

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

CAROLINA BARRETO CAMPELLO ROICHMAN

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE
FRENTE AOS DANOS CAUSADOS PELOS INTEGRANTES DE SUA REDE
CREDENCIADA**

Recife
2015

CAROLINA BARRETO CAMPELLO ROICHMAN

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE
FRENTE AOS DANOS CAUSADOS PELOS INTEGRANTES DE SUA REDE
CREDENCIADA**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas.

Orientador: Profa. Msc. Luciana Pereira Gomes Browne.

Recife
2015

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

R741r Roichman, Carolina Barreto Campello.
A responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde frente aos danos causados pelos integrantes de sua rede credenciada / Carolina Barreto Campello Roichman. - Recife, 2015.
121 f.

Orientador (a): Prof^a. Ms. Luciana Pereira Gomes Browne.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2015.
Inclui bibliografia.

1. Direitos. 2. Planos de saúde. 3. Responsabilidade civil. 4. Consumidor. 5. Fornecedor. I. Browne, Luciana Pereira Gomes. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2015-326)

CAROLINA BARRETO CAMPELLO ROICHMAN

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE
FRENTE AOS DANOS CAUSADOS PELOS INTEGRANTES DE SUA REDE
CREDENCIADA**

DEFESA PÚBLICA em RECIFE, _____ de _____ de 2015

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientadora Profa. Msc. Luciana Pereira Gomes Browne

1º Examinador: Prof.

2º Examinador: Prof.

Recife
2015

Dedico este trabalho ao meu marido e companheiro, João Marcelo, que sempre me incentivou a ir mais longe e a lutar por aquilo que acredito.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, aos meus pais. Além de grandes incentivadores da busca constante pelo conhecimento, são meus exemplos de que com sabedoria e ética, podemos chegar aonde quisermos.

Em continuidade, aos meus queridos professores do curso de Direito, pela paciência, técnica, mas, sobretudo, pela vontade em transmitir seus ensinamentos para a formação de bacharéis com conteúdo humano.

Por fim, mas não menos importante, à Faculdade Damas da Instrução Cristã, por ter sido meu lar por cinco anos e por ter me recebido como aluna e me entregado para o mundo como bacharela em Direito.

Em tese o juiz não pode se desgrudar da sociedade. Ele não pode desprezar os valores mais caros da sociedade na qual opera. Seria suprema arrogância - e isso eu noto em alguns juízes brasileiros, achar que não interessa o que a sociedade pensa sobre determinadas decisões.

Joaquim Barbosa
Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal.

RESUMO

Esta monografia apresenta um estudo sobre a responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde pelos danos provocados pelos integrantes de sua rede credenciada. Será feita uma breve análise histórica sobre a evolução da teoria contratual, passando pelos princípios que surgiram com o Estado Liberal e com o Estado Social, bem como da teoria da responsabilidade civil, fundada na comprovação da culpa até a eclosão do risco, para entender os fundamentos que sustentam a responsabilidade civil e solidária da cadeia de fornecedores. A partir daí será analisada a responsabilidade civil propriamente dita das operadoras de planos de saúde pelas ações e omissões dos seus credenciados, finalizando o estudo com precedentes da jurisprudência brasileira que impõem o dever de reparação a estas operadoras pelos mais diversos danos causados pelos profissionais e nosocômios que pertencem à sua rede credenciada.

Palavras-chave: Planos de saúde. Responsabilidade civil. Consumidor. Fornecedor.

ABSTRACT

This monograph presents a study about the civil liability of healthcare providers for damages caused by members of its authorized network. A brief historical analysis of the contractual theory will be presented, going through the principles that emerged with the liberal state and the welfare state, as well as the theory of civil liability, based on the evidence of guilt up to the outbreak of the risk, intending to understand the foundations that support civil and solidarity liability of the supply chain. Then the liability of healthcare providers for the actions and omissions of its accredited will be analyzed, ending the study with previous Brazilian case law that recognize civil liability and impose to the healthcare providers the obligation to repair, considering a very large sort of damage caused by professionals and hospitals that belong to its network.

Keywords: Healthcare providers. Civil liability. Costumer. Supplier.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ANS	Agência Nacional de Saúde
Art.	Artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CID	Classificação Internacional de Doenças
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
EC	Emenda Constitucional
LPS	Lei dos Planos de Saúde
NOAS	Norma Operacional da Assistência à Saúde
NOB	Norma Operacional Básica
RDC	Resolução de Diretoria Colegiada
RN	Resolução Normativa
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 A TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE E O MODELO DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE NO BRASIL	13
1.1 A saúde como direito fundamental	13
1.2 A normatização da saúde suplementar	15
1.3 A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS	18
1.4 Diferenças entre o seguro e o plano de saúde	19
CAPÍTULO 2 OS CONTRATOS DE PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE À LUZ DO ORDENAMENTO CIVIL CONSTITUCIONAL E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	22
2.1 A teoria clássica do contrato	22
2.2 A nova teoria contratual alicerçada no estado social	23
2.3 Os contratos no Código de Defesa do Consumidor	25
2.3.1 A vulnerabilidade do consumidor	25
2.3.2 A cadeia de fornecedores	28
2.3.3 Panorama geral da proteção conferida ao consumidor pela Lei nº 8.078/90	29
2.4 A mitigação da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos frente à nova ordem principiológica: a boa-fé objetiva, a função social do contrato, a equivalência material e a transparência nas relações de consumo	33
2.5 Os contratos de planos privados de assistência à saúde	37
2.5.1 A natureza jurídica dos contratos de planos privados de assistência à saúde	37
2.5.1.1 Os contratos cativos de longa duração	39
2.5.2 Características gerais e regulamentação dos planos privados de assistência à saúde	40
CAPÍTULO 3 A ECLOSÃO DO RISCO E SUA INFLUÊNCIA NOS CONTRATOS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE	45
3.1 O ocaso da culpa e a eclosão risco	45
3.2 Pressupostos da responsabilidade civil objetiva	47
3.3 A responsabilidade civil nas relações de consumo	49
3.3.1 A responsabilidade do fornecedor e a teoria do risco	49
3.3.2 A responsabilidade civil por fato do serviço	50
3.3.3 A solidariedade da cadeia de fornecedores de serviços	51
3.4 A responsabilidade civil solidária das operadoras de planos de saúde frente aos danos causados pelos integrantes de sua rede credenciada	53
CAPÍTULO 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA DOS PLANOS DE SAÚDE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	56
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	62
ANEXO I. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000	65
ANEXO II. Recurso Especial nº 1.359.159 - SP	70

ANEXO III. Recurso Especial nº 866.371 - RS.....	81
ANEXO IV. Recurso Inominado nº 1690-25.2013.8.16.0184.....	97
ANEXO V. Acórdão - Registro nº 2015.00001113781.....	104
ANEXO VI. Apelação Cível 0009014-35.2007.8.19.0203.....	112

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca abordar a responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde pelos danos que são causados pelos profissionais e nosocômios que integram sua rede credenciada. A problemática surge a partir da análise crítica e investigativa dos fundamentos que poderiam levar o Judiciário a estender o dever de reparação do dano a um agente que não participou diretamente da sua prática.

Pretende-se, portanto, investigar se existe uma solidariedade na relação entre a operadora de saúde e seus credenciados e, em caso positivo, qual a justificativa jurídica, ou seja, de que modo estaria configurado o nexo de causalidade nessa hipótese.

Para tanto, no primeiro capítulo será analisado o tratamento disponibilizado pelo ordenamento jurídico à saúde suplementar, enfatizando-se a importância deste serviço público e discorrendo sobre o órgão responsável pela fiscalização do setor. Nele também será realizada a diferenciação entre o plano de saúde e o seguro-saúde, para melhor delimitação do tema.

No segundo capítulo será dado um enfoque maior à análise dos contratos de plano de saúde à luz da nova ordem civil constitucional e consumerista, pautada nos princípios da solidariedade social, da boa-fé objetiva, na função social do contrato e na transparência das relações de consumo. Inicialmente será feita uma breve análise da evolução da teoria contratual, partindo do pensamento liberal para entender como se deu a implantação da nova ideologia social. Iremos adentrar no novo sistema de proteção trazido pelo Código de Defesa de Consumidor até chegar propriamente nos contratos de plano de saúde, suas classificações e peculiaridades.

No terceiro capítulo entraremos na teoria da responsabilidade civil, abordando os seus pressupostos e investigando como ocorreu a mudança da perspectiva subjetiva, onde a comprovação da culpa era rigorosamente necessária, para a responsabilidade fundada apenas na existência do risco, vale dizer, objetiva. Após, será feita uma análise da obrigação de reparação dos danos ocorridos nas relações de consumo, sobretudo do tratamento conferido pelo Código de Defesa do Consumidor aos prejuízos ocorridos no fornecimento de serviços, analisando até que ponto o fornecedor que integra uma cadeia deve ser responsabilizado por ato praticado por outro integrante e estendendo este entendimento à relação entre as operadoras de planos de saúde e o seus credenciados.

Por fim, no quarto capítulo serão analisadas algumas decisões proferidas pelos tribunais pátrios para saber se o entendimento esposado pela jurisprudência está de acordo com a tese defendida no presente trabalho.

Será adotado como método de abordagem o dedutivo e como método procedimental a revisão bibliográfica, bem como a jurisprudencial acerca do tema.

CAPÍTULO 1 A TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE E O MODELO DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE NO BRASIL

1.1 A saúde como direito fundamental

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 196, primeira parte, conferiu particular atenção ao direito à saúde, atribuindo-lhe o *status* de direito fundamental e reconhecendo sua garantia como um dever do Estado¹.

Qualificar um dado direito como fundamental, não significa atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica. Pelo contrário, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua efetividade, aqui considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e a realidade social².

O direito à saúde vem disciplinado no título “Da Ordem Social” (Título VIII) da Carta Magna, e faz parte do tripé que compõe a seguridade social, ao lado da previdência e da assistência social, subordinando-se especialmente à universalidade da cobertura e do atendimento, à uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais e ao caráter democrático e descentralizado da administração³.

A saúde vem também pontuada em outros trechos da Carta Maior, sendo reconhecida como um direito social (art. 6º, *caput*) e como garantia no âmbito do trabalho (art. 7º, XXII). No que concerne à repartição de competências, a Constituição Federal estabelece que cabe à união, aos estados e aos municípios cuidar da saúde da população (art. 23, II), competindo-lhes, concorrentemente, a proteção e a defesa da saúde (art. 24, XII), cabendo, especificamente, ao município prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do estado, os serviços de atendimento à saúde da população. A assistência à saúde é incluída, ainda, no dever do Estado quanto à educação (art. 208, VII) e quanto à proteção integral da criança, do adolescente e do jovem, através da promoção de programas de assistência integral à saúde, admitindo a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas (art. 227, § 1º).

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 18 fev. 2015.

² BARROSO, Luís Roberto *apud* BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. *Justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana* In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. v. 5. p. 70.

³ BRASIL. *op. cit.* Art. 194, Parágrafo único, incisos I, II e VII.

O vetor máximo do Estado Social de Direito, vale dizer, a dignidade da pessoa humana, é o princípio que norteia a garantia e a proteção à saúde em nosso ordenamento. Segundo Uadi Lammêgo Bulos “a saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas a ausência de infecções e doenças”⁴, e, por isso, é dever do Estado tanto a efetivação das ações de promoção e recuperação da saúde, como também a fiscalização e proibição das atividades nocivas ao bem estar das pessoas.

Germano André Schwartz, citado por Schaefer, afirma que:

A saúde, para efeitos de aplicação do art. 196 da CF/88, pode ser conceituada como um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar⁵.

A garantia deste bem estar social, apesar de constituir um dever do Estado, não é monopólio Estatal, de forma que os serviços de assistência à saúde também podem ser prestados pela iniciativa privada, conforme previsão expressa no art. 199 da Carta Maior.

As entidades privadas atuarão de forma complementar e deverão sempre observar a relevância pública dos serviços que prestam. Neste sentido, dispõe o art. 197, *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 privado⁶.

Desta forma, o modelo constitucional de assistência à saúde é bipartite: de um lado a prestação do serviço é feita pelo Estado, através de rede própria ou conveniada, e garantida a todos de forma gratuita, de outro, a assistência é prestada por entidades privadas, de forma supletiva, com observância dos princípios e diretrizes inerentes aos serviços públicos e sob a fiscalização estatal.

A saúde pública é prestada através do Sistema Único de Saúde (SUS), que possui previsão expressa nos arts. 198 e 200 da Constituição Federal⁷, e foi normatizado pela Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica as Saúde), Lei nº 8.142/90, pela EC nº 29 de 13 de setembro de 2000, e por Normas Operacionais expedidas pelo Ministério da Saúde (NOB 01/96 e NOAS-SUS 01/2002).

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1562.

⁵ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 24.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 18 fev. 2015.

⁷ *Ibidem*.

À assistência médico-hospitalar própria do SUS, soma-se uma rede de serviços estatais, contratada ou conveniada ao sistema único, denominada de setor privado complementar.

Já o sistema privado propriamente dito, sem qualquer vinculação ao Sistema Único de Saúde, engloba a prestação direta de serviços por estabelecimentos e profissionais da área de saúde mediante o pagamento direto ou pela intermediação destes serviços por meio das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, sob a denominação de assistência suplementar, onde situa-se a abordagem do presente estudo.

1.2 A normatização da saúde suplementar

Historicamente, a formação do mercado de assistência à saúde suplementar se deu sem maiores intervenções do Estado, o que gerou um crescimento desordenado do setor, marcado pelo enorme desequilíbrio nas relações entre as operadoras e os beneficiários do serviço.

Em uma análise histórica breve e superficial, Maria Stella Gregori aponta como origem embrionária deste modelo privado as décadas de 20 e 30, quando surgiram os primeiros esquemas de assistência privada à saúde voltada aos trabalhadores. A autora estabelece, ainda, a aprovação da Lei Eloy Chaves como marco inicial do modelo de financiamento destinado a viabilizar a assistência privada à saúde individual, com a transferência do Poder Público para a iniciativa privada, perpassando também pelas criações dos institutos de aposentadorias e pensões, de esquemas de assistência médico-hospitalar para funcionários de empresas, nas décadas de 40 e 50, e pelo surgimento dos serviços de saúde baseados em reembolsos de despesas médico-hospitalares, até chegar no final dos anos 60, onde afirma que ocorreu o grande “boom” da contratação coletiva dos planos de saúde, que eram grupos médicos especializados na venda de serviços assistenciais, inicialmente por redes próprias e, depois, através do sistema de credenciamento de prestadores do serviço médico-hospitalar⁸.

No campo normativo, em linhas gerais, deve ser citada a edição do Decreto Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que estruturou o Sistema Nacional de Seguros Privados, criando o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

⁸ GREGORI, Maria Stella. **Planos e seguros de saúde**: a ótica da proteção do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 31-32.

Registre-se, por relevante, que inicialmente o seguro-saúde operava exclusivamente por meio de reembolsos das despesas realizadas pelos segurados com serviços médico-hospitalares, os quais escolhiam livremente. Posteriormente, através da Circular nº 5, de 9 de maio de 1989, a SUSEP autorizou as seguradoras a oferecerem uma rede referenciada de profissionais, hospitais e serviços de apoio à saúde, vedando, contudo, a manutenção de serviços próprios.

A fiscalização das entidades de medicina em grupo e das seguradoras ficou a cargo do Conselho Federal de Medicina e dos respectivos Conselhos Regionais de cada estado, por obra da Lei nº 6.839/80, que as obrigava a efetuar o registro perante estes órgãos. Utilizando-se desta competência, e preocupado com a constante exclusão da cobertura de doenças que exigiam maiores investimentos, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.401/93, que obrigava as operadoras de planos e seguros de assistência privada à saúde a cobrir todas as enfermidades previstas na Classificação Internacional de Doenças, elaborada pela Organização Mundial de Saúde, sob pena de cancelamento do registro e outras medidas administrativas. Contudo, à míngua de um órgão estatal fiscalizador, tal resolução não foi cumprida pelas operadoras, que a rechaçaram por meio da Circular nº 10/93 da SUSEP, onde invocavam a defesa da liquidez e solvência das sociedades seguradoras⁹.

Um importante marco para a saúde, na década de 80, foi a promulgação da Constituição Federal da República de 1988 que, como já dito, tratou a saúde como um direito social, garantido pelo Estado e extensível a todos.

Contudo, em tempo de omissão estatal, sem a efetiva fiscalização e uma normatização específica, os abusos e ilegalidades praticados pelas operadoras eram frequentes, como enfatizam José Reinaldo de Lima Lopes e Paulo Macedo Garcia Neto, citados por Schaefer:

Nos anos em que o Estado se esquivou de seus deveres, deu-se a formação de uma grande lacuna. O cidadão brasileiro ficou sem alternativas: submetia-se às imposições das empresas de convênios médicos ou ficava sem a prestação do serviço. A ausência do controle do Estado sobre as atividades das operadoras de convenio médicos, somada ao imenso volume de associados por contratos de adesão, resultou em hipertrofia da vontade do fornecedor de serviços. Diante da torpeza na edição dessas leis, o poder Judiciário foi cada vez mais suscitado para decidir conflitos que poderiam ter sido evitados¹⁰.

Em 1991 o Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor, consolidando-se como um importante instrumento de proteção aos beneficiários dos planos de saúde, que

⁹ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 25.

¹⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima; GARCIA NETO, Paulo Macedo *apud* SCHAEFER, Fernanda. *Ibid.* p. 25.

passaram a denunciar problemas relacionados, principalmente, com as dúvidas referentes às formas de reajuste, aos reajustes abusivos, ao não cumprimento dos contratos, à negativa no fornecimento de guias para internação e exames e às cláusulas de exclusão de doenças¹¹.

Finalmente, influenciado pela onda crescente de reclamações no setor e pela nova concepção social de contrato, o legislador brasileiro editou a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e veio para modificar todo o sistema legal e fiscalizador da assistência privada à saúde, definindo a natureza das operadoras e criando órgãos de controle, regulamentação e fiscalização do setor.

A assistência privada à saúde, regulamentada pela lei 9.656/98 compreende a prevenção, a recuperação, a manutenção e a reabilitação da saúde, concedendo ao consumidor garantias à efetiva realização do instrumento contratual. A lei de Planos e Seguros Privados De Assistência Privada à Saúde é, portanto, a efetivação de um preceito constitucional e o reconhecimento da condição de fragilidade do consumidor de planos e seguros de saúde. O dirigismo contratual, proporcionado pela lei 9.656/98 e, complementarmente, pelo Código de Defesa do Consumidor, representa uma forte e necessária intervenção do Estado no domínio econômico privado. São leis de ordem pública e interesse social cujos dispositivos não podem ser, salvo exceções legais expressamente previstas, afastados pela vontade das partes, pois são de natureza cogente e irrenunciável. Essa é a nova concepção social do contrato de seguros e planos de saúde, que atende não só à nova teoria contratual, como também ao dispositivo constitucional que define os serviços e ações de saúde como de relevância pública¹².

A Lei nº 9.656/98 trata de questões operacionais relacionadas ao funcionamento das operadoras de planos de saúde, das condições técnicas, ativos garantidores, direção fiscal e técnica e até da liquidação extrajudicial e recuperação financeira destas pessoas jurídicas. A Lei dos Planos de Saúde, como é conhecida, tentou disciplinar minuciosamente o setor de assistência privada à saúde, estabelecendo normas a serem seguidas pelas operadoras que atuam no mercado, coberturas mínimas, segmentando os produtos e sobretudo, buscando manter a qualidade dos serviços e sua adequação às necessidades dos consumidores. De acordo com a lei, seus comandos devem ser observados por todos aqueles que atuam no mercado de assistência privada à saúde, entidades que são subordinadas também à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar¹³.

Sobre o descumprimento dos comandos legais, a Lei dos Planos de saúde, como ficou conhecida, prevê que a prática de infrações a seus dispositivos, bem como às cláusulas contratuais, sujeita os fornecedores de planos privados de assistência à saúde às penalidades

¹¹ GREGORI, Maria Stella. **Planos e seguros de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 34.

¹² SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 27-28.

¹³ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015. art. 1, §1º.

que vão desde de meras advertências até o efetivo cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da carteira de clientes.¹⁴

Outro grande avanço na proteção dos consumidores de planos e seguros de saúde foi a criação pelo Estado da Agência Nacional de Saúde (ANS), no ano 2000, a quem compete fiscalizar a atuação das operadoras de planos de saúde, independentemente de sua constituição jurídica, e que será objeto de análise no item seguinte.

1.3 A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi criada pela Lei nº 9.961 de 29 de janeiro de 2000, como uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com o objetivo de regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantem a assistência suplementar à saúde:

Art. 3º: A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País¹⁵.

É uma autarquia em regime especial, sob a forma de agência reguladora, figura criada pelo Estado através da reforma administrativa, como medida para diminuir as atribuições e encargos da máquina burocrática, sem, contudo, deixar de prestigiar o interesse público.

O que particulariza uma autarquia sob regime especial é que a lei lhe confere prerrogativas especiais, caracterizadas por maior independência e autonomia normativa, decisória, administrativa e financeira que as autarquias ordinárias.

No processo de modernização do Estado, uma das medidas preconizadas pelo Governo foi a da criação de um grupo especial de autarquias a que se convencionou denominar de agências, cujo objetivo institucional consiste na função de controle de pessoas privadas incumbidas da prestação de serviços público, em regra sob a forma de concessão ou permissão, e também na de intervenção estatal no domínio econômico, quando necessário para evitar abusos nesse campo, perpetrados por pessoas da iniciativa privada¹⁶.

No caso das agências reguladoras, seu surgimento está ligado à tentativa de redução do déficit público, quando o Estado optou por transferir à iniciativa privada as atividades

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015. Art. 25.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm>. Acesso em: 18 fev. 2015.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 529-530.

dispendiosas e prestadas de forma deficiente. Neste diapasão, o afastamento do estado na prestação destes serviços públicos, exigiu a instituição de órgãos reguladores, com função típica de controle, capazes de impor às entidades privadas a adequação às estratégias públicas de garantia do interesse público.

A ANS nasceu, portanto, do anseio por um órgão capaz de mediar o interesse público relacionado à saúde e o interesse privado dos empresários do setor, além dos relacionados aos consumidores beneficiários dos serviços de assistência à saúde suplementar.

A vasta competência da ANS é estabelecida no art. 4º da Lei nº 9.961/00 (Anexo I), e, para efeito didático, costuma-se a dividir estas atribuições em atividades de regulamentação (incisos I, II, VI, VII, IX, X, XV, XVI, XIX), de regulação (incisos VII, XXVII), de proteção do consumidor (incisos III, V, XIII, XVIII, XXIV), de poder de polícia (IV, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII) e relacionadas ao poder decisório (incisos VIII, XIII, XXI)¹⁷.

Segundo Elida Séguin:

O papel institucional da ANS, pela lei que a criou, tem a função de regulamentar, fiscalizar e orientar o mercado, buscando tecnicamente um padrão de qualidade na prestação de serviços privados de assistência à saúde, ofertada ao mercado consumidor, cuja meta reguladora busca a independência técnica, sem a ingerência política, para alcançar um ponto ótimo ou de equilíbrio que atenda ao interesse público e viabilize o investimento do fornecedor e atraia o consumidor¹⁸.

Sobre este aspecto, a agência tem como missão “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais - inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores - e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país”¹⁹.

Hoje, todas as operadoras de planos privados de assistência à saúde, inclusive aquelas que operam planos exclusivamente odontológicos, estão subordinadas à ANS, que articula-se também com os órgãos e entidades que promovem a defesa do consumidor, na busca da proteção efetiva desta categoria.

1.4 Diferenças entre o seguro e o plano de saúde

O foco do presente trabalho é tratar da responsabilidade civil dos planos de saúde frente aos danos cometidos por seus credenciados, contudo, para que o objeto seja melhor

¹⁷ SÉGUIN, Elida. **Plano de saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 135.

¹⁸ *Ibidem*. p. 136.

¹⁹ ANS. **Quem somos**. 20???. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

delimitado, faz-se necessário diferenciar os planos de saúde dos seguro-saúde, já que é bastante comum uma confusão entre os estes dois institutos.

O Código Civil, no art. 757, traz a definição genérica do contrato de seguro, *in verbis*: “Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”²⁰.

Apenas pessoas legalmente autorizadas podem figurar como seguradoras²¹, sendo que, nos termos da Resolução RDC nº 65/01 da ANS, estas pessoas jurídicas devem ser constituídas sob a forma de sociedade anônima.

No seguro-saúde, o segurado, através do pagamento de prestações, possui a liberdade de escolha do prestador de serviço médico-hospitalar, efetuando o pagamento diretamente a ele e sendo, posteriormente, reembolsado pela seguradora. Esta é a característica principal do contrato de seguro-saúde: o reembolso das despesas efetuadas pelo segurado, mediante uma tabela previamente conhecida.

Os planos de saúde, por sua vez, podem ser comercializados por pessoas jurídicas sob qualquer forma societária, desde que com fim exclusivo de operar planos de assistência privada²², e visam prestar assistência à saúde do beneficiário diretamente ou por meio de uma rede referenciada de prestadores, possuindo, ainda, a faculdade de atuarem mediante o reembolso de despesas em determinadas circunstâncias.

É evidente a existência de um vínculo jurídico e contratual das operadoras de planos de saúde com os prestadores integrantes de sua rede credenciada. Esta relação fica ainda mais caracterizada se considerarmos que quem arca, inicialmente, com as despesas referentes ao tratamento do beneficiário é o próprio prestador e não o segurado, como ocorre no caso do seguro-saúde.

Entende-se assim, que o fundamento do contrato de seguro-saúde é a livre escolha do prestador de serviço médico-hospitalar, o que significa, que, em regra, inexistente qualquer vínculo contratual entre este prestador e a seguradora contratada, de forma que o raciocínio desenvolvido no decorrer deste trabalho não se estende à modalidade de seguro-saúde.

²⁰BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 maio 2015.

²¹*Ibidem*. Art. 757, Parágrafo único.

²²BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 21 fev. 2015. Art. 34. As pessoas jurídicas que executam outras atividades além das abrangidas por esta Lei deverão, na forma e no prazo definidos pela ANS, constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos privados de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos.

Atualmente, algumas empresas de seguro-saúde já oferecem o serviço médico-hospitalar a partir de uma rede referenciada, sem vincular, contudo, os segurados a ela, já que uma das características principais do contrato é a liberdade escolha dos usuários. De outro lado, algumas operadoras de plano de saúde também trabalham com o esquema de reembolso, com valores preestabelecidos, deixando os beneficiários livres para a escolha do prestador do serviço, mas esta não é a regra e tal possibilidade deve estar prevista no contrato.

Estas semelhanças práticas acabam contribuindo para confusão entre os dois institutos. Nos Tribunais Estaduais e Superiores, é comum uma mesma decisão utilizar os termos indistintamente, como se não houvesse nenhuma diferença na contratação e fruição dos serviços ou mesmo como se um fosse gênero e o outro, espécie. Vejamos:

SEGURO SAÚDE. PLANO DE SAÚDE COLETIVO ESTIPULADO ENTRE A SEGURADORA E PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO, EMPREGADORA DA RECORRIDA. RESILIÇÃO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DA MANUTENÇÃO DO CONTRATO, NAS MESMAS CONDIÇÕES, COM RELAÇÃO À BENEFICIÁRIA, CONSIDERADA INDIVIDUALMENTE. [...]²³. (sem grifos no original).

AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE EMPRESARIAL. EMPREGADOR QUE ENCERRA AS ATIVIDADES E CANCELA O CONTRATO DE SEGURO SAÚDE MANTIDO COM A RÉ. EMPREGADO IDOSO EM TRATAMENTO DE GRAVE DOENÇA CARDÍACA ANTERIORMENTE AO FATO. ACÓRDÃO QUE DETERMINA A CONTINUIDADE DO CONTRATO MESMO APÓS A DEMISSÃO DOS EMPREGADOS COM BASE EM DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA STF/283. [...]²⁴. (sem grifos no original).

Malgrado esse uso indistinto e a confusão entre os dois modelos de assistência privada à saúde suplementar, é preciso, mais uma vez, frisar que o objeto do presente trabalho está limitado ao campo de atuação dos planos de saúde e a responsabilidade existente entre eles e sua própria rede referenciada.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1119370 PE 2009/0111582-6, Terceira Turma. Rel. Nancy Andrighi, Julg: 07/12/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17918478/recurso-especial-resp-1119370-pe-2009-0111582-6>>. Acesso em 06 de mar. 2015.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag: 857924 RJ 2007/0019032-6, Terceira Turma. Rel. Sidnei Beneti, Julg. 19/06/2008, p. 1. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647659/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-857924-rj-2007-0019032-6>>. Acesso em: 06 mar. 2015.

CAPÍTULO 2 OS CONTRATOS DE PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE À LUZ DO ORDENAMENTO CIVIL CONSTITUCIONAL E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1 A teoria clássica do contrato

O contrato, em sua concepção clássica, é fruto do Estado Liberal (século XIX), marcado pela ascensão da burguesia, pelo capitalismo e pela “mão invisível do mercado”, que supostamente guiaria o setor econômico e as relações privadas sem a necessidade de intervenção estatal.

O Estado Liberal foi terreno fértil para o surgimento dos chamados direitos de primeira geração, relacionados com necessidade de se impor limites e controles à atuação estatal, surgindo daí o reconhecimento da propriedade privada que acabou se desdobrando na liberdade contratual. A teoria jurídica fomentada por esta forma de governo deveria ser capaz de sustentar e desenvolver os interesses das novas classes dominantes. Era preciso relacionar os conceitos de liberdade e de propriedade, estabelecendo valor pleno à autonomia da vontade. Neste contexto:

O contrato foi estruturado segundo o esquema bifronte da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal entre as partes. O contrato, assim gerado, passou a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. O contrato encobriu-se de inviolabilidade, inclusive em face do estado ou da coletividade²⁵.

A autonomia privada era o vetor que norteava todo o direito privado, a vontade seria o núcleo central onde gravitavam todos os princípios e regras do sistema jurídico. Não se discutia a desigualdade de poder entre os contratantes, isso não importava. A ideia de um contrato absolutamente paritário constituía um dogma da teoria contratual clássica.

A teoria tradicional do contrato estava assentada na livre e consciente manifestação de vontade dos figurantes, de modo mais amplo possível, com interferência mínima do legislador ou do juiz. Sua função era meramente individual, ou seja, de regulação autônoma de interesses privados, considerados formalmente iguais. O indivíduo contratando com outro indivíduo. Os únicos limites que admitiam a intervenção judicial eram os bons costumes e a ordem pública²⁶.

Foi com esta visão que o legislador brasileiro editou o Código Civil de 1916, onde vigorava a primazia da vontade, a liberdade contratual e o *pacta sunt servanda*.

Na prática, a igualdade formal e a autonomia da vontade representavam um manto que encobria uma situação de verdadeira desigualdade material, onde os contratantes mais

²⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 19-20.

²⁶ *Ibidem*. p. 21.

vulneráveis eram subjugados e submetidos a situações desvantajosas e abusivas, prevalecendo a vontade somente daqueles que detinham maior poder econômico e negocial.

Essa inegável realidade se tornou ainda mais evidente com as alterações decorrentes da Revolução Industrial que, não só modificou sensivelmente todo o sistema de produção, como deslocou o homem do campo para a cidade, criando grandes conglomerados urbanos e uma classe de operários assalariados com condição de particular, pouco a pouco, de um mercado consumidor. Essas mudanças na sociedade e o evidente descompasso entre a igualdade teórica e a igualdade real por ela revelada fizeram com que se tornasse necessário o controle da liberdade das partes, de modo a tratar desigualmente os desiguais²⁷.

A vista de tantos desmandos e percebendo que as regras de mercado não eram neutras e que não levavam a um equilíbrio nas relações privadas beneficiando claramente uns em detrimento dos outros, o Estado passou a intervir na economia e no direito, a fim de corrigir as injustiças sociais geradas por uma sociedade governada pela plenitude da autonomia da vontade individual.

Com o nascimento do Estado Social, este modelo clássico de contrato entrou em crise e precisou ser reestruturado para se adequar às novas demandas da sociedade.

2.2 A nova teoria contratual alicerçada no estado social

Assim como a teoria clássica do contrato serviu para dar suporte à ordem instaurada pelo Estado Liberal, garantindo a prevalência de valores individuais e o desenvolvimento do capitalismo, o ordenamento precisou passar por mudanças para desenvolver uma nova teoria jurídica, capaz de responder aos anseios de uma sociedade que demandava uma maior participação do Estado na correção das injustiças provocadas por sua abstenção, no decorrer do séc. XX, onde expandia-se a globalização e desenvolvia-se a sociedade de consumo em massa.

Desta forma, o surgimento da nova teoria contratual também está intimamente ligado ao seu contexto histórico, especificamente ao surgimento do Estado Social, preocupado não só com o bem-estar das pessoas, mas, sobretudo, com a promoção da justiça social, intervindo nas relações privadas e promovendo uma releitura de todas as instituições civis a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e da função social.

O Estado Social é normalmente dirigido por uma Constituição Social, como é o caso na nossa Constituição Federal de 1988, que intervém diretamente na ordem econômica,

²⁷ MATHIAS, Guilherme Valderato. O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor na saúde suplementar. *In*: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de saúde**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 99.

reconhecendo ainda o valor da propriedade privada, mas lhe atribuindo uma função social (art. 170, II e III) e atuando de forma a reduzir as desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII). Nossa Carta Política, transformando todo o pensamento político e jurídico, instaura uma Ordem Social (Título VIII da CF), que “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e a justiça sociais” (art. 193, da CF)²⁸. E o contrato, um dos principais institutos do direito civil, não poderia ficar alheio a tantas mudanças e também teve que constituir a sua função social para de adequar à nova ordem.

O Estado Social, desde os seus primórdios, afetou exatamente os pressupostos sociais e econômicos que fundamentaram a teoria clássica do contrato. A intervenção pública nas relações econômicas privadas, que era excepcional, converteu-se em regra, alcançando seu clímax na atribuição de função social ao contrato, cuja liberdade apenas pode ser exercida ‘em razão e nos limites’ daquela, como enuncia o art. 421 do Código Civil Brasileiro²⁹.

O Código Civil de 2002, sob a influência da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, o qual será objeto de tópico específico, consagrou expressamente a função social do contrato, reconhecendo que ele não pode servir de instrumento para práticas abusivas, pois o dano produzido por contratos desequilibrados e eivados de má-fé ultrapassa as barreiras do indivíduo, consistindo, em última análise, um verdadeiro dano social. A preocupação voltada inicialmente para a fase de manifestação de vontade cedeu espaço para a preocupação com as condições econômicas e negociais das partes e com os efeitos que o contrato pode gerar para a sociedade.

Cláudia Lima Marques explica, em síntese, esta transição da teoria clássica para a teoria contemporânea, focada na preocupação do contratante mais vulnerável:

Em matéria contratual, não mais se acredita que assegurando a autonomia de vontade e a liberdade contratual se alcançará, automaticamente, a necessária harmonia e equidade nas relações contratuais. Nas sociedades de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em massa, as relações contratuais se despersonalizaram, aparecendo os métodos de contratação estandardizados, como os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos. Hoje estes métodos predominam em quase todas as relações entre empresas e consumidores, deixando claro o desnível entre os contratantes - um, autor efetivo das cláusulas, e outro, simples aderente. É uma realidade social bem diversa daquela do século XIX, que originou a concepção clássica e individualista do contrato, presente em nosso Código Civil de 1917. Ao Estado coube, portanto, intervir nas relações de consumo reduzindo o espaço para a autonomia de vontade, impondo normas imperativas de maneira a reestabelecer o equilíbrio e a igualdade de forças nas relações entre consumidores e fornecedores³⁰.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 18 fev. 2015.

²⁹ LÓBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 22.

³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Doutrinas essenciais do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 79-80.

Percebe-se, assim, que as transformações pelas quais o Estado passou refletiram significativamente na estrutura do contrato, que apenas poderia ser considerado como lei entre as partes se estivesse adequado aos novos valores sociais. A vontade livre deixou de ser o centro das atenções e cedeu lugar à preocupação com o equilíbrio material entre os contratantes, e o Estado passou a intervir juridicamente para garantir a proteção dos mais vulneráveis, prevenindo-se contra os danos que os contratos meramente individuais podem gerar na sociedade.

2.3 Os contratos no Código de Defesa do Consumidor

2.3.1 A vulnerabilidade do consumidor

Nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078/90, considera-se consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”³¹. Como se percebe, a única restrição deste conceito consiste na necessidade de o consumidor ocupar o último lugar na cadeia de consumo. Mesmo tratando-se de critério objetivo, algumas observações devem ser feitas.

Cláudia Marques propõe a interpretação do conceito de “destinatário final” alinhada com *ratio legis* do Código, vale dizer, com a proteção daqueles mais vulneráveis no mercado (Princípio da Vulnerabilidade art. 4º, inciso I, do CDC)³². Ainda na visão da autora:

Consumidor é o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto ou serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade ‘de consumo’ ou de massa³³.

Desta forma, o tratamento diferenciado dado pelo Código ao consumidor justifica-se em razão do desequilíbrio de forças existente nas relações contratuais. Cuida-se de compensar a fragilidade do consumidor, impondo normas protetivas que controlam a atividade dos fornecedores, visando equilibrar a situação fática e jurídica³⁴.

A proteção especial conferida pelo Código ao consumidor gira em torno, pois, de sua vulnerabilidade. A doutrina aponta quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional.

³¹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015.

³² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 342.

³³ *Ibidem*. p. 302.

³⁴ *Ibidem*. p. 322.

Na técnica, falta ao consumidor o conhecimento específico sobre o bem ou serviço adquirido, o que pode causar enganos sobre o uso ou as características dos mesmos.

Na jurídica, por sua vez, o comprador não possui os conhecimentos mínimos relacionados ao direito, contabilidade ou economia. Por outro lado, entende-se que as pessoas jurídicas e os profissionais possuem conhecimentos jurídicos mínimos ou têm a possibilidade de consultar um advogado.

Já a vulnerabilidade fática ou socioeconômica (similar ao conceito de hipossuficiência), diz respeito ao papel do fornecedor que, por seu poder econômico ou em razão da essencialidade daquilo que oferece, impõe sua superioridade ao outro contratante.

Por fim, há a vulnerabilidade informacional, típica da relação de consumo na sociedade contemporânea, onde o consumidor é bombardeado por todo tipo de informação e tende a não perceber as informações realmente úteis, estas que muitas vezes são deixadas de lado pelo fornecedor.

No Código, a vulnerabilidade é presumida para o consumidor pessoa física e não profissional, mas, no caso de pessoas jurídicas e profissionais, elas devem demonstrar que são os destinatários finais fáticos e agregam outras fragilidades que as façam merecer uma proteção especial. Deve, nesta hipótese, ser demonstrada casuisticamente³⁵.

A propósito, cito o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 2012:

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 321–339.

4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor).

Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).

5. A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.

6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio.

Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equipar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos.

7. Recurso especial a que se nega provimento. [...].³⁶.

Desta forma, para efeitos de enquadramento no conceito de consumidor, tem prevalecido uma teoria derivada na corrente finalista (finalismo aprofundado), onde, em regra, para a caracterização do consumidor existe uma presunção de vulnerabilidade, exigindo-se apenas a destinação final fática e econômica do bem ou serviço, podendo, excepcionalmente, algumas atividades empresariais receberem a proteção especial do Código, desde que a vulnerabilidade seja demonstrada no caso concreto.

Finalmente, saliente-se que, segundo o diploma consumerista, no Art. 2º, Parágrafo único que: “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”³⁷, as vítimas do evento (Art. 17, CDC) e aqueles expostos às práticas comerciais (Art. 29, CDC), consistentes na oferta de produtos e serviços, na publicidade, nas práticas abusivas, nas cobranças de dívidas e os incluídos nos bancos de dados e cadastros de consumidores³⁸.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1195642/RJ. Terceira Turma. Rel. Nancy Andrighi, Julg. 13/11/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015.

³⁸ *Ibidem*.

Tal equiparação decorre simplesmente da observação de que várias outras pessoas, que não se enquadram especificamente no conceito restrito de consumidor, podem ser atingidas pelas ações coletivas, disciplinadas no art. 81 e seguintes do CDC.

2.3.2 A cadeia de fornecedores

Superada a análise do conceito de consumidor, passemos à definição do outro polo da relação de consumo. Nos termos do art. 3º do CDC,

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 serviços³⁹.

O Código busca abranger todos aqueles que contribuem, de algum modo, para a colocação do produto ou serviço no mercado. Para efeito do presente trabalho, o conceito acima não gera grande controvérsia. O que precisa ser destacado, aqui, é a organização dos fornecedores em cadeia de modo a facilitar ao consumidor a busca pela reparação dos danos causados por um dos integrantes desta rede, sem esmiuçar, contudo, o assunto da responsabilidade civil, que será alvo de capítulo próprio.

A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores⁴⁰.

O legislador entendeu que o produto ou serviço, antes de ser colocado no mercado, passa por um processo de formação ou construção que envolve diversos fornecedores especializados e, mais do que isso, visualizou a dificuldade do consumidor em identificar cada um destes fornecedores, ou melhor, aquele que seria efetivamente responsável pelo dano causado. Por isso, ao tratar do fornecedor, escolheu um conceito amplo que abrangesse todo aquele que participa do processo produtivo e distributivo.

Para a conexidade das relações a explicação é simples: na sociedade moderna por vezes as relações contratuais são tão conexas, essenciais, interdependentes e complexas que é impossível distingui-las, realizar uma sem a outra, deixar de realizá-las ou separá-las. E assim, se uma das atividades (ou um dos fins) é de consumo, acaba por ‘contaminar’, por determinar a natureza acessória de consumo da relação ou do contrato comercial⁴¹.

³⁹BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015.

⁴⁰MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 415.

⁴¹*Ibidem*. p. 423.

Reflexo desta cadeia de fornecimento é a conexão resultante da pluralidade de vínculos e contratos entre os fornecedores participantes, que são em geral pessoas jurídicas independentes, mas que acabam unidas pela mesma finalidade que é o fornecimento do bem ou do serviço. E o principal resultado deste vínculo, caracterizado como o dever de escolha e vigilância de cada integrante, é a solidariedade entre os participantes, que possuem, em regra, responsabilidade civil objetiva perante os danos causados nas relações de consumo⁴².

Enquanto o art. 12, nomeando os responsáveis solidários principais, introduz um responsável subsidiário, o comerciante, no art. 13, no art. 14 os fornecedores de toda a cadeia de serviços são considerados solidariamente responsáveis, todos sem exceção e objetivamente. O seu direito de regresso está assegurado apenas pelo parágrafo único do art. 7º, do CDC, mas, lembre-se que o sistema do CDC não permite denúncia à lide ou qualquer outra indicação do verdadeiro 'culpado' no processo frente ao consumidor ou seus representantes legitimados⁴³.

Neste ponto, frise-se que o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que trata dos casos de fato do serviço, será estudado com mais detalhes quando da abordagem da responsabilidade civil nas relações de consumo. Neste momento, vale registrar apenas que o legislador, reconhecendo a existência da cadeia de fornecedores, deu ao consumidor a opção de acionar aquele que melhor lhe convier (art. 7º, Parágrafo único e art. 25, §1º, ambos do CDC).

Conclui-se, então, que a organização desta rede de fornecimento é de responsabilidade dos fornecedores que a integram e escolhem, por assim dizer, com quem irão formar o vínculo para atingir o objetivo final que é o da colocação do bem ou serviço no mercado. Possuem o chamado dever de escolha ou de vigilância e por isso qualquer um deles será chamado a responder quando ocorrer alguma falha nesta atividade.

2.3.3 Panorama geral da proteção conferida ao consumidor pela Lei nº 8.078/90

O Código de Defesa do Consumidor originou-se a partir do comando previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o qual determinada, em seu art. 48, que o Congresso Nacional, em um período de cento e vinte dias da publicação da Constituição, teria que elaborar um código de defesa do consumidor. Isso porque, pela primeira vez, a própria Carta Política reconheceu e buscou promover os direitos dos consumidores (art. 5º, inciso XXXII da CF), conferindo, ainda, à defesa do consumidor, o *status* de princípio geral da ordem econômica (art. 170, V da CF)⁴⁴.

⁴² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 420- 423.

⁴³ *Ibidem*. p. 424.

⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 18 fev. 2015.

Nasceu, assim, a Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (em vigor a partir de 11 de março de 1991), um regramento jurídico que concentra em si aspectos civis, penais, administrativos e processuais relativos à defesa do consumidor, estabelecendo normas “de ordem pública e interesse social”⁴⁵, de caráter principiológico, com aplicação obrigatória em todas as relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, é lei principiológica. Não é analítica, mas sintética. Nem seria de boa técnica legislativa aprovar-se lei de relações de consumo que regulamentasse cada divisão do setor produtivo (automóveis, cosméticos, eletroeletrônicos, vestuário etc.) Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isto que significa ser uma lei principiológica. Todas as demais leis que se destinarem, de forma específica, a regular determinado setor de consumo deverão submeter-se aos preceitos gerais da lei principiológica que é o Código de Defesa do Consumidor⁴⁶.

Essa preocupação na defesa do consumidor, como visto, foi fruto das injustiças geradas com o desequilíbrio nas relações de consumo, advindo da ausência do Estado como regulador e interventor na economia e nas relações privadas. A economia de massa, com escala global, fez eclodir uma série de demandas, individuais e coletivas, que batiam às portas do poder judiciário, em busca de proteção efetiva e oficial aos interesses dos mais vulneráveis.

Sílvio de Salvo Venosa chama a atenção para a amplitude da proteção conferida pela Lei nº 8.078/90:

Dentro da orientação geral desse Código, tudo é no sentido de que a intenção do legislador foi partir para a defesa sistemática do consumidor, como destinatário de produtos e serviços. [...] Para o intuito da lei, portanto, basta que se identifiquem o consumidor e relação de consumo, e o ato ou negócio estará sob o pálio do Código de Defesa do Consumidor. [...] Temos de inserir a relação contratual na esfera da lei de consumo, portanto, sempre que ficar exposto à relação de consumo. Essa abrangência é mais ampla do que os próprios limites do contrato, porque atinge as fases pré e pós-contratual⁴⁷.

Diante da variedade de modelos de contratos de consumo, o diploma consumerista cuidou de disciplinar a relação de consumo de maneira geral, não tratando de um contrato específico, mas sim de toda relação que envolva um consumidor e um fornecedor, nos moldes da lei, em todas as fases de perpetuação desta relação.

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015.

⁴⁶ NERY JÚNIOR. Nelson *apud* GREGORI, Maria Stella. **Planos e seguros de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 95.

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 382.

Além disso, a leitura do regramento trazido pelo Código de Defesa do Consumidor nos permite concluir que este diploma consumerista não busca tutelar situações especiais ou episódicas, mas sim provocar uma mudança estrutural na teoria dos contratos, cuidando da maior parte das relações negociais enfrentadas no mundo atual pelas pessoas que necessitam de produtos e serviços lançados no mercado de consumo, para sua existência ou lazer⁴⁸.

A verdade é que vivemos uma sociedade totalmente voltada para o consumo, onde os produtos são postos em circulação não só para atender as necessidades, mas sobretudo para criar novas necessidades, através das mídias de massas e de “engenhosos mecanismos de publicidade, onde o consumidor não desempenha qualquer papel ativo”⁴⁹. A passividade do consumidor está explícita também no próprio ato de contratar, já que, na maioria das vezes, é submetido a contratos de adesão ou de cláusulas gerais. Este papel passivo, aliás, é um dos motivos para o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, que carece de poder negocial, de especialização técnica, de informações específicas etc.

Este desequilíbrio teria reflexos no conteúdo do contrato, daí nascendo a necessidade do direito regular estas relações contratuais de maneira a assegurar o justo equilíbrio dos direitos e obrigações das partes, harmonizando as forças do contrato através de uma regulamentação especial⁵⁰.

Logo no art. 6º, o Código de Defesa do Consumidor lista o que o legislador denominou de direitos básicos do consumidor, em um rol meramente exemplificativo, e no art. 7º determinou que aqueles direitos listados não exclui outros:

[...] decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade⁵¹.

Assim, devem ser respeitados pelos fornecedores, sob pena de sanções de diversas ordens. O referido dispositivo prevê direitos relacionados à vida, à saúde, à segurança, à educação, à informação adequada e clara, à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, à modificação das cláusulas contratuais e sua revisão, à proteção contra danos materiais e morais, ao acesso aos órgãos judiciários e administrativos, à facilitação da defesa de seus direitos e à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral - todos com aplicação imediata e cogente.

⁴⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 30.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 31.

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Doutrinas essenciais do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 79-80.

⁵¹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015.

Sob o âmbito da proteção contratual, destaca-se a regulamentação do contrato de adesão, definido como aquele cujas cláusulas são estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (Art. 54 do CDC)⁵².

No que diz respeito à força obrigatória dos contratos, a norma contida no art. 46 relativiza este princípio, dispondo que:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance⁵³.

Há ainda previsão expressa no art. 47 no sentido da interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor e uma mitigação também ao princípio da intangibilidade dos contratos, com a previsão da modificação das cláusulas contratuais quando elas estabelecerem prestações desproporcionais ou sua revisão, caso se tornem excessivamente onerosas, na ocorrência de fatos supervenientes à contratação (Art. 6º, inciso V - CDC), aplicando aos contratos de consumo a teoria da base objetiva do negócio jurídico, em favor do consumidor, na busca pelo equilíbrio material entre as partes⁵⁴.

O diploma consumerista preocupou-se também em cuidar das cláusulas abusivas (arts. 51 a 53), enumerando-as em um extenso rol, meramente exemplificativo, e considerando-as nulas de pleno direito. Entre elas, algumas merecem destaque por se relacionarem ao objeto deste trabalho, *in verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; [...]; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...]; a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes⁵⁵. (*sic*)

Cláudia Lima Marques sintetiza a proteção conferida pelo legislador brasileiro, dividindo o Diploma Consumerista em dois momentos: no primeiro teriam sido criados novos direitos para os consumidores, que também constituem deveres para os fornecedores,

⁵² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

construindo uma proteção na fase pré-contratual e no momento da formação do vínculo; já no segundo, a preocupação foi com a efetivação do controle judicial (*a posteriori*), ao proibir expressamente as cláusulas abusivas. Neste segundo momento, o Poder judiciário com ajuda do Ministério Público e dos novos legitimados para as ações coletivas teriam uma missão importante para sanar o mercado brasileiro quando à utilização desenfreadas das cláusulas abusivas⁵⁶.

2.4 A mitigação da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos frente à nova ordem principiológica: a boa-fé objetiva, a função social do contrato, a equivalência material e a transparência nas relações de consumo

Conforme já visto, a teoria contratual contemporânea proporcionou uma releitura dos temas trabalhados pelos civilistas a partir do âmbito constitucional. Não significou somente o reconhecimento da posição superior da Constituição Federal/88, mas sim a produção de uma verdadeira reforma axiológica, reinterpretando as normas e as instituições civis à luz do princípio da dignidade da pessoa humana para a consolidação de um Estado Social.

As relações jurídicas entre particulares deixam de ser efetivamente privadas porque geram consequências na sociedade como um todo. Não é que a força obrigatória dos contratos tenha sido extinta, apenas aquele conceito de autorregulação das relações com base apenas na autonomia da vontade individual foi abandonado. Isso porque o contrato que não observa os princípios sociais deve ter suas cláusulas relativizadas pelo Estado como uma forma a garantir a harmonização do negócio jurídico. Sua obrigatoriedade entre as partes, alicerçada na autonomia da vontade, foi mitigada, de modo que a autorregulação das relações entre particulares cedeu espaço para normas imperativas, de interesse social, que buscam o equilíbrio entre os contratantes utilizando-se de um novo paradigma: a boa fé objetiva.

Atualmente, a autonomia privada negocial, conceituada por Paulo Lobo como “a possibilidade, oferecida e assegurada pelo ordenamento jurídico, de os particulares regularem seus próprios interesses ou suas relações mútuas”⁵⁷ está prevista no Código Civil quando o art. 421 dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”⁵⁸, numa demonstração expressa que este princípio não é absoluto e deve

⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Doutrinas essenciais do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 105.

⁵⁷ LÓBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55.

⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

observar os limites traçados pelo interesse social. Assim é que “quanto mais interesse social, menos autonomia privada”⁵⁹.

Cláudia Marques defende que:

A limitação da liberdade contratual vai possibilitar, assim, que novas obrigações, não oriundas da vontade declarada ou interna dos contratantes, sejam inseridas no contrato em virtude da lei ou ainda em virtude de uma interpretação construtiva dos juízes, demonstrando mais uma vez que o papel predominante da lei em relação à vontade na nova concepção de contrato⁶⁰.

No mesmo sentido, o *pacta sunt servanda*, de onde decorre a intangibilidade contrato, oponível ao próprio legislador, perde espaço com o advento do Estado Social e com a ampliação do papel dos magistrados na interpretação e revisão dos contratos, oriunda de uma nova ordem que privilegia conceitos jurídicos abertos, onde muitas vezes o que está escrito e foi ratificado pelos contratantes pode ser derogado pela aplicação dos princípios norteadores do Estado Social⁶¹.

De acordo com Cláudia Marques: “aos juízes agora é permitido um controle do conteúdo do contrato como no próprio Código de Defesa do Consumidor, devendo ser suprimidas as cláusulas abusivas e substituídas pela norma legal supletiva (art. 51 do CDC)”⁶².

Assim é que, principalmente naqueles contratos pré-elaborados por uma das partes onde a outra apenas tem a liberdade de aderir ou não ao pacto, o juiz deve interpretar as cláusulas levando em consideração não a sua força obrigatória, mas sim as expectativas legítimas das partes e, sobretudo, os interesses sociais envolvidos.

Neste contexto, princípios como o da boa-fé objetiva, da equivalência material e da transparência, que fazem parte do microsistema de regulação das relações de consumo ganham força, constituindo-se como suporte jurídico para a redução das desigualdades e injustiças cometidas nos contratos entre particulares.

A boa-fé objetiva é o princípio orientador de toda legislação consumerista e deve ser observada pelos contratantes tanto na conclusão do contrato, como em sua execução⁶³. Ela está expressamente prevista no diploma consumerista⁶⁴, servindo como cláusula-geral e ajudando na concretização dos princípios da ordem econômica (art. 170 da CF).

⁵⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59.

⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 271.

⁶¹ LÔBO, Paulo. *op. cit.* p. 61.

⁶² MARQUES, Cláudia Lima. *op. cit.* p. 276.

⁶³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015. Art. 422.

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015. Art. 4º, inciso III, e art. 51, inciso IV.

Nos dizeres de Cláudia Marques:

Significa, mais além do compromisso expresso, a ‘fidelidade’ e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído, representando, sob este aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas⁶⁵.

Este princípio traduz-se no dever jurídico-objetivo que as partes possuem de agir com lealdade, honestidade e cooperação mútuas, abstraindo-se dele o conteúdo meramente ético e subjetivo para torná-lo efetivamente jurídico e aplicável a todas as relações de consumo, como um padrão ético de conduta a ser seguido tanto pelo fornecedor como pelo consumidor (art. 4º, inciso III; art. 6º, inciso V; art. 51, §2º, todos do CDC).

Além dos tipos legais expressos nas cláusulas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor fixou a boa-fé como cláusula geral de abertura, que permite ao aplicador ou intérprete o teste de compatibilidade das cláusulas ou condições gerais do contrato de consumo⁶⁶.

Desta forma, a análise do instrumento pactuado terá sempre o princípio da boa-fé objetiva como parâmetro. Assim, ao observar que o fornecedor deixou de lado seu dever de lealdade e agiu de acordo com seus próprios interesses, o magistrado está autorizado pelo ordenamento a considerar nula determinada cláusula ou mesmo resolver o contrato.

Da mesma forma, mitigando a intangibilidade do contrato, o princípio da equivalência material autoriza o Estado juiz a intervir nos contratos marcados pelo desequilíbrio.

Conforme entendimento de Paulo Lôbo:

Este princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias possam ser previsíveis. O que interessa não é a exigência cega de cumprimento do contrato, em sua literalidade, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo regras de experiência ordinária e da razoabilidade⁶⁷.

Aliás, o próprio Código de Defesa do Consumidor é fruto da aplicação do princípio da equivalência material, em seu caráter subjetivo, pois criado para proteger a parte mais vulnerável da relação de consumo, através de normas que dão uma superioridade jurídica ao

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 215-216.

⁶⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 71.

⁶⁷ LÔBO, Paulo. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

consumidor, visando manter o equilíbrio entre ele e o fornecedor, que já detém uma superioridade negocial e econômica.

O aspecto objetivo deste princípio tem reflexo no conteúdo do contrato. Diz respeito aos deveres e obrigações mutuamente contraídos, que podem sofrer alguma alteração no decorrer da relação. No diploma consumerista, a norma contida no inciso V do art. 6º expressa esta concepção ao prever como direito do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”⁶⁸.

Finalizando esta breve contemplação de alguns dos princípios norteadores das relações de consumo que ajudarão no estudo objeto do presente trabalho, está o princípio da transparência ou da informação, consistente no dever substancial do fornecedor em assegurar que todas as informações importantes sejam prestadas de forma clara e precisa, facilitando a efetiva compreensão pelo consumidor. Este dever, assim, como os anteriores, deve estar presente em todas as fases da contratação. A doutrina chama atenção para a importância do princípio da transparência também na fase pré-contratual, conforme assevera Cláudia Marques:

Aqui as informações são fundamentais para a decisão do consumidor (qualidade, garantias, riscos, carências, exclusões de responsabilidade, existência de assistência técnica no Brasil etc.) e não deve haver indução ao erro, qualquer dolo ou falha na informação por parte do fornecedor ou promessas vazias, uma vez que as informações prestadas passam a ser juridicamente relevantes, integram a relação contratual futura e, portanto, deverão ser depois cumpridas na fase de execução do contrato, positivando a antiga noção da proibição do *venire contra factum proprium*⁶⁹.

O dever de informação transmuta-se nos direitos previstos ao longo do CDC, sobretudo nos arts. 6º, III, 30, 31 e 37, resumindo-se na informação adequada, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, vedando-se o uso de publicidade enganosa e abusiva.

Como se pode perceber, a vontade livre não é mais o elemento nuclear a garantir a obrigatoriedade dos contratos. A nova concepção social do contrato, somada ao microssistema de proteção às relações de consumo, deu nova roupagem aos pactos entre consumidores e

⁶⁸ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015. Art. 6º, inciso V.

⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 322-323.

fornecedores, limitando a autorregulação e determinando uma atuação pautada na boa-fé objetiva com observância dos princípios concretizadores da solidariedade social.

2.5 Os contratos de planos privados de assistência à saúde

2.5.1 A natureza jurídica dos contratos de planos privados de assistência à saúde

Os contratos de planos privados de assistência à saúde são compostos, em um polo, pelo beneficiário do serviço e, no outro, pela operadora de plano de saúde. Como objeto da prestação, tem-se o serviço de assistência privada à saúde. Ora, tratando-se de pacto escrito celebrado entre um consumidor (o beneficiário, em regra) e um fornecedor (a operadora), visando a prestação de um serviço, em troca de uma contraprestação pecuniária, fica evidente a existência de uma relação de consumo, instrumentalizada por um contrato denominado de contrato de plano de saúde.

Este contrato é sinalagmático ou bilateral, onde existem duas obrigações recíprocas: cabe ao consumidor pagar periodicamente as prestações pecuniárias correspondentes ao serviço contratado, enquanto que à operadora caberá prestar o serviço, obedecendo os princípios e deveres estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, quando o beneficiário necessitar. Mas a frente será visto que a prestação do serviço é apenas a obrigação principal, contudo, pela peculiaridade do serviço em tela, o fornecedor deverá observar uma série de outros fatores, sempre guiados pela boa-fé objetiva e pelo dever de cooperação, inerente a estes contratos que se estendem por anos e criam uma dependência do consumidor.

Os principais deveres que norteiam a atividade dos planos e seguros de saúde são: dever de efetivamente prestar o atendimento prometido ou reembolsar as quantias acordadas; dever de repassar aos médicos conveniados e segurados os valores devidos pelos atendimentos; dever de cuidado (é obrigação de resultado da empresa vigiar os profissionais que mantém em seus quadros); dever de não pressionar os médicos para escolha de exames e tratamentos ou limitar tempo de internamento; dever de supervisionar materiais e equipamentos necessários ao desempenho adequado das especialidades médicas que oferece; dever de escolher com atenção os profissionais conveniados, cadastrados ou indicados em listas referenciais; dever de renovar automaticamente os contratos, se preenchidos os requisitos de renovação; dever de respeito à dignidade e integridade física e psíquica da pessoa⁷⁰.

Além disso, cuida-se de contratos aleatórios, onde a obrigação principal do fornecedor depende de um evento futuro e incerto. Ressalte-se, contudo, que a incerteza diz respeito somente ao momento exato da prestação, já que não se pode afirmar se o consumidor

⁷⁰ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 75.

irá efetivamente precisar utilizar o serviço algum dia, mas nunca se o serviço deve ser prestado. Neste sentido, trata-se de contrato que tem por objeto o risco, cuja rescisão por lesão é vedada, ou seja, o consumidor não tem o direito de rescindir o contrato e receber o dinheiro de volta, pela não utilização do serviço.

O consumidor, ao contratar o plano de saúde, transfere para a operadora o risco do custo da assistência médica, hospitalar ou odontológica, trocando a possibilidade de uma grande perda pelo pagamento de uma contraprestação pecuniária periódica; a operadora, por sua vez, distribui esse custo entre todos os seus consumidores, já que, a rigor, será suportado pelo fundo formado a partir das contraprestações de todas. Nesse sentido é possível falar numa solidariedade coletiva como substrato dos planos de saúde pois, diante da impossibilidade de evitar por completo os riscos decorrentes dos males que ameaçam a sua higidez, o consumidor opta por partilhá-lo com outros⁷¹.

É nesse aspecto que o contrato de plano de saúde se iguala ao contrato de seguro. Tanto um como outro possuem o objeto formado a partir de um cálculo atuarial, sendo constituídos com base na solidariedade entre seus usuários, ou seja, todos dividem igualmente os riscos que são materializados de maneira distinta para cada um.

O que irá garantir que os custos dos tratamentos médicos serão suportados pela operadora de planos de saúde é justamente o fato de que são vários os consumidores que estão vinculados a ela. Eles pagam um valor que constituirá um fundo comum a todos. A constituição desse fundo é necessária para que as operadoras possam operar no mercado com segurança financeira⁷².

Percebe-se, assim, que as bases econômicas de ambos contratos são iguais.

No que concerne à técnica adotada para a elaboração do instrumento, verifica-se que são contratos de adesão, regulados pelo art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, formado a partir de cláusulas pré-estabelecidas unilateralmente, que visam atingir um número indeterminado de consumidores, sem individualiza-los (contratos de massa). A vantagem desta forma de contratação para a operadora é a agilidade e a segurança, já que é ela quem elabora todo o instrumento; contudo, para o consumidor é um contrato extremamente perigoso, pois apresentam, em regra, uma série de cláusulas abusivas, que ressaltam o desequilíbrio da relação entre o usuário e a operadora. É por isso que os contratos de adesão devem ser redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor (art. 54, § 3º do CDC) e, em caso de dúvida, as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC).

⁷¹ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo *apud* REZENDE, Paulo Roberto Voguel de. **Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico e financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões jurídicas**. Curitiba: Prismas, 2014. p. 134.

⁷² REZENDE, Paulo Roberto Voguel de. *Ibid.* p. 132.

Por fim, segundo entendimento doutrinário, tratam-se de contratos cativos de longa duração que, por suas características especiais, serão abordados no item seguinte.

2.5.1.1 *Os contratos cativos de longa duração*

Cláudia Lima Marques chama a atenção para o surgimento dos contratos cativos de longa duração, instrumentos típicos da sociedade pós-moderna caracterizada pelas relações de consumo em massa. Segundo a autora,

Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos) para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores⁷³.

Não é que o tipo de contrato seja novo, a novidade advém dos efeitos destes contratos, geralmente relativos a serviços especiais, em um contexto diferente, qual seja, a sociedade de consumo, onde os instrumentos e regras tradicionais não são mais adequados para regular essa nova relação entre o consumidor e o fornecedor. Buscam-se repostas práticas e equitativas através dos instrumentos e princípios que mais se coadunam com o Código de Defesa do Consumidor e com o Direito Civil Constitucional.

Trata-se de serviços que prometem segurança e qualidade, serviços cuja prestação se protraí no tempo, de trato sucessivo, com uma fase de execução contratual longa e descontínua, de fazer e não fazer, de informar e não prejudicar, de prometer e cumprir, de manter sempre o vínculo contratual e o usuário cativo. São serviços contínuos e não mais imediatos, serviços complexos e geralmente prestados por fornecedores indiretos, ‘fornecedores-terceiros’, aqueles que realmente realizam o ‘objetivo’ do contrato - daí a grande importância da noção cadeia ou organização interna de fornecedores e sua solidariedade. O contrato é de longa duração, de execução sucessiva e protraída, trazendo em si expectativas outras que os contratos de execução imediata. Estes contratos baseiam-se mais na confiança, no convívio reiterado, na manutenção do potencial econômico e da qualidade dos serviços, pois trazem implícita a expectativa de mudança nas condições sociais, econômicas e legais da sociedade nestes vários anos de relação contratual. A satisfação da finalidade perseguida pelo consumidor (por exemplo, futura assistência médica para si e sua família) depende da continuação da relação jurídica fonte de obrigações. A capacidade de adaptação, de cooperação entre contratantes, de continuação da relação contratual é aqui essencial, básica⁷⁴.

O surgimento de novos riscos, a exposição massiva à publicidade, a divisão cada vez mais especializada das empresas fornecedoras, com estruturas complexas e muitas vezes desconhecidas pelo consumidor, a explosão dos contratos adesivos e a essencialidade do

⁷³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 96.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 104.

serviço prestado imprimiram a necessidade de uma nova interpretação das obrigações assumidas, à luz do princípio da boa-fé objetiva, que deve servir de guia e de limite para o exercício dos direitos dos contratantes.

O exercício de um direito subjetivo, como o de estabelecer livremente o conteúdo e as cláusulas contratuais, será contrário à boa-fé (leia-se, abusivo) quando é utilizado para uma finalidade objetiva ou com uma função econômico-social distinta daquela para a qual foi ele atribuído ao seu titular pelo ordenamento jurídico, com também quando se exercita este direito de maneira ou em circunstâncias desleais⁷⁵.

Na esteira do entendimento de Cláudia Lima Marques, a dependência do consumidor a esse tipo de contrato é flagrante pois, após anos de convivência e de contribuição e, principalmente, após atingir uma determinada idade, não interessa mais a ele desvencilhar-se daquele contrato. Na hipótese dos contratos de plano de saúde tal posição é ainda melhor visualizada pois é justamente na velhice onde se tende a mais precisar dos serviços de assistência privada à saúde. Por outro lado, para a operadora, não é mais tão interessante manter o serviço àquele consumidor que utiliza seus serviços com uma frequência tão alta. É neste momento, entre tantos outros, para evitar que o consumidor fique subjugado às imposições do fornecedor, que se aplica o dever de agir inspirado na boa-fé objetiva e que deve ser dada uma interpretação peculiar a estes contratos cativos de longa duração, levando em consideração suas características próprias e a obrigação mútua que constitui em uma sucessão de deveres complexos que se prolongam no tempo⁷⁶.

2.5.2 Características gerais e regulamentação dos planos privados de assistência à saúde

Nas linhas anteriores foram traçadas as características gerais do contrato de plano de saúde, concluindo-se basicamente que trata-se de contrato de consumo, submetidos às normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor, que possui natureza similar ao contrato de seguro, mas que requer atenção específica e peculiar do ordenamento, por se tratar de um contrato cativo de longa duração, com todas as implicações que esta denominação enseja, além de ter como objeto a prestação do serviço de assistência à saúde, direito básico, essencial e vital.

Para disciplinar a prestação deste serviço pelas entidades privadas foi editada a Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à

⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 108.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 108.

saúde, a qual, na tentativa de abordar de forma minuciosa toda a matéria, incluindo procedimentos, já foi objeto de inúmeros ajustes para poder acompanhar as mudanças constantes no setor e na sociedade. Atualmente, a lei encontra-se regulamentada pela Medida Provisória nº 2.177 de 2001, com dispositivos alterados e incluídos pelas Leis nº 11.935/2009, 12.738/2012, 12.880/2013 e 13.003/2014. É esta norma vigente que será abordada neste trabalho. Ainda, não obstante a existência de discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da aplicação da Lei dos Planos de Saúde - LPS aos contratos anteriores à sua vigência, no presente trabalho serão levados em consideração apenas os chamados contratos novos, ou seja, os que foram realizados a partir de 02 de janeiro de 1999, onde não resta dúvida sobre a submissão às normas da Lei nº 9.656/1998.

Pois bem. Logo no art. 1º a LPS define quem deve se submeter aos seus comandos, vale dizer, todas as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, trazendo o seguinte conceito:

Art. 1º [...] I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo⁷⁷.

Buscando dar a maior abrangência possível a suas normas, bem como à fiscalização da Agencia Nacional de Saúde Suplementar, o legislador fez consignar que devem se submeter a elas “qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira⁷⁸”.

Com efeito, a LPS não buscou definir quem seria considerado o consumidor nesta relação, tratando-o, no decorrer de seu texto, ora como usuário, ora como beneficiário. Neste contexto, aplicando os ensinamentos do Código de Defesa do Consumidor, pode-se concluir que, para efeitos da Lei 9,656/98, considera-se consumidor todo aquele que adquire o plano

⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

⁷⁸ *Ibidem*. art. 1º, § 1º.

privado de assistência à saúde ou a ele faz jus por força de outro vínculo, como é o caso do trabalhista, associativo, sindical etc.⁷⁹.

O objeto da relação é a prestação de assistência à saúde do consumidor, compreendendo todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes⁸⁰.

Sobre a cobertura mínima do contrato, Maria Stela Gregori assevera que:

Para tanto, restou garantida a cobertura assistencial de todos os diagnósticos previstos na Classificação Internacional de Doenças - CID, a partir de uma relação de procedimentos fixada pela ANS, de acordo com a segmentação do plano adotada, isto é, ambulatorial, hospitalar, odontológica e suas combinações⁸¹.

Antes de adentrarmos na segmentação especificada pela autora acima, interessa mencionar que os planos de saúde, de acordo com a RN nº 195/2009 da ANS, classificam-se em (a) individual ou familiar, (b) coletivo ou empresarial e (c) coletivo por adesão⁸².

O plano privado de assistência à saúde individual ou familiar é aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar⁸³. Ressalte-se que mesmo com a extinção do vínculo do titular do plano familiar, os seus dependentes serão mantidos desde que a rescisão do contrato do titular não tenha decorrido de fraude ou falta de pagamento⁸⁴.

Já o plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é o que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária⁸⁵. Nesta modalidade, desde que seja prevista no contrato, pode haver a inclusão de sócios da pessoa jurídica contratante, de administradores da pessoa jurídica contratante, dos demitidos ou aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à pessoa jurídica contratante, dos trabalhadores temporários, dos estagiários e menores aprendizes, de agentes políticos e do grupo familiar, cônjuge ou companheiro das pessoas referidas⁸⁶.

⁷⁹ GREGORI, Maria Stella. **Planos e seguros de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 148.

⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015. art. 35-F.

⁸¹ GREGORI, Maria Stella. *op cit.* p. 148.

⁸² BRASIL. **Resolução Normativa - RN nº 195 de 14 de julho de 2009**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1458>. Acesso em: 24 abr. 2015. Art. 2º.

⁸³ *Ibidem*. Art. 3º, *caput*.

⁸⁴ *Ibidem*. Art. 3º, §§1º e 2º.

⁸⁵ *Ibidem*. Art. 5º.

⁸⁶ *Ibidem*. Art. 5º, incisos I a V.

Por fim, o plano de saúde coletivo por adesão é aquele destinado às pessoas naturais que mantém vínculo com pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, como conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão, sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações, associações profissionais legalmente constituídas, cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas, caixas de assistência e fundações de direito privado, bem como União Nacional dos Estudantes, União Estadual dos Estudantes e Diretórios Centrais dos Estudantes⁸⁷.

Nestes últimos tipos de contratação, coletivo empresarial ou por adesão, existe a possibilidade de figurar, ao lado do usuário, um patrocinador. Assim, nos planos coletivos em que não existe um patrocinador, é o consumidor que suporta a contraprestação pecuniária por inteiro. Já nos planos coletivos com patrocinador, este é chamado para ratear o encargo financeiro com o usuário.

Uma pesquisa realizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar demonstra que, até julho de 2014, existia uma maior concentração dos usuários nos planos coletivos empresariais. Os dados mostram que 65,69% dos consumidores de planos de saúde escolheram essa modalidade de serviço⁸⁸.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração pelo consumidor ao escolher um plano de saúde é a segmentação que mais se adapte às suas expectativas. Neste sentido, a Lei nº 9.656/98 prevê que o plano pode ser do tipo referência ou por segmentação, onde se enquadram o ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetrícia e o odontológico. O plano-referência é o mais abrangente e vem disciplinado no art. 10 da LPS, *in verbis*:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001). I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não

⁸⁷ BRASIL. **Resolução Normativa - RN nº 195 de 14 de julho de 2009**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1458>. Acesso em: 24 abr. 2015. Art. 9º, incisos I a VI.

⁸⁸ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos**. Rio de Janeiro, ANS, p. 144, set. 2014.

ligados ao ato cirúrgico; VIII - (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001). IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente⁸⁹.

Malgrado a norma do art. 10 tenha trazido em seus dispositivos os procedimentos que não possuem cobertura obrigatória, estas exceções, bem como a amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, serão reguladas e definidas por normas editadas pela ANS⁹⁰. Neste aspecto o dispositivo se coaduna com a competência da ANS para fixar o rol de procedimentos de cobertura obrigatória para as operadoras, documento que vem sendo editado pela Agência com frequência.

O plano ambulatorial, por sua vez, é aquele que não inclui internação hospitalar, abrangendo apenas consultas em clínicas básicas ou especializadas, exames e serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais⁹¹.

O plano hospitalar, como o próprio nome sugere, é o que cobre as internações em hospitais, clínicas ou centros de terapia intensiva, os exames complementares, materiais, medicamentos e as despesas com acompanhante, no caso de usuários menores de 18 anos⁹². Quando o plano hospitalar incluir atendimento obstétrico, será somada a cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto⁹³.

Já o plano odontológico abrange a cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente, de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia e de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral.

Ressalte-se que essas coberturas previstas na lei são exigidas como requisitos mínimos para cada segmentação e que é permitida a combinação entre mais de uma modalidade de plano, desde que observadas as exigências legais.

⁸⁹ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015. art. 10, §§ 1º e 4º.

⁹¹ *Ibidem*. art. 12, inciso I.

⁹² *Ibidem*. art. 12, inciso II.

⁹³ *Ibidem*. art. 12, inciso III, alínea “a”.

CAPÍTULO 3 A ECLOSÃO DO RISCO E SUA INFLUÊNCIA NOS CONTRATOS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

3.1 O ocaso da culpa e a eclosão risco

A proteção à liberdade individual erigida como bandeira do Estado Liberal fez com que a teoria moderna da responsabilidade civil fosse construída a partir da reparação dos danos causados pelo mau uso desta liberdade. Neste contexto, a culpa surge como um pressuposto nuclear que fundamenta o dever de responsabilidade civil.

A culpa é, inegavelmente, a categoria nuclear da responsabilidade civil concebida pelos juristas na Modernidade. A ideologia liberal e individualista, então dominante, impunha a construção de um sistema de responsabilidade que se fundasse no mau uso da liberdade individual, justificando, desta forma, a concessão de um amplo espaço à atuação dos particulares. Responsabilidade e liberdade passam, assim, a ser noções intimamente vinculadas, uma servindo de fundamento à outra⁹⁴.

Até então o controle da liberdade individual era efetuado nos moldes medievais da vingança familiar ou mesmo tinha como escopo a delimitação típica de delitos, cujas penas muitas vezes eram de caráter corporal. Era preciso, portanto, construir um sistema de responsabilidade essencialmente civil, despido das influências medievais que não serviam mais para apoiar a nova ideologia do Estado Moderno, fundado no legítimo exercício da liberdade individual que, usada de modo culpável, demandaria moralmente uma sanção puramente civil⁹⁵.

O caráter moral e psicológico atribuído à noção de culpa fez com que o dever de indenizar também encontrasse uma justificativa ética, garantindo à vítima o direito à reparação ante a violação, pelo agente, da obrigação moral de não causar um prejuízo ao próximo. Essa noção de responsabilidade, contudo, trouxe a necessidade da verificação em concreto do comportamento censurável do agente, além, é claro, do prejuízo causado por conduta culposa⁹⁶.

A doutrina chama a atenção para o obstáculo que a demonstração da culpa *in concreto* representava para a reparação dos danos.

Em sua versão de falta moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de difícil comprovação. Sua aferição impunha aos juízes a tarefa extremamente árdua, representada por exercícios de previsibilidade do dano e análises psicológicas incompatíveis com os limites naturais da atividade judiciária, a exigir do magistrado quase uma capacidade divina [...] ⁹⁷.

⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 12.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 13.

⁹⁶ *Ibidem*. p. 15-16.

⁹⁷ *Ibidem*. p. 17.

Essa dificuldade era, inicialmente, conveniente à ideologia liberal que primava pela liberdade e autonomia privada. Contudo, o desenvolvimento do capitalismo industrial, o surgimento de novas tecnologias e da produção em larga escala fizeram com que se multiplicassem os acidentes ligados essencialmente ao uso de novas ferramentas, tornando insustentável e injusta a necessidade da comprovação da culpa, nos moldes em que se apresentava.

A exigência de que a vítima demonstrasse a culpa em acidentes desta natureza - basta pensar em acidentes de transporte ferroviário ou em acidentes de trabalho ocorridos no interior da fábrica - tornava-se verdadeiramente odiosa diante do seu desconhecimento sobre o maquinismo empregado, da sua condição de vulnerabilidade no momento do acidente e de outros tantos fatores que acabaram por assegurar à prova da culpa a alcunha de *probatio diabólica*⁹⁸.

Daí a necessidade de criar uma nova teoria que ultrapassasse a barreira da comprovação da culpa e superasse as injustiças provocadas nestes acidentes que se proliferavam. Não obstante a existência de diversas tentativas, a teoria do risco foi a que se mostrou mais adequada aos propósitos, revolucionando a ideia da responsabilidade civil imperiosamente subjetiva.

Anderson Schreiber aponta a obra de Raymond Saleilles, *Les accidentes de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle* (1987), como marco inicial deste processo de atenuação do papel da culpa. Nela, o autor teria proposto a substituição do princípio da imputabilidade por outro relacionado à simples causalidade, onde não seria necessário valorar o comportamento do agente. A partir daí, por toda parte teriam surgido autores que se mostraram defensores ferrenhos da responsabilidade objetiva que, após um certo período de maturação, veio a ser incorporada paulatinamente em quase todos os ordenamentos jurídicos através de leis especiais que eram aplicadas em setores específicos⁹⁹.

No Brasil, por exemplo, embora não estranha ao Código Civil de 1916, a responsabilidade civil ingressou efetivamente no ordenamento positivo por meio de diplomas especiais, como a Lei de Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/1912), o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986) e a Lei nº 6.453/1977, relativa às atividades nucleares. A Constituição de 1988 abriu novos caminhos, não apenas por força de previsão de hipóteses específicas (art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII; art. 37, §6º), mas, sobretudo, pela inauguração de uma nova tábua axiológica, mais sensível à adoção de uma responsabilidade que, dispensando a culpa, se mostrasse fortemente comprometida com a reparação dos danos em uma perspectiva marcada pela solidariedade social¹⁰⁰.

⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 17.

⁹⁹ *Ibidem*. p. 19.

¹⁰⁰ *Ibidem*. p. 20.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, documento preponderante na busca da justiça social, abriu o espaço para que diplomas posteriores pudessem consolidar no ordenamento jurídico a responsabilidade objetiva, pautada na teoria do risco. Surge, assim, o Código de Defesa do Consumidor instituindo a responsabilidade objetiva do fornecedor perante os consumidores de produtos e serviços, que terminou por abarcar uma infinidade de relações contemporâneas, típicas da sociedade globalizada de consumo em massa.

Reforçando a atenuação do papel da culpa, o Código Civil de 2002 reformulou a teoria da responsabilidade civil adotada entre particulares inovando, sobretudo, ao prever a chamada cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividade de risco, nos seguintes termos:

Art. 927. [...]. 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 outrem¹⁰¹.

Assim é que, atualmente, o modelo de responsabilidade que vigora nas relações de consumo, bem como nas atividades que implicam risco a outrem, é eminentemente objetivo, vale dizer, independe da aferição ou mesmo presunção de qualquer grau de culpa por parte do sujeito causador do dano.

Portanto, na teoria da responsabilidade civil vigente, a culpa passou a ser um elemento accidental que não precisa estar presente para a configuração do dever de reparação, como é o caso da responsabilidade civil objetiva aplicada nas relações de consumo, cujos elementos essenciais são a conduta ou falha na atividade, o dano e o nexo de causalidade, que serão estudados a seguir.

3.2 Pressupostos da responsabilidade civil objetiva

O primeiro elemento da responsabilidade civil é a conduta humana traduzida em uma ação ou omissão voluntária que gera consequências no mundo jurídico. A ação é o comportamento positivo ou comissivo que, exteriorizado, poderá causar algum dano, resultando no dever de indenizar. Já a omissão pressupõe uma abstinência do agente, mas somente terá relevância jurídica quando existir algum tipo de dever de agir por parte do sujeito que, omitindo-se, dá causa ao prejuízo.

¹⁰¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 maio 2015.

O segundo elemento da responsabilidade civil é o dano. Por mais óbvio que possa parecer, nunca é demais afirmar que sem o dano não haverá responsabilidade civil porque simplesmente não se terá o que reparar. Com a mudança da perspectiva do direito privado, o patrimônio perdeu o seu papel nuclear e a pessoa passou a ocupar o centro do sistema jurídico, de forma que o dano tanto poderá ser patrimonial, aquele que acarreta uma diminuição no patrimônio da vítima, como moral, quando lesionar um direito ou interesse sem conteúdo pecuniário, vale dizer, de ordem moral, psicológica, intangível.

Já o terceiro pressuposto da responsabilidade civil objetiva é o nexo de causalidade, geralmente conceituado como o liame que une a conduta do agente ao resultado danoso. A doutrina chama a atenção para a necessária distinção entre o nexo causal fático o jurídico, pois, nem tudo que contribuiu para a ocorrência do evento no mundo dos fatos pode gerar consequências jurídicas, sob pena de uma responsabilidade quase infinita.

Na época de ouro da responsabilidade subjetiva, a comprovação da culpa acabava limitando a apuração das causas relevantes, contudo, em tempos de responsabilidade objetiva pautada na teoria do risco, deve se ter um cuidado redobrado na análise do nexo causal, pois, sua interrupção constitui um dos únicos caminhos que o agente possui para afastar uma eventual condenação¹⁰².

Assim, não apenas o convencimento acerca da causalidade perdeu seu antecedente moral justificador da responsabilização – a prova da culpa –, mas também toda a discussão nas ações de responsabilidade objetiva, passou a gravitar em torno da noção jurídica de nexo causal. Chega-se, hoje, a afirmar que o juízo de responsabilidade, nos casos de responsabilidade objetiva, acaba por traduzir-se no juízo sobre a existência de nexo de causalidade entre fato e dano¹⁰³.

Assim é que diversas teorias surgiram para tentar solucionar o problema, a exemplo das teorias da equivalência das condições, da causalidade adequada, da causalidade eficiente e da causa direta e imediata, das quais os tribunais pátrios vêm se utilizando para garantir, na prática, a reparação do dano à vítima. Fala-se atualmente em um nexo causal flexível, que seria justamente uma saída adotada para que as injustiças do tempo da culpa provada não voltassem a ser cometidas. Mitiga-se o nexo de causalidade e garante-se a reparação do dano¹⁰⁴.

Esta flexibilidade verificada na apuração do nexo de causalidade levou a doutrina a apontar a existência de uma responsabilidade civil objetiva agravada, que, nas palavras de Fernando Noronha, citado por Schreiber:

¹⁰² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 54.

¹⁰³ *Ibidem*. p. 54.

¹⁰⁴ *Ibidem*. p. 63.

Inserir-se no final de uma evolução que começou quando, num primeiro momento, se reconheceu que o requisito culpa nem sempre era imprescindível para o surgimento da obrigação de indenizar. [...] Agora estamos entrando num segundo momento, em que se verifica haver hipóteses especiais em que se prescinde também denexo de causalidade, para se passar a exigir unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco próprio da atividade em causa¹⁰⁵.

Após essa breve definição dos elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil objetiva, iremos adentrar especificamente na obrigação de reparar os danos causados nas relações entre consumidores e fornecedores, onde, por óbvio, deve ser acrescentado um novo requisito: a relação de consumo.

3.3 A responsabilidade civil nas relações de consumo

3.3.1 A responsabilidade do fornecedor e a teoria do risco

Conforme já afirmado, o Código de Defesa do Consumidor provocou uma verdadeira reforma axiológica na interpretação das relações entre consumidores e fornecedores. Não se trata apenas de uma compilação de normas protetivas, mas sim de um diploma principiológico editado para responder aos anseios de uma sociedade que passou por diversas mudanças econômicas e sociais, onde não há mais espaço para a velha estrutura do direito privado.

Essa mudança de perspectiva causou transformações estruturais em vários institutos do direito civil, a exemplo dos contratos, como já dissertado em item específico, e também da responsabilidade civil. Em uma sociedade globalizada de economia de massa, onde a maioria das relações entre particulares se caracterizam como consumeristas, foi necessário instituir um sistema de responsabilidade civil baseado em princípios próprios do Código de Defesa do Consumidor para abranger uma massa de consumidores que não encontrava amparo na legislação civil comum.

A teoria do risco aplicada às relações de consumo ganhou forças justamente com o início da produção em série e com a constatação de que uma simples falha na cadeia de produção pode atingir um número indeterminado de pessoas.

Por outro lado, o desenvolvimento tecnológico e científico, a par dos incontáveis benefícios que trouxe a todos nós e à sociedade em geral, aumentou ao infinito os riscos do consumidor, por mais paradoxal que isso possa parecer. E assim é porque na produção em série um único defeito de concepção ou de fabricação pode gerar riscos e danos efetivos para um número indeterminado de consumidores. São os riscos do consumo, riscos em série, riscos coletivos¹⁰⁶.

¹⁰⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 63.

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 542.

O risco que fundamenta a responsabilidade civil objetiva presente nas relações de consumo é explicado como aquele decorrente da colocação de uma atividade no mercado (risco-criado) e do ganho obtido com a oferta dessa atividade (risco-proveito). Entende-se, em síntese, que quem auferir um ganho financeiro com a colocação de determinada atividade no mercado também deve responder pelos riscos inerentes e decorrentes dessa atividade.

A inevitabilidade dessas falhas no sistema de produção seriada e a impossibilidade prática de sua completa eliminação conduziram à ideia da criação de mecanismos legais de ressarcimento de danos pelo simples fato da colocação no mercado de produtos e serviços potencialmente danosos, atribuindo ao fornecedor a responsabilidade pelos danos nessa condição causados à vítima e a terceiros, dentro do princípio de que aquele que lucra com a atividade deve responder pelos riscos ou pelas vantagens dela decorrentes. Daí o surgimento da teoria do risco criado, que tem o sentimento de atribuir ao fornecedor o dever de reparar danos causados aos consumidores pelo fato de desenvolver determinada atividade potencialmente danosa. Ou seja, faz com que o agente fornecedor assumira todos os riscos da sua atividade¹⁰⁷.

A responsabilidade foi assim deslocada da conduta do autor do dano para o fato causador do dano¹⁰⁸. Identifica-se na relação entre consumidores e fornecedores um dever de segurança ou de garantia de idoneidade do produto ou serviço lançado no mercado que, quando não for observado, irá gerar o dever de indenizar.

Com efeito, tratando-se de relação de consumo, a responsabilidade civil será, em regra, objetiva pautada na teoria do risco da atividade ou do empreendimento, que se contrapõe à teoria do risco do consumo, onde cabia ao consumidor suportar os riscos pela aquisição do produto ou serviço¹⁰⁹.

3.3.2 A responsabilidade civil por fato do serviço

A sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor divide a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços em responsabilidade por vício, quando existe um problema de inadequação do produto ou serviço por falta de qualidade ou segurança que o torna impróprio para o consumo; ou por fato ou defeito do produto ou serviço, quando ocorre uma extrapolação do vício, causando o chamado acidente de consumo. É neste último caso que reside o interesse do presente trabalho, especificamente no tocando ao fato do serviço.

¹⁰⁷ ALMEIDA, João Batista *apud* GREGORI, Maria Stella. **Planos e seguros de saúde**: a ótica da proteção do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 123.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 543.

¹⁰⁹ *Ibidem*. p. 544.

A responsabilidade civil do fornecedor de serviços está disciplinada no art. 14 do CDC, nos seguintes termos:

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 fornecido¹¹⁰.

Como já observado, trata-se de uma responsabilidade objetiva, onde não cabe discussão acerca da existência ou muito menos da comprovação da culpa. A exceção, vale dizer, a responsabilidade subjetiva ocorre no caso de responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC.

A responsabilidade do fornecedor de serviços tem como fundamento o dever de segurança¹¹¹, consubstanciado na obrigação que o fornecedor tem de não lançar ao mercado serviços que possam colocar em risco a incolumidade do consumidor, de prestar os serviços oferecidos de maneira adequada a garantir sua segurança, em suma, de prestar o serviço sem causar nenhum dano de ordem moral ou patrimonial ao consumidor.

Assim, caso o consumidor venha a sofrer alguma lesão decorrente da má prestação do serviço adquirido, ou mesmo de sua não prestação quando o fornecedor possuía essa obrigação, terá ele o direito à reparação dos danos patrimoniais e morais sofridos, nos termos do art. 6º, inciso VI do CDC.

Desta forma, podemos afirmar, e mesmo assim com ressalvas, que o fornecedor de serviços somente não será responsabilizado quando provar a inexistência de defeito ou que o dano ocorreu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º, do CDC).

Contudo, diante de uma cadeia complexa e organizada de fornecedores, surge uma problemática relacionada à identificação de qual daqueles integrantes deve ser responsabilizado pela ocorrência do dano. É isso que será abordado a seguir.

3.3.3 A solidariedade da cadeia de fornecedores de serviços

A ideologia liberal que orientou a formação do direito moderno impôs o dever de reparação apenas àquele que efetivamente causou o dano. Este vínculo pessoal entre o ofensor

¹¹⁰ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015.

¹¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 556.

e a vítima era apenas quebrado nos casos raros e específicos previstos em lei, que não podiam sofrer interpretação extensiva já que vivia-se sob o dogma de que a solidariedade não deve ser presumida. Com a reforma promovida pela incorporação dos princípios constitucionais sociais ao direito privado, as hipóteses de responsabilidade solidária começaram a se alastrar junto ao poder judiciário, culminando com a ampla previsão na legislação extravagante, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor¹¹².

O diploma consumerista, considerando que por trás dos produtos ofertados e dos serviços prestados existe uma ampla e complexa cadeia de atores, conceituou o fornecedor como:

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 serviços¹¹³.

Ao disciplinar a responsabilidade por fato do serviço, como visto anteriormente, estabeleceu que caberá ao fornecedor (gênero) de serviços responder pelos danos causados, sem especificar qualquer integrante.

Há serviços que são prestados pelo próprio fornecedor, pessoa física ou jurídica que entrega a prestação (marcenaria, eletricitista, consulta médica). Outros, entretanto – e em maior número –, são compostos de outros serviços, até com fornecimento de produtos (concerto de veículo com troca de peças), envolvem a participação de terceiros, às vezes uma verdadeira cadeia (serviço médico-hospitalar). Nesses casos, todos são responsáveis solidários, na medida de suas participações¹¹⁴.

Na realidade, o legislador estava ciente da dificuldade que estaria impondo ao consumidor se o incumbisse da tarefa de identificar o verdadeiro responsável pelo evento danoso. Assim, a partir da conjugação dos princípios protetivos estabelecidos no Código, sobretudo reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, foi fixada a responsabilidade civil solidária de toda a cadeia de fornecedores de serviços, criando um vínculo jurídico entre todos os participantes da cadeia produtiva e as vítimas do evento.

A solidariedade está expressamente prevista no parágrafo único do art. 7º do CDC, segundo o qual “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”¹¹⁵, e decorre principalmente da

¹¹² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 218.

¹¹³ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acessado em: 12 maio. 2015. Art. 3º.

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 556.

¹¹⁵ BRASIL. *op. cit.*

aplicação direta do princípio da solidariedade social, diluindo o risco da atividade empresária por todos os integrantes da cadeia produtiva, não obstante previsão do direito de regresso.

Agora que as linhas gerais sobre a responsabilidade civil nas relações de consumo foram traçadas, vejamos como responde a operadora de planos de assistência privada à saúde nos casos de danos causados pelos integrantes de sua rede credenciada.

3.4 A responsabilidade civil solidária das operadoras de planos de saúde frente aos danos causados pelos integrantes de sua rede credenciada

Como visto, a relação estabelecida entre as operadoras de planos de assistência privada à saúde é uma típica relação de consumo, onde, de um lado existe o usuário ou beneficiário do plano figurando no papel de consumidor e, de outro, está a operadora, como fornecedora do serviço assistencial.

O objeto desta relação é o plano privado de assistência à saúde, conceituado pela Lei nº 9.656/98 como uma:

Prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e **atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada**, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, **a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada**, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor¹¹⁶. (grifo nosso).

Através da definição legal, fica fácil perceber que as operadoras não prestam diretamente o serviço, mas sim o fazem através de uma rede própria ou credenciada de profissionais e nosocômios escolhida livremente por ela. Quando abordamos a diferença entre o plano de saúde e o seguro-saúde, vimos que a principal distinção entre eles – embora tal diferença venha perdendo aplicação prática -, era que no seguro o consumidor escolheria livremente o prestador de serviço e pagaria diretamente a ele para depois ser reembolsado pela seguradora; enquanto que no plano de saúde, o usuário escolhe um prestador dentro dos indicados pela operadora e é ela quem irá remunerar aquele profissional ou hospital.

Assim, não obstante as diversas modalidades de operadoras de planos de saúde existentes do mercado serão focadas as que prestam os serviços contratados por meio de uma rede credenciada de profissionais e serviços hospitalares. É que quando esta rede é própria, não há maiores problemas em identificar o responsável pela reparação de eventual dano

¹¹⁶ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015. Art. 1º, inciso I.

causado. Também quando é o próprio consumidor quem escolhe, por sua conta e risco, o prestador direto do serviço, a participação da operadora situa-se fora da tese aqui levantada.

Por outro lado, quando existe uma rede credenciada formada por diversas pessoas jurídicas com inscrições diferentes, com sócios e administradores distintos, atuando em campos diversos, é que surge a dificuldade do consumidor em enquadrar todos eles na unidade da cadeia de fornecimento.

É que nem todos se dão conta do vínculo jurídico existente entre a operadora de plano de saúde e os profissionais e nosocômios colocados à disposição de seus usuários. Ora, se a operadora tem liberdade para escolhê-los e se é ela mesma quem os remunera, é óbvio que existe uma relação que os une. Aliás, a própria Lei dos Planos de Saúde tratou de prevê a obrigatoriedade de um contrato escrito nesta situação, nos seguintes termos:

Art. 17-A. As condições de prestação de serviços de atenção à saúde no âmbito dos planos privados de assistência à saúde por pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de sua qualificação como contratadas, referenciadas ou credenciadas, serão reguladas por contrato escrito, estipulado entre a operadora do plano e o prestador de serviço¹¹⁷.

Com efeito, a escolha do prestador de serviço que irá integrar sua rede credenciada é de total liberdade pela operadora, mas deve ser exercida dentro das cautelas necessárias para garantir um serviço de qualidade ao usuário. De maneira alguma a questão financeira pode exercer um papel preponderante neste caso, havendo necessidade de uma verificação prévia dos profissionais e nosocômios contratados para garantir a segurança dos serviços prestados que lidam diretamente com a vida do usuário. Não se esqueça que a obrigação das operadoras de plano de saúde é de resultado¹¹⁸, vale dizer, elas assumem o compromisso de prestar um serviço assistencial médico-hospitalar de alto padrão e confiabilidade.

Desta forma, o dano provocado por algum integrante da rede credenciada significa, em última análise, a violação do dever de cautela que a seguradora possui na escolha de seus profissionais e nosocômios. Constitui, assim, a prestação de um serviço defeituoso, ou seja, aquele fornecido sem a segurança esperada, nos termos do art. 14, § 1º, do CDC.

O plano de saúde, caracterizada a responsabilidade objetiva, responde pela escolha se deus profissionais, independente da constatação de culpa. A lei consumerista determina que o fornecedor é responsável pela qualidade do serviço que coloca à disposição do mercado de consumo. Portanto, a operadora de plano de saúde é responsável pela qualidade dos serviços, do atendimento e dos profissionais que põe à disposição de seus consumidores por meio de listas vinculativas¹¹⁹.

¹¹⁷ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

¹¹⁸ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 88.

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 89.

O ganho auferido com a colocação daqueles prestadores à disposição dos usuários, vale dizer, a mensalidade paga pelo consumidor em troca dos serviços de assistência à saúde, vincula a seguradora na assunção dos riscos daquela atividade, de forma que a falha na prestação do serviço dará ensejo à responsabilidade civil objetiva e solidária por fato do serviço, prevista no art. 14 c/c art. 7º, ambos do Código de Defesa do Consumidor, sem prejuízo do direito de regresso contra aquele que efetivamente provocou o dano.

Ressalte-se apenas que, não obstante a previsão da responsabilidade civil subjetiva para os médicos (art. 14, § 4º, do CDC), as operadoras de planos de saúde continuam responsáveis objetivamente pelos acidentes de consumo ocorridos, mesmo que não seja provada a culpa do profissional liberal credenciado que prestou o serviço. Afasta-se somente a corresponsabilidade do médico, permanecendo a legitimidade passiva da operadora para reparar o prejuízo em razão do risco-proveito assumido.

CAPÍTULO 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA DOS PLANOS DE SAÚDE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A problemática levantada por este trabalho a respeito da responsabilidade objetiva e solidária das operadoras de planos de saúde pelos danos provocados por integrantes de sua rede credenciada tem aceitação pacífica no Superior Tribunal de Justiça, como podemos perceber através das ementas que seguem, a primeira publicada em 26 de março de 2015 (inteiro teor no Anexo II) e a segunda em 20/08/2012 (inteiro teor no anexo III), esta última escolhida pela clareza e detalhamento do entendimento esposado:

AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - FALECIMENTO DO PACIENTE - PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA - AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - EMPRESA PRESTADORA DO PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - LEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR NA AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANO MORAL - QUANTUM RECURSOS ESPECIAIS. ERRO MÉDICO. CONSUMIDOR. HOSPITAL E ADMINISTRADORA DE PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE ENTRE OS INTEGRANTES DA CADEIA DE FORNECIMENTO. MÉDICOS EXTERNOS AO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL. IMPORTÂNCIA NA AÇÃO DE REGRESSO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. 1. Erro médico consistente em perfuração de intestino durante cirurgia de laparotomia realizada por médicos credenciados, com a utilização das instalações de hospital também credenciado à mesma administradora de plano de saúde. 2. Responsabilização solidária pelo acórdão recorrido dos réus (hospital e administradora de plano de saúde), com fundamento no princípio da solidariedade entre os fornecedores de uma mesma cadeia de fornecimento de produto ou serviço perante o consumidor, ressalvada a ação de regresso. 3. A circunstância de os médicos que realizaram a cirurgia não integrarem o corpo clínico do hospital terá relevância para eventual ação de regresso entre os fornecedores. 4. Razoabilidade do valor da indenização por danos morais fixada em 200 salários mínimos. 5. RECURSOS ESPECIAIS NÃO PROVIDOS¹²⁰.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL RECONHECIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais com reembolso das despesas no limite da apólice, conforme ocorre, em regra, nos chamados seguros-saúde, não se poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais aqui é feita pelo próprio paciente ou por pessoa de sua confiança, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida seguradora. A responsabilidade será direta do médico e/ou hospital, se for o caso. 2. Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual 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. 3. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1359156/SP, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 05/03/2015, Dje 26/03/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178708182/recurso-especial-1359156-sp-2012-0263659-3/certidao-de-julgamento-178708196>>. Acesso em: 14 maio 2015.

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. 4. Tendo em vista as peculiaridades do caso, entende-se devida a alteração do montante indenizatório, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios. 5. Recurso especial provido¹²¹.

Segundo a Corte Superior, em consonância com o que foi abordado no decorrer deste trabalho, há de ser feita uma distinção entre os serviços prestados mediante reembolso que são escolhidos livremente pelo usuário e aqueles que são oferecidos indiretamente pelas operadoras de plano de saúde por meio de uma rede credenciada. É neste último caso que incide a responsabilidade solidária da operadora, que será chamada a reparar o dano junto com o profissional ou nosocômio que lhe deu causa, em razão do princípio da solidariedade entre os fornecedores de uma mesma cadeia de fornecimento de serviço. Assim, essa responsabilidade será sempre objetiva e solidária perante o consumidor.

A jurisprudência estadual também é rica de precedentes aplicando a responsabilidade solidária das operadoras de planos de saúde quanto aos mais variados danos provocados pelos integrantes das suas redes credenciadas. Vejamos alguns exemplos:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PLANO DE SAÚDE. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO - VÍCIO DO SERVIÇO. DANO MORAL CARACTERIZADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PLANO DE SAÚDE E DO HOSPITAL. Recurso provido. Os Juízes da 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, no sentido do provimento do recurso inominado, para condenação dos recorridos, de forma solidária, ao pagamento de indenização por dano moral à recorrente, de R\$ 8.000,00¹²².

O primeiro julgado, cujo inteiro teor encontra-se no Anexo IV, trata de uma usuária de plano privado de assistência à saúde que levou seus dois filhos dependentes, em dias distintos, a um dos hospitais credenciados junto ao seu plano. Na primeira ocasião, sua filha precisava suturar um ferimento no queixo no prazo máximo de seis horas, contudo, a usuária foi informada pela recepcionista do hospital que o médico responsável estava em cirurgia e que não havia previsão de atendimento. Na segunda ocasião, ocorrida meses depois, a usuária dirigiu-se ao mesmo hospital buscando atendimento ao seu filho que havia cortado a boca e

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 866.371/RS, Rel. Raul Araújo, Quarta Turma, Julg. 27/03/2012, Dje 20/08/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22100143/recurso-especial-resp-866371-rs-2006-0063448-5-stj/inteiro-teor-22100144>>. Acesso em: 14 maio 2015.

¹²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. RI: 000169025201381601840 PR 0001690-25.2013.8.16.0184/0, Segunda Turma Recursal, Rel.: Flávio Dariva de Resende, Julg. 26/02/2015, Publ. 04/03/2015. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/171710925/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-169025201381601840-pr-0001690-2520138160184-0-acordao>>. Acesso em: 14 maio 2015.

foi novamente informada que não havia previsão de atendimento porque o médico responsável estava realizando outro procedimento. Nos dois momentos a autora precisou levar seus filhos a outro hospital. A ação foi movida em face do primeiro hospital e também da operadora que, em sua defesa, arguiu não possuir qualquer ingerência sobre o atendimento dispensado pelos nosocômios.

O Tribunal entendeu que houve falha na prestação do serviço e descaso e desrespeito à consumidora, pela precariedade do atendimento, já que os filhos da autora sequer passaram por uma triagem para verificação da gravidade do caso. Entendeu também que houve violação do dever de informação pois não foi informado à autora de que existia a possibilidade de chamar outro cirurgião que estava de sobreaviso. Assim, a despeito de qualquer ação direta praticada pela operadora de plano de saúde, aplicou o dever solidário de reparação do dano entre os fornecedores, previsto no Código de Defesa do Consumidor.

O segundo julgado, cujo inteiro teor encontra-se no Anexo V, versa sobre a hipótese de erro médico:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. EXTRAÇÃO PRECIPITADA DE OVÁRIO E TROMPAS DA AUTORA, QUE ACARRETOU A ESTERILIDADE DA PACIENTE. ERRO PROCEDIMENTAL CONFIRMADO EM LAUDO PERICIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA DO MÉDICO, DO HOSPITAL E DO PLANO DE SAÚDE CORRETAMENTE RECONHECIDA. ARTIGO 14 DO CDC. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. INEGÁVEL ANGÚSTIA E SOFRIMENTO DA DEMANDANTE, ANTE A PERDA DA CAPACIDADE REPRODUTIVA. VALOR DA INDENIZAÇÃO ADEQUADO AO CASO. JUROS DE MORA QUE DEVEM SER CONTADOS DA DATA DA CITAÇÃO DOS RÉUS (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL ARTIGO 405 DO CC). SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE. RECURSO DOS RÉUS DESPROVIDOS E PROVIDO PARCIALMENTE O DA AUTORA¹²³.

A ação foi movida por uma usuária de plano de saúde que foi diagnosticada pelo médico credenciado ao plano com “pólipos no endométrio”, o que a levou a realizar um procedimento cirúrgico para a extração de parte de seu útero e das trompas quando na realidade o problema que existia era de um cisto no rim. O tribunal entendeu pela responsabilização do médico, cuja culpa foi comprovada através de um laudo pericial, do hospital e também da operadora de plano de saúde que teria escolhido mal o profissional colocado à disposição dos seus usuários.

O terceiro precedente, cujo inteiro teor encontra-se no Anexo VI, trata de um caso de infecção hospitalar:

¹²³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 00110010920108260009 SP 0011001-09.2010.8.26.0009, Rel. Paulo Alcides, Julg. 26/02/2015, Sexta Câmara de Direito Privado, Publ. 28/02/2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/170393964/apelacao-apl-110010920108260009-sp-0011001-0920108260009>>. Acesso em: 14 maio 2015.

Direito Civil e do Consumidor. Ação indenizatória. Infecção hospitalar. Micobactéria de Crescimento Rápido (MCR). Responsabilidade civil objetiva solidária entre o plano de saúde e o hospital onde foi realizada a cirurgia. Precedentes. Responsabilidade de meio, de natureza subjetiva, do médico-cirurgião. Conjunto probatório robusto e suficiente para sustentar a tese autoral. Laudo pericial que aponta como causa da infecção a falha na esterilização do material cirúrgico e instrumentos utilizados na cirurgia de videolaparoscopia. Surto micobacteriano que, por si só, não é capaz de afastar a responsabilidade do nosocômio. Fortuito interno. Apesar da epidemia e do conhecimento geral da contaminação dos pacientes, o hospital réu não tomou qualquer providência a respeito, continuando a realizar as cirurgias por videolaparoscopia, e a aplicar os métodos químicos de desinfecção do material. Ausência de prova do elemento culpa em relação ao terceiro réu, consignando-se na perícia que a esterilização do equipamento é de responsabilidade exclusiva do hospital. Dano material e moral configurado. Tratamento psicoterápico de necessidade não comprovada. Cirurgia reparadora estética necessária à eliminação/ minimização das cicatrizes decorrentes do evento danoso. Sentença reformada. Recurso provido¹²⁴.

Na hipótese, apesar do juízo de primeiro grau ter julgado a ação improcedente, foi reconhecida pelo Tribunal a responsabilidade objetiva do hospital onde a usuária se submeteu a um procedimento cirúrgico e contraiu a infecção, aplicando a responsabilidade solidária à operadora de plano de saúde posto que ela se comprometeu a prestar o serviço de assistência médica por meio dos profissionais que indicou.

Percebe-se, portanto, que no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados também existe uma uniformidade na aplicação da reponsabilidade solidária das operadoras de planos de saúde por danos que, em tese, não foram provocados diretamente por elas. A teoria do risco aplicada às relações entre usuários e operadoras encontra-se, assim, consolidada na jurisprudência brasileira, entendendo os Tribunais que estes fornecedores devem assumir a responsabilidade pela indicação e colocação dos profissionais e nosocômios à disposição de seus beneficiários, reparando os danos por eles causados.

¹²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL: 00090143520078190203 RJ 0009014-35.2007.8.19.0203. Vigésima Camara Cível. Rel. Marco Antonio Ibrahim, Julg. 13/03/2013, Publ. 11/11/2013. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117602699/apelacao-apl-90143520078190203-rj-0009014-3520078190203>>. Acesso em: 14 maio 2015.

CONCLUSÃO

O direito à saúde possui previsão expressa na Constituição Federal de 1988 como um dever do Estado garantido a todos os cidadãos. O sistema de assistência à saúde está disciplinado na Carta Maior de maneira bipartida, atuando o Estado diretamente na prestação do serviço de forma gratuita, através de entidades estatais e convênios com a rede privada e cabendo à iniciativa privada a prestação do serviço de assistência médico-hospitalar de forma suplementar.

A prestação do serviço de assistência suplementar à saúde deverá observar os princípios e diretrizes inerentes aos serviços públicos, sofrendo intensa fiscalização estatal, que, no caso das operadoras de plano de saúde, é realizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Hoje, a atuação de todas as empresas que operam neste setor, comercializando os planos de assistência privada à saúde, encontra-se disciplinada pela Lei nº 9.656/98, que procurou resolver uma infinidade de situações problemáticas envolvendo a atuação destas pessoas jurídicas.

Com efeito, uma breve análise histórica nos mostra que a teoria jurídica contratual foi desenvolvida nos moldes do pensamento liberal, onde imperavam os princípios da autonomia da vontade, da liberdade contratual e do *pacta sunt servanda*. Neste contexto onde o equilíbrio das relações entre particulares era presumido, os consumidores foram submetidos à inúmeras situações abusivas e desvantajosas, hipóteses que se aplicavam inteiramente aos usuários dos planos de saúde.

Paulatinamente essa ideologia liberal foi perdendo forças, abrindo o caminho para a implantação do pensamento consubstanciado na justiça e na solidariedade social. A promulgação da Constituição Federal foi o primeiro passo para adoção destes princípios e constituiu terreno fértil para a discussão acerca dos abusos cometidos nas relações de consumo, que já abarrotavam as instâncias judiciais.

O Código de Defesa do Consumidor, nascido a partir do princípio da proteção do consumidor estabelecido na Carta Maior, provocou uma verdadeira mudança nas relações entre fornecedores e consumidores, reconhecendo a vulnerabilidade destes como fundamento para a imposição de uma série de deveres àqueles, como forma de equilibrar a relação.

Como consequência, os princípios individualistas que constituíam a bandeira do Estado liberal foram mitigados e uma nova ordem principiológica, baseada na boa-fé objetiva, na função social do contrato, na equivalência material e na transparência das relações de consumo foi instaurada, buscando trazer execução prática à solidariedade social.

Neste contexto, as especificidades contidas em alguns contratos de consumo fizeram com que a doutrina os reconhecesse como merecedores de atenção especial por parte do aplicador do direito. Foram denominados contratos cativos de longa duração aqueles que são frutos da sociedade pós-moderna de consumo em massa, caracterizados por instrumentos de adesão, que efetivam relações jurídicas que se protraem no tempo causando uma relação de dependência aos consumidores, a exemplo dos contratos efetuados entre as operadoras de planos de saúde e seus usuários. Reconheceu-se que nestes contratos os fornecedores não esgotam sua obrigação com a mera prestação do serviço contratado, mas sim possuem deveres sucessivos de transparência, de informação, de não prejudicar, de manutenção do vínculo contratual e, sobretudo, de cooperação.

Em paralelo, a teoria da responsabilidade civil também sofreu uma guinada atenuando o papel da culpa, antes tida como elemento nuclear e de comprovação obrigatória, elegendando o risco como a estrela das relações de consumo. Assim é que em grande parte das relações contemporâneas vigora uma responsabilidade civil objetiva, onde o fornecedor deve arcar com a reparação do dano pela simples razão de ter assumido o risco da colocação de determinada atividade no mercado e ter auferido um ganho financeiro com isso.

A responsabilidade civil como vem disciplinada no Código de Defesa do Consumidor importa no reconhecimento do dever de reparação do fornecedor no caso de falha na prestação do serviço, vale dizer, quando o serviço não for prestado de acordo com a segurança que se espera, ocasionando um acidente de consumo. O fornecedor indicado pelo diploma consumerista não é apenas aquele que provocou efetivamente o dano, mas sim toda a cadeia que participou direta ou indiretamente da prestação daquele serviço, pois não cabe ao consumidor o ônus de descobrir quem agiu com falha.

Em função desta solidariedade é que as operadoras de plano de saúde podem ser demandadas pelos danos provocados pelos seus credenciados, pois ao escolher estes profissionais e nosocômios e colocá-los à disposição de seus usuários, ela deve agir com observância do dever de cuidado, de forma a garantir a qualidade e a segurança do serviço contratado, respondendo por eventuais lesões decorrentes da falha da prestação do serviço.

Conclui-se, portanto, que a responsabilização objetiva e solidária das operadoras de planos de saúde pelos danos provocados por integrantes de sua rede credenciada é consequência da conjugação dos princípios sociais, sobretudo do sistema protetivo elaborado pelo Código de Defesa do Consumidor, que tem como fundamento a teoria do risco e a solidariedade social, constituindo mais um avanço jurídico na busca do equilíbrio da relação de consumo e da busca da reparação solidária do dano.

REFERÊNCIAS

ANS. **Quem somos**. [20??]. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. Justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana *In*: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. v. 5.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 18 fev. 2015.

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos**. Rio de Janeiro, ANS, p. 144, set. 2014.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015.

_____. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015. art. 1, §1º.

_____. **Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm>. Acesso em: 18 fev. 2015.

_____. **Resolução Normativa - RN nº 195 de 14 de julho de 2009**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1458>. Acesso em: 24 abr. 2015. Art. 2º.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag: 857924 RJ 2007/0019032-6, Terceira Turma. Rel. Sidnei Beneti, Julg. 19/06/2008, p. 1. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647659/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-857924-rj-2007-0019032-6>>. Acesso em: 06 mar. 2015.

_____. _____. REsp 1195642/RJ. Terceira Turma. Rel. Nancy Andrighi, Julg. 13/11/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

_____. _____. Resp 1359156/SP, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 05/03/2015, Dje 26/03/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178708182/recurso-especial-resp-1359156-sp-2012-0263659-3/certidao-de-julgamento-178708196>>. Acesso em: 14 maio 2015.

_____. _____. Resp 866.371/RS, Rel. Raul Araújo, Quarta Turma, Julg. 27/03/2012, Dje 20/08/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22100143/recurso-especial-resp-866371-rs-2006-0063448-5-stj/inteiro-teor-22100144>>. Acesso em: 14 maio 2015.

_____. _____. REsp: 1119370 PE 2009/0111582-6, Terceira Turma. Rel. Nancy Andrichi, Julg: 07/12/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17918478/recurso-especial-resp-1119370-pe-2009-0111582-6>>. Acesso em 06 de mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 00110010920108260009 SP 0011001-09.2010.8.26.0009, Rel. Paulo Alcides, Julg. 26/02/2015, Sexta Câmara de Direito Privado, Publ. 28/02/2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/170393964/apelacao-apl-110010920108260009-sp-0011001-0920108260009>>. Acesso em: 14 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. RI: 000169025201381601840 PR 0001690-25.2013.8.16.0184/0, Segunda Turma Recursal, Rel.: Flávio Dariva de Resende, Julg. 26/02/2015, Publ. 04/03/2015. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/171710925/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-169025201381601840-pr-0001690-2520138160184-0-acordao>>. Acesso em: 14 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL: 00090143520078190203 RJ 0009014-35.2007.8.19.0203. Vigésima Câmara Cível. Rel. Marco Antonio Ibrahim, Julg. 13/03/2013, Publ. 11/11/2013. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117602699/apelacao-apl-90143520078190203-rj-0009014-3520078190203>>. Acesso em: 14 maio 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GREGORI, Maria Stella. **Planos e seguros de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Doutrinas essenciais do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

MATHIAS, Guilherme Valderato. O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor na saúde suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REZENDE, Paulo Roberto Voguel de. **Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico e financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões jurídicas**. Curitiba: Prismas, 2014.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SÉGUIN, Elida. **Plano de saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ANEXO I. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 9.961 DE 28 DE JANEIRO DE 2000.

Regulamento

Cria a Agência Nacional de Saúde
 Suplementar – ANS e dá outras
 providências.

Conversão da MPv nº 2.012-2, de 2000

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DA CRIAÇÃO E DA COMPETÊNCIA

(...)

Art. 4º Compete à ANS:

I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar;

II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;

IV - fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras;

V - estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras;

VI - estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS;

VII - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde;

VIII - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões;

IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;

X - definir, para fins de aplicação da Lei nº 9.656, de 1998, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades;

XI - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998;

XII - estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 1998;

XIII - decidir sobre o estabelecimento de sub-segmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei nº 9.656, de 1998;

XIV - estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados;

XVI - estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

~~XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, de acordo com parâmetros e diretrizes gerais fixados conjuntamente pelos Ministérios da Fazenda e da Saúde;~~

XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XVIII - expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões;

XIX - proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde;

XX - autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde;

XXI - monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos;

~~XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim, ouvidos previamente os órgãos do sistema de defesa da concorrência, sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência de controle societário;~~

XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;

XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXV - avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência;

XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos;

XXVII - fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar;

XXVIII - avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXXI - requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas;

XXXII - adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde;

XXXIII - instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras;

~~XXXIV - proceder à liquidação das operadoras que tiverem cassada a autorização de funcionamento;~~

~~XXXV - promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras;~~

XXXIV - proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XXXV - determinar ou promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;

XXXVIII - administrar e arrecadar as taxas instituídas por esta Lei.

XXXIX - celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XL - definir as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal, do liquidante e do responsável pela alienação de carteira. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XLI - fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, incluindo: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

a) conteúdos e modelos assistenciais; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

b) adequação e utilização de tecnologias em saúde; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

c) direção fiscal ou técnica; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

d) liquidação extrajudicial; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

e) procedimentos de recuperação financeira das operadoras; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

f) normas de aplicação de penalidades; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

g) garantias assistenciais, para cobertura dos planos ou produtos comercializados ou disponibilizados; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

XLII - estipular índices e demais condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

~~§ 1º A recusa, a omissão, a falsidade ou o retardamento injustificado de informações ou documentos solicitados pela ANS constitui infração punível com multa diária de cinco mil Ufir, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir a sua eficácia em razão da situação econômica da operadora ou prestadora de serviços.~~

§ 1º A recusa, a omissão, a falsidade ou o retardamento injustificado de informações ou documentos solicitados pela ANS constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até vinte vezes, se necessário, para garantir a sua eficácia em razão da situação econômica da operadora ou prestadora de serviços. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º As normas previstas neste artigo obedecerão às características específicas da operadora, especialmente no que concerne à natureza jurídica de seus atos constitutivos.

~~§ 3º O Presidente da República poderá determinar que os reajustes e as revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, de que trata o inciso XVII, sejam autorizados em ato conjunto dos Ministros de Estado da Fazenda e da Saúde. (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)~~

(...)

Brasília, 28 de janeiro de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Serra

ANEXO II. Recurso Especial nº 1.359.159 - SP*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 1.359.156 - SP (2012/0263659-3)**

RECORRENTE : HOSPITAL AVICCENA S/A
ADVOGADO : MÁRCIA VILAPIANO GOMES PRIMOS
RECORRENTE : FLÁVIA SANTOS DA SILVA BATISTA
ADVOGADO : CONSTANTINO SAVATORE MORELLO JUNIOR
RECORRIDO : OS MESMOS

RELATÓRIO**O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO****(Relator):**

FLÁVIA SANTOS DA SILVA BATISTA e HOSPITAL AVICCENA S/A interpuseram, separadamente, recursos especiais contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Na origem, a recorrente FLÁVIA SANTOS DA SILVA BATISTA ajuizou ação de indenização em face do HOSPITAL AVICCENA S/A, também recorrente, e da administradora de planos de saúde AVICCENA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA (“AVIMED”).

Sustentou a ocorrência de erro médico consistente na perfuração do seu intestino durante a realização de cirurgia de laparotomia, o que a obrigou, dias depois, a realizar diversos outros atos cirúrgicos, permanecendo internada na UTI e correndo risco de morte.

Postulou, com isto, o pagamento de indenização por danos morais em valor não inferior a 500 salários mínimos.

O juízo de primeiro grau, após regular instrução, julgou procedente o pedido, condenando solidariamente os réus ao pagamento de indenização no valor equivalente a 500 salários mínimos.

Interpostas apelações pelos réus, o Tribunal de origem reduziu o valor da indenização para 200 salários mínimos. Para a manutenção da condenação solidária, o Tribunal reconheceu a atuação coordenada dos réus na prestação

Superior Tribunal de Justiça

de serviços médico-hospitalares à autora, tendo a cirurgia sido praticada por médicos credenciados à administradora de planos de saúde, cuja rede de atendimento compreende o hospital réu.

Nas suas razões de recurso especial, o HOSPITAL AVICCENA S/A afirmou, inicialmente, a ocorrência de cerceamento de defesa (arts. 125, 128 e 460 do CPC), já que o Tribunal de origem, ao reconhecer a responsabilidade solidária, teria se valido de fundamento não debatido na instrução processual.

No mérito, sustentou a contrariedade do art. 932, III, do CC/02 e a existência de dissídio jurisprudencial, tendo em vista que os médicos que realizaram a cirurgia não pertencem ao corpo clínico do hospital, sendo médicos externos.

Por outro lado, autora FLÁVIA SANTOS DA SILVA BATISTA, em seu recurso especial, alegou a violação do art. 535 do CPC e dos arts. 186 e 944 do CPC, afirmando, com relação a estes dois últimos dispositivos, o caráter irrisório da indenização fixada no acórdão recorrido.

Foram apresentadas contrarrazões por ambas as partes.

Os recursos especiais foram admitidos, sendo o da recorrida por meio da decisão de fl. 1646.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.359.156 - SP (2012/0263659-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

(Relator):

Eminentes colegas. Os recursos especiais das duas partes não merecem provimento.

Preliminarmente, rejeito a alegação de cerceamento de defesa por “surpresa processual” arguida pelo HOSPITAL AVICCENA.

A par da necessidade de serem reexaminados fatos e provas (Súmula 07/STJ), o fundamento jurídico utilizado pelo Tribunal de origem para o reconhecimento da responsabilidade solidária dos réus apoiou-se nas circunstâncias bastante conhecidas pelo próprio hospital recorrente, como a sua atuação na prestação de serviços de saúde em coordenação com a administradora de planos de saúde ré.

Ainda preliminarmente, rejeito a alegação da parte autora de violação ao art. 535 do CPC, tendo em vista que a **questão** relativa ao *quantum* indenizatório foi efetivamente apreciada no acórdão recorrido, não havendo, ademais, a obrigação de o magistrado se manifestar a respeito de todos os **argumentos** veiculados pelas partes.

Com isto, passo a apreciar, inicialmente, o mérito do recurso especial interposto pelo HOSPITAL AVICCENA, a quem foi atribuída a obrigação solidária de indenizar o erro médico, procedendo, depois, ao exame da principal irresignação da parte autora, que postula o aumento da indenização por danos morais fixada em seu favor.

Destaco, no ponto, que o exame do mérito dos recursos especiais não

Superior Tribunal de Justiça

pressupõe o reexame de fatos e provas (Súmula 07/STJ), estando, ademais, satisfeito o requisito do prequestionamento (Súmula 211/STJ), com o que não merecem ser acolhidas as alegações suscitadas nas contrarrazões apresentadas por ambas as partes.

1 - DO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO RÉU HOSPITAL AVICCENA S/A (art. 932, III, do CC/02 e dissídio jurisprudencial)

Em seu recurso especial, o HOSPITAL AVICCENA questiona o reconhecimento da obrigação de indenizar o erro médico em solidariedade com a administradora de planos de saúde ré, ressaltando, na linha do que constou do acórdão recorrido, que os médicos que realizaram a cirurgia eram credenciados junto ao plano de saúde, sendo, pois, externos ao corpo clínico-hospitalar.

Alegou, assim, a violação do art. 932, III, do CC/02 e a existência de dissídio jurisprudencial frente ao seguinte precedente, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento.

Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.

2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao

Superior Tribunal de Justiça

paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva.

No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.

3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.

4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido. (REsp 908359/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 17/12/2008)

Não se controverte mais, portanto, acerca do defeito na prestação do serviço ocorrido durante a cirurgia de laparotomia, a perfuração do intestino da parte autora e o nexo de causalidade (art. 14 do CDC), mas tão-somente a relação de solidariedade existente entre o hospital recorrente e a outra ré, que administrava o plano de saúde a que eram credenciados os médicos.

Em que pese a circunstância de os médicos que realizaram a cirurgia não pertencerem ao corpo clínico do hospital, em face da jurisprudência do STJ a este respeito, entendo que, no específico caso dos autos, a responsabilidade do hospital **frente à consumidora autora** deriva do princípio da solidariedade existente entre os integrantes da cadeia de fornecimento de produto ou serviço, que é matéria de fato.

A solidariedade entre os fornecedores integrantes da mesma cadeia de fornecimento de produtos ou serviços é reconhecida de forma tranquila na jurisprudência e na doutrina.

No âmbito deste STJ, destaco os seguintes precedentes, proferidos tanto pela Terceira como pela Quarta Turma:

Superior Tribunal de Justiça

CONSUMIDOR. CONTRATO. SEGURO. APÓLICE NÃO EMITIDA. ACEITAÇÃO DO SEGURO. RESPONSABILIDADE. SEGURADORA E CORRETORES. CADEIA DE FORNECIMENTO. SOLIDARIEDADE.

1. A melhor exegese dos arts. 14 e 18 do CDC indica que todos aqueles que participam da introdução do produto ou serviço no mercado devem responder solidariamente por eventual defeito ou vício, isto é, imputa-se a toda a cadeia de fornecimento a responsabilidade pela garantia de qualidade e adequação.

2. O art. 34 do CDC materializa a teoria da aparência, fazendo com que os deveres de boa-fé, cooperação, transparência e informação alcancem todos os fornecedores, diretos ou indiretos, principais ou auxiliares, enfim todos aqueles que, aos olhos do consumidor, participem da cadeia de fornecimento.

3. No sistema do CDC fica a critério do consumidor a escolha dos fornecedores solidários que irão integrar o polo passivo da ação.

Poderá exercitar sua pretensão contra todos ou apenas contra alguns desses fornecedores, conforme sua comodidade e/ou conveniência.

4. O art. 126 do DL nº 73/66 não afasta a responsabilidade solidária entre corretoras e seguradoras; ao contrário, confirma-a, fixando o direito de regresso destas por danos causados por aquelas.

5. Tendo o consumidor realizado a vistoria prévia, assinado proposta e pago a primeira parcela do prêmio, pressupõe-se ter havido a aceitação da seguradora quanto à contratação do seguro, não lhe sendo mais possível exercer a faculdade de recusar a proposta.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1077911/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 14/10/2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCLUSÃO INDEVIDA DE NOME NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. EMPRESA DE TELEFONIA DE LONGA DISTÂNCIA. SOLIDARIEDADE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CABIMENTO.

1. A empresa que integra a cadeia de fornecimento de serviços de telefonia é responsável solidária pelos danos causados ao consumidor pela indevida inclusão de seu nome nos órgãos de restrição ao crédito.

2. Agravo regimental provido para, reconsiderando decisão anterior, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento.

(AgRg no Ag 1226738/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 25/02/2011)

Superior Tribunal de Justiça

Na doutrina, entre outros, esta é a posição de **Cláudia Lima Marques** (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 289 e ss). e de **Sergio Cavalieri Filho** (*Programa de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 274)

A solidariedade entre os fornecedores, diretos ou indiretos, integrantes de uma mesma cadeia de produção ou de prestação de serviço significa que, independentemente de quem tenha de fato sido o responsável pelo defeito do produto ou do serviço, todos se apresentam, frente ao consumidor, como responsáveis de direito.

Assim, uma vez reconhecida a obrigação de indenizar de um dos fornecedores, a responsabilidade dos demais **frente ao consumidor** é atribuída pelo próprio CDC, conforme destacou com propriedade o eminente Ministro Luis Felipe Salomão quando do julgamento do Recurso Especial n.º 997.993/MG, *in verbis*:

Ressalte-se também que, para a responsabilização de todos os integrantes da cadeia de consumo, apura-se a responsabilidade de um deles, objetiva ou decorrente de culpa, caso se verifique as hipóteses autorizadoras previstas no CDC.

A responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo, todavia, não decorre de seu agir culposos ou de fato próprio, mas de uma imputação legal de responsabilidade que é servil ao propósito protetivo do sistema.

Evidentemente que, resguardado o consumidor, podem os fornecedores, no exercício do seu direito de regresso, rediscutir a parcela de responsabilidade de cada um, na forma do art. 88 do CDC.

No caso dos autos, ficou reconhecido que os réus integravam, relativamente à autora, a mesma cadeia de fornecimento de serviços.

Superior Tribunal de Justiça

Os médicos que realizaram a cirurgia eram credenciados junto à administradora do plano de saúde com quem a paciente mantinha contrato.

O hospital, por sua vez, compunha a rede médico-hospitalar do mesmo plano, fornecendo as instalações e os serviços necessários para a realização da cirurgia.

Essas circunstâncias foram adequadamente analisadas e reconhecidas no acórdão recorrido, ainda que sob o título de formação de grupo econômico:

Assim é que o contrato com a segunda corré, administradora de plano de saúde, tem por objeto prestar serviços, através de médicos e hospitais credenciados (no caso concreto, o HOSPITAL AVICCENA S.A e os médicos que realizaram a cirurgia, Vinicius Paula de Almeida e Marcus Aurélio Malanga), enquanto o contrato entre a autora e o hospital complementa, como adminículo, a finalidade do primeiro. Ambos, porém, visam um único objeto: prestar ("vender") serviços de saúde aos usuários do plano: a administradora, de hospital e médicos credenciados, para prestar o atendimento a que se comprometera; o hospital e os médicos, de paciente pagos pela administradora.

Demais disso, analisando os contratos sociais dos corréus, vê-se que os três sócios cotistas da administradora [AVICCENA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA. (fl. 98)] são igualmente acionistas do HOSPITAL AVICCENA S.A [AHMED MOHAMED KADRI, ALI AYOUB AUOUB e MUSTAFÁ FAOUZI AOBOU ARABI (fl. 82)].

Não há nada mais claro e convincente de que se tratam de empresários unidos pelo mesmo escopo: prestar, uma empresa, os serviços de saúde remunerados pela outra.

Não se pode, assim, negar a atuação conjunta e coordenada dos fornecedores demandados na prestação dos serviços de saúde à autora.

O reconhecimento, no caso dos autos, da responsabilidade do hospital frente à consumidora não implica a inobservância dos precedentes nos quais a responsabilidade é excluída em razão dos médicos não pertencerem ao corpo

Superior Tribunal de Justiça

clínico-hospitalar, em face das peculiaridades do caso concreto.

Com efeito, cada vez mais, em planos privados de saúde, o segurado busca os serviços oferecidos pela própria administradora, incluindo médicos, hospitais, exames clínicos e laboratoriais etc, procurando reduzir as suas despesas.

Na ocorrência de um problema, como no presente caso, não se exige que ingresse contra todos os profissionais que atuaram na prestação dos serviços médicos e hospitalares, embora todos, em tese, possam ser solidariamente responsáveis.

Naturalmente, poderão os réus responsabilizados ingressar com ação de regresso, em processo autônomo, contra os demais fornecedores, discutindo a parcela de responsabilidade de cada um.

Enfim, não merece provimento o recurso especial do hospital.

2 - DO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA (arts. 186 e 944 do CC/02)

Postula a parte autora o aumento para 500 salários mínimos da indenização por danos morais fixada em 200 salários mínimos pelo acórdão recorrido.

O Tribunal de origem reconheceu a ocorrência de erro médico durante a cirurgia de laparotomia por que passou a autora, consistente na perfuração do seu intestino, o que a obrigou a permanecer por quase três semanas internada na UTI com risco de morte.

O acórdão recorrido, no entanto, não registrou a existência de danos irreversíveis à paciente.

Conforme consignado quando do julgamento dos Recursos Especiais n.º 1.197.284/AM e 959.780/ES, de minha relatoria, a indenização por danos morais deve ser arbitrada em conformidade com o método bifásico, que conjuga os critérios da valorização das circunstância do caso e do interesse

Superior Tribunal de Justiça

jurídico lesado.

Na *primeira fase*, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o **interesse jurídico lesado**, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (**grupo de casos**). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Na *segunda fase*, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as **circunstâncias particulares do caso** (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

Chega-se, com isso, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. De um lado, será alcançada uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obter-se-á um montante que corresponda às peculiaridades do caso com um arbitramento equitativo e a devida fundamentação pela decisão judicial.

No caso dos autos, em que se verificou a perfuração do intestino e o risco de morte da parte autora, pode ser utilizado, como parâmetro para a fixação do valor básico da indenização por danos morais, a indenização normalmente fixada por este STJ nos casos de falecimento, que varia entre 300 e 500 salários mínimos.

Não tendo se verificado o falecimento da parte autora, razoável que a fixação do valor inicial da indenização em 200 salários mínimos. E, não

Superior Tribunal de Justiça

havendo peculiaridades que justifiquem, na segunda fase, a elevação do valor básico, torno definitiva a indenização em 200 salários mínimos, na linha do acórdão recorrido.

Com isso, não merece acolhida também a irrisignação recursal da autora.

Ante o exposto, nego provimento aos dois recursos especiais.

É o voto.



ANEXO III. Recurso Especial nº 866.371 - RS

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 866.371 - RS (2006/0063448-5)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : CARMEM LÚCIA PINTO SANTANA
ADVOGADO : ANTÔNIO LUIZ ALLGAYER MENDONÇA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MARILENE MARLI RAGGIO SBROGLIO
ADVOGADO : DIEGO MARIANTE CARDOSO E OUTRO(S)
RECORRIDO : UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO
MÉDICO
ADVOGADO : FERNANDO HACKMANN RODRIGUES E OUTRO(S)
INTERES. : SEBS HOSPITAL MÃE DE DEUS
ADVOGADO : MARINDIA JORGE E OUTRO(S)

EMENTA

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

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

2. Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual 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.

3. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, 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.

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

5. Recurso especial provido.

Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília, 27 de março de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO

Relator



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 866.371 - RS (2006/0063448-5)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : CARMEM LÚCIA PINTO SANTANA
ADVOGADO : ANTÔNIO LUIZ ALLGAYER MENDONÇA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MARILENE MARLI RAGGIO SBROGLIO
ADVOGADO : DIEGO MARIANTE CARDOSO E OUTRO(S)
RECORRIDO : UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO
MÉDICO
ADVOGADO : FERNANDO HACKMANN RODRIGUES E OUTRO(S)
INTERES. : SEBS HOSPITAL MÃE DE DEUS
ADVOGADO : MARINDIA JORGE E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO:

Trata-se de recurso especial interposto por CARMEM LÚCIA PINTO SANTANA, com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

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

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

APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA." (fl. 650, e-STJ)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Nas razões de recurso especial (fls. 682/689, e-STJ), a ora recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação ao art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e ao art. 944 do Código Civil de 2002. Sustenta, em síntese, que: (I) a UNIMED é solidariamente responsável pelo dano moral infligido à autora da ação indenizatória; (II) há *"inidubítavel responsabilidade da UNIMED pela imperícia de seus médicos, como in casu. Esses profissionais são selecionados e cadastrados por essa entidade, podendo, como claramente aqui foi demonstrado, serem até por ela recusados. Assim, aceitos e colocados à disposição dos subscritores dos planos de saúde, consubstancia-se aquela responsabilidade prevista no*

Superior Tribunal de Justiça

art. 1.521, III, do Código Civil de 1916, aplicável ao caso sub judice. Com especial relevância, ainda, para aquela advertência da própria UNIMED, constante a fls. 15 desses autos: 'A UNIMED não se responsabiliza pelos atos dos médicos por ela não credenciados.' Vale, então, reciprocamente, dizer que assume integral responsabilidade pelos atos dos médicos que integram seus quadros como prestadores de serviços. Foi exatamente a conclusão do eminente Ministro Aldir Passarinho Júnior naquele acórdão que, trazido com as presentes razões, consubstancia um das divergências ensejadoras do cabimento do recurso" (REsp 309.760/RJ); (III) o dano moral, em relação à atuação da médica, foi fixado em valor irrisório, tendo em vista a extensão do dano advindo de erro médico.

Contrarrazões apresentadas pela UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, às fls. 743/754, e-STJ.

Não tendo sido admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte de Justiça, por força do provimento de agravo de instrumento pelo eminente Ministro Jorge Scartezzini (Ag 707.063/RS).

Observe-se que houve recurso especial também da médica, cuja responsabilidade fora reconhecida pela colenda Corte *a quo*, Dra. MARILENE MARLI RAGGIO SBROLGLIO. O referido recurso também não foi admitido na origem. No entanto, não foi interposto agravo, visando à reforma dessa decisão e à subida dos autos principais.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 866.371 - RS (2006/0063448-5)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : CARMEM LÚCIA PINTO SANTANA
ADVOGADO : ANTÔNIO LUIZ ALLGAYER MENDONÇA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MARILENE MARLI RAGGIO SBROGLIO
ADVOGADO : DIEGO MARIANTE CARDOSO E OUTRO(S)
RECORRIDO : UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO
MÉDICO
ADVOGADO : FERNANDO HACKMANN RODRIGUES E OUTRO(S)
INTERES. : SEBS HOSPITAL MÃE DE DEUS
ADVOGADO : MARINDIA JORGE E OUTRO(S)

VOTO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

A ora recorrente, CARMEM LÚCIA PINTO SANTANA, sob o pálio da Justiça Gratuita, ajuizou ação de reparação por danos moral e estético contra a médica Dra. MARILENE MARLI RAGGIO SBROGLIO, o hospital SOCIEDADE BENEFICENTE DO SUL - HOSPITAL MÃE DE DEUS e a operadora de plano de saúde UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, em virtude de erro cometido pela médica ré em cirurgia para retirada de cisto no ovário.

A ação foi julgada improcedente em primeira instância, tendo em vista a prova pericial colhida.

Em sede de apelação, o colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendendo que a "*prova pericial (frise-se não é absoluta), ainda que aponte para a inocorrência de qualquer equívoco na realização da cirurgia, foi bastante evasiva em suas respostas aos quesitos*", chegou a entendimento oposto (e-STJ, fls. 654/655). Decidiu que o HOSPITAL MÃE DE DEUS e a UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO não poderiam ser responsabilizados pelo erro cometido pela médica, porquanto, de um lado, esta não era empregada do hospital e, de outro lado, não havia sido indicada à autora pela operadora do plano de saúde, embora fosse por esta credenciada como cooperada. Quanto à responsabilidade da profissional, aquela col. Corte, reformando a r. sentença, concluiu que estava caracterizada a culpa, condenando a médica a reparar o dano moral, no montante de seis mil reais (R\$ 6.000,00), devidamente corrigidos.

Não tendo a ora recorrente impugnado, em seu recurso especial, a parte da decisão que excluiu a responsabilidade do hospital e não havendo recurso da médica quanto

Superior Tribunal de Justiça

ao reconhecimento de sua culpa, passa-se ao exame apenas da responsabilidade da operadora do plano de saúde e do valor da indenização fixado na origem.

Os planos de saúde privados podem ser operados por companhias de seguro - os chamados seguros-saúde, por empresas de medicina de grupo, por cooperativas de serviços médicos e por entidades de autogestão ou filantrópicas. Todas essas entidades são reconhecidas como operadoras de plano de saúde, independentemente de sua forma de organização, nos termos do art. 1º da Lei 9.656/98 e devem obedecer às diretrizes e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Para tais hipóteses, há a possibilidade de celebração de contrato de seguros-saúde e de plano de saúde propriamente dito. O primeiro, abarcado pelo conceito tradicional de seguro, segundo o qual o segurado, mediante o pagamento de prêmio, transfere a probabilidade de perda financeira para a companhia de seguro que garante o risco. O segundo, por seu turno, é a modalidade de contrato em que o beneficiário-contratante, *“mediante o pagamento antecipado e periódico de um determinado preço, obtém de uma empresa a contraprestação consistente na realização de determinados tratamentos e atendimentos médicos, hospitalares e laboratoriais, a serem realizados por seus prepostos”* (SCAFF, **Fernando Campos**. *Direito à saúde no âmbito privado: Contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 50/51).

A distinção mais marcante entre essas duas espécies de contrato funda-se no fato de que no seguro-saúde há, em regra, livre escolha pelo segurado dos médicos e hospitais e reembolso pela seguradora dos preços dos serviços prestados por terceiros, enquanto nos planos de saúde a própria operadora assume, por meio dos profissionais e dos recursos hospitalares e laboratoriais próprios ou credenciados, a obrigação de prestar os serviços.

Dáí poder-se-ia concluir que: (I) se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais e reembolso das despesas no limite da apólice, não se poderia falar em responsabilidade da operadora do plano de saúde pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais é feita pelo próprio paciente ou segurado, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida operadora, sendo a responsabilidade direta do médico e/ou hospital; (II) 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, neste caso, não haveria como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço.

Contudo, alerta **FERNANDO CAMPOS SCAFF**, que *“na prática há uma enorme aproximação entre tais modalidades de contratos, uma vez que é usual que as*

Superior Tribunal de Justiça

empresas de seguro-saúde indiquem, normalmente, uma lista de médicos, hospitais e laboratórios que a ela estão vinculados de modo permanente – e com os quais consegue preestabelecer custos e remunerações – e os quais remunera diretamente pelos serviços prestados diretamente, sem que ocorra o suposto reembolso dos segurados por pagamentos inicialmente feitos aos prestadores de serviços, agindo de modo análogo, nesse ponto, ao que realização as empresas de planos de saúde. Por outro lado, essas mesmas empresas de planos de saúde usualmente admitem, além da utilização de recursos que lhes sejam efetivamente próprios, outros que por elas tenham sido credenciados, e ainda outros não previamente indicados, em relação aos quais realizam, de modo total ou parcial, mero reembolso aos seus contratantes das despesas havidas com o atendimento prestado, agindo como se fossem, em realidade, verdadeiras seguradoras. Inclusive, essa proximidade entre as duas modalidades de contratos foi, de certa forma, reconhecida nos próprios termos da atual lei brasileira, em que ambos os tipos de empresas – seguradoras e de planos de saúde – foram tidas como operadoras, indistintamente” (ob. cit., p. 51).

Então, certo é que 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.

Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem médico, hospital e operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa, conforme os arts. 1.521, III, 1.523 e 1.524 do Código Civil de 1916 e arts. 932, III, 933 e 934 do Código Civil de 2002. Cabe, inclusive, ação regressiva da referida operadora contra o médico ou hospital que, por culpa, for o causador do evento danoso.

Nas palavras de **SÉRGIO CAVALIERI FILHO**:

"(...) Se escolheu mal o preposto ou profissional que vai prestar o serviço médico, responde pelo risco da escolha. A empresa locadora direta de serviços médico-hospitalares, credenciando médicos e hospitais para suprir as deficiências do seus próprios serviços, compartilha da responsabilidade civil dos profissionais e estabelecimentos que seleciona.

Com efeito, médicos e hospitais credenciados formam uma rede de serviços médicos hospitalares eficiente, atrativa e competitiva para atender à cativa clientela dos planos de saúde. Na verdade, há um pacto proveitoso para ambas as partes; médicos e hospitais aumentam a clientela e a empresa credenciadora, além de tornar os seus serviços mais eficientes, suportará menor encargo financeiro pagando despesas de hospitalização e honorários médicos

Superior Tribunal de Justiça

previamente estabelecidos numa tabela. Por sua vez, segurados ou contratados procuram os médicos e hospitais credenciados (ou referenciados) não só porque nada têm a pagar, mas também porque confiam na indicação, acreditando tratar-se de instituições e profissionais competentes, criteriosamente selecionados pela empresa seguradora ou operadora do serviço.

Pois bem, essa sistemática gera responsabilidade solidária entre todos os participantes da cadeia de fornecedores do serviço, quer pela disciplina do art. 34 do Código de Defesa do Consumidor, quer à luz do art. 932, III, do Código Civil, que trata da responsabilidade na preposição." (Programa de Responsabilidade Civil, 9ª ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010, pp. 402/403)

Cumpre salientar que há diversos precedentes nesta Corte de Justiça que reconhecem a legitimidade de operadora de plano de saúde para figurar no polo passivo de demanda indenizatória movida por segurado, em razão de má prestação de serviço médico por profissional credenciado. A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - FALECIMENTO DO PACIENTE - PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA - AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - EMPRESA PRESTADORA DO PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - LEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR NA AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANO MORAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO DENTRO DOS PADRÕES DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO IMPROVIDO.

1. Ausente a ocorrência de contradição e omissão no julgado recorrido, afasta-se a preliminar de negativa de prestação jurisdicional.

2. Em caso de erro cometido por médico credenciado à empresa prestadora do plano de assistência à saúde, esta é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação indenizatória movida pelo associado, respondendo solidariamente pela má prestação do serviço médico.

3. A revisão por esta Corte do montante fixado pelas Instâncias ordinárias a título de dano moral, exige que o valor tenha sido arbitrado de forma irrisória ou exorbitante, circunstância que não se verifica no caso concreto. A condenação solidária das rés por dano moral em R\$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil reais), tendo em vista o erro médico que resultou em óbito do paciente, não se encontra fora dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade.

Precedentes.

4. Recurso improvido."

(AgRg no REsp 1.037.348/SP, Terceira Turma, Rel. Min. **MASSAMI**)

Superior Tribunal de Justiça

UYEDA, DJe de 17/8/2011 - grifou-se)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXAME DO MÉRITO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - POSSIBILIDADE - INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - CRIAÇÃO DE VARA ESPECIALIZADA - COMPETÊNCIA ABSOLUTA - REMESSA DO FEITO EM ANDAMENTO - PRECEDENTE - INCAPACIDADE DA AUTORA - SÚMULA 7/STJ - PLANO DE SAÚDE - LEGITIMIDADE - DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADO - SÚMULA 7/STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO."

(AgRg no Ag 1.385.555/BA, Terceira Turma, Rel. Min. **MASSAMI UYEDA**, DJe de 29/6/2011 - grifou-se)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA DE COOPERATIVA DE TRABALHOS MÉDICOS. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO COM APLICAÇÃO DE MULTA.

1. A jurisprudência da Casa é tranqüila em reconhecer a legitimidade passiva da cooperativa médica em demanda que se discute responsabilidade civil por suposto erro médico, pois 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.

2. Improvido o regimental, com aplicação de multa de 1%."

(AgRg no REsp 1.029.043/SP, Quarta Turma, Rel. Min. **LUIS FELIPE SALOMÃO**, julgado em 12/5/2009, DJe de 8/6/2009)

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PLANO DE SAÚDE. ERRO EM TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO NÃO CONFIGURADO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. MATÉRIA DE PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS NS. 282 E 356-STF.

1. A empresa prestadora do plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para a ação indenizatória movida por filiado em face de erro verificado em tratamento odontológico realizado por dentistas por ela credenciados, ressalvado o direito de regresso contra os profissionais responsáveis pelos danos materiais

Superior Tribunal de Justiça

e morais causados.

II. Inexistência, na espécie, de litisconsórcio passivo necessário.

III. Cerceamento de defesa inócua, fundado o acórdão em prova técnica produzida nos autos, tida como satisfatória e esclarecedora, cuja desconstituição, para considerar-se necessária a colheita de testemunhos, exige o reexame do quadro fático, com óbice na Súmula n. 7 do STJ.

IV. Ausência de suficiente questionamento em relação a tema suscitado.

V. Recurso especial não conhecido."

(REsp 328.309/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. **ALDIR PASSARINHO JUNIOR**, DJ de 17/3/2003 - grifou-se)

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. COOPERATIVA DE ASSISTÊNCIA DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA. CDC, ARTS. 3º E 14.

I. A Cooperativa que mantém plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para ação indenizatória movida por associada em face de erro médico originário de tratamento pós-cirúrgico realizado com médico cooperativado.

II. Recurso especial não conhecido."

(REsp 309.760/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. **ALDIR PASSARINHO JUNIOR**, DJ de 18/3/2002 - grifou-se)

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESSARCIMENTO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. PLANO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE ERRO DE DIAGNÓSTICO NO ATENDIMENTO PELA REDE CREDENCIADA. CIRURGIA DE URGÊNCIA REALIZADA EM NOSOCÔMIO DIVERSO. COBERTURA NEGADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INCORREÇÃO. PROCEDIMENTO DA LIDE.

I. A prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva.

II. Recurso conhecido e provido, para reconhecer a legitimidade passiva da ré e determinar o prosseguimento do feito."

(REsp 164.084/SP, Quarta Turma, Rel. Min. **ALDIR PASSARINHO JUNIOR**, DJ de 17/4/2000 - grifou-se)

Acerca da legitimidade passiva de operadora de plano de saúde, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 328.309/RJ, assim se manifestou o eminente Ministro **ALDIR PASSARINHO JÚNIOR**:

Superior Tribunal de Justiça

"Em segundo lugar, a responsabilidade civil da 1ª ré, AMIL, deriva, em verdade, do próprio contrato de prestação de serviços celebrado com a autora, de modo que a lide poderia, na hipótese dos autos, ter-se desenvolvido sem a presença dos demais réus no pólo passivo da demanda.

No julgamento do REsp n. 309.760/RJ, examinando caso em que era a UNIMED parte, assim me manifestei sobre o tema, *litteris*:

'De efeito, a cooperativa ré tem por objeto a assistência médica, e para tanto realiza contrato com associados, regulamentando, de forma padronizada, a prestação de seus serviços, o que faz por intermédio de médicos a ela filiados, casas de saúde e laboratórios. A escolha do profissional não é exatamente livre pelo paciente. Ele a tem, porém, dentre aqueles profissionais cooperativados.

Ora, se é a Unimed quem oferece o plano de assistência médica remunerado, em que estabelece e faz a cobrança de acordo com tabelas próprias, traça as condições do atendimento e de cobertura, e dá ao associado um leque determinado de profissionais cooperativados ao qual pode recorrer em caso de doença, não é possível possa eximir-se de qualquer vinculação com a qualidade do serviço, como se fosse uma alienígena. É ela fornecedora dos serviços, à luz do CDC, e o causador do dano é cooperado seu. O atendimento médico deu-se por vinculação direta da Unimed com a associada e o profissional cooperado.

Aliás, conquanto ainda não vigente à época do fato, a Lei n. 9.656, de 03.06.98, colocou uma pá de cal sobre o assunto, precisando, ainda mais, sobre tal responsabilidade.

No julgamento do REsp n. 164.084 - SP, já havia destacado, como relator, que:

'A prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva.' (4ª Turma, unânime, DJU de 17.04.00)

No mesmo sentido foi, depois, a decisão da Egrégia 3ª Turma, em acórdão de relatoria do ilustre Ministro Ari Pargendler, assim ementado:

'CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido.' (REsp n. 138.059 - MG,

Superior Tribunal de Justiça

unânime, DJU de 11.06.01).'

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

'CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. COOPERATIVA DE ASSISTÊNCIA DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA. CDC, ARTS. 3º E 14.

I. A Cooperativa que mantém plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para ação indenizatória movida por associada em face de erro médico originário de tratamento pós-cirúrgico realizado com médico cooperativado.

II. Recurso especial não conhecido.'

Verifica-se, portanto, que se o tratamento foi realizado por profissionais credenciados ou autorizados pela AML, esta se torna responsável pelos danos causados, sem embargo, evidentemente, de se lhe reconhecer o direito de regresso contra aqueles que diretamente prestaram os serviços defeituosos.

....."

A eg. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça também teve oportunidade de examinar esse tema, concluindo que "*quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam*" (REsp 138.059/MG, Rel. Min. **ARI PARGENDLER**, DJ de 11/6/2001).

No julgamento desse recurso especial, a eminente Ministra **NANCY ANDRIGHI** proferiu voto, cuja transcrição é salutar:

"A recorrente se enquadra no conceito de fornecedor de serviço nos termos do art. 3º do C.D.C., bem como, o recorrido ao contratar e remunerar mensalmente a prestação de serviço que a qualquer momento poderia ser exigida, configura-se consumidor.

Com isso a análise e a solução do litígio deve observar os ditames do Código Consumerista, não obstante a vigência da Lei 9.656/98, que disciplina sobre planos e seguros privados de assistência à saúde, cuidando exclusivamente da prestação de serviço e não dos efeitos do descumprimento ou de inexecução de uma relação com planos de saúde ou com seguros privados. Aliás a própria lei referida trata o contratante desta prestação de serviço pela qualificação de consumidor (art. 30).

A recorrente responde pela prestação que oferece seja no aspecto administrativo de assistência à saúde, bem como pela própria prestação de serviço-médico-hospitalar que é o objeto do seu contrato com o consumidor.

Nesta hipótese, estamos diante de responsabilidade por prestação de serviço na qual a fornecedora se utiliza de outrem para execução

Superior Tribunal de Justiça

de assistência médica (o hospital e o médico).

No caso de responsabilidade civil por falta de outrem quando regida pelo CDC não se pode buscar apoio no art. 1.521, III do CC, que contemplando a responsabilidade subjetiva, impõe-se que as culpas sejam examinadas separadamente, porém quando a responsabilidade é objetiva há uma unidade entre o elemento subjetivo daquele que elege o realizador do serviço e do próprio realizador.

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

A relação jurídica entre o plano de saúde e o médico não é de preposição, por isso não exige a necessária e integral subordinação, embora seja óbvia a existência de limites de ação do médico em face das regras impostas pelo plano. O médico contratado pelo plano de saúde não é um empregado do plano, é um prestador de serviços autônomo que a operadora contrata para atender a convênios que firme com o objetivo de lucro. Portanto, responde concorrentemente porque contrata para em seu nome prestar o serviço que se comprometeu com os conveniados. O objetivo do plano de saúde não se limita a administrar e cobrir os custos da prestação de serviço médico. Além dessa prestação, assume a obrigação de prestar o serviço médico mediante profissionais qualificados e capazes de observarem as regras científicas e técnicas da ciência médica. Por isso, qualquer acidente de consumo, isto é, falha no serviço prestado pelo médico, impõe-se a responsabilidade pelos danos para a operadora e o médico, sendo que aquela responderá objetivamente em virtude do risco proveito assumido pela empresa que desenvolve esta atividade com a finalidade de lucro. Ocorrendo o prejuízo ao usuário-consumidor, independente de culpa do terceiro contratado, pelas leis civis, ou pelas leis trabalhistas a operadora responderá pelo acidente de consumo. Esta é a força da responsabilidade objetiva e solidária que o CDC impõe com o objetivo claro de

Superior Tribunal de Justiça

proteger e ampliar os meios de reparação aos danos que o consumidor sofra, assegurando na relação interna entre médico, hospital e plano de saúde, o exercício do direito de regresso, somente nesta última relação jurídica é que a responsabilização se fará mediante a avaliação da culpa do(s) agente(s), não se aplicando, por isso, a tese de separação da culpa proposta pelo recorrente.

(...)

É evidente que há uma relação de consumo de serviço médico, e que a prestação viciada deste serviço atingiu a incolumidade física do consumidor, a quem não foi deferido livre arbítrio para a escolha do profissional.

Tem a cooperativa médica responsabilidade civil por ato de profissional da área de saúde, que elegeu para prestar o serviço em seu nome, após o atendimento de requisitos básicos para seu credenciamento.

(...)

O pagamento de mensalidade pela disponibilização de serviços médicos à medida da necessidade do consumidor impõe à UNIMED o dever de garantir o adequado tratamento ambulatorial, hospitalar, e de qualquer urgência médica contratada, prestação esta que deve ser adequada e suficiente, dentro dos padrões de qualidade inerentes à preservação da saúde do indivíduo. Não é menos certo afirmar que a Cooperativa médica, no ato de credenciamento do médico cooperado, perante os usuários de seus serviços, emite um aval de qualidade de serviço, de sua excelência." (grifou-se)

Ultrapassada a questão da legitimidade passiva *ad causam*, o cerne da controvérsia dos presentes autos consiste em saber se, no caso, a operadora de plano de saúde tem responsabilidade solidária, juntamente com a médica e/ou hospital, por erro originário da cirurgia realizada por profissional credenciada.

Na hipótese, a ora recorrente, CARMEM LÚCIA PINTO SANTANA, na qualidade de beneficiária do sistema de assistência médico-hospitalar da UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, foi submetida, na SOCIEDADE BENEFICENTE DO SUL - HOSPITAL MÃE DE DEUS, à cirurgia, presidida pela médica Dra. MARILENE MARLI RAGGIO SBROLGLIO, credenciada ao referido plano, para a retirada de cistos do ovário.

Durante o procedimento cirúrgico, *"a médica constatou a inexistência de útero e de ambos os ovários, verificando que o problema consistia em aderências intestinais, tratando-se de desfazê-las manualmente"*, advindo a partir daí outras complicações, como fístula intestinal e infecção, que acabaram importando na submissão da paciente a outras cinco cirurgias, uma ainda no mesmo hospital e as outras no HOSPITAL ERNESTO DORNELES. Há notícias nos autos, inclusive, de que a paciente chegou a ficar em estado de

Superior Tribunal de Justiça

coma (fls. 596 e 653, e-STJ). Do evento danoso resultaram diversas sequelas definitivas, tais como a "*instalação de tela na parede abdominal, que periodicamente deve ser substituída, dificuldades para relações sexuais, diarreia crônica*", e outros problemas de saúde para a paciente, os quais o eg. Tribunal de Justiça entendeu decorrentes daquela cirurgia (fls. 592/600 e 653, e-STJ).

Com base nessas considerações, infere-se que a UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, na condição de prestadora de serviço de assistência médica, é responsável solidariamente com a médica, cuja responsabilidade já fora reconhecida pelo colendo Tribunal local, pelos danos causados à ora recorrente em decorrência da má prestação do serviço.

No tocante ao montante reparatório, considerando-se os transtornos causados à recorrente e os danos morais sofridos, merece alguma majoração o valor fixado na origem em R\$ 6.000,00 (em 22 de abril de 2004), com juros desde a citação (em 8 de abril de 1999). Entende-se devida a majoração do *quantum* indenizatório, respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para quinze mil reais (R\$ 15.000,00), tendo em vista também que a promovente já apresentava anteriormente problemas em seu intestino.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial, para reconhecer a responsabilidade solidária da UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, juntamente com a médica, Dra. MARILENE MARLI RAGGIO SBROLGLIO, fixando a reparação por danos morais em R\$ 15.000,00, com a devida incidência de correção monetária, a partir desta data, e de juros moratórios de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e de 1% ao mês a partir de então, computados desde a citação.

Os ônus sucumbenciais ficam assim distribuídos: a) a médica ré e a UNIMED devem arcar em favor da autora com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes no montante de 12% sobre o valor da condenação, devidamente corrigido, na forma do art. 20, § 3º, do CPC; b) a autora da ação deve arcar com as custas processuais em relação ao hospital e os honorários advocatícios, no montante de R\$ 600,00, conforme já arbitrado nas instâncias ordinárias (fl. 656) e não impugnado no presente recurso especial.

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2006/0063448-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 866.371 / RS**

Números Origem: 00100387258 100387258 200501529698 70005925052
70010754398

PAUTA: 27/03/2012

JULGADO: 27/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CARMEM LÚCIA PINTO SANTANA
ADVOGADO : ANTÔNIO LUIZ ALLGAYER MENDONÇA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MARILENE MARLI RAGGIO SBROGLIO
ADVOGADO : DIEGO MARIANTE CARDOSO E OUTRO(S)
RECORRIDO : UNIMED PORTO ALEGRE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
ADVOGADO : FERNANDO HACKMANN RODRIGUES E OUTRO(S)
INTERES. : SEBS HOSPITAL MÃE DE DEUS
ADVOGADO : MARINDIA JORGE E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

ANEXO IV. Recurso Inominado nº 1690-25.2013.8.16.0184**RECURSO INOMINADO N. 1690-25.2013.8.16.0184**

Origem: Juizado Especial Cível - Fórum
Descentralizado de Santa Felicidade - Curitiba-PR

Recorrente(s): MARIANA CARDOSO BOFF JUNG

Recorrido(a): ASSOCIAÇÃO HOSPITALAR DOUTOR RAUL
CARNEIRO (mantenedora do HOSPITAL INFANTIL PEQUENO
PRÍNCIPE) e UNIMED CURITIBA - SOCIEDADE
COOPERATIVA DE MÉDICOS

Juiz Relator: Flávio Dariva de Resende

**INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - PLANO
DE SAÚDE - FALHA NO DEVER DE
INFORMAÇÃO - VÍCIO DO SERVIÇO - DANO
MORAL CARACTERIZADO -
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PLANO
DE SAÚDE E DO HOSPITAL. Recurso
provido.**

RELATÓRIO DISPENSADO (Enunciado 92 do
FONAJE).

VOTO:

O recurso deve ser provido.

Os fatos alegados pela autora em sua peça inicial, resumidamente, são os seguintes:

- a) Em 14/11/2012, sua filha Esther, que figura como dependente no plano de saúde do qual é titular, sofreu um corte no queixo em razão de uma queda na escola.
- b) A escola chamou atendimento móvel para a criança. A autora foi informada, pelo médico da unidade móvel, da necessidade de levar a criança até um hospital para realização de sutura no ferimento. Foi informada também de que a sutura deveria ser realizada num prazo máximo de 6 horas após o acidente.
- c) Ao chegar ao Hospital Pequeno Príncipe, a autora foi informada pela recepcionista de que o médico responsável pela realização do procedimento de sutura (cirurgião) estava em cirurgia e que não havia previsão de atendimento, que, portanto, deveria esperar.
- d) Ante ausência de previsão de atendimento, a autora entrou em contato com o Plano de Saúde Unimed, momento em que a atendente indicou outros hospitais e respectivos números de telefone.

- e) Após contato telefônico com alguns Hospitais, a autora levou sua filha até o Hospital Evangélico, onde o procedimento de sutura foi realizado.
- f) Alguns meses depois, em 07/04/2013, o filho da autora, também beneficiário do Plano de Saúde como dependente, caiu e cortou a boca.
- g) A autora, "imaginando que a situação que havia ocorrido com sua filha tivesse sido um caso isolado", levou o filho até o Hospital Pequeno Príncipe para atendimento.
- h) No Hospital, foi novamente informada pela recepcionista de que o médico cirurgião estava realizando outro procedimento e que deveria esperar.
- i) A autora então levou seu filho até o Hospital Evangélico onde a criança foi atendida.

A autora pleiteia indenização por dano moral.

Em sua defesa, o Hospital Pequeno Príncipe alega: **a)** incompetência do juízo; **b)** que não houve atendimento em razão da desistência da autora e não por omissão do Hospital; **c)** ausência de urgência e emergência; **d)** ausência de ação ou omissão culposa do Hospital; **e)** ausência de dano.

A ré Unimed Curitiba, por sua vez, alega que: "não tem qualquer ingerência sobre o atendimento dispensado pelos nosocômios" e que os atendimentos realizados foram devidamente autorizados.

É incontroverso que foi dito à autora, nas duas ocasiões em que esteve no Hospital Pequeno Príncipe para atendimento médico de seus filhos, que não havia previsão de atendimento, em razão do médico cirurgião estar em cirurgia, e que ela deveria então esperar.

Entretanto, não foi dito à autora nem sequer quanto tempo deveria esperar pelo pré-atendimento a ser realizado pela enfermagem, qual seja a triagem, momento em que a gravidade do caso é melhor avaliada e os primeiros procedimentos podem ser realizados, como a limpeza do ferimento ou até mesmo um curativo, conforme depoimento da Sra. Luana Paula Capoia, enfermeira do Hospital réu, ouvida como informante (02min22s).

Sobre o procedimento de sutura no *Hospital réu*, a enfermeira Sra. Luana afirmou que é realizado somente pelo cirurgião e, ao ser perguntada: "e se o cirurgião não puder atender dentro dessas seis horas", afirmou que: "chama outro cirurgião aí no caso, (...) eles tem o sobreaviso" (12min57s).

A informação supra também não foi repassada à autora pela recepcionista.

Verifica-se, portanto, descumprimento do dever de informação.

O dano moral está caracterizado, ante falha na prestação do serviço e descaso e desrespeito à consumidora, demonstrados pela precariedade do atendimento realizado na recepção do Hospital.

A responsabilidade das partes recorridas é solidária, conforme regra geral do CDC.

Neste sentido:

RECURSO INOMINADO. INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE MÉDICO CREDENCIADO. RECUSA DO HOSPITAL NO ATENDIMENTO PELO PLANO DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO. DANOS MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS. ENUNCIADO 7.1 DA TRU/PR. VALOR ADEQUADAMENTE FIXADO. **FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PELO HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PLANO DE SAÚDE.** SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. **O plano de saúde é solidariamente responsável pelos danos causados por hospital credenciado, seja**

em razão da culpa in eligendo, seja porque ambos integram a cadeia de fornecedores.

2. O hospital alega que o consumidor foi atendido em caráter particular por opção, uma vez que poderia ter sido atendido pelo SUS. Ocorre que era direito do autor ser atendido pelo convênio, o que lhe foi indevidamente negado, motivo pelo qual restaram configurados os danos material e moral. 3. Nos termos do Enunciado 7.1 da TRU/PR, "a recusa indevida de cobertura de plano de saúde acarreta, em regra, o dever de indenizar os danos (morais e materiais) causados ao consumidor". 4. O valor arbitrado para a indenização por danos morais (R\$ 8.000,00) deve ser mantido, posto que fixado segundo o prudente arbítrio do Juiz, que observou as peculiaridades do caso concreto e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. RECURSO DO RÉU DESPROVIDO. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO

(TJPR - 2ª Turma Recursal - 0017426-91.2012.8.16.0031/0 - Guarapuava - Rel.: GIANI MARIA MORESCHI - - J. 01.10.2013)

Quanto ao valor da indenização por dano moral, R\$ 8.000,00 (oito mil reais) é quantia suficiente para satisfação da vítima e prevenção de novo ato ilícito.

Voto, conclusivamente, pelo provimento do recurso inominado.

ACORDAM os Juízes da 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, no sentido do **provimento do recurso inominado**, para condenação dos recorridos, de forma solidária, ao pagamento de indenização por dano moral à recorrente, de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), com correção monetária, pelo INPC, a partir desta decisão, e juros de mora, de 1% ao mês, desde a citação (Enunciado n. 12.13 "a").

Ante resultado do julgamento não há condenação a pagamento de verbas de sucumbência.

O julgamento foi presidido pelo Sr. Juiz Marco Vinícius Schiebel (com voto) e dele participou a Sra. Juíza Camila Henning Salmoria.

Curitiba, 26.2.15.

Flávio Dariva de Resende
Juiz Relator

ANEXO V. Acórdão – Registro nº 2015.0000111378**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**Registro: 2015.0000111378****ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0011001-09.2010.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados CASA DE SAÚDE SANTA RITA S/A e AMICO SAÚDE LTDA, é apelado/apelante MARCIA APARECIDA THOMAZ (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelado JOÃO BAPTISTA GRECCO DE ARAÚJO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSOS DOS RÉUS DESPROVIDOS E PROVIDO PARCIALMENTE O DA AUTORA.V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente sem voto), FRANCISCO LOUREIRO E EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2015

PAULO ALCIDES**RELATOR****Assinatura Eletrônica**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO N° 23646

APELAÇÃO CÍVEL N° 0011001-09.2010.8.26.0009
COMARCA DE SÃO PAULO
APELANTE: CASA DE SAÚDE SANTA RITA S/ A e OUTRA
APELADA: MÁRCIA APARECIDA THOMAZ (AJ)
MM. JUIZ (A): CLAUDIA RIBEIRO

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. EXTRAÇÃO PRECIPITADA DE OVÁRIO E TROMPAS DA AUTORA, QUE ACARRETOU A ESTERILIDADE DA PACIENTE. ERRO PROCEDIMENTAL CONFIRMADO EM LAUDO PERICIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA DO MÉDICO, DO HOSPITAL E DO PLANO DE SAÚDE CORRETAMENTE RECONHECIDA. ARTIGO 14 DO CDC. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. INEGÁVEL ANGÚSTIA E SOFRIMENTO DA DEMANDANTE, ANTE A PERDA DA CAPACIDADE REPRODUTIVA. VALOR DA INDENIZAÇÃO ADEQUADO AO CASO. JUROS DE MORA QUE DEVEM SER CONTADOS DA DATA DA CITAÇÃO DOS RÉUS (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – ARTIGO 405 DO CC). SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE. RECURSO DOS RÉUS DESPROVIDOS E PROVIDO PARCIALMENTE O DA AUTORA.

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença (fls. 398/402), relatório adotado, que julgou procedente a ação indenizatória por danos morais proposta por MÁRCIA APARECIDA THOMAZ em desfavor de JOÃO BAPTISTA GRECCO DE ARAÚJO, AMICO SAÚDE LTDA e CASA DE SAÚDE SANTA RITA LTDA para condenar os réu, solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$ 72.400,00 (setenta e dois mil e quatrocentos reais), com juros e correção monetária.

A ré Casa de Saúde Santa Rita Ltda sustenta, em síntese, ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

demanda, pois apenas se limitou a disponibilizar suas instalações ao réu João Batista, com o qual não tem nenhum vínculo. Alega que não houve defeito de sua parte na prestação dos serviços. Pede a reforma da r. sentença, com a extinção da ação sem julgamento de mérito. Subsidiariamente, postula a redução da indenização e do valor fixado a título de honorários advocatícios (fls. 409/426).

A requerida Amico Saúde, a seu turno, nega erro médico ensejador do dever de indenizar. Sustenta a inexistência de abalo moral. Aduz que o valor da indenização foi arbitrado de forma exacerbada (fls. 431/439).

A autora, em recurso adesivo, pleiteia a majoração do quantum indenizatório (fls. 463/467).

Recursos processados e contrariados.

É o sucinto relatório.

Trata-se de ação indenizatória por danos morais fundada na alegação de suposto erro médico em cirurgia.

Após apresentar um quadro hemorrágico em 2007, a autora foi diagnosticada com pólipos no endométrio.

Foi então encaminhada ao dr. João Batista, que indicou e realizou a cirurgia denominada "CTG uterina".

Como continuou com dores, buscou os serviços de outro profissional médico, oportunidade em que constatou que o desconforto que sentia tinha como causa um cisto no rim e que o réu havia extraído, desnecessariamente, parte de seu útero.

Alegando que os réus agiram com culpa, pois havia indicação para o procedimento menos invasivo, e que sofreu



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

danos morais, já que a cirurgia lhe provocou a esterilidade, postula o recebimento de indenização.

Como se sabe, a responsabilidade dos médicos é subjetiva, o que torna imprescindível a demonstração de negligência, imperícia ou imprudência, nos termos do disposto no artigo 951, do Código Civil.

Tal regra também está prevista no artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Nessa direção, pacificou-se o entendimento de que a relação médico-paciente, em regra (salvo em caso de cirurgias plásticas embelezadoras), encerra obrigação de meio, assumindo o profissional o dever contratual de empregar todo conhecimento e métodos disponíveis para alcançar a cura do enfermo.

Sobre o tema, a lição de Rui Rosado Aguiar:

“Na obrigação de meios, o credor (lesado, paciente) deverá provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor (agente, médico) não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato.

Logo, tanto na responsabilidade delitual como na responsabilidade contratual derivada de uma obrigação de meios, o paciente deve provar a culpa do médico, seja porque agiu com imprudência, negligência ou imperícia e causou um ilícito absoluto (art. 159), seja porque descumpriu sua obrigação de atenção e diligência, contratualmente estabelecida”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

(Responsabilidade Civil do Médico, Em: Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina, Belo Horizonte : Del Rey, 2000, pp. 133-180).

Na espécie, a despeito dos argumentos apresentados pelos réus, o erro médico consistente na precipitada extração parcial do útero e trompas da autora restou claramente demonstrado pelo conjunto probatório, sobretudo o laudo pericial (fls. 363/367).

O expert nomeado foi contundente ao afirmar que a autora “não recebeu assistência médica ginecológica conforme a prática usual. Como está documentado, a cirurgia de histerectomia subtotal com salpingectomia bilateral não tinha indicação. O caso não foi suficientemente investigado no pré-operatório para suportar a indicação da retirada parcial do útero e das trompas até o seu esclarecimento diagnóstico definitivo (pelo exame da peça cirúrgica) conforme documentos comprobatórios que estão nos autos enviados” (fl. 365).

Parece claro o dever do médico de esgotar todas alternativas possíveis antes de optar por um procedimento tão drástico e com consequências definitivas à paciente, cautela esta não adotada pelo requerido, conforme conclusão do perito.

Como bem ressaltou a i. Magistrada:

“A paciente contava com apenas 33 anos à época da cirurgia, e não tinha filhos. Nessa situação, conforme se depreende da leitura do laudo, era recomendada a adoção de tratamento conservador para seu problema de saúde (pólipo endometrial), não se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

afigurando acertada a opção pela retirada do útero, que impõe sérias restrições à mulher, tais como a necessidade de reposição hormonal e a esterilidade. Portanto, o conjunto probatório dos autos evidencia que agiu o médico com imperícia ao eleger procedimento radical” (fl. 398).

A responsabilidade dos réus apelantes pelo erro médico é solidária, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

O hospital que disponibiliza serviços, instalações, equipamentos e equipe médica ao paciente, tem responsabilidade por danos resultantes de erro médico ocorrido em suas dependências, sendo irrelevante a inexistência de vínculo jurídico entre ele e o médico causador do dano.

Sobre o tema, ensina Sérgio Cavalieri Filho:

“se escolheu mal o preposto ou profissional que vai prestar o serviço médico, responde pelo risco da escolha. A empresa locadora direta dos serviços médico-hospitalares, credenciando médicos e hospitais para suprir as deficiências dos seus próprios serviços, compartilha da responsabilidade civil dos profissionais e estabelecimentos que seleciona” (Programa de Responsabilidade Civil, 9ª ed. Atlas, 2011, p. 403).

O mesmo raciocínio se aplica à operadora de plano de saúde, consoante recente precedente da Eg. Corte Superior:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL RECONHECIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. RECURSO PROVIDO. (...) 2. 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” (Recurso Especial nº 866371/RS, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 27/03/2013).

Inegável, ademais, os danos morais sofridos pela autora.

A desnecessária extirpação de parte de seu útero, além de deixá-la suscetível a uma série de efeitos adversos (necessidade de reposição hormonal, osteoporose, ganho de peso, alteração urinária), provocou a perda de sua capacidade reprodutiva,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

dano este incomensurável para uma mulher de apenas 33 anos que tinha a intenção de ainda ter filhos.

Diante disso, ante a consequência extremamente gravosa na vida da demandante, reputo razoável o valor arbitrado a título de indenização (R\$ 72.400,00), acrescido de juros de mora e correção monetária.

Tal montante atende as funções intimidativa e compensatória da sanção civil, e não implica em enriquecimento sem causa do ofendido.

Em se tratando de responsabilidade contratual, contudo, os juros moratórios são contados da data da citação do réu (conforme artigo 405 do Código Civil) e não da data do arbitramento da indenização (como determinado na r. sentença).

Os honorários advocatícios, por sua vez, fixados no mínimo legal previsto no artigo 20, §3º, do CPC (10% do valor da condenação), também não comportam redução.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recursos dos réus e dou parcial provimento ao recurso da autora.

PAULO ALCIDES AMARAL SALLES
Relator

ANEXO VI. Apelação Cível 0009014-35.2007.8.19.0203

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL 0009014-35.2007.8.19.0203

PARTE APELANTE: VANESSA MARTINS DE CARVALHO

PARTE APELADA 1: TEMPO SAÚDE SEGURADORA S.A.

PARTE APELADA 2: HOSPITAL DE CLÍNICAS DE JACAREPAGUÁ LTDA. E OUTRO

RELATOR: DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM

Direito Civil e do Consumidor. Ação indenizatória. Infecção hospitalar. Micobactéria de Crescimento Rápido (MCR). Responsabilidade civil objetiva solidária entre o plano de saúde e o hospital onde foi realizada a cirurgia. Precedentes. Responsabilidade de meio, de natureza subjetiva, do médico-cirurgião. Conjunto probatório robusto e suficiente para sustentar a tese autoral. Laudo pericial que aponta como causa da infecção a falha na esterilização do material cirúrgico e instrumentos utilizados na cirurgia de videolaparoscopia. Surto micobacteriano que, por si só, não é capaz de afastar a responsabilidade do nosocômio. Fortuito interno. Apesar da epidemia e do conhecimento geral da contaminação dos pacientes, o hospital réu não tomou qualquer providência a respeito, continuando a realizar as cirurgias por videolaparoscopia, e a aplicar os métodos químicos de desinfecção do material. Ausência de prova do elemento culpa em relação ao terceiro réu, consignando-se na perícia que a esterilização do equipamento é de responsabilidade exclusiva do hospital. Dano material e moral configurado. Tratamento psicoterápico de necessidade não comprovada. Cirurgia reparadora estética necessária à eliminação/minimização das cicatrizes decorrentes do evento danoso. Sentença reformada. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível 0009014-35.2007.8.19.0203 em que consta como apelante: **VANESSA MARTINS DE CARVALHO**; como apelado 1: **TEMPO SAÚDE SEGURADORA S.A.** e como apelados 2: **HOSPITAL DE CLÍNICAS DE JACAREPAGUÁ LTDA. E OUTRO**, acordam os Desembargadores da Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, na forma do voto do Desembargador Relator.

Relatório já apresentado.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Câmara Cível

VOTO

Volta-se o recurso contra sentença de improcedência de pedido indenizatório fundamentado em danos sofridos em decorrência de infecção hospitalar contraída após cirurgia por videolaparoscopia para retirada de tecido necrosado do intestino delgado da autora, realizada em 26/02/2007, quando houve a contaminação por micobactéria de crescimento rápido (MCR) não tuberculosa.

Defendeu-se o hospital réu, em conjunto com o médico-cirurgião, argumentando que não seria responsável pelos danos causados à autora, porque a causa da contaminação e os meios de evitá-la eram desconhecidos no meio médico à época do ato cirúrgico, ocasião em que foram adotados procedimentos de esterilização recomendados pela melhor técnica e pela Agência Nacional de Saúde.

O recurso merece provimento, como se verá a seguir.

Inicialmente, cumpre salientar que o caso retrata relação jurídica de natureza consumerista, atraindo a aplicação dos princípios da legislação protetiva, que ampara a parte mais fraca da relação jurídica, como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, correto o entendimento esposado pelo douto magistrado sentenciante quanto à natureza objetiva da responsabilidade civil em análise, em relação aos 1º e 2º réu, por força do artigo 14 da Lei nº 8.079/90, sendo subjetiva, no entanto, no que se refere ao médico 3º réu.

Afasta-se desde logo a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela 1ª ré, operadora do plano de saúde contratado pela autora.

Nos termos do artigo 7º, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, a empresa de seguro saúde responde de forma solidária pelos danos causados ao consumidor, pois integra a cadeia dos prestadores de serviço juntamente com os profissionais e entidades por ela credenciados, o que é ratificado no § 1º, do artigo 25 do mesmo diploma legal. Veja-se, a respeito:



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Câmara Cível

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. *Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam.* (Recurso Especial n.º 138.059/MG, Terceira Turma, Rel. Min. **ARI PARGENDLER**, j. 13/03/2001).

Não se impõe ao segurador a responsabilidade pelo ato médico de cada profissional referenciado, assentando-se, no entanto, sua responsabilidade no próprio contrato de serviços prestados, nos quais se incluem, como opção preferencial, o uso dos profissionais e estabelecimentos médicos referenciados como sendo de excelência e que integram o conjunto de serviços contratados. Ocorrendo sinistro em algum elo desta cadeia, os dispositivos legais mencionados impõem ao fornecedor o dever de responder solidariamente pela reparação dos danos.

A jurisprudência tem se inclinado pacificamente no sentido de que, havendo infecção hospitalar, há responsabilidade objetiva do hospital pela incolumidade física do paciente, independentemente da assunção dos riscos de sua internação, circunscrevendo-se tal responsabilidade apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição.

É o que leciona Sérgio Cavalieri Filho em incursão que se ajusta com absoluta harmonia ao caso dos autos (“Programa de Responsabilidade Civil”. São Paulo: Melhoramentos, 1996, pp. 256-7):

Diversa será a situação tratando-se de médico estranho ao hospital, sem qualquer vínculo jurídico com o estabelecimento, que apenas o utiliza para internar os seus pacientes particulares. Neste caso, responde exclusivamente o médico pelos seus eventuais erros, nos termos do que já ficou exposto. Mas a recíproca é também verdadeira. Não terá o médico que responder por eventuais falhas do hospital, como no caso de infecção hospitalar, erro ou omissão da enfermagem, transfusão de sangue contaminado etc. A responsabilidade do hospital, embora não vá ao ponto de garantir a vida ou assegurar a cura do paciente, inclui um dever de incolumidade que um bom serviço poderia evitar. Tem obrigação não só de prestar assistência médica, mas, também, como hospedeiro, respondendo pelas consequências da



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Câmara Cível

violação de qualquer dos seus deveres, consoante o art. 1.521, IV, do Código Civil. Como prestadores de serviços, a responsabilidade das instituições hospitalares é objetiva, pois enquadra-se também no art. 14 do Código do Consumidor.

Este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Indenização. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Infecção hospitalar. Responsabilidade objetiva do hospital. Acórdão Recorrido em harmonia com o entendimento desta corte. Recurso improvido. (STJ, AgRg no AREsp 10851/RJ, Relator Ministro Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 06/10/2011)

No mérito, ficou comprovado que a autora contraiu infecção hospitalar no nosocômio réu, provocada por micobactéria de crescimento rápido (MCR), oportunista e resistente aos métodos químicos de esterilização do material cirúrgico.

Restou incontroverso, também, que no momento em que a autora se submeteu à cirurgia para retirada de tecido necrosado do intestino, ocorria não só na cidade do Rio de Janeiro como em todo o país verdadeiro surto de contaminação por tal bactéria, tanto que os procedimentos cirúrgicos foram suspensos pelo Ministério da Saúde em abril de 2007.

O laudo pericial ratificou a tese de defesa quanto a correção do tratamento inicial e dos meios químicos utilizados para esterilização do material cirúrgico, atestando-se, igualmente, a necessidade de cirurgia de emergência e o acerto do tratamento da moléstia infecciosa (fls. 414/429 e 437/439).

Assim, resta aferir se houve ou não rompimento do nexo causal diante do surto epidêmico ocorrido na época dos fatos.

Não obstante defendam os réus veementemente que a possibilidade de infecção por microbactéria não tuberculosa era desconhecida no meio médico até o início de 2007, período a partir do qual se deflagrou um surto epidêmico na cidade do Rio de Janeiro, a Nota Técnica Conjunta SVS/MINISTÉRIO DA SAÚDE e ANVISA nº 01/2009 relata que *a ocorrência de surtos de infecções causadas por microbactérias, relacionadas aos cuidados com a saúde*



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Câmara Cível

(hospitalares e não hospitalares), tem sido constatada em várias cidades brasileiras desde 1998. (...) Foram reportados à ANVISA, entre o período de 1º de janeiro de 2003 a 28 de fevereiro de 2009, 2.128 casos de infecções ocorridos em hospitais públicos e privados, clínicas de cirurgia plástica, oftalmológicas, de acupuntura, de estética e, recentemente, em unidade de vacinação (www.anvisa.gov.br/hotsite/hotsite_micobacteria/nota_tecnica_conjunta.pdf).

E já em 2006, a ANVISA editou a Resolução nº 2.606, de 14 de agosto (portal2.saude.gov.br/saudelegis/leg_norma_pesq_consulta.cfm), determinando a esterilização do material utilizado em cirurgia realizada pelo método de videolaparoscopia, não somente a desinfecção com gluteraldeído. A mesma recomendação está prevista no Informe Técnico ANVISA n.º 02, de fevereiro de 2007, que versa sobre as medidas para a interrupção do surto de infecção por MCR e ações preventivas, segundo o qual *nos casos de (vídeo) laparoscopia, artroscopia, cistoscopia e outras "escopias" cirúrgicas, é recomendada a esterilização de todas as partes dos equipamentos consideradas críticas – artigos que penetram tecidos estéreis ou sistema vascular, Spaulding, 1968 – por método químico ou físico dependendo das recomendações do fabricante (fls. 201/206).*

Nestes termos, não há se falar em rompimento do nexo causal por fortuito externo, como pretende a parte ré, já que lhe cabia adotar todos os meios de proteção aptos a evitar surto de infecção dentro de seu estabelecimento, porém não tomou qualquer providência a respeito, continuando a realizar as cirurgias por videolaparoscopia, e a aplicar os métodos químicos de desinfecção do material. O argumento de que os atos cirúrgicos não estavam suspensos surge deficiente a amparar a versão do demandado. Na verdade, a cirurgia por vídeo, em que pese menos dolorosa e de mais fácil recuperação do paciente, não é o único método utilizado para extração de tecido necrosado do intestino delgado, sendo imperioso lembrar a possibilidade de adoção de outras metodologias, tanto de operação, como de esterilização, notadamente a autoclave.

Em casos semelhantes, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que a contaminação por bactéria é fortuito interno, vez que inerente à atividade do nosocômio:



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Câmara Cível

*Agravo Interno em Apelação Cível. Artigo 557, do CPC. Ação indenizatória por danos materiais, morais e estéticos. Realização de procedimento cirúrgico. Infecção hospitalar de origem bacteriológica. Sentença julgando procedente em parte o pedido para condenar a Ré a pagar à Autora a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de indenização por danos morais acrescidos de juros de mora desde a citação e correção monetária desde a sentença. Inconformismo da demandada. Decisão monocrática desta Relatora negando seguimento ao recurso, manifestamente improcedente e confrontante com a jurisprudência dominante do TJERJ. Nova insatisfação. Entendimento desta Relatora quanto à incidência dos ditames do Código de Defesa do Consumidor à espécie. Apelante e Apelado enquadrados, respectivamente, nas definições legais de fornecedor de serviços e consumidor. Artigo 3º, Lei nº 8.078/90. Responsabilidade civil objetiva do fornecedor de serviços, na forma do Artigo 14 do mesmo diploma legal. Como corolário do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva, caberia ao ora Apelante tão somente a demonstração da inexistência do nexo de causalidade entre a sua conduta e os danos em questão, o que, de fato, não ocorreu. O relato autoral é confirmado pelos elementos coligidos ao longo da instrução que culmina no laudo subscrito pelo expert do Juízo (fls. 227/254), em que restou consignada a ocorrência de infecção hospitalar, constatação que se revela harmônica com as demais provas acostadas aos autos: "o material e/ou maquinário utilizado para esterilização do material cirúrgico pertence à Ré." e que "provavelmente, a infecção dos orifícios das feridas por uma micobactéria ocorreu por falha na técnica de esterilização de instrumentos cirúrgicos e contaminação de soluções,." Danos morais configurados, já que incontestemente o sofrimento impingido à Autora decorreu da conduta da Apelante, que ensejou em nova internação, vindo a paciente a sofrer mais duas intervenções cirúrgicas para drenagem da infecção, tudo culminando em inegáveis transtornos e indiscutível sofrimento. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão monocrática proferida por esta Relatora. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. (Apelação Cível 0181532-55.2007.8.19.0001, Rel. Des. **CONCEIÇÃO MOUSNIER**, j. 09/06/2010, Vigésima Câmara Cível)*

Apelação. Reparação de danos morais e materiais. Estabelecimento hospitalar. Procedimento cirúrgico de videolaparoscopia diagnóstica realizado em suas dependências. Contaminação por micobacteriose. Período de surto epidemiológico da infecção, que não retira a responsabilidade do nosocômio. Relação de consumo. Defeito do serviço. Ausência de comprovação de que a esterilização do material, de responsabilidade do hospital, tenha atendido aos critérios da ANVISA. Dano material que restou comprovado. Dano moral



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Câmara Cível

evidente, diante do temor causado à autora, que teve que submeter-se a tratamento por longo período. Verba que foi fixada dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Sucumbência parcial da autora, na menor parte, que justifica a condenação da ré nas custas e honorários. Agravos retidos apreciados que não trazem razões para acolhimento. Recurso conhecido e desprovido. (Apelação Cível 0369938-26.2008.8.19.0001, Rel. Des. RICARDO COUTO, j. 04/04/2012, Sétima Câmara Cível)

Já o terceiro réu, por se tratar de médico, tem responsabilidade de meio e tão-somente em relação a seu serviço, qual seja, a cirurgia, não podendo ser responsabilizado pela contaminação bacteriana da autora. Bem de ver que a conclusão do *expert* do Juízo aponta nesta mesma direção, ao consignar que *destarte alguns médicos preferirem usar seu próprio instrumental cirúrgico, as entidades de saúde são responsáveis pela sua esterilização, devendo reprocessar aqueles trazidos de fora de suas dependências. É responsabilidade do Hospital todo o equipamento utilizado em suas dependências, independentemente se o material é de uso particular do Médico ou do Hospital* (fls. 421/422).

Acerca do tema:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INFECÇÃO BACTERIANA HOSPITALAR. Restou devidamente comprovado que a Autora foi infectada durante cirurgia ocular. Hipótese capaz de configurar danos morais, que têm de ser compensados pelas prestadoras de serviço. A culpa do médico não foi provada e, por se tratar de responsabilidade subjetiva, descabe sua condenação. Danos emergentes não acostados aos autos e restituição do preço da cirurgia que não cabe ante sua realização e produção de efeitos. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO AUTORA, PREJUDICADO O JULGAMENTO DO RECURSO DA RÉ. (Apelação Cível 0017426-23.2000.8.19.0001, Rel. Des. LEILA ALBUQUERQUE, J. 19/06/2012, Décima Oitava Câmara Cível)

Logo, a responsabilidade civil da parte ré está bem caracterizada e, via de consequência, é incontestável a obrigação de reparar os danos patrimonial e extrapatrimonial sofridos pela autora, diante da ofensa à sua integridade corporal, do tempo de recuperação e do enorme sofrimento por ela experimentado, eis que foi submetida a outra intervenção cirúrgica para *coleta de material e retirada de tecido doente das feridas cirúrgicas* (fls. 144), sendo



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Câmara Cível

necessário tratamento com esquema tríplice de antibióticos de notórios efeitos colaterais.

O tratamento ministrado à autora foi custeado por seu plano de saúde e promovido por hospital público, no caso, o Instituto de Infectologia São Sebastião, no Caju. Ocorre que a autora apresentou comprovantes de gastos médicos relacionados à patologia, no valor total de R\$ 446,83, os quais devem ser reembolsados (fls. 122/129), com os acréscimos legais.

No que se refere ao pedido de custeio de tratamento psicoterapêutico, em que pese o inegável sofrimento imposto à autora, nada há nos autos que indique sua efetiva necessidade, sendo perfeitamente possível que tenha atravessado o período de recuperação sem maiores danos à sua integridade psíquica, o que só poderia ser atestado por prova técnica, que não foi requerida. Já a cirurgia reparatória estética é cabível, dès que a perícia apontou a presença de cicatriz horizontal de 38cm, que se estende às espinhas ilíacas anterossuperiores, assim como cicatriz periumbilical.

Quanto ao dano moral, na forma da orientação jurisprudencial majoritária, a reparação pelo dano moral não pode servir de fonte de enriquecimento ao ofendido, sendo fixada pelo juiz segundo os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade. Dentro deste contexto, o valor postulado na inicial não se coaduna com os princípios citados, estando em desarmonia com o que usualmente vem sendo fixado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pelo que se estabelece a verba reparatória em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), acrescida de correção monetária a partir desta decisão e de juros moratórios desde a citação.

Considerando-se que a autora decaiu de parte mínima do pedido, impositiva a condenação da parte ré nos ônus sucumbenciais.

À conta de tais fundamentos, hei por bem votar no sentido de **dar provimento ao recurso**, para o fim de reformar a sentença e julgar procedentes os pedidos apenas em relação aos 1º e 2º réus, condenando-os na obrigação de fazer consistente em promover cirurgia reparadora estética necessária à eliminação/minimização das cicatrizes decorrentes do evento danoso, no prazo máximo de 30 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00; bem como ao



