia da vontade sem que seus atos pudessem gerar o dever de indenizar alguém.⁸

Essa visão, no entanto, de modo absoluto, não se mostra adequada em razão da significativa transformação social e econômica vivenciada no último século, circunstância que foi identificada já na década de 1960 por ALVINO LIMA, citado por ROBERTO ALTHEIM nos seguintes termos:

Tal discussão foi muito bem esclarecida para o direito brasileiro por ALVINO LIMA, em 1960, na obra "Culpa e Risco". Tal obra demonstra que as necessidades econômicas e sociais da vida atual obrigaram o legislador a "*abrir brechas na concepção da teoria clássica da responsabilidade*", de forma que a responsabilidade objetiva tem conquistado terreno cada vez maior sobre aquela, fundada na culpa.⁹

Seguindo a mesma linha, adverte PAUL RICOER que

toda a história contemporânea daquilo que se chama direito da responsabilidade, no sentido técnico do termo, tende a abrir espaço para a ideia de responsabilidade sem culpa, sob a pressão de conceitos como os de solidariedade, segurança e risco, que tendem a ocupar o lugar da ideia de culpa. É como se a despenalização da responsabilidade civil também devesse implicar sua inteira desculpabilização.¹⁰

Constata-se, assim, que, em várias situações, os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil não se mostram suficientes a justificar, por si, uma condenação. Por essa razão, propõe este último autor a adoção das posturas tópico-indutiva e sistemático-dedutiva para a resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, em contraposição ao sistema-perito, no qual os conceitos e soluções são estabelecidos previa e hipoteticamente, sem que ocorra a análise das circunstâncias do caso concreto.

⁸ ALTHEIM, ROBERTO. **Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar**. Curitiba : Juruá, 2008, p. 87.

⁹ Ibid., p. 95.

¹⁰ RICOEUR, PAUL. **O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**, trad. por IVONE C. BENEDETTI. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2008, p. 49.

Nesse sentido, LUIZ EDSON FACHIN, citado por ROBERTO ALTHEIM¹¹, assim elucida:

Passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda não gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, os princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da percepção bem concreta dessa coisa que se chama solidariedade social que nas modernas sociedades já penetrou profundamente na área do direito privado. No plano da responsabilidade civil, essa repercussão já deixa de lado um elevado grau de abstração para compreender soluções concretas.

1.2 A TENDÊNCIA MODERNA

A doutrina contemporânea, ao se deparar com a insuficiência dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil, derivada da transformação social, elenca os elementos modernos do dever de indenizar, quais sejam, a antijuridicidade, o dano injusto, o nexo de imputação e o nexo de causalidade.

Prestigia-se, agora, os princípios da justiça distributiva e de solidariedade social, ou seja, a diluição do prejuízo entre vários atores sociais ou, ao menos, sua previsão, acompanhada da devida precaução. Preocupa-se mais com a reparação do prejuízo do que com a punição do ofensor¹².

O primeiro elemento, antijuridicidade, refere-se a uma situação contrária ao ordenamento jurídico, “independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém”¹³.

Caracteriza dano injusto a violação a um direito de outrem, acompanhada do prejuízo, material ou imaterial, a ser analisada casuisticamente.

O nexo de imputação, também denominado fator de atribuição, constitui a melhor expressão da tendência moderna. De acordo com FERNANDO NORONHA, se refere ao “fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma

¹¹ ALTHEIM, op. cit., p. 115.

¹² [...] é preciso evidenciar o deslocamento representado pela mudança de *objeto* da responsabilidade, deslocamento que encontra expressão em construções gramaticais novas. No plano jurídico, declara-se o autor responsável pelos *efeitos* de sua ação e, entre estes, pelos danos causados. No plano moral, a responsabilidade é por *outro ser humano, outrem*. (RICOER, op. cit., p. 53)

¹³ NORONHA, FERNANDO, *apud* ALTHEIM, ROBERTO, op. cit., p. 118.

determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico”.¹⁴

A esse respeito a doutrina de RODRIGO XAVIER LEONARDO é elucidativa:

Destaca-se, cada vez mais, a compreensão de que o dever de indenizar é proveniente de uma imputação, que pode ter por fundamento a culpa, o risco, a repartição dos custos das externalidades provenientes do desenvolvimento de uma atividade econômica, ou, ainda, uma outra escolha política que, em maior ou menor medida, pressupõe um sopesar de valores entre os interesses de proteção dos potenciais lesados e os incentivos ou a repressão a determinada conduta ou atividade.¹⁵

Por fim, o nexo de causalidade não se destina a ligar a conduta e o dano, mas o dano e as hipóteses de imputação ao responsável.

Nessa perspectiva, a conjugação dos elementos modernos da responsabilidade civil se dá mediante a aplicação das posturas tópico-indutiva – partindo da análise do caso concreto e sua repercussão – e sistemático-dedutiva – com a atribuição da indenização, e seu valor, ao responsável.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

A disciplina da responsabilidade civil atinente aos planos de saúde merece atenção especial, principalmente sob dois enfoques: a solidariedade e a responsabilidade objetiva. Isso porque a atividade dos planos de saúde está umbilicalmente ligada com o desenvolvimento da atividade do médico, a qual tem contornos distintos das atividades econômicas, principalmente porque seu ofício é ministrar um tratamento que depende muito mais da reação do paciente do que, propriamente, da sua ação.

Assim, a obrigação dos planos de saúde pela indenização dos danos causados por erro de médico conveniado deve ser objeto de exame reflexivo, pois no afã de se prestigiar o paciente – considerado quase sempre em posição desvantajosa – em detrimento das administradoras de planos de saúde – cujo porte financeiro pode fazer

¹⁴ Ibid., p. 127.

¹⁵ LEONARDO, RODRIGO XAVIER, *apud* ALTHEIM, ROBERTO, op. cit., p. 129.

frente a uma condenação – por vezes são esquecidos os fundamentos que devem sustentar essa responsabilidade.

2.1. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Quanto ao caráter da responsabilidade, não há dúvida de que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, diante da redação dos arts. 927, parágrafo único, do Código Civil¹⁶ – por exclusão – e 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor¹⁷. Ambos reclamam a demonstração de culpa para que haja a obrigação de indenizar.

Porém, quando se trata da responsabilidade das operadoras de planos de saúde, há uma certa divergência, ou indefinição, da doutrina e jurisprudência, com o predomínio da tendência a afastar dessas pessoas jurídicas a aplicação da excludente do referido § 4º do art. 14 do CDC.

O fundamento de quem defende a responsabilidade objetiva é a proteção do paciente, garantindo a ele a possibilidade da indenização, muito maior se estendida, para além do patrimônio do médico, aos hospitais e administradoras de planos de saúde:

Esta unidade subjetiva é fruto de responsabilidade objetiva concebida para garantir a maior probabilidade da vítima ver-se indenizada com sucesso, independente de quem tenha sido o culpado efetivo no evento danoso. Em outras palavras, a operadora de planos de saúde, responde objetivamente pela eleição, escolha do plantel de profissionais que oferece a seus associados, bem como pelas instituições hospitalares, quando não for proprietária desta e, ainda, pelo acidente de serviço, independente de ter tido o profissional agido ou não com culpa.

Por isso, fica afastada a possibilidade de a questão ser resolvida pelos arts. 1.521 cumulado com o art. 1.523 do CC, porque estes regem relações civis segundo as regras da responsabilidade subjetiva. Perante o consumidor a responsabilidade da operadora, do hospital e do médico é objetiva e concorrente; porém a responsabilidade entre estes responsáveis solidários

¹⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁷ 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.

enumerados, se rege pelo Código Civil, respondendo cada um nos limites da sua culpa.¹⁸

No mesmo sentido é esta outra decisão da Corte Superior, que estabelece, perante o paciente, a possibilidade de responsabilização de todos os participantes da cadeia de fornecimento, os quais devem, internamente e após a indenização, resolver regressivamente a parcela devida por cada um aferindo a culpa correspondente:

Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço. 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, art. 1.521, III, 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.¹⁹

A propósito, este é o escólio de CLAUDIA LIMA MARQUES:

Destaque-se, também, que o contrato de planos de saúde, como hoje regulado pela lei de 1998 e pelo CDC de 1990, apresenta muitas semelhanças com o contrato clássico de fornecimento de serviços médico-hospitalares simples, isto é, aquele fechado por um consumidor que procura o médico ou hospital na atualidade de sua doença ou acidente e não em face de um seguro ou previsão de eventual doença futura. Esse contrato clássico era o contrato de medicina paga, e não medicina pré-paga, como os planos atuais. Destacamos a semelhança de ambos os tipos por dois motivos: a) mister notar que esses dois contratos (medicina paga e medicina organizada pré-paga) podem ser incluídos como subespécies de “contrato de assistência médico-hospitalar”; e b) a organização sistemática e em cadeia da medicina pré-paga, não mais como seguro de risco, mas como serviço garantido de prestação em caso de evento à saúde, deixa clara a responsabilidade solidária entre o organizador da cadeia (fornecedor indireto, mas contratante) e o prestador dos serviços médicos (fornecedor direto, médico, hospital, clínica, contratante interno da cadeia de fornecimento de serviços de saúde). Essa observação é importante porque facilita a visualização da nova responsabilidade dos organizadores (operadoras) dos planos de saúde perante os consumidores, por eventuais erros médicos e falhas na prestação (acidentes de consumo) nas clínicas e nos hospitais conveniados. Enquanto protegida pelo manto do contrato de “seguro-saúde”, a aceitação da

¹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 138.059/MG, rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ de 11.06.2001, voto da Min. NANCY ANDRIGHI.

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 866.371/RS, rel. Min. RAUL ARAÚJO, j. em 27.03.2012.

existência de uma obrigação conjunta de qualidade (leia-se, solidariedade) era mais comum entre médico e hospital, isto é, entre os fornecedores diretos dos serviços. Com a nova lei, a obrigação conjunta de qualidade-adequação (não existência de vício no serviço) e de qualidade-segurança, na terminologia de ANTONIO HERMAN BENJAMIN, isto é, de que não haja um defeito na prestação e conseqüente acidente de consumo danoso à segurança do consumidor-destinatário final do serviço de saúde, é verdadeiro dever imperativo de qualidade (arts. 24 e 25 do CDC), que se expande para alcançar todos os que estão na cadeia de fornecimento, *ex vi* arts, 14 e 20 do CDC, impondo a solidariedade de todos os fornecedores da cadeia, inclusive as operadoras (parágrafo único do art. 7º do CDC).²⁰

A mesma opinião é encontrada na doutrina de OSCAR ERNESTO GARAY, ao analisar o ordenamento jurídico argentino²¹.

Ocorre, contudo, que a aplicação genérica da responsabilidade objetiva em todos os casos pode carecer de fundamento. Impõe-se, nesse momento, pinçar, do rol das prestações atribuídas às operadoras de planos de saúde, aquelas prestadas pelos profissionais liberais, especialmente os médicos.

A propósito, convém assinalar que a Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça, editada em 2010, embora enuncie que “aplica-se o Código de Processo Civil aos contratos de plano de saúde”, foi editada a partir de nove julgados que não trataram de responsabilidade civil, mas de discussões judiciais envolvendo meramente as disposições das cláusulas contratuais quanto à extensão da cobertura, carência, limitação de tempo de internação etc.

Justifica-se, nesse contexto, que se afaste a responsabilidade objetiva das administradoras de planos de saúde quando se tratar, especificamente, da atividade médica, cuja responsabilização deve demandar a verificação de culpa. Com efeito, não há fundamento para se considerar a administradora de plano de saúde responsável por um ato do médico quando não demonstrada a culpa deste – que, nesse caso, não será responsabilizado – ressalvadas as outras atividades prestadas pela operadora, como, por exemplo, o fornecimento de materiais cirúrgicos, exames etc.

Foi assim que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao exigir, para a condenação de um hospital, a demonstração de culpa do profissional:

²⁰ MARQUES, CLAUDIA LIMA. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 510-511.

²¹ GARAY, OSCAR ERNESTO. **La Medicina Prepaga**. Buenos Aires : Ad-Hoc Villela Editor, 2002, p. 181.

O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a 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.²²

Assim, revela-se indispensável, na discussão da responsabilidade, a identificação do fato danoso, se proveniente de erro médico ou de outra causa derivada da atividade terapêutica ou cirúrgica.

2.2. SOLIDARIEDADE

De outro lado, no que pertine à solidariedade, importa ter em mente que, de acordo com o art. 265 do Código Civil, esta “não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Nesse caso, as únicas normas que podem determinar a responsabilidade solidária das operadoras e dos médicos são o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. O primeiro, ao estabelecer, em seu art. 932, que “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 segundo, ao cancelar, além da responsabilidade pelo fato praticado por preposto (art. 34), também a responsabilidade de todos que participam da cadeia de fornecimento do serviço²³.

É o que se vê no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

A operadora de plano de saúde ostenta legitimidade passiva *ad causam* em demanda cujo objeto é a responsabilização civil por suposto erro médico de profissional por ela referenciado, porquanto a cooperativa tem por objeto a assistência médica e celebra contrato com seus associados, regulamentando a prestação de seus serviços de maneira padronizada, por meio dos médicos e hospitais a ela filiados. Precedentes.²⁴

²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.216.424/MT, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. em 09.08.2011.

²³ Art. 7º (...) Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

²⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.319.848/RJ, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. em 03.06.2014.

Contudo, como visto, não se pode olvidar a natureza da relação jurídica estabelecida entre o médico e a administradora do plano de saúde. Com efeito, se for afastada a condição de preposição entre o médico e a operadora, não poderão ser aplicados os arts. 932, III do Código Civil e 34 do CDC, restando, para garantir a solidariedade, apenas a regra da responsabilização de toda a cadeia, prevista na norma consumerista.

3. A APLICAÇÃO DA TENDÊNCIA MODERNA DA RESPONSABILIDADE CIVIL AOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

A análise do problema examinado converge para a responsabilização das operadoras, de modo solidário, pelos danos cometidos pelos médicos a ela conveniados, mas apenas quando verificada a culpa destes e, de forma objetiva, pelo cumprimento das demais obrigações contratuais.

Resta evidente, pela análise da doutrina e jurisprudência que remetem à responsabilização das administradoras de planos de saúde, que nessa modalidade de condenação não se busca, como objetivo principal, a punição do ofensor, mas a reparação do dano à vítima. Afinal, se a intenção fosse meramente punitiva somente seria ventilada a hipótese de condenação do profissional, e não dos demais participantes da cadeia negocial.

Contudo, como visto, somente se justifica a responsabilização objetiva das operadoras de planos de saúde por ato médico se o debate for analisado sob a perspectiva da tendência moderna, anteriormente explicitada, baseada na solidariedade, na precaução e na previsão dos riscos.

Assim, em caso de dano derivado da atividade médica, a vítima seria poupada da difícil missão de comprovar a culpa do profissional e, demonstrando os demais elementos, seria reparada pelo dano sofrido, às expensas da administradora do plano que, precavida, já teria diluído a despesa nos demais custos pertinentes à sua atividade.

Ocorre, todavia, que um dos principais eixos de sustentação da tendência moderna da responsabilidade civil é a relação risco-proveito, ou seja, o benefício que determinada empresa tem ao realizar uma atividade que gera risco a outrem, ainda

que este seja eventual. Para além disso, é a sujeição da empresa à reparação de um dano ligado à sua atividade, porque é dessa atividade que tira proveito e auferir lucros, ainda que não haja nexos de causalidade entre o dano e a conduta de algum de seus prepostos.

Nos casos de tratamento médico intermediado por operadoras de planos de saúde, a condenação destas por um dano ocasionado ao paciente, ainda que não se verifique a culpa do médico, seria uma possibilidade. Nessa hipótese, por dano não poderia ser considerada a evolução normal do estado de saúde, mas uma reação inesperada, ainda que não derivada da desídia do profissional. Por exemplo, em casos de embolia pulmonar após cirurgia ortopédica na qual foi realizada a prevenção correta. Sabe-se do risco e da prevenção. Porém, há situações em que, mesmo com a adoção de todas as medidas preconizadas, sobrevém óbito do paciente. Assim, mesmo que não demonstrada a culpa do médico, haveria a reparação do dano, pela operadora.

Estariam presentes os elementos modernos da responsabilidade civil, a saber: a antijuridicidade, pela lesão a um bem juridicamente protegido, o dano injusto, diante da ponderação entre o ato (conduta médica) e o dano (morte do paciente), com a prevalência do segundo, o nexo de imputação, pela atribuição da responsabilidade a quem obtém benefício com a atividade e o nexo de causalidade entre o fato (morte do paciente) e a atividade exercida pelo responsável.

Enquanto a administradora de plano de saúde obtiver proveito, assim entendido o lucro, com a atividade desenvolvida pelo médico, justifica-se a sua responsabilização objetiva se forem aplicados os pressupostos contemporâneos da responsabilidade civil.

Como adverte ANDERSON SCHREIBER,

em tais situações, a responsabilidade objetiva parece revelar a sua verdadeira essência na contemporaneidade: não a de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação objetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima – uma proposição, portanto, essencialmente negativa.²⁵

²⁵ SCHREIBER, ANDERSON. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo : Ed. Atlas, 2013, p. 30.

Porém, há casos em que a operadora não é constituída com a finalidade de obtenção de lucro, mas apenas na forma de cooperativa de trabalho, cujo objetivo é facilitar a realização da profissão médica. Cabe, portanto, analisar se essa forma de constituição de sociedade pode albergar a responsabilidade civil moderna.

3.1. AS COOPERATIVAS DE TRABALHO MÉDICO

Embora haja certa divergência doutrinária, as cooperativas de trabalho médico são espécies de sociedade simples, reguladas pela Lei 5.764/1971 e pelo Código Civil, especialmente em seus arts. 1093 a 1096.

Trata-se de modalidade societária *sui generis*, dados os seus contornos que a diferem da sociedade empresária e dos demais tipos societários, principalmente em razão do objetivo, que não pode ser o lucro, por expressa previsão do art. 3º da lei especial:

As cooperativas são sociedades de natureza jurídica própria, sendo reguladas pela Lei 5.764/71, possuindo, portanto, peculiaridades que as diferenciam dos demais tipos societários. Embora não sejam consideradas empresárias, realizam importantes atividades econômicas, sem escopo lucrativo. Seus sócios se comprometem a contribuir com bens e serviços para a execução de atividade econômica de interesse comum interno da sociedade.²⁶

Com efeito, a ausência de escopo lucrativo é determinante para se estabelecer um diferencial entre essa e as outras sociedades. A esse respeito, assim escreveu PONTES DE MIRANDA:

A sociedade cooperativa é sociedade em que a pessoa do sócio passa à frente do elemento econômico e as consequências da personalidade da participação são profundas, a ponto de torna-las espécie de sociedade.²⁷ O fato de haver capital não pode ser base para se afirmar que há propósito capitalístico. Por vezes, o capital da sociedade cooperativa é para a luta contra os atos alheios capitalísticos. Associações ou sociedades sem qualquer proveito para os associados ou os sócios têm *capital*.²⁸

²⁶ FERREIRA, CAROLINA IWANOW et. al. Natureza jurídica das cooperativas. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 119 - 138, jan./jun. 2013.

²⁷ PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. **Tratado de Direito Privado**, t. 49. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 514.

²⁸ *Ibidem*, p. 517.

O capital é prestado por trabalhadores, porém mais importa o trabalho em cooperação do que o capital.²⁹

No mesmo sentido é a lição de ARNOLDO WALD:

A doutrina tem reconhecido que a cooperativa é uma sociedade, aproximando-se, todavia, da associação, pelos seus objetivos e pelo fato de não pretender basicamente a realização de lucros próprios e sua partilha aos sócios, mas almejando melhorar a posição dos mesmos, num clima de parceria.³⁰

Sob essa perspectiva, as cooperativas de trabalho, à primeira vista, se afastam do perfil das sociedades que exploram atividade econômica construído para acomodar a moderna teorização da responsabilidade civil e seus pressupostos contemporâneos. Como não visam lucro, não se observa, de plano, o proveito derivado da atividade, aparentemente o pilar de sustentação mais importante da teoria moderna.

Note-se que o usuário do plano de saúde é o maior beneficiado – principalmente aqueles que não pagam diretamente pelo serviço, quando o contrato é celebrado por sua empregadora –, pois tem uma cobertura significativa de tratamentos e exames, a serem prestados por uma gama igualmente grande de médicos, laboratórios, hospitais etc., situação que não poderia ser desfrutada pela maioria dos usuários se essa modalidade de prestação de serviço não existisse.

De conseguinte, apresenta-se certa dificuldade na aplicação dos pressupostos modernos para a resolução de conflitos envolvendo operadoras de plano de saúde constituídas sob a natureza de cooperativas de trabalho médico. Não se trata, pois, de uma cadeia, da qual todos os envolvidos tiram proveito. As cooperativas de trabalho, pela sua natureza, servem somente para organizar a atividade do médico, mas não com o objetivo de gerar lucro.

Assim, a regra da solidariedade prevista no art. 7º do Código de Defesa do Consumidor também deve ser aplicada com temperança, pois a cooperativa de trabalho não pode ser equiparada a uma empresa que atua no ramo da saúde suplementar com o escopo de lucro. Esta, sim, pode se amoldar ao perfil ideal da responsabilidade civil moderna.

²⁹ Ibidem, p. 601.

³⁰ WALD, ARNOLDO. **Comentários ao Novo Código Civil, v. XIV: livro II, do direito de empresa.** Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 600.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde é objeto de divergência na doutrina e jurisprudência, principalmente no que tange à possibilidade de ser tratada de forma objetiva inclusive para os casos de dano derivado da atividade do médico.

Para quem prestigia a proteção do usuário, na condição de consumidor, a solução para se adotar a responsabilidade objetiva a todos os casos é a aplicação dos pressupostos modernos da responsabilidade civil, focados não na penalização do ofensor, mas na reparação da vítima. Essa tendência baseia-se na previsão e precaução, por quem explora atividade econômica e dela auferir lucro, acerca da imputação que se lhe pode fazer, a fim de reparar um dano sofrido por um consumidor de seu produto ou serviço, ainda que este dano não derive de uma conduta de algum preposto da empresa, sem culpa.

No entanto, se a operadora do plano de saúde constituir cooperativa de trabalho, não se verificará um dos elementos indispensáveis dessa nova visão, qual seja, o proveito obtido com a atividade econômica. Com efeito, as cooperativas de trabalho, sociedades simples, não têm por escopo a obtenção de lucro, mas simplesmente a organização do trabalho de seus participantes.

Por essa razão dificulta-se o enquadramento desse tipo societário dentre as empresas que sofrem a imputação do dever de indenizar. Afinal, a cooperativa é o próprio médico e este somente pode ser responsabilizado se obrar com culpa.

REFERÊNCIAS

ALTHEIM, ROBERTO. **Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar**. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16.12.1971.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm>. Acesso em: 24.06.2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12.09.1990.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 24.06.2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11.01.2002.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 24.06.2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 138.059/MG, rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ de 11.06.2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 866.371/RS, rel. Min. RAUL ARAÚJO, j. em 27.03.2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.216.424/MT, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. em 09.08.2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.319.848/RJ, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. em 03.06.2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 469. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. Diário da Justiça Eletrônico da União, Brasília, DF, 06.12.2010.

FERREIRA, CAROLINA IWANOW et. al. Natureza jurídica das cooperativas. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 119 - 138, jan./jun. 2013.

GARAY, OSCAR ERNESTO. **La Medicina Prepaga**. Buenos Aires: Ad-Hoc Villela Editor, 2002.

KFOURI NETO, MIGUEL. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, CLAUDIA LIMA. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. **Tratado de Direito Privado**, t. 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RICOEUR, PAUL. **O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**, trad. por IVONE C. BENEDETTI. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

SCHREIBER, ANDERSON. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

WALD, ARNOLDO. **Comentários ao Novo Código Civil, v. XIV: livro II, do direito de empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.