



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Responsabilidade Civil na Área de Saúde Privada

Bruno Fortunato Brasil de Carvalho

Rio de Janeiro

2012

BRUNO FORTUNATO BRASIL DE CARVALHO

Responsabilidade Civil na Área de Saúde Privada

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil.

Professor Orientador: Maria de Fátima Alves São Pedro

Rio de Janeiro

2012

RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA DE SAÚDE PRIVADA

Bruno Fortunato Brasil de carvalho

Graduado em Direito pela Universidade
Estácio de Sá. Advogado.

Resumo: As relações da responsabilidade civil na área de saúde se apresentam de várias formas complexas, algumas delas bem intrigantes, nos fazendo estudar o fenômeno da responsabilidade civil no caso dos danos causados pelos Médicos, Hospitais Prestadores de Serviço e Plano de Saúde. A essência do trabalho é abordar esses temas, classificando-os, e verificando assim até que limite cada um responde pelos danos causados.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Área de Saúde Privada. Operadora de Saúde. Médico. Hospitais Prestadores de Serviço.

Sumário: Introdução. 1. A Responsabilidade Civil do Médico. 2. Sistema de Saúde Brasileiro 3. A Responsabilidade Civil dos Hospitais Prestadores de Serviço. 4. Solidariedade Passiva entre Médico, Hospital Prestador de Serviço e Plano de Saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da Responsabilidade Civil no Sistema de Saúde Privado, e as questões acerca da Responsabilidade Civil da Operadora de Saúde, do Médico, bem como dos Hospitais Prestadores de Serviço.

É um tema controvertido, haja vista a existência de uma linha muito tênue que divide a responsabilidades dos envolvidos, e nem sempre é possível determinar de quem foi a culpa pelo fato ocorrido ou se todos concorreram.

Um dos objetivos do presente estudo é identificar a existência da Solidariedade Passiva entre Médico, Hospital Prestador de Serviço e Plano de Saúde.

E por ser um tema que faz parte da pauta quase que diária nos Tribunais, e principalmente por tratar de um assunto tão delicado, que é a saúde do ser humano, a relevância deste estudo consiste em contribuir para a delimitação da responsabilidade dos envolvidos.

Para tanto será realizado um levantamento documental, especificamente por meio de bibliografias sobre o tema, para se definir o que é responsabilidade, e a partir daí aplicar aos casos concretos para estudo das soluções.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Muitas são as razões que intensificam o interesse pelo estudo da responsabilidade civil do médico. Talvez devido à má qualidade dos serviços prestados, ou pelo simples fato dos cidadãos hoje possuírem maior consciência dos seus direitos; o que os tornou mais exigentes. O fato é com advento do Código de Defesa do Consumidor as “vítimas” de erros médicos se sentiram mais seguras a pleitear seus direitos, sem falar da facilidade de acesso à Justiça que igualmente contribuiu para essa avalanche de pleitos indenizatórios nos Tribunais.

Contudo, não se pode olvidar que a obrigação do médico é de meio e não de resultado. Até porque nenhum médico, por mais competente que seja, poderia assumir a responsabilidade de curar um doente ou salvá-lo, principalmente se este paciente estiver em estado terminal ou gravíssimo. E este tipo de obrigação restou cristalizada no parágrafo 4º, do artigo 14, do CDC, a saber: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Mas, não só o CDC consagrou essa regra, mas também o Código Civil de 2002, que revogou o artigo 159, do mesmo Código: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Assim, a verificação da culpa e a avaliação da

responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, artigos 1518 a 1532 e 1537 a 1553., capital na caracterização de culpa no agir do médico, em caso de erro, encontra correspondente no artigo 186 do Novo Código Civil de 2002: Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Introduce, explicitamente, este artigo do novo código, logo, em legislação infra-constitucional, o dano moral como ato ilícito. O outro artigo capital, do código revogado, junto com o 159 do mesmo código, na caracterização da culpa em caso de erro médico, pelos nossos Tribunais, ou seja o artigo 1545 do Código Civil de 1916: “Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.”, encontra, pode-se até dizer assim, seu correspondente, apesar de modificações e ampliações no seu texto, no artigo 951 do Novo Código Civil de 2002: “O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

Cabe, ainda, citar dois artigos do Código Civil de 2002, atualmente vigente, aplicáveis nos casos de erro médico, sem correspondente no revogado Código Civil brasileiro de 1916: artigo 15 do Novo Código Civil de 2002: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”; artigo 391 do Novo Código Civil de 2002: “Pelo cumprimento das obrigações respondem todos os bens do devedor.”

Logo, a prova da culpa é imprescindível para responsabilização do médico, seja ela decorrente de contrato ou extracontratual, já que a parte lesada terá que provar que o médico não agiu com atenção, diligência e cuidados necessários, ou seja, terá que evidenciar a

conduta ilícita. E essa prova é bem difícil de ser produzida, pois se cuida de matéria essencialmente técnica.

Com efeito, essa conduta ilícita deverá se consubstanciar na imperícia (descumprimento de alguma regra técnica), imprudência (agir com descuido) ou negligência (deixar de adotar as providências recomendadas). Um desses três elementos ou mais de um deverá ser demonstrado para a caracterização da referida responsabilidade.

Todavia caberá ao Judiciário avaliar a conduta profissional adotada pelo médico, e especialmente se ele dispensou todos os cuidados necessários ao paciente. Além de verificar se ele utilizou corretamente todas as técnicas disponibilizadas pela ciência, para o tratamento do caso em específico, em confronto com as normas em vigor, não devendo em hipótese alguma o mencionado Tribunal se pronunciar acerca do tratamento mais adequado, para cura do citado paciente. Caso, ele não tenha observado tais técnicas, o médico agiu com culpa.

Corroborando com exposto destaca-se recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹ que reflete com exatidão o tema em estudo, qual seja:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO DO RELATOR QUE NEGOU SEGUIMENTO A APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELO AUTOR. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA.

Decisão em consonância com a jurisprudência predominante nesta Corte, estando assim ementada: "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO NÃO COMPROVADO. CONDOTA ADEQUADA. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL DA CONDOTA ATRIBUÍDA AO RÉU. INEXISTÊNCIA DE FALHA NO SERVIÇO. Corretamente não foi acolhida a pretensão da parte autora, em vista da ausência denexo causal da conduta que foi atribuída ao réu pelo Autor em sua petição inicial. "Concluiu a *expert* que nos documentos médicos relacionados ao período de internação do autor no hospital réu é possível verificar que foram observados os cuidados na prevenção de trombose venosa, tais como fisioterapia motora e uso de anticoagulante em dose profilática para trombose venosa profunda e tromboembolismo pulmonar. Não restou evidenciada qualquer culpa no agir do profissional médico, seja porque não foi capaz de realizar um diagnóstico correto ou porque deixou de realizar novos exames ou prestar as informações devidas. Há provas documentais no sentido de que o tratamento prescrito foi o adequado, não havendo que se falar em falha no serviço prestado pelo réu. "Assim, não há como atribuir os danos alegados ao atendimento recebido no hospital, que se mostrou

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Des. Jorge Luiz Habib. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/geccheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004816A4FBDF5292CE1DC305913D2508DF6C5020C264C1A>>. Acessado em: 04 jul. 2013.

adequado, inexistindo o liame causal necessário ao reconhecimento da responsabilidade civil". RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Portanto, observa-se a necessidade de se estudar cada caso à luz da ciência e da tecnologia que o médico tinha à sua disposição, para saber se era possível o próprio chegar a um diagnóstico correto, ou a um tratamento satisfatório, resultado esse não obtido através de imprudência, imperícia ou negligência.

A identificação da culpa médica, que consistiria na falta de um ou mais deveres de conduta reconhecida ao profissional médico, é elemento necessário para imputação de responsabilidade por danos. Sua identificação abrange, em um primeiro plano, antiga divergência sobre a distinção ou identidade entre os conceitos de culpa ordinária e culpa profissional, sendo a primeira, a falta a deveres que poderia acometer, a qualquer pessoa, sendo a segunda a falta a deveres de conduta específicos do profissional, na sua área de atividade.

Via de regra, em termos de critérios para imputação da responsabilidade médica, esta consideração é superada em matéria de responsabilidade profissional, porquanto não se há de perquirir sobre a espécie de culpa, ou como esta se caracteriza em certos casos. A presença da culpa, por si, seja por falhas a deveres ordinários de conduta, ou próprios do desempenho de uma atividade profissional, enseja a responsabilidade subjetiva.

Afinal a exigência da culpa, como requisito da imputação da responsabilidade ao profissional médico é requisito tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto no Código Civil.

Já a responsabilidade por fato do produto de saúde, ou seja, que seja utilizado como um dos elementos do dever de prestação de serviço do hospital ou do médico, será o mesmo para o regime dos produtos no *Code de Consommation*, exigindo o defeito para caracterização da responsabilidade objetiva do fornecedor.

No direito brasileiro, a exceção ao princípio da culpa na responsabilidade médica parte de duas distinções, como já mencionamos. A primeira, entre a responsabilidade do profissional e a da instituição hospitalar ou clínica onde eventualmente se realize a prestação de serviço. Enquanto a responsabilidade do profissional é subjetiva, a das instituições de saúde é objetiva, de acordo com o art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

A segunda diz respeito à responsabilidade por prestação de serviços associados à prestação de serviços médicos, mas que com eles não se confundem. Trata-se de toda a atividade que envolva o fornecimento de meios para a prestação de serviços médicos, como é o caso da internação hospitalar, realização de exames, transporte de pacientes, e toda a sorte de serviços que não compreendam uma prestação pessoal de profissional médico, senão o oferecimento de condições para a realização da atuação deste profissional. Nestes casos, a responsabilidade é objetiva em vista tratar-se de prestação de serviços sobre as quais também incide o já referido art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

2. SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO

A Constituição da República Federal do Brasil – CRFB², de 1988, tratando a saúde no capítulo Seguridade Social, definiu o modelo de saúde adotado no Brasil seria um sistema misto: (i) ao mesmo tempo em que determina a saúde é um direito de todos e dever do Estado (CRFB, art. 196), sendo este sistema financiado com “recursos do orçamento da seguridade social da União e dos Municípios, além das outras fontes” (CRFB, § 1º do Art. 198) e compreendendo-se aqui todos “os serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde” (CRFB, art. 196), ela, (ii) embora reconhecendo que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde”, não vedou a atuação da iniciativa privada (art. 199), podendo a iniciativa

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

privada atuar de maneira complementar, ou não, ao sistema de saúde público; sendo que a atuação complementar se dará mediante contrato de direito público ou convênio (CRFB, § 1º do Art. 199).

A atuação do Estado na área de saúde se daria através de uma rede hierarquizada (Sistema Único de Saúde – SUS, Lei Federal 8080/1990)³ e seria caracterizada, entre outros pelos seguintes princípios: universalidade de acesso, integralidade da assistência, direito a informação, participação da comunidade, descentralização político-administrativa, regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde (art. 7º, incisos de I a XIII.), ficando cada vez mais claro na doutrina e na jurisprudência que a obrigação do Estado estaria subordinada ao mínimo existencial, não faltando, entretanto, quem entenda que essa ideia estaria intimamente ligada à proteção de cidadão pobre ou necessitado.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴ ensina que a atuação da iniciativa privada pode ser dar de duas maneiras: de maneira complementar e de maneira suplementar. No primeiro caso um vínculo se formaria entre os prestadores e o SUS (mediante convenio ou contrato de direito público), atuando a iniciativa privada, por delegação, no lugar da Administração Pública; no segundo caso, essa delegação não existiria, havendo uma atuação direta das Operadoras de Saúde a partir da sua contratação pelo beneficiário.

Não obstante a clareza do fato de que essa atividade não se confundiria de que qualquer maneira com a atividade estatal, o uso dessa expressão “suplementar” na área de planos de saúde passa duas mensagens incorretas: a primeira é a que existiria uma ligação entre o sistema público e o sistema privado e, a segunda é que o sistema privado daria “algo mais,” suplementando o que é dado pelo sistema público; isso não acontece! As atividades são autônomas, independentes e com princípios e finalidades distintos. Nos limites permitidos

³ BRASIL. Lei n. 8080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção d saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, nº 67, p. 125-172.

pela legislação específica, pode a Operadora de Saúde oferecer tudo o que desejar como cobertura, fundamentado na livre iniciativa.

À iniciativa privada, assim, caberia atuar oferecendo uma atividade diferenciada da atividade estatal, não estando ela sujeita nem ao princípio da universalidade de acesso, nem ao princípio da integralidade da assistência e nem ao princípio da igualdade de assistência; de fato, somente teria acesso ao sistema privado quem se dispusesse a pagar o preço cobrado pela atividade oferecida, sendo este acesso esse limitado às condições de contrato escolhido.

Ocorre que essa distinção entre “público e privado” é, entretanto, algumas vezes ignorada pelo Poder Judiciário, que busca atribuir às Operadoras de Saúde obrigações e comportamentos próprios do Estado como, por exemplo, garantir o Direito à Saúde; Da mesma forma, existe uma confusão entre o papel da Operadora de Saúde nos termos da regulação e o papel que lhe tentar atribuir o Poder Judiciário; assim é que, enquanto a regulação deixa claro que a Operadora de Saúde deverá dar cobertura para todas as doenças da Classificação Mundial da Saúde, porém apenas para aqueles procedimentos médicos não excluídos pela Lei 9656/98 e integrantes do Rol de Procedimentos da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, o Superior Tribunal de Justiça⁵, por sua vez, entende que a Operadora de Saúde até poderia excluir doenças, porém, não poderia ser limitada por qualquer ROL, e que seriam da competência exclusiva do profissional de saúde determinar: “o plano de saúde pode estabelecer mais doenças estão sendo descobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançando para respectiva cura.”

Os contratos e as Operadoras de Saúde são distintos, podendo os danos causados aos beneficiários ter diversas origens: (a) Primeiro, podem estar ligados diretamente ao descumprimento do contrato entre a Operadora de Saúde e o Beneficiário (seja serviço

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=679581&sReg=200400999090&sData=20070402&formato=PDF>. Acessado em: 04 jul. 2013.

defeituoso, seja defeito viciado), ou normas legais e regulamentares referentes à atividade das Operadoras de Saúde; e; (b) Segundo, podem decorrer da atividade realizada pelo serviço de saúde seja mediante coberto: (i) seja mediante prestação direta pela própria Operadora de Saúde; (ii) seja mediante pagamento por conta e ordem do consumidor (no casos de serviços de saúde credenciado, contratado ou referenciado pela Operadora de Saúde); (iii) seja mediante reembolso pela Operadora de Saúde. De qualquer modo, porém, a responsabilização das Operadoras de Saúde está sujeita ao Código de Defesa do Consumidor – CDC, tanto, no que diz respeito ao defeito, quanto no que diz respeito ao vício do serviço, sendo tal responsabilidade objetiva⁶.

No primeiro caso, em sendo a atividade da Operadora de Saúde ilícita e daí decorrendo o dano, claro o dever de indenizar. No segundo caso, entretanto, não é tão simples assim, cabendo uma análise mais detalhada.

No caso da administradora, a rede médica não está ligada a ela e os beneficiários não são cliente dela (“cliente” da Administradora é a pessoa jurídica que visa conceder algum benefício ao seu colaborador ou associado); assim, somente se o dano decorresse de uma falha na atividade de administração é que deveria a administradora ser obrigada diretamente a ressarcir. Entretanto, em algumas situações, a Operadora de Saúde Administradora irá atuar como estipulante, neste caso, a solidariedade estaria presente com relação a todos os danos indenizáveis.

No caso da Operadora de Saúde que tenham médicos como prepostos, ou hospitais e serviços de saúde como filiais, ocorrendo um dano indenizável em razão de ação ou omissão do preposto, ou do hospital ou serviço de saúde filial, não haveria como afastar a responsabilidade direta da Operadora de Saúde. Neste caso as atividades se confundiriam. Porém, se esta Operadora de Saúde tivesse também médicos e serviços credenciados,

⁶ BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

contratados ou referenciados, e o dano decorresse de uma ação ou omissão desses médicos e serviços, a avaliação da situação seria distinta.

No caso da Operadora de Saúde que atuam simplesmente reembolsando os custos, não tendo qualquer rede credenciada, referenciada ou contratada, em sofrendo o paciente um dano médico ou hospitalar, também não seria admissível responsabilizar-se, de qualquer modo, a Operadora de Saúde.

O problema maior surge com a Operadora de Saúde que atuam cobrindo os custos médicos e hospitalares em uma rede credenciada, referenciada ou contratada; aqui, em sendo causado um dano indenizável ao beneficiário do plano, responderia ou não a Operadora de Saúde? Isso dependeria de uma análise caso a caso.

Cabe assinalar que as atividades dos prestadores de serviços de saúde (médicos, dentistas, enfermeiros, hospitais e laboratórios) são distintas das atividades das Operadoras de Saúde, e mais, são realizados com independência, autonomia, e com interesse conflitantes, no sentido de que, o “ganho” de um é a “perda” do outro, ou seja, quanto mais procedimentos os prestadores de serviço de saúde realizam, mais irão ganhar e mais a Operadora de Saúde irá perder, e vice-versa, sendo assim a Operadora de Saúde ganhará com a inexistência da doença enquanto os prestadores ganham com a ocorrência da doença e seu tratamento.

Vale frisar, que qualquer tipo de interferência da Operadora de Saúde na atividade dos prestadores de serviços é proibida por lei⁷ e é matéria de punição seja pelos Conselhos de Classe, seja pela própria ANS – Agência nacional de Saúde Suplementar.

Todavia, não obstante a clareza da legislação e da distinção entre as atividades, o Poder Judiciário vem adotando um posicionamento que:

- 1 – ignora a natureza da atividade das operadoras de planos de saúde (segurária e financeira caracterizada como obrigação de dar);
- 2 – ignora as distinções entre as operadoras de plano de saúde;

⁷ BRASIL. Lei n. 9656, de 03 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

3 – obriga as Operadoras de Saúde a responder solidariamente pelos danos causados pelos prestadores de serviço de saúde cobertos, ainda que não sejam eles prepostos, representantes, ou, finalmente, ainda que as Operadoras de Saúde não tenha de qualquer modo contribuído para o resultado danoso decorrente de um ato médico, odontológico ou hospitalar.

De óbvio, que as Operadoras de Saúde somente responderiam quando houvesse, como visto anteriormente, subsidiariedade ou solidariedade entre ela e os prestadores de serviço de saúde. No que diz respeito solidariedade, ela é tratada no Código de Defesa do Consumidor em diversos artigos, sendo ela baseada ora no fato de haver mais de um autor,⁸ ora no fato e haver preposição ou representação⁹, ora de fato de haver uma cadeia de fornecimento¹⁰, e por fim, no caso de haver consórcio¹¹. Já a subsidiariedade, também nos termos do Código de Defesa do Consumidor, surgiria no caso de grupo societário e sociedades controladas.¹²

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRESTADORES DE SERVIÇO

A responsabilização dos hospitais e demais pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços na área da saúde segue, basicamente, a mesma evolução da responsabilidade médica. Anteriormente, a atividade de hospitalar era entendida como atividades de serviços médicos, ou serviços de hospedagem, ou serviços de paramédicos, ou ainda auxiliares à atividade médica, podendo ser tais atividades contratadas de forma total ou parcial pelo consumidor e pelo médico, decorrendo daí a vasta lista que danos podem ser causados em ambiente hospitalar, tal como: infecção hospitalar; medicamento vencido ou ministrado de forma

⁸ BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

⁹ BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

¹¹ BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

¹² BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

equivocada; cirurgia em membro errado; ressaltando que não significa que será aplicada a mesma fundamentação para cada um deles, devendo ser analisado caso a caso, esbulhando suas peculiaridades.

Portanto, hoje não existe dúvida com relação à responsabilidade objetiva do hospital ou laboratório pelos danos decorrentes da sua própria atividade, permanecendo a discussão, se eles responderiam objetivamente, ou não, pelo ato de profissional médico a ele subordinado, ainda que este médico não tenha agido com culpa; ou seja, ainda que o ato médico do profissional tenha sido regular.

Considerando as especificações da atividade médica, que na prática do ato médico o seu fim precípua, e considerando que estas especificidades se mantêm ainda que a prática da atividade médica seja realizada em uma organização empresarial, a responsabilização da empresa somente ocorreria se demonstrada a ilicitude do ato médico, ilicitude esta que pressupõe, entre outras, na falha do dever de cuidado, no dever de informação e no atendimento. A consequência prática é que, em qualquer situação, a demonstração da ilicitude da atividade médica passaria pela necessária comprovação da negligência, imprudência ou imperícia (leia-se culpa) daquele que praticou o ato médico, razão pela qual que a tendência tem sido no sentido de se buscar uma irregularidade na atuação profissional para fins da responsabilização da pessoa jurídica.

Importante destacar que o profissional de saúde pode ter vínculo com a pessoa jurídica ou ainda estar atuando na pessoa jurídica de maneira liberal, servindo com o exemplo, o médico que se utiliza do hospital para a realização de um procedimento qualquer, prática muito comum nos dias de hoje, ou seja, para a caracterização da responsabilidade objetiva do hospital, necessário se faz a real comprovação que este profissional liberal que “alugou” uma sala para realizar uma cirurgia no hospital agiu com negligência, imprudência ou imperícia, sendo este fato determinante para a solidariedade do hospital prestador de serviço.

4. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE MÉDICO, HOSPITAL PRESTADOR DE SERVIÇO E PLANO DE SAÚDE.

Em tempos áureos, a doutrina já defendeu que a solidariedade objetiva advinha da pluralidade de credores ou devedores de uma mesma obrigação, passando do direito privado ao direito social, bem como já defendeu que o ato ilícito pode ocorrer de uma pluralidade ativa quando advém: a) autoria de duas ou mais pessoas; b) provenha da combinação do ato de um com o ato de outro agente; c) quando seja de um, com omissão de outro; d) quando seja de um, mas o outro o culpado, por não ter evitado as consequências, sendo culpada tanto a pessoa que colabora na consumação do delito de outrem, como a que não preservava a vítima das consequências do ato de terceiro.

Nos dias de hoje, a doutrina está construindo o entendimento que está se firmando cada vez mais, que consiste na solidariedade entre o Médico, o Hospital Prestador de Serviço e a Operadora de Saúde, citando como exemplo, a equipe médica e os hospitais, quando os médicos ou hospitais tenham sido escolhidos em razão do credenciamento ou referenciamento junto ao plano de saúde.

A grande parte da doutrina e jurisprudência entende que o ente privado que presta assistência à saúde, por meio de associados em planos de saúde, mantendo hospitais próprios ou usando rede credenciada, ou ainda referenciada, tem responsabilidade passiva, leia-se solidária pela reparação dos danos causados; danos estes decorrentes dos serviços médicos prestados pelos médicos credenciados/referenciados em hospitais próprios e/ou credenciado.

Tal entendimento, como toda regra, tem sua exceção, qual seja: não se responsabiliza as entidades privadas que em seus contratos dão a liberdade ao seu usuário do plano de saúde de escolher o médico e o hospital no qual quer se consultar, servindo de exemplo o seguro saúde e o plano de livre escolha, utilizando-se da modalidade reembolso das despesas juntos a estes profissionais e hospitais.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que vimos acima, podemos afirmar que a idéia de reparação do dano através da responsabilização civil do dano ocasionado evolui junto com a sociedade, visando primordialmente restabelecer o equilíbrio, sendo inegavelmente o dever de reparação do causador do dano a quem sofre o referido dano, tendo o mesmo tempo um efeito educador para quem ocasionou a lesão, bem como para toda sociedade acerca da inconveniência daquele proceder, não devendo afastar o dano da própria sociedade, seja ele intencional ou não, nascendo daí o dever de reparar.

Por outro lado, não podemos esquecer que “está punição” (dever de indenizar) tem efeito negativo, que seria a mercantilização das relações existenciais, derivadas das indenizações a título de danos morais, cada vez mais recorrente em nosso cotidiano, seja ela pela atividade médica, seja ela atividade dos hospitais credenciados, ou ainda pela operadora de saúde.

Portanto, se conclui que a responsabilidade do profissional de saúde é subjetiva, enquanto a responsabilidade da pessoa jurídica na qual se desenvolve a sua atividade é objetiva naquelas atividades diferentes do ato profissional em si, sendo próprias da pessoa jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

BRASIL. Lei n. 8080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

BRASIL. Lei n. 9656, de 03 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção d saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, nº 67.