

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

PEDRO ERNESTO SOUTO DE GIACOMETTI

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PLANOS DE SAÚDE EM CASO DE ERRO
MÉDICO DE ACORDO COM O CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

**CURITIBA
2018**

PEDRO ERNESTO SOUTO DE GIACOMETTI

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PLANOS DE SAÚDE EM CASO DE ERRO
MÉDICO DE ACORCO COM O CODIGO DE DEFESA DO COMSUMIDOR**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito do Centro Universitário Curitiba,
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

Orientadora: Dra.^a. Andreza Cristina Baggio.

**CURITIBA
2018**

PEDRO ERNESTO SOUTO DE GIACOMETTI

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PLANOS DE SAÚDE EM CASO DE ERRO
MÉDICO DE ACORCO COM O CODIGO DE DEFESA DO COMSUMIDOR**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

SUMÁRIO

RESUMO	4
ABSTRACT	5
INTRODUÇÃO	6
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	8
1.1 A UNIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES.....	10
1.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOLIDÁRIA COMO REGRA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR (RISCO-PROVEITO).....	13
1.3 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS COMO EXCEÇÃO.....	16
2 PLANOS DE SAÚDE COMO CONTRATO DE CONSUMO	21
2.1 SAÚDE COMPLEMENTAR X SAÚDE SUPLEMENTAR.....	26
2.1.1 Dever de Informar Doença Preexistente.....	32
2.1.2 Cláusulas Abusivas	35
3 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS PLANOS DE SAÚDE POR ERRO DOS HOSPITAIS E MÉDICOS CREDENCIADOS	37
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	42
CONCLUSÃO	44
4	
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

RESUMO

O presente estudo tem como escopo a abordagem da responsabilidade civil dos planos de saúde por erro de médicos e hospitais credenciados. O estudo aborda as formas de responsabilidade contratual, extracontratual e subjetiva. Aborda a teoria da culpa, bem como a evolução da responsabilidade civil objetiva com o advento da edição da lei consumerista (Lei 9.656/1998) junto a edição do Código Civil de 2002 e explica a teoria do risco proveito, que é a adotada no direito pós-moderno consumerista. Pincela a tese evolutiva de Giselda Hironaka, sobre a responsabilidade pressuposta e passa pela teoria da perda de uma chance, adentrando na responsabilidade médica como obrigação de meio e de fim. No mérito o estudo trata do contrato de adesão, que é o mais usado nas relações de consumo e finaliza com a responsabilidade solidária dos planos de saúde por erro dos médicos e hospitais credenciados. A grande demanda contratual no ramo da saúde se deu em face da carência de prestação de serviços médicos pelo Estado, não obstante, este seja um mandamento constitucional versado no artigo 197, que não é observado da forma como manda a Constituição. Essa carência resultou na exploração do ramo da saúde pelo setor privado, por meio do contrato de adesão que se perfaz com a elaboração das regras de forma unilateral, deixando o consumidor contratante, hipossuficiente na relação jurídica, pois não possui força argumentativa para negociar no ato da contratação. É o que os americanos chamam de *take-it-or-leave-it* (pegar ou largar). O estudo mostra como se deu a evolução da regulamentação da atuação dos planos de saúde e aborda a responsabilidade dos referidos planos quando os profissionais, médicos contratados, no exercício da profissão, cometem danos aos pacientes, *in casu*, consumidores. É o entendimento jurisprudencial pacificado que as operadoras de planos de saúde privados devem ser responsabilizadas para reparação de todo e qualquer dano causado aos usuários contratantes dos seus produtos e serviços, sejam os causadores os médicos ou hospitais, em razão da responsabilidade objetiva e solidária a que são submetidas, sem prejuízo da eventual ação de regresso em face dos responsáveis, médicos ou hospitais contratados pelas operadoras dos planos, quando comprovada a responsabilidade subjetiva daqueles responsáveis. Em julgado recente o STF declarou que a Lei de regulamentação dos planos de saúde não tem aplicação retroativa aos planos contratados em data anterior à sua vigência, pois na época em que os referidos “contratos anteriores” foram entabulados entre as partes, as regras previstas na lei regulamentadora ainda não existiam, não sendo o caso de violação de direito adquirido ou ato jurídico perfeito. Assim a aplicabilidade da Lei 9.656/1998 na sua integralidade só é possível aos contratos posteriores à sua vigência.

Palavras chave: responsabilidade objetiva solidária, contrato de adesão, planos de saúde, direito do consumidor.

ABSTRACT

The present study has as scope the approach of civil liability of health plans by mistake of doctors and accredited hospitals. The study addresses forms of contractual, extra-contractual and subjective liability. It addresses the theory of guilt as well as the evolution of objective civil liability with the advent of the edition of the consumer law (Law 9.656/1998) next edition of the Civil Code of 2002 and explains the theory of risk profit, which is adopted in law postmodern consumerist. It implies the evolutionary thesis of Giselda Hironaka, about the assumed responsibility and passes through the theory of the loss of a chance, entering into the medical responsibility as a means and an end obligation. In the merit the study deals with the contract of adhesion, which is the most used in consumer relations and ends with the joint responsibility of health plans by mistake of doctors and accredited hospitals. The great contractual demand in the health sector was due to the lack of provision of medical services by the State, nevertheless, this is a constitutional commandment versed in article 197, which is not observed as mandated by the Constitution. This lack led to the exploitation of the health sector by the private sector, through the contract of adhesion that is made with the elaboration of the rules unilaterally, leaving the contracting consumer, hyposufficient in the legal relationship, since it does not have the argumentative force to negotiate in the act of hiring. That's what Americans call take-it-or-leave-it. The study shows how the evolution of the regulation of the health plans has taken place and addresses the responsibility of these plans when the professionals, doctors hired in the practice of the profession, commit damages to patients, *in casu*, consumers. It is the established jurisprudential understanding that private health plan operators must be held responsible for repairing any and all damages caused to contracting users of their products and services, whether caused by doctors or hospitals, due to the objective and solidary liability to which they are submitted, without prejudice to the possible return action in the face of those responsible, doctors or hospitals contracted by the plan operators, when proved the subjective responsibility of those responsible. The STF has recently ruled that the Health Insurance Regulations Act does not have retroactive application to the plans contracted before they expire, because at the time the "previous contracts" were entered into between the parties, the rules set forth in regulatory law did not yet exist, not being the case of violation of acquired right or perfect legal act. Thus, the applicability of Law 9,656 / 1998 in its entirety is only possible to contracts after its validity.

Key words: objective social responsibility, contract of adhesion, health plans, consumer law.

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor é lei especial, vigente e adaptada à realidade jurídica contemporânea. Como decorrência do pluralismo atual, há uma abundância de legislação a gerar situações de colisão entre direitos, que acabam por ser resolvidos a partir da interpretação da Constituição Federal de 1988.

O Código de Defesa do Consumidor associado ao Código Civil de 2002 enquadra-se perfeitamente na realidade contemporânea, por trazer como conteúdo questões de Direito Privado e de Direito Público e por encerrar vários conceitos amplos e de ordem objetiva, como o da boa-fé, função social do contrato e outros congêneres¹.

Como norma aberta que é, o Código de Defesa do Consumidor acolhe perfeitamente diálogos interdisciplinares e de proteção aos consumidores.

Trata-se de norma de ordem pública e de interesse de todos. Por isso prevalece sobre as demais normas especiais, eis que as leis especiais, tais como as setorializadas como a de seguros, bancos, planos de saúde, serviços, automóveis, alimentos entre outros, devem disciplinar suas respectivas matérias em consonância e em obediência aos princípios fundamentais do CDC, que tem eficácia supralegal, ou seja, é situado hierarquicamente entre a Constituição Federal de 1988 e as leis ordinárias.

O Código Civil de 2002 com sua chegada, trouxe à baila a teoria do dialogo das fontes (tese foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, e trazida ao Brasil pela notável Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul), que tem como essência, o discurso de que as normas jurídicas não se excluem, porque pertencentes a ramos jurídicos distintos, mas sim, se complementam.

¹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 22.

No Brasil, a teoria se materializa com a interação entre o CDC e o CC/2002, em matérias como a Responsabilidade Civil e o Direito Contratual (artigo 7º CDC), que adota um modelo aberto de interação legislativa, ou seja, os direitos previstos no CDC não excluem 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 equidade².

O comando do artigo 47 da Lei 8.078/1990 consagra a máxima *in dubio pro consumidor*, ao preconizar que “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

O princípio da função social do contrato, em sua eficácia interna, é flagrante pela preocupação em se proteger o consumidor como parte vulnerável da relação negocial, o que repercute na hermenêutica do negócio jurídico.

No campo das relações obrigacionais, no que diz respeito aos contratos, a aproximação do CCB/2002 e do CDC se deu no campo principiológico, pelos princípios sociais contratuais, que já estavam presentes no CDC e foram repisados na codificação civil de 2002.

Nesse sentido Enunciado nº 167, que versa sobre a aproximação principiológica entre o CCB/2002 e o CDC, no que diz respeito à regulação contratual, pois ambos incorporam uma nova teoria geral dos contratos.

Ademais, tem-se reforçado pela Constituição Federal de 1988 a saúde como direito fundamental, inserindo-o também entre os direitos sociais previstos no *caput* do seu artigo 6º, bem como no título que trata da Ordem Social, entre os artigos 196 a 200.

O presente estudo abordará os contornos da responsabilidade civil nas questões de saúde, principalmente por ser temática recorrente no cotidiano dos cidadãos brasileiros e em sua aplicação prática.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é tradicionalmente estudada em duas perspectivas: a) como inadimplemento de uma obrigação, ou seja, responsabilidade contratual; b) como consequência de um ato ilícito que, segundo outra fonte de obrigação, a lei, configura fatos causadores do dever de indenizar, que é a responsabilidade extracontratual, que é embasada em dois fundamentos: culpa e risco³.

Até o surgimento da *Lex Aquilia* no Direito Romano, prevalecia a responsabilidade sem culpa, sendo o causador do dano punido de acordo com a pena do Talião (olho por olho, dente por dente), Lei das XII Tábuas. A experiência romana demonstrou que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, surgindo a necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva, pois a responsabilidade sem culpa era, até então, a regra. Assim a *Lex Aquilia* inseriu a culpa no Direito Romano e a responsabilidade mediante culpa passou a ser a regra em todo o Direito Comparado, influenciando as codificações privadas modernas⁴.

Giselda Hironaka faz uma importante observação a respeito do tema, ressaltando a diferença entre a culpa no Direito Romano, que tinha cunho religioso e era tratada como um castigo da culpa atual:

Na realidade, a culpa do Direito Romano é diferente da culpa atual, pois a última, ao contrário da anterior, traz em seu conteúdo a ideia de castigo, por forte influência da Igreja Católica. Como os romanos eram essencialmente pragmáticos, a culpa era, antes de qualquer coisa, mero pressuposto do dever de indenizar⁵.

² TARTUCE; NEVES, 2014, idem, p. 22.

³ BAÚ, Marilise Kostelnaki. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do serviço no contrato de assistência médica**. Direito e Democracia., vol. 1, nº 2. Canoas/SC. 2º semestre/2000, p. 285.

⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. vol. 2., 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 373.

⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Disponível em: file:///G:/DIZER%20O%20DIREITO/CONSUMIDOR/ESTUDOS/HIRONAKA5.pdf. Acesso em: 22 de maio de 2018.

Entretanto, afastando a culpa como preceito máximo, o Direito Comparado, principalmente o direito francês, precursor da maior parte das ideias socializantes passou a admitir uma outra modalidade de responsabilidade civil, pois a Europa como pioneira capitalista, teve consequências jurídicas importantes com a segunda Revolução Industrial. *Saieilles e Josserand* a partir do ano de 1897, escreveram as primeiras publicações sobre a responsabilidade civil objetiva, fundamentada na teoria do risco, iniciando os debates para a responsabilização daqueles que realizam determinadas atividades em relação à coletividade, pois as indústrias, bem como a exploração em massa da atividade econômica e uma maior atuação do Estado, justificavam a aplicação da teoria do risco, ou seja, responsabilidade sem culpa⁶.

No Brasil, o Código Civil de 1916, em seu artigo 15, representou uma das primeiras tentativas em consagrar a nova vertente doutrinária, trazendo a responsabilidade civil do Estado pelos atos comissivos de seus agentes. Posteriormente, em 1985, surge a Lei 7.347, que possibilita a defesa coletiva dos direitos a ser intentada por alguns órgãos legitimados, como, por exemplo, o Ministério Público⁷.

A Constituição de 1988 sedimentou todas essas tendências, tais como a defesa dos consumidores como norma principiológica (art. 5.º, XXXII), a reparação de danos imateriais ou morais (art. 5.º, V e X), a função social da propriedade (art. 5.º, XXII e XXIII), a proteção do *Bem Ambiental* (art. 225), a proteção da dignidade da pessoa humana como direito fundamental (art. 1.º, III), a solidariedade social como preceito máximo de justiça (art. 3.º, I) e a isonomia ou igualdade *lato sensu* (art. 5.º, *caput*)⁸.

Em 1990, surge o Código de Defesa do Consumidor, passando a consagrar a responsabilidade civil sem culpa como regra inerente à defesa dos consumidores, perpetuando essa regra também nas relações privadas no âmbito do Direito Privado Brasileiro, pois conforme expressa Flávio Tartuce, *in verbis*:

A responsabilização independente de culpa representa um aspecto material do acesso à justiça, tendo em vista a conjuntura de desequilíbrio percebida nas situações por ela abrangidas. Com certeza, afastada a responsabilidade objetiva, muito difícil seria, pela deficiência geral observada na grande maioria

⁶ TARTUCE, 2017, *idem*, p. 373.

⁷ TARTUCE, 2017, *ibidem*, p. 375.

⁸ TARTUCE, 2017, *idem*, p. 375.

dos casos, uma vitória judicial em uma ação promovida por um particular contra o Estado, ou de um consumidor contra uma grande empresa.

No Código Civil de 2002, a responsabilidade objetiva, está expressa no artigo 927, parágrafo único, sem prejuízo de outros comandos legais que também trazem a responsabilidade sem culpa:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, pela teoria da responsabilidade objetiva, analisa-se a questão da responsabilidade sob a ótica da vítima, parte hipossuficiente, responsabilizando o agente causador do dano pelo risco causado, bastando que a vítima comprove o dano e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso, para que surja para o causador do risco/prejuízo, o dever de indenizar, independentemente se agiu ou não com culpa⁹.

1.1 A UNIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

Desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a teoria do diálogo das fontes tem como núcleo o entendimento de que as normas jurídicas não se excluem apenas por pertencer a ramos jurídicos distintos, mas sim, elas se complementam¹⁰.

⁹ BAÚ, 2000, p. 286-287.

¹⁰ TARTUCE; NEVES, 2014, *ibidem*, p. 29.

A teoria do diálogo das fontes está amparada no artigo 7º do CDC, que adota um modelo aberto de interação legislativa, e fundamenta a aplicação da referida teoria, corroborando sua tese de que, direitos previstos no CDC não excluem outros direitos decorrentes de tratados ou convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário, bem como da legislação interna ordinária, regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, e dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Assim, a interpretação e aplicação da lei pelo jurista torna-se funcional, pois permite a escolha da norma mais favorável, mesmo que esta se encontre versada fora do CDC¹¹.

Como consequência natural da evolução das relações contratuais e surgimento do CDC, houve o estabelecimento de igualdade ente as partes, tutelando efetivamente a atual liberdade de contratar, defendendo os interesses individuais e os interesses comuns ou difusos contra os abusos do fornecedor, normatizando a responsabilidade civil deste, pelo fato do serviço, obrigando a observância do fornecedor na qualidade do serviço ou produto prestado, sob pena de ser responsabilizado¹².

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor representa uma superação do modelo dual de responsabilidade civil contratual e extracontratual, unificando a responsabilidade civil, pois, para a Lei Consumerista, pouco importa se a responsabilidade civil decorre de um contrato ou não, porque o tratamento diferenciado se refere apenas aos produtos e serviços, enquadrando-se nos últimos a veiculação de informações pela oferta e publicidade¹³.

Nesse diapasão, o diálogo das fontes serve como leme nessa complexidade normativa, diante do pluralismo pós-moderno, com inúmeras fontes legais. É mister a coordenação entre as leis que fazem parte do mesmo ordenamento jurídico, porém, em diferentes códigos de normas¹⁴.

Esclarece Claudia Lima Marques sobre a aplicação da teoria do diálogo das fontes:

¹¹ TARTUCE; NEVES, 2014, *ibidem*, p. 30.

¹² TARTUCE; NEVES, 2014, *ibidem*, p. 287.

¹³ TARTUCE; NEVES, 2014, *ibidem*, p.104.

¹⁴ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 26.

A bela expressão de Erik Jayme, hoje consagrada no Brasil, alerta-nos de que os tempos pós-modernos não mais permitem esse tipo de clareza ou monossolução. A solução sistemática pós-moderna, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, deve ser mais fluida, mais flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinção. Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas (...) há um *diálogo* diante de influências recíprocas, com a possibilidade de aplicação concomitante das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, de forma complementar ou subsidiária. Há, assim, uma solução que é flexível e aberta, de interpenetração ou de busca, no sistema, da norma que seja mais favorável ao vulnerável¹⁵.

Complementa a doutrinadora que:

O uso da expressão do mestre 'diálogo das fontes' é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência'¹⁶.

A interação ocorrida entre o Código Civil de 2002 e o CDC, se deu principalmente em relação ao direito obrigacional e princípios, aproximando-os. Em relação aos contratos, a aproximação se deu pelos princípios sociais contratuais, que já estavam presentes na Lei Consumerista e foram transpostos para a codificação privada (princípios da autonomia privada, da boa-fé objetiva e da função social dos contratos)¹⁷.

Sedimentando a força normativa do CDC, o Conselho da Justiça Federal no ano de 2002, aprovou o Enunciado nº 167, *in verbis*: "Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o CDC, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos"¹⁸.

¹⁵ MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2005, *ibidem*, p. 87.

¹⁶ MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2005, *idem*, p. 87.

¹⁷ TARTUCE, 2017, *ibidem*, p. 30.

¹⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 167**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

Claudia Lima Marques demonstra três diálogos possíveis a partir da teoria do diálogo das fontes, a saber:

- a) Havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma lei servir de base conceitual para a outra, estará presente o *diálogo sistemático de coerência*. Exemplo: os conceitos dos contratos de espécie podem ser retirados do Código Civil, mesmo sendo o contrato de consumo, caso de uma compra e venda (art. 481 do CC).
- b) Se o caso for de aplicação coordenada de duas leis, uma norma pode completar a outra, de forma direta (*diálogo de complementaridade*) ou indireta (*diálogo de subsidiariedade*). O exemplo típico ocorre com os contratos de consumo que também são de adesão. Em relação às cláusulas abusivas, pode ser invocada a proteção dos consumidores constante do art. 51 do CDC e, ainda, a proteção dos aderentes constante do art. 424 do CC.
- c) Os *diálogos de influências recíprocas sistemáticas* estão presentes quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências da outra. Assim, o conceito de consumidor pode sofrer influências do próprio Código Civil¹⁹.

Assim, o diálogo entre as fontes propõe diálogos de interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o atual Código Civil, buscando estabelecer premissas para um diálogo coerente, possibilitando a harmonia entre as leis em observância à obtenção da melhor interpretação e aplicação.

1.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOLIDÁRIA COMO REGRA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR – TEORIA DO RISCO-PROVEITO.

O Código de Defesa do Consumidor, ao adotar a premissa geral de responsabilidade objetiva, quebra a regra da responsabilidade subjetiva prevista pelo Código Civil de 2002, fundada na culpa *lato sensu*, que engloba o dolo (intenção de causar prejuízo por ação ou omissão voluntária) e a culpa *stricto sensu* (desrespeito a um dever preexistente, seja ele legal, contratual ou social, adotando expressamente a ideia da *teoria do risco-proveito*²⁰.

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 91.

²⁰ TARTUCE; NEVES, 2014, *ibidem*, p. 105.

A teoria do risco-proveito versa que aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele (risco) tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento de serviços²¹.

Alvino Lima, Gagliano e Pamplona, compartilham o mesmo entendimento, de que o exercício dessa atividade de risco pressupõe a busca de um determinado proveito, em geral de natureza econômica, que surge como decorrência da própria atividade potencialmente danosa (risco-proveito). Se o proveito é a razão de ser, justifica a necessidade de o agente arcar com os riscos. Ausente o proveito, deixa de ter aplicação a referida teoria²².

A concepção da modalidade de risco-proveito funda-se no princípio do *ubi emolumentum ibi ônus* (do lucro nasce o encargo). O proveito será avaliado pelo lucro ou vantagem econômica auferida pelos causadores do dano cabendo à vítima tal prova²³.

A teoria do risco proveito surgiu da parte final do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

Referida teoria foi preconizada no Brasil por Alvino Lima no ano de 1938, quando concorreu à cátedra da Faculdade de Direito do Largo São Francisco com a tese intitulada “Da culpa ao risco”²⁴, que, anos mais tarde, foi por ele mesmo revista, atualizada e publicada sob o título “Culpa e Risco”²⁵. A ideia era superar a teoria da responsabilidade subjetiva, que reinava quase absoluta naqueles tempos, mesmo para as situações em que havia desigualdade entre as partes.

Alvino Lima baseava sua tese na ideia de que algumas pessoas no seio social, principalmente as pessoas jurídicas, praticavam atividades profissionais que, mesmo

²¹ TARTUCE; NEVES, 2014, *idem*, p. 105.

²² STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade civil. Vol. 3. 12. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 208.

²³ LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1938. p. 93.

²⁴ LIMA, Alvino, 1938, *idem*, p. 93.

²⁵ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2.ed. rev., atual. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

quando desenvolvidas dentro dos seus padrões normais e regulares, causavam à sociedade um risco maior do que o normalmente tolerado por todos²⁶.

Alvino Lima sustenta com propriedade, *in verbis*:

A teoria do risco, embora partindo do fato em si mesmo, para fixar a responsabilidade, tem raízes profundas nos mais elevados princípios de justiça e de equidade. Ante a complexidade da vida moderna, que trouxe a multiplicidade dos acidentes que se tornaram anônimos, na feliz expressão de Josserand, a vítima passou a sentir uma insegurança absoluta ante a impossibilidade de provar a culpa, em virtude de múltiplos fatores. A teoria da culpa não poderia resolver, satisfatoriamente, os casos concretos dos danos [...] Foi, pois, em nome dessa insegurança da vítima, cada vez mais evidente e alarmante, desta maioria dos indivíduos expostos aos perigos tantas vezes a serviço da cobiça humana; foi em nome das injustiças irreparáveis sofridas pelas vítimas esmagadas ante a impossibilidade de provar a culpa [...] que a teoria do risco colocou a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham as empresas poderosas; foi em nome da fraternidade, da solidariedade humana, pelo afinamento das nossas consciências e desenvolvimento do sentimento da responsabilidade, como afirma Josserand, que se ergueu a teoria do risco²⁷.

Carlos Roberto Gonçalves, ressalta a amplitude que a norma traz, em relação ao conceito indeterminado de atividade de risco, asseverando:

(...) a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como está no texto, possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável²⁸.

Em setembro de 2001, na Jornada de Direito Civil, realizada no STJ, Brasília, foi aprovado por unanimidade o Enunciado nº 38:

A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 927, do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar à

²⁶ NICOLAU, Gustavo Rene. **Responsabilidade Objetiva e a Teoria do Risco**. Disponível em: <file:///G:/DIZER%20O%20DIREITO/CONSUMIDOR/ESTUDOS/146-410-1-PB.pdf>. Acesso em 07 de setembro de 2018.

²⁷ LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1938. p. 143.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade²⁹.

José Geraldo Brito Filomeno apresenta os seguintes pontos fundamentais para justificar a responsabilidade objetiva prevista na Lei 8.078/1990: a) a produção em massa; b) a vulnerabilidade do consumidor; c) a insuficiência da responsabilidade subjetiva; d) a existência de antecedentes legislativos, ainda que limitados a certas atividades; e) o fato de que o fornecedor tem de responder pelos riscos que seus produtos acarretam, já que lucra com a venda³⁰.

Assim, o CDC não exigiu sequer que a atividade desenvolvida fosse de risco, bastando que o dano adviesse de uma prestação de serviços ou do fato do produto, substituindo com louvor a disposição do art. 927, parágrafo único, tornando-a restrita, face a amplitude da regra consumerista, que com a teoria do risco, permanece atual assim como a ideia de dispensar a complexa análise da culpa a fim de reparar o dano na ampla maioria dos casos.

1.3 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS COMO EXCEÇÃO À RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Conforme ressalta Tartuce, a responsabilidade objetiva consumerista é mitigada em relação aos profissionais liberais que prestam serviço, pois de acordo com o artigo 14, § 4º da Lei 8.078/1990 (CDC), “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”³¹.

O profissional liberal é caracterizado por ter autonomia profissional, ou seja, não é subordinado a ninguém, presta seus serviços pessoalmente. O profissional liberal elabora suas próprias regras de atendimento e deve observar a atuação lícita e ética de sua profissão³².

²⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 38**. Disponível em: www.cjf.jus.br. Acesso em: 20 de maio de 2018.

³⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direito do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 171.

³¹ TARTUCE; NEVES, *ibidem*, p. 106.

³² RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 230-231.

A exceção da norma do artigo 14 do CDC é justificada, visto que os profissionais liberais individuais, assim como os consumidores, estão muitas vezes em posição de vulnerabilidade ou hipossuficiência. Ademais, quando o serviço é prestado por um profissional liberal, há um caráter personalíssimo ou *intuitu personae* na relação jurídica estabelecida³³.

Nessa trilha, a responsabilidade pessoal de profissionais como advogados, dentistas e médicos somente existe no âmbito consumerista se comprovada sua culpa ou dolo.

Na culpa, o dano resulta da violação de um dever de cuidado, sem que o agente tenha querido a realização do dano. Pratica uma conduta lícita, mas obtém um resultado ilícito não querido.

São 03 as formas de manifestação: Negligência - é uma culpa por omissão. Falta-lhe a observância do dever de cuidado; Imprudência - o agente atua contra as regras básicas de cuidado; Imperícia - falta de aptidão ou habilidade específica do agente para a realização de uma atividade técnica ou científica³⁴.

Ainda, como meio de justificar a responsabilidade subjetiva dos utilizada, também como justificativa para a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, há de ser observada se se trata de uma obrigação de meio ou de diligência.

A obrigação de meio é aquela em que o contratado não se obriga a um objetivo específico e determinado, como ocorre no caso de um atendimento cirúrgico de emergência, no qual o médico aplica seu conhecimento técnico sem qualquer ajuste prévio com o paciente emergencial, dependendo única e exclusivamente do acaso, isto é, das condições de saúde do paciente emergencial, que contribuirão sobremaneira para um resultado satisfatório. Nessa modalidade de obrigação, incumbe ao credor, *in casu*, paciente emergencial, provar a culpa do devedor (médico), pois se trata de responsabilidade subjetiva, portanto, nessa forma de obrigação há uma inversão no ônus da prova³⁵.

³³ DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 196-197.

³⁴ TARTUCE; NEVES, 2014, *ibidem*, p. 436-437.

³⁵ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Responsabilidade civil**. Vol. 3. 12. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 285.

Na obrigação de resultado o contratado se obriga a um resultado específico. O compromisso do contratado é o elemento da própria obrigação, sem o qual não haveria a contratação. Como exemplo pode ser citada a contratação de um cirurgião plástico para uma cirurgia eletiva de embelezamento da face do contratante. O cirurgião se compromete com um fim específico, um resultado certo, que, se não atingido, ou se atingido de forma parcial, gerará ao credor, *in casu*, paciente da cirurgia de embelezamento, o direito de reparação dos danos sofridos³⁶.

Nos casos envolvendo os profissionais da área de saúde, caso dos médicos, a responsabilidade subjetiva é expressa pelo artigo 951 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 951 O disposto nos arts. 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.

Assim, de acordo com Washington de Barros Monteiro, na obrigação de resultado “obriga-se o devedor a realizar um fato determinado, adstringe-se a alcançar certo objetivo”. Já na obrigação de meio, “o devedor obriga-se a empregar diligência, a conduzir-se com prudência, para atingir a meta colimada pelo ato”³⁷.

Como decorrência lógica dessa conclusão conceitual, afirma-se que a obrigação de meio gera responsabilidade subjetiva, enquanto a de resultado, responsabilidade objetiva ou culpa presumida³⁸

A regra é que todo e qualquer dano causado pelo exercício de uma atividade profissional seja sempre fundamentada em uma relação contratual, porém é possível a ocorrência de exceções, como no caso de responsabilidade civil extracontratual, conforme ensina a Professora Maria Helena Diniz:

Não se pode olvidar que há, sem dúvida, certas profissões dotadas de função social, daí serem obrigações legais, de modo que o profissional responderá por elas tanto quanto pelas obrigações assumidas contratualmente. São hipóteses em que *coincidem* as duas responsabilidades — a contratual e a

³⁶ STOLZE GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, *ibidem*, p. 286.

³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito das obrigações 1ª parte, vol 4., atual por MALUF, Carlos Alberto Dabus. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003., p. 56.

³⁸ MONTEIRO, 2003, *idem*, p. 56.

extracontratual —, e o profissional deverá observar as normas reguladoras de seu ofício, umas vezes por força de contrato e outras, em virtude de lei. Mas, como a responsabilidade extracontratual só surge na ausência de um vínculo negocial, decorre daí que, se há vínculo contratual, o inadimplemento da obrigação contratual e legal cairá, conforme o caso, na órbita da responsabilidade contratual e não da delitual, ante a preponderância do elemento contratual. Todavia, em algumas hipóteses poder-se-á ter duas zonas independentes: a da responsabilidade contratual e a da responsabilidade delitual. P. ex.: se, em relação ao serviço do médico, se cogitar da extensão do tratamento e de sua remuneração, do descumprimento desses deveres resultará uma responsabilidade contratual. Se um médico fez uma operação altamente perigosa e não consentida, sem observar as normas regulamentares de sua profissão, o caso será de responsabilidade extracontratual, visto que não houve inadimplemento contratual, mas violação a um dever legal, sancionado pela lei³⁹.

Todas essas considerações partem do pressuposto da responsabilização civil subjetiva de tais profissionais por danos causados no exercício de sua atividade.

Pablo Stolze defende o entendimento, todavia, de que a disciplina geral de responsabilidade civil dos profissionais liberais permanecerá de natureza subjetiva, uma vez que, embora seja o Código de 2002 “lei nova” em face do Código de Defesa do Consumidor, a regra constante no artigo 14 § 4º do CDC não perderá vigência, por força do princípio da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*)⁴⁰.

Stolze complementa:

Assim, nas obrigações de meio, com a ocorrência de dano na atividade profissional, para responsabilizar o agente, é preciso, ao deduzir os elementos da responsabilidade civil, provar também o elemento culpa ou, então, aí sim, o descumprimento de um dever contratual, fazendo incidir a presunção mencionada. Já nas obrigações de resultado, sendo este não realizado, já terá havido o descumprimento contratual, incidindo a presunção de culpa, cujo ônus da prova para sua eventual elisão é do demandado⁴¹.

Na prestação dos serviços médicos o profissional não pode afirmar que curará o paciente, pois sua obrigação é de meio, ou seja, deve ser diligente. Assim, a prova do elemento anímico (culpa) é tão importante quanto a da conduta humana

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. Vol.7., 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 243.

⁴⁰ STOLZE GLAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, *ibidem*, p. 288.

⁴¹ STOLZE GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, *idem*, p. 288.

equivocada, no que diz respeito aos deveres gerais como cidadão e aos específicos da atividade profissional⁴².

Nas lições de Maria Helena Diniz:

Assim sendo, se o paciente vier a falecer, sem que tenha havido negligência, imprudência ou imperícia na atividade do profissional da saúde, não haverá inadimplemento contratual, pois, o médico não assumiu o dever de curá-lo, mas de tratá-lo adequadamente. É preciso lembrar que não haverá presunção de culpa para haver condenação do médico; ele (CDC, art. 6.º, VIII) é que deverá provar que não houve inexecução culposa da sua obrigação profissional, demonstrando que o dano não resultou de imperícia, negligência (AASP, 2.093:180 e 1.º TACSP, Ap. 684.076-6, j. 9-3-1998) ou imprudência sua (RT, 407:174, 357, 196; JSTJ, 8:294). Tal prova poderá ser feita por testemunhas, se não houver questão técnica a ser esclarecida, sendo necessário que haja liame de causalidade entre o dano e a falta do médico de que resulta a responsabilidade civil. Portanto, a responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência ou imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em medicina, em virtude mesmo da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares (TJRJ, *ADCOAS*, 1982, n. 84.019)⁴³

O erro médico é, assim, a falha profissional imputada ao exercente da medicina e para a caracterização desse erro é necessário conhecer a culpa, principalmente se o erro se deu por negligência ou imperícia.

⁴² STOLZE GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, *ibidem*, p. 297.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. Vol.7., 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 257.

2 CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE COMO CONTRATOS DE CONSUMO

O conceito contemporâneo ou pós-moderno de contrato está baseado, entre outros, no princípio da operabilidade do direito, que tem um dos seus sentidos expressos na simplicidade ou facilitação dos institutos civis. Em uma visão clássica ou moderna, prevalece o conceito contrato como o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica de caráter patrimonial⁴⁴.

Ab initio, constata-se que o contrato está amparado em valores constitucionais e que questões que envolvem direitos fundamentais, principalmente aqueles com repercussões sociais, refletem na autonomia privada, caso do direito à saúde⁴⁵.

Nesse sentido, o Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado nº 23, dispondo que, *in verbis*:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana⁴⁶.

Com uma maior intervenção do Estado na economia, a função social do contrato ficou mais robusta. Nessa senda é a observação de Giselda Hironaka sobre o entendimento da locução “social”, *in verbis*:

Ainda que o vocábulo social sempre apresente esta tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através desta ideia-princípio, a um só tempo antiga e atual, denominada ‘doutrina da função social’⁴⁷.

⁴⁴ TARTUCE; NEVES, *ibidem*, p. 186.

⁴⁵ TARTUCE; NEVES, *ibidem*, p. 187.

⁴⁶ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 23**. Disponível em: www.cjf.jus.br. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

⁴⁷ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Direito Civil. Estudos**, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 105.

Com a constitucionalização do Direito Civil, foi inafastável a compreensão de que a propriedade somente mereceria tutela se atendesse a uma determinada finalidade social, abandonando-se o tratamento patrimonialista que regia os contratos, para dar lugar a uma doutrina moderna e social⁴⁸.

Assim, entende-se que a ideia de socialização de contrato, requer um tratamento idôneo das partes, na consideração, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais, observando a cláusula de boa-fé objetiva, para que a relação contratual abarque os deveres jurídicos gerais e de cunho patrimonial (de dar, fazer, ou não fazer), bem como, observados os deveres anexos ou colaterais que derivam da socialização contratual (dever de informação, confidencialidade, assistência, lealdade, entre outros), tudo em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana⁴⁹.

Eduardo Sens Santos confirma o papel do contrato na atualidade:

(...) o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da ideia de função social. O contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade – quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade – em suma, que o contrato seja socialmente justo⁵⁰.

No Código Civil de 2002, a socialização do contrato está versada na norma do artigo 421, *in verbis*: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Interpretando o dispositivo, a menção da expressão “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, o legislador estabeleceu dois critérios: a) finalístico/teleológico: toda a atividade negocial, fruto da autonomia

⁴⁸ STOLZE GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, *ibidem*, p. 93.

⁴⁹ STOLZE GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, *ibidem*, p. 94.

⁵⁰ SANTOS, Eduardo Sens. **O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato**. Revista Brasileira de Direito Privado, n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002, p. 29.

da vontade, encontra a sua razão de ser, o seu escopo existencial, na sua função social; b) limitativo: a liberdade negocial deverá encontrar justo limite no interesse social e nos valores superiores de dignificação da pessoa humana - limite à liberdade de contratar, em prol do interesse social⁵¹.

O contrato moderno também reclama outro importante princípio previsto no artigo 422 do Código Civil 2002: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, ou seja, assim como a função social do contrato, impõe a observância de deveres jurídicos anexos ou de proteção, a exemplo dos deveres de lealdade e confiança, assistência, confidencialidade, informação, entre outros. O contrato não se esgota apenas na obrigação principal de dar, fazer ou não fazer, que são impostos tanto ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, pois referem-se à exata satisfação dos interesses envolvidos na obrigação assumida, por força da boa-fé contratual⁵².

O princípio da boa-fé objetiva, visa elidir o exercício abusivo dos direitos subjetivos, pois nos dias hodiernos, o sistema constitucional busca o desenvolvimento socioeconômico valorizando a pessoa humana⁵³.

Não obstante a nova concepção do contrato na sociedade contemporânea, em que a autonomia da vontade não é mais vista como um dogma, a teoria geral dos contratos é aplicável a contratos de qualquer natureza, inclusive nos contratos de consumo⁵⁴.

O CDC em seu artigo 54 define contrato de adesão, *in verbis*: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Da simples leitura da referida norma depreende-se que o contrato de adesão é imposto pelo estipulante (órgão público ou privado), detentor do domínio contratual,

⁵¹ STOLZE GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, *ibidem*, p. 100-101.

⁵² STOLZE GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, *ibidem*, p. 118.

⁵³ STOLZE GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, *ibidem*, p. 126.

⁵⁴ STOLZE GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, *ibidem*, p. 254.

restando ao aderente (consumidor) aceitar ou não o conteúdo do negócio (*take-it-or-leave-it*)⁵⁵.

O Código Civil de 2002 não define o contrato de adesão, porém há um Projeto de Lei em trâmite no Congresso Nacional, sob o nº 699/2011, que, não obstante até a presente data não tenha finalizada sua tramitação, que tem como proposta, junto a outros mais de 100 pontos, a alteração do artigo 423 do novo Código Civil de 2002, que passaria a ter a outra redação e colocar fim à confusão entre contrato de consumo e contrato de adesão:

Art. 423. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente por um dos contratantes, sem que o aderente possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar a sua compreensão pelo aderente.

§ 2º As cláusulas contratuais, nos contratos de adesão, serão interpretadas de maneira mais favorável ao aderente⁵⁶.

As justificativas apresentadas no PL em comento pelo Deputado Ricardo Fiúza, autor do projeto original, são pertinentes e apoiadas pelo doutrinador Tartuce:

A proposta pretende dar redação mais completa ao dispositivo, acrescentando a definição de contrato de adesão e compatibilizando o art. 423 com o que já dispõe o art. 54 do CDC. A sugestão, aqui, é do Desembargador Jones Figueiredo Alves, como aliás são todas as outras a seguir expostas, no que se refere à matéria contratual. Diz ele: 'O princípio de interpretação contratual mais favorável ao aderente decorre de necessidade isonômica estabelecendo em seus fins uma igualdade substancial real entre os contratantes'. É que, como lembra Georges Ripert, 'o único ato de vontade do aderente consiste em colocar-se em situação tal que a lei da outra parte é soberana. E, quando pratica aquele ato de vontade, o aderente é levado a isso pela imperiosa necessidade de contratar'. O dispositivo, ao preceituar a sua aplicação, todavia, em casos de cláusulas obscuras ou ambíguas, vem limitá-lo a essas hipóteses, o que contraria o avanço trazido pelo art. 47 do CDC, prevendo o princípio aplicado a todas as cláusulas contratuais. O aderente, como sujeito da relação contratual, deve receber idêntico tratamento dado ao consumidor, diante do significado da

⁵⁵ TARTUCE; NEVES, 2014, *ibidem*, p. 237.

⁵⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 699/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

igualdade de fato que estimula o princípio, razão pela qual se impõe a alteração do dispositivo⁵⁷.

Nem todo contrato de consumo é de adesão e vice-versa. Nesse sentido, foi aprovado o Enunciado nº 171 na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 12/2004, segundo o qual “o contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo”⁵⁸.

Nos contratos de adesão é típico o uso das chamadas condições gerais do contrato, que facilitam a negociação. Rodrigo Serra Pereira, cita Guido Alpa⁵⁹, para explicar a praxe do uso das condições gerais do contrato, com o uso de módulos ou formulários, com emprego de modelos uniformes ou padronizados, prática muito típica em sociedades capitalistas evoluídas.

Ainda sobre as condições gerais da contratação, Paulo Luiz Neto Lobo versa que “constituem regulação contratual predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo uniforme, compulsório e inalterável a cada contrato de adesão que vier a ser concluído entre o predisponente e o respectivo aderente”⁶⁰.

In casu, havendo algum conflito interpretativo no contrato de adesão, este deverá ser solucionado em benefício do consumidor, conforme normatiza o artigo 47 do CDC: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. O Superior Tribunal de Justiça tem invocado a regra dos artigos 47 e 54 § 3º do CDC, para interpretar os negócios “estandardizados”, como são os contratos de planos de saúde, que via de regra estão submetidos às referidas condições negociais gerais⁶¹.

O CDC em seu artigo 4º estabelece uma política nacional de relações de consumo, objetivando atender as necessidades do consumidor, que tem o direito

⁵⁷ TARTUCE; NEVES, 2014, *idem*, p. 237.

⁵⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 171**. Disponível em: www.cjf.jus.br. Acesso em: 15 de março de 2018.

⁵⁹ ALPA, Guido, *apud*, PEREIRA, Rodrigo Serra. **Planos de saúde: aspectos jurídicos fundamentais**. Ed. JusPodivm: Salvador/BA, 2014, vol. 2, p. 241-242.

⁶⁰ NETO LOBO, Paulo Luiz. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 24.

⁶¹ PEREIRA, Rodrigo Serra. **Planos de saúde: aspectos jurídicos fundamentais**. Ed. JusPodivm: Salvador/BA, 2014, vol. 2, p. 242-243.

fundamental à saúde, segurança, proteção e qualidade de vida, bem como a transparência e segurança nas relações de consumo. Marilise Baú afirma em seu artigo “Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do serviço no contrato de assistência médica”, que: “A política nacional das relações de consumo é mais ampla que a proteção ao consumidor, transcende à todas essas normas e à própria descrição legal dos direitos do consumidor”⁶².

O CDC, em seu artigo 2º conceitua, de forma genérica, consumidor, como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, mas para saber quem é realmente o consumidor num contrato específico, é necessário observar a natureza da prestação dos serviços contratados.

Já o fornecedor, vem definido no artigo 3º como sendo “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”, ou seja, o fornecedor/prestador de produtos ou serviços, contratado pelo consumidor.

No caso da prestação de serviços de saúde, o consumidor será o paciente e o fornecedor será aquele que prestará o serviço médico, que, conforme já versado no presente estudo, a depender do contrato entabulado, poderá ser: a) a operadora do plano de saúde, se o contrato for de plano de saúde suplementar; b) o Estado, no caso de assistência de saúde complementar, ou seja, Serviço Único de Saúde – SUS; c) o Médico, caso esteja prestando o serviço de forma autônoma⁶³.

2.1 SAÚDE COMPLEMENTAR X SAÚDE SUPLEMENTAR

A participação da iniciativa privada na assistência à saúde ocorre de duas formas: a) Saúde Complementar, que ocorre por convênio ou contrato do direito

⁶² BAÚ, Marilise Kostelnaki. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do serviço no contrato de assistência médica**. Direito e Democracia., vol. 1, nº 2. Canoas/SC. 2º semestre/2000, p. 298-299.

⁶³ BAÚ, 2000, ibidem, p. 300.

público, sendo privilegiadas as entidades filantrópicas e as sem fim lucrativo; b) Saúde Suplementar, que são os serviços prestados pelas operadoras de planos de saúde⁶⁴.

A saúde complementar é uma atividade delegada à iniciativa privada, que atua no lugar da administração pública, observando os limites e diretrizes estabelecidas no convênio ou contrato administrativo, sendo vedada a distinção de recursos a auxílios e subvenções a instituições privadas com fins lucrativos, observando os princípios administrativos, inclusive no que se refere à responsabilização, conforme o artigo 37 § 6º da CF/88⁶⁵.

No campo da saúde suplementar os contratos não se submetem, integralmente ao mesmo regramento que a saúde complementar, porém, é no campo da saúde suplementar que se encontram as maiores controvérsias acerca do papel do Estado no cumprimento dos deveres de proteção constitucional, tanto no que diz respeito à tutela de um dever genérico da pessoa ou coletividade, quanto numa tutela específica do consumidor e proteção à saúde⁶⁶.

Claudia Lima Marques em seu artigo “A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva”, cita Adalberto Pasqualotto: “o fornecedor deve assegurar a efetividade da assistência independentemente do êxito do tratamento. Para o segurado, o crédito deve ser certo desde que ocorra o fato aleatório”⁶⁷.

O fato aleatório ao qual se refere o doutrinador supramencionado, diz respeito à presença da real necessidade da prestação do serviço, ou seja, se esta será ou não necessária a prestação, e não na forma como a prestação se dará (qualidade, segurança e adequação do tratamento), confirmando que a atuação dos planos de saúde é uma obrigação de resultado, pois deve fornecer assistência adequada a proteção e/ou recuperação da saúde do usuário do plano de saúde⁶⁸.

A interpretação das cláusulas contratuais consumeristas, em regra, segue as normas da legislação do consumidor (Lei n. 8.078/90), que versa em seu artigo 47:

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Vol. 1. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 125.

⁶⁵ SARLET; FIGUEIREDO, 2014, *idem*, p. 125.

⁶⁶ SARLET; FIGUEIREDO, 2014 *Ibidem*, p. 126.

⁶⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. **A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva**, *apud*, MARQUES, Claudia Lima. **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. Vol. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 125.

⁶⁸ PASQUALOTTO, *apud*, MARQUES, 1999, *idem*, p. 125.

“As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, apresentando-se mais arrojada no que se refere aos contratos de adesão no novo Código Civil de 2002. Nesse sentido, é o entendimento dos juristas, Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, *in verbis*:

Código Civil de 2002 prevê, em seu art. 423, o recurso à interpretação mais favorável ao aderente (interpretação *contra proferentem*⁶⁹), mas só em contratos de adesão e em cláusulas ambíguas ou contraditórias. O art. 47 do CDC representa, porém, uma evolução em relação a essa norma e à do art. 112 do CC/2002 (antigo art. 85 do CC/1916), pois beneficiará a todos os consumidores, em todos os contratos, de adesão ou individualmente negociados, em todas as cláusulas, mesmo as claras e não contraditórias, sendo que agora a vontade interna, a intenção não declarada, nem sempre prevalecerá. Em outras palavras, é da interpretação ativa do magistrado a favor do consumidor que virá a ‘clareza’ da cláusula e que será estabelecido se a cláusula, assim interpretada a favor do consumidor, é ou não contraditória com outras cláusulas do contrato⁷⁰.

O usuário é vulnerável, portanto, há de se reconhecer um sistema de tutela reforçado ao usuário-consumidor-paciente, que decorre da convergência dos específicos deveres constitucionais e fundamentais de proteção do consumidor, conforme versa o artigo 5º, inciso XXXII da CF/88, bem como de proteção à saúde, conforme o artigo 196 da mesma Carta, pois mesmo que os serviços sejam prestados pela iniciativa privada e por meio de contrato, não perdem a relevância pública, atribuída pela Carta de 88, em seu artigo 197⁷¹.

O Caráter indisponível do direito do consumidor e da saúde, também justifica a atuação do Ministério Público, das Associações de Classe e de entidades da

⁶⁹ *CONTRA PROFERENTEM*. Doutrina de interpretação contratual que prevê que, quando uma promessa, acordo ou termo é ambíguo, o significado preferido deve ser aquele que trabalha contra os interesses da parte que forneceu a redação. A doutrina é frequentemente aplicada a situações envolvendo contratos padronizados ou onde as partes são de poder de barganha desigual, mas é aplicável a outros casos. A doutrina não é, no entanto, diretamente aplicável a situações em que o idioma em questão é obrigatório por lei, como é frequentemente o caso com contratos de seguro e conhecimentos de embarque. *American Law Institute (1981). O escopo das obrigações contratuais". Reafirmação da lei segundo os contratos. St. Paul, Minnesota: editores do American Law Institute. § 206. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Contra_proferentem. Acesso em: 07 de setembro de 2018.*

⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1.º a 74: Aspectos Materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 578.

⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 117-118.

Sociedade Civil, na atuação de uma dimensão coletiva e difusa do direito à saúde e do próprio direito do consumidor⁷².

A jurisprudência vem mitigando a autonomia contratual em favor da tutela do usuário consumidor, impondo às operadoras de planos de saúde deveres destinados à uma assistência plena à saúde dos usuários, chegando até a alunar judicialmente cláusulas contratuais abusivas, com fulcro no artigo 51 da Lei 8.078/90⁷³.

Nesse diapasão, também é a Súmula 597 do STJ, que versa: “a cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação”⁷⁴.

De acordo com a súmula em comento, sendo o procedimento de emergência ou de urgência, deve ser adotado o prazo de carência de vinte e quatro horas e não o de cento e oitenta dias, sob pena de violação à legítima expectativa do consumidor ao celebrar o contrato para preservar a sua vida, sua saúde e sua integridade física. Nesse sentido: STJ. 3ª Turma. AgInt no REsp 1448660/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 04/04/2017⁷⁵.

Rodrigo Serra Pereira, em seu artigo “Planos de saúde: aspectos jurídicos fundamentais”, compartilha do entendimento de Caio Mário da Silva Pereira⁷⁶:

Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelo princípio consumerista da boa-fé objetiva e função social, tendo objetivo precípua de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual⁷⁷

⁷² SARLET; FIGUEIREDO, 2014, *ibidem*, p. 127-128.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 302**: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado. In _____. Súmulas: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 597**. In _____. Súmulas: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

⁷⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 597-STJ**. Buscador Dizer o Direito. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

⁷⁶ PEREIRA, Rodrigo Serra. **Planos de saúde: aspectos jurídicos fundamentais**. Ed. JusPodivm: Salvador/BA, 2014, vol. 2, p. 242-243.

⁷⁷ PEREIRA, 2014, *idem*.

Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do CDC, preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa do consumidor de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, o contratante não ficar desamparado no que tange a procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida⁷⁸.

Em junho de 2017 a 4ª Turma do STJ já havia firmado entendimento sobre a abusividade de cláusula contratual que exclua da cobertura do plano de saúde, algum tipo de procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas pelo plano contratado⁷⁹.

O entendimento firmado foi de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não pode limitar o tipo de tratamento utilizado, sendo abusiva a negativa de cobertura do procedimento, tratamento, medicamento ou material considerado essencial para sua realização de acordo com o proposto pelo médico⁸⁰.

O entendimento acima esposado tem uma exceção, que trata da não abusividade da cláusula, se se tratar de plano de saúde coletivo que estabelece a cobrança de coparticipação do usuário para órteses, próteses e materiais especiais indispensáveis a procedimento cirúrgico⁸¹.

Nesse sentido, a 4ª Turma expressou que a operadora está obrigada ao fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios ligados ao ato cirúrgico (art. 10, VII, da Lei 9.656/98). Todavia, esta obrigação de fornecimento não implica dizer que o respectivo pagamento seja suportado exclusivamente pela operadora, pois é da própria essência da coparticipação servir como fator moderador na utilização dos serviços de assistência médica e hospitalar. A conduta da operadora de cobrar valor

⁷⁸ CAVALCANTE. **Súmula 597-STJ**. Idem.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1074241/MG**. 4ª Turma. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 27 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

⁸⁰ BRASIL. STJ, idem.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1074241/MG**. 4ª Turma. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 27 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

de coparticipação dos materiais cirúrgicos tem respaldo no artigo 16, VII, da LPS e não implica em restrição exagerada ao consumidor⁸².

A Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009 da Agência Nacional da Saúde, dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências⁸³.

Versa no artigo 2º da mencionada Resolução que:

Para fins de contratação, os planos privados de assistência à saúde classificam-se em:

I – Individual ou familiar – 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 familiar. A extinção do vínculo do titular do plano familiar não extingue o contrato, sendo assegurado aos dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes.

II – Coletivo empresarial - plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária. Quando o número de beneficiários for igual ou superior a 30 beneficiários, não poderá ser exigido o prazo de carência, desde que o beneficiário formalize o pedido de ingresso em até trinta dias da celebração do contrato coletivo ou de sua vinculação a pessoa jurídica contratante. Nessa modalidade, o pagamento pelos serviços prestados pela operadora de plano de saúde será de responsabilidade da pessoa jurídica contratante.

III – Coletivo por adesão - Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial: I – conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão; II – sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações; III – associações profissionais legalmente constituídas; IV - cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas; V - caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução; VI - entidades previstas na Lei nº 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei nº 7.398, de 4 de novembro de 1985. Poderá ainda aderir ao plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, desde que previsto contratualmente, o grupo familiar do beneficiário titular até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro⁸⁴.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1671827/RS**. 3ª Turma. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 13 de março de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

⁸³BRASIL. Agência Nacional da Saúde – ANS. **Resolução 195**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA>. Acesso em: 09 de setembro de 2018.

⁸⁴ BRASIL, ANS, idem.

Depreende-se da leitura dos artigos da Resolução da ANS, supracitados, que os planos individuais são baseados na avaliação personalizada de risco, levando em conta as condições específicas de cada contratante. Já os planos coletivos presumem um risco homogêneo para os integrantes do grupo, possibilitando que os cálculos dos custos referentes ao serviço, seja feito por cabeça, por esse motivo, os planos coletivos são mais baratos que os planos individuais⁸⁵.

2.1.1 Do Dever de Prestar Informações

Ocorre que no interesse de lucro, as operadoras de planos de saúde celebram contratos com os consumidores, sem que sejam observados os requisitos mínimos para admissão do contratante (aderente), tal como um exame prévio de saúde acurado, a fim de estabelecer a carência adequada, para depois, numa eventual necessidade do contratante, evitar que a operadora se recuse no atendimento, alegando doença preexistente do contrato, ou ainda que o aderente omitiu informações importantes⁸⁶.

Sobre o tema, o STJ entendeu que:

É nula a cláusula inserta por operadora de plano privado de assistência à saúde em formulário de Declaração de Doenças ou Lesões Preexistentes (Declaração de Saúde) prevendo a renúncia pelo consumidor contratante à entrevista qualificada orientada por um médico, seguida apenas de espaço para aposição de assinatura, sem qualquer menção ao fato de tal entrevista se tratar de faculdade do beneficiário. A inserção de cláusula de renúncia em declaração de saúde é abusiva por induzir o segurado a abrir mão do direito ao exercício livre da opção de ser orientado por um médico por ocasião do preenchimento daquela declaração, notadamente porque se trata de documento que tem o condão de viabilizar futura negativa de cobertura de procedimento ou tratamento. (STJ. 3ª Turma. REsp 1554448-PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 18/2/2016 (Info 578))⁸⁷.

⁸⁵ PEREIRA, Rodrigo Serra. **Planos de saúde: aspectos jurídicos fundamentais**. Ed. JusPodivm: Salvador/BA, 2014, vol. 2, p 240-241.

⁸⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Nulidade de cláusula de renúncia à entrevista qualificada para contratar plano de saúde**. Buscador dizer o Direito. Disponível em: www.buscadordizerodireito.com.br. Acesso em: 21 de maio de 2018.

⁸⁷ CAVALCANTE, Idem.

A ANS exige que o contratante seja informado de que, antes de preencher a declaração, possui o direito de consultar um médico para tirar suas dúvidas (Resolução Normativa DC/ANS 162/2007 art. 5º §§ 1º, 2º e 3º):

Art. 5º (...)

§ 1º O beneficiário tem o direito de preencher a Declaração de Saúde mediante entrevista qualificada orientada por um médico pertencente à lista de profissionais da rede de prestadores credenciados ou referenciados pela contratada, sem qualquer ônus para o beneficiário.

§ 2º Caso o beneficiário opte por ser orientado por médico não pertencente à lista de profissionais da rede assistencial da contratada, poderá fazê-lo, desde que assuma o ônus financeiro dessa entrevista.

§ 3º O objetivo da entrevista qualificada é orientar o beneficiário para o correto preenchimento da Declaração de Saúde, onde são declaradas as doenças ou lesões que o beneficiário saiba ser portador ou sofredor, no momento da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, além de esclarecer questões relativas aos direitos de cobertura e consequências da omissão de informações⁸⁸.

Na contratação do plano de saúde, o contratante precisa preencher uma ficha na qual responde a quesitos sobre seu histórico de saúde, bem como se possui alguma doença preexistente. Assim, caso o contratante tenha alguma enfermidade, ele é obrigado a informar essa situação à seguradora no momento da assinatura do contrato⁸⁹.

Doença preexistente é a doença que o contratante sabia que possuía no momento da assinatura do contrato. Pode acontecer de o contratante conhecer esse fato e mesmo assim não declarar na proposta de contratação, bem como, contratar sem imaginar que possui doença preexistente.

Os planos de saúde preveem cláusulas que estipulam uma carência de até 24 (vinte e quatro) meses, período durante o qual o contratante não terá direito a procedimentos mais complexos relacionados ao tratamento de referidas doenças⁹⁰.

⁸⁸ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Nulidade de cláusula de renúncia à entrevista qualificada para contratar plano de saúde.** Buscador dizer o Direito. Disponível em: www.buscadordizerodireito.com.br. Acesso em: 21 de maio de 2018.

⁸⁹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Nulidade de cláusula de renúncia à entrevista qualificada para contratar plano de saúde.** Buscador dizer o Direito. Disponível em: www.buscadordizerodireito.com.br. Acesso em: 21 de maio de 2018.

⁹⁰ CAVALCANTE, idem.

Carência no plano de saúde é o tempo que o contratante terá que esperar para poder gozar dos serviços oferecidos em sua totalidade. Esse prazo normalmente varia de acordo com o procedimento médico ou hospitalar, e devem estar previstos no contrato.

Em regra, a cláusula contratual do plano de saúde que estabeleça prazos de carência é lícita, desde que respeitados os limites máximos estabelecidos pela Lei nº 9.656/98, que versa sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

De acordo com o artigo 12, inciso V da referida Lei, os limites são: a) prazo máximo de 300 (trezentos) dias para partos a termo; b) prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para os demais casos; c) prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência⁹¹.

A Lei de planos de saúde, Lei 9.656/98, veda em seu artigo 11 a exclusão da cobertura de doenças e lesões preexistentes à data da contratação dos produtos referidos no artigo 1º inciso I e o § 1º da mesma lei, após 24 meses de vigência do plano de referência, cabendo à respectiva operadora do plano de saúde o ônus da prova de que o consumidor conhecia a doença preexistente no momento da contratação, sendo vedada qualquer suspensão de assistência, até que haja referida comprovação.

Assim, para os planos contratados antes da vigência da referida lei, esse artigo 11 não se aplica, pois, referidos contratos devem observar os princípios da boa-fé objetiva, ou seja, a lei não poderia retroagir e atingir contratos entabulados antes de sua existência, caso em que só começou a ser aplicada aos contratos entabulados a partir de 1999, ano de vigência da Lei em comento⁹².

⁹¹ BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 de agosto de 2018.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 180973/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 03/02/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

2.1.2 Cláusulas Abusivas

Bruno Miragem explana que cláusula abusiva pressupõe um novo regime das relações contratuais em que a liberdade de contratar é vista de forma aberta, observando limites ao seu exercício, reconhecidos pela intervenção do Estado na esfera da atuação do particular e que no direito consumerista, a abusividade está vinculada a deveres específicos da lei, ou à vulnerabilidade do consumidor, resultando em consequências diferentes, tais como a nulidade da cláusula abusiva ou mesmo de todo o negócio jurídico, o dever de indenizar, sanção pecuniária (multa) e até mesmo a sustação de efeitos da relação jurídica em situações específicas⁹³

No Julgamento do REsp 86.095/SP o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ressaltou que o consumidor quase sempre desconhece o significado dos termos formam as cláusulas e condições presentes nos formulários que precisa assinar para obter os serviços de saúde. É muito difícil comprovar a má-fé do consumidor⁹⁴

Assim, no que toca às cláusulas exonerativas de responsabilidade, deve-se levar em conta que os contratos de planos de saúde são contratos de adesão, e que as cláusulas são propostas de forma unilateral pela empresa contratada, o que de início já se extrai que a empresa não poderá simplesmente exonerar-se de qualquer responsabilidade pelos serviços que coloca no mercado⁹⁵

O CDC é lei de ordem cogente, sendo a norma do seu texto, inderrogável pelas partes. A ordem consumerista interfere de forma direta no direito privado, devendo as partes observarem a ordem consumerista⁹⁶, que em seu artigo 51 que versa que a cláusula de não indenizar como abusiva, *in verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

⁹³ MIRAGEM, Bruno. **Abuso de Direito. Ilícitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 230-231.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 86095/SP**. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 09/11/1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

⁹⁵ BAÚ, Marilise Kostelnaki. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do serviço no contrato de assistência médica**. Direito e Democracia., vol. 1, nº 2. Canoas/SC. 2º semestre/2000, p. 288.

⁹⁶ BAÚ, 2000, idem, p. 290.

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;

(...)

Permitir exoneração obrigacional de forma unilateral e em detrimento ao consumidor, é ensejar um desequilíbrio contratual, sem observar as regras contratuais pós-modernas.

3 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS PLANOS DE SAÚDE POR ERRO DOS HOSPITAIS E MÉDICOS CREDENCIADOS

A efetivação dos direitos fundamentais sociais é tema de suma importância e destaca-se a exigibilidade administrativa e judicial do direito à saúde, como um direito subjetivo, não obstante sua insuficiência como modelo jurídico, é oponível individual e coletivamente, ao Estado e aos particulares⁹⁷.

O CDC versa no *caput* do artigo 14 do CDC, a responsabilidade objetiva do fornecedor/prestador de produtos e serviços, *in verbis*:

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

Assim as operadoras de planos de saúde, como fornecedoras de serviço responde perante o consumidor contratante pelos defeitos em sua prestação, independentemente do meio em que o serviço é prestado, seja por médicos, ou hospitais credenciados⁹⁸.

Cavalcante ensina que a responsabilidade dos hospitais é objetiva perante o consumidor, mas não é absoluta em sua relação interna, pois responderão as operadoras, médicos e hospitais, nos limites da sua culpa, caso em que a operadora terá direito de ação regressiva em face do causador do dano⁹⁹.

Conforme afirma 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 de seus próprios serviços, compartilha da responsabilidade civil

⁹⁷ SARLET; FIGUEIREDO. *Ibidem*, p. 133.

⁹⁸ PEREIRA, Rodrigo Serra. **Planos de saúde: aspectos jurídicos fundamentais**. Ed. JusPodivm: Salvador/BA, 2014, vol. 2, p. 256.

⁹⁹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Responsabilidade do hospital pela atuação de médico contratado que nele trabalha**. Buscador Dizer o Direito. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

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 tomar os seus serviços mais eficientes, suportará menor encargo financeiro pagando despesas de hospitalização e honorários médicos 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 serviço¹⁰⁰.

O Superior Tribunal de Justiça já reconhece a legitimidade passiva das operadoras de planos de saúde em demanda indenizatória proposta por paciente/consumidor, por danos causados por um dos seus credenciados¹⁰¹.

Assim, sobre a responsabilidade objetiva dos planos de saúde em face do consumidor e da legitimidade passiva daqueles, em demandas para indenizações ao consumidor, o STJ já vem se manifestando desde 2012 e 2013, respectivamente:

O plano de saúde possui responsabilidade objetiva perante o consumidor, podendo, em ação regressiva, averiguar a culpa do médico ou do hospital. (STJ. 4ª Turma. REsp 866371-RS, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 27/3/2012 (Info 494)).

No caso de erro cometido por médico credenciado à empresa prestadora do plano de saúde, esta, **é parte legítima para figurar no polo passivo da ação indenizatória movida pelo associado**. A operadora de plano de saúde responde por falhas nos serviços prestados por profissional médico credenciado (STJ. 3ª Turma, AgRg no AREsp 194.955-RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 26/02/2013)¹⁰².

Assim, se a operadora de plano de saúde promete o serviço, responderá pela sua prestação e qualidade, por isso deverá escolher os profissionais credenciados, pois responderá objetivamente por sua atuação (*culpas in eligendo, in omittendo e in vigilando*)¹⁰³.

¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 425.

¹⁰¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Responsabilidade do hospital pela atuação de médico contratado que nele trabalha**. Buscador Dizer o Direito. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

¹⁰² CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Plano de saúde possui responsabilidade solidária por danos causados pelos médicos e hospitais credenciados**. Buscador dizer o Direito. Disponível em: www.buscadordizerodireito.com.br. Acesso em: 29 de maio de 2018.

¹⁰³ BAÚ, 2000, *ibidem*, p. 291.

Marilise Baú explica:

O Código do Consumidor vem reforçar a atual tendência de valorização da fase pré-contratual com vinculadora, a oferta obrigando o promitente a realizar as expectativas legítimas do consumidor, com base na confiança despertada, seja pelo anúncio do fornecedor, seja pela respeitabilidade e fama da empresa no mercado.¹⁰⁴

A responsabilidade fica assim elencada: a) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, *caput*, do CDC); b) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade, se não concorreu para a ocorrência do dano (art. 14, § 4, do CDC); c) os atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, responderão, solidariamente, a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa deste. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC)¹⁰⁵.

Contudo, existem casos em que o médico não é empregado ou preposto do hospital, mas apenas se utiliza das dependências para a realização de seus procedimentos. Nesta situação, deve restar demonstrado que o consumidor procurou diretamente o profissional liberal e com este firmou sua relação, sendo afastada a responsabilidade da casa hospitalar¹⁰⁶.

¹⁰⁴ BAÚ, 2000, *idem*.

¹⁰⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Responsabilidade do hospital pela atuação de médico contratado que nele trabalha**. Buscador Dizer o Direito. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

¹⁰⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Responsabilidade do hospital pela atuação de médico contratado que nele trabalha**. Buscador Dizer o Direito. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

Por fim, quanto aos atos extra médicos, que são os decorrentes do serviço de hospedagem do paciente, manutenção de aparelhos, alimentação dos pacientes, deslocamento dos mesmos, entre outros, a responsabilidade do hospital também será objetiva, nos termos do CDC, não havendo, neste caso, necessidade de discussão se houve ou não culpa do funcionário do nosocômio, na medida em que decorrem diretamente da atuação empresarial do hospital como prestador de serviços¹⁰⁷.

Comprovando-se a falha na prestação destes serviços, bem como o nexo de causalidade e o dano, configura-se o dever de indenizar do hospital¹⁰⁸.

Nesse sentido, fala-se em risco adquirido no que toca os produtos e serviços que, principalmente na área da saúde, podem vir a tornar-se mais perigosos em decorrência de um defeito. São bens e serviços que sem o referido defeito, não seriam perigosos, não apresentariam riscos superiores àqueles legitimamente esperados pelo consumidor. Imprevisibilidade e anormalidade são as características do risco adquirido¹⁰⁹.

In casu, a regra é a de que os danos decorrentes da periculosidade inerente ao produto ou serviço não darão ensejo ao dever de indenizar. Porém, caso a periculosidade do produto ou serviço venha a ser adquirida, por negligência, imperícia ou imprudência do fornecedor, este responderá pelos danos causados. Essa regra é perfeitamente aplicável aos serviços médico-hospitalares e própria para resolver os mais intrincados problemas que nessa área possam surgir¹¹⁰.

Sobre o risco inerente ou adquirido, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin ensina:

Risco inerente ou periculosidade latente é o risco intrínseco, atado à sua própria natureza, qualidade da coisa, ou modo de funcionamento, como por exemplo, uma arma, uma faca afiada de cozinha, um veículo potente e veloz, medicamentos com contraindicação, agrotóxicos, etc. Embora se mostre capaz de causar acidentes, a periculosidade desses produtos ou serviços é normal e conhecida - previsível em decorrência de sua própria natureza -, em consonância com a expectativa legítima do consumidor. Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral da expectativa legítima. Isto é, a ideia de que os produtos e serviços colocados

¹⁰⁷ LUCAS, Ricardo. **Responsabilidade civil dos hospitais civis por erro médico**. Disponível em: <https://juridicocerto.com>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

¹⁰⁸ LUCAS, Ricardo, *idem*.

¹⁰⁹ CAVALIERI FILHO, 2012, *ibidem*, p. 428.

¹¹⁰ CAVALIERI FILHO, 2012, *idem*.

no mercado devem atender às expectativas de segurança que deles legitimamente se espera. As expectativas são legítimas quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente de um produto ou serviço em periculosidade adquirida.

Não respondem os médicos, nem os hospitais, pelos riscos inerentes à sua atividade porque em casos tais não haverá defeito no serviço. A cirurgia de uma pessoa idosa - ou mesmo de outros tipos de cirurgia ou tratamentos -, por si só representa riscos que não podem ser eliminados; são riscos normais e previsíveis que não decorrem de nenhum defeito. Desde que devidamente informados ao paciente, não poderá ele, nem os seus parentes, responsabilizar o médico, nem o hospital pelo insucesso do tratamento. Médico e hospital só podem ser responsabilizados pelos riscos adquiridos, isto é, pelo defeito do serviço¹¹¹.

Assim, ante todo o exposto até o momento, depreende-se que seja qual for a circunstância, na relação de consumo, o plano de saúde sempre responderá objetivamente em face do consumidor, sem que haja necessidade de o consumidor comprovar a culpa do médico, hospital ou do terceiro prestador do serviço médico, bastando apenas que comprove o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Conforme supramencionado, ao plano de saúde caberá ação regressiva em face do hospital, médico credenciado ou face ao terceiro, prestador de serviços na saúde, que responderão na medida de sua culpa.

Por fim, cabe uma última consideração acerca do entendimento recente do STJ ao julgar o AgInt no AgInt no REsp 1603443/SC, que entendeu que a circunstância de os serviços médicos terem sido prestados gratuitamente, ou remunerados pelo SUS, não isenta o profissional e a instituição de saúde da responsabilidade civil por erro médico¹¹².

¹¹¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 48.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AgInt no REsp 1603443/SC**. 4ª Turma., Rel. Min. Lázaro Guimarães (Des. Conv. TRF 5ª Região), julgado em 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 de agosto de 2018.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil do médico é diferente da responsabilidade civil dos estabelecimentos hospitalares e casas de saúde.

Aos médicos, aplica-se o, que prevê a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, portanto, no caso do tema ora tratado, aplica-se aos médicos e não aos hospitais ou operadoras de planos de saúde o artigo 14, § 4º do CDC: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”¹¹³.

A responsabilidade civil do médico advém da regra geral de que a responsabilidade civil é subjetiva, ou seja, aquela que depende da demonstração de culpa, ou seja, diante da existência de ações ou omissões passivas de serem qualificadas como expressões da imprudência, negligência ou imperícia por parte da atuação do médico¹¹⁴.

No tocante à responsabilidade do médico, Delton Croce:

Denomina-se responsabilidade médica situação jurídica que, de acordo com o Código Civil, gira tanto na orbita contratual como na extracontratual estabelecida entre o facultativo e o cliente, no qual o esculápio assume uma obrigação de meio e não de resultado, comprometendo-se a tratar do enfermo com desvelo ardente, atenção e diligência adequadas, a adverti-lo ou esclarecê-lo dos riscos da terapia ou da intervenção cirúrgica propostas e sobre a natureza de certos exames prescritos, pelo que se não conseguir curá-lo ou ele veio a falecer, isso não significa que deixou de cumprir o contrato¹¹⁵.

Fabrcio Zamprogna Matielo complementa:

No que concerne à responsabilidade civil dos médicos, segue-se a regra geral da imprescindibilidade da demonstração da culpa do agente, amenizadas as exigências quanto à prova inarredável e profunda de sua ocorrência ante os termos consignados na legislação, quando a natureza da demanda ou as circunstâncias concretas apontarem para a responsabilidade mediante a

¹¹³ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Artigo 14 § 4º**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

¹¹⁴ PEREIRA, 2014, *ibidem*, p. 255.

¹¹⁵ CROCE, Delton. **Erro médico e direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3.

produção de elementos de convicção mais singelos. (...) Em princípio, a contratação não engloba qualquer obrigação de curar o doente ou de fazer melhorar a qualidade de vida desfrutada, porque ao profissional incumbe a tarefa de empregar todos os cuidados possíveis para a finalidade última – e acima de tudo moral – de todo tratamento, ou seja, a cura seja alcançada. Todavia, a pura e simples falta de concretização do desiderato inicial de levar à cura não induz a existência da responsabilidade jurídica, que não dispensa a verificação da culpa do médico apontado como causador do resultado nocivo¹¹⁶.

Assevera Rodrigo Serra Pereira, que é muito natural que o paciente ou sua família atribuam ao médico responsável pelo tratamento, caso haja um imprevisto, um procedimento sem sucesso e que deste advenha sequelas ou até mesmo o óbito ao paciente, e relata:

De uma forma geral, a alteração patológica provocada no paciente em virtude do tratamento médico é denominada iatrogenia, o que indica um fato, mas não contém, imediatamente, qualquer qualificação, nem está vinculada a qualquer contingente interno. Dessa forma, essas modificações na saúde podem ser causadas pelo ato defeituoso, mas também podem se originar de um ato perfeito e adequado em seu conteúdo, forma ou finalidade¹¹⁷.

Rodrigo Serra Pereira finaliza sua explanação a respeito do tema, afirmando que nos dias atuais, o ato médico será perfeito e adequado, mesmo que ocorra a iatrogenia (alteração adversa na saúde do paciente), no entanto, se o médico não aplicar as técnicas médicas adequadas e atuar de forma negligente e imprudente, estará presente o elemento culpa, e o médico deverá responder pelos danos causados¹¹⁸

¹¹⁶ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 53.

¹¹⁷ PEREIRA, 2014, *idem*, p. 255.

¹¹⁸ PEREIRA, 2014, *idem*.

CONCLUSÃO

Com a evolução social, se fez necessária a adequação do sistema jurídico brasileiro, bem como a forma de interpretar os contratos, face a grande demanda da sociedade, pela necessidade de contratar serviços em massa, como planos de saúde, seguro, entre outros.

Em 1990 foi editado o Código de Direito do Consumidor, que implementou muitos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1980, porém, ainda existia um conflito com as normas de direito privado previstas no Código Civil de 1916. Com isso, muitas demandas judiciais chegavam aos tribunais, para uma solução adequada, pois em face do Código Civil de 1916, o consumidor não era tutelado de forma suficiente.

Em 2002 foi editado o novo Código Civil, com uma visão constitucionalista, afastando um pouco do subjetivismo patrimonialista e abarcando os direitos difusos, respeitando princípios fundamentais e sociais. O sistema normativo passou a ser interpretado com mais harmonia, criando-se um “diálogo entre as leis civil e consumerista”.

Nas relações de consumo é de praxe o uso do contrato de adesão para as contratações em massa, e de forma específica, para a contratação dos planos de saúde.

Referidos contratos de adesão têm como característica, a elaboração unilateral, sem que o aderente possa alterá-lo, restringindo-se apenas a aceitar as cláusulas pré-estabelecidas - “*take-it-or-leave-it*” (pegar ou largar).

Certamente essa forma de contratar gera uma série de desvantagens e abusividades em face do consumidor, criando, pois, um desequilíbrio na relação jurídica de consumo.

A falta de liberdade de escolha do aderente (livre manifestação do pensamento, para discutir as cláusulas contratuais) fere frontalmente um dos princípios basilares de qualquer relação contratual, qual seja a manifestação livre da vontade.

Inúmeras irregularidades foram identificadas desde o incremento da comercialização dos planos de saúde e que transferiram ônus e responsabilidades

legítimas pertencentes aos fornecedores para os consumidores, vulneráveis e hipossuficientes.

Mesmo com o microssistema de tutela dos direitos individuais, difusos e coletivos, inclusive com a criação órgãos de fiscalização da atuação das empresas privadas de assistência à saúde (ANS), ainda se observa a proliferação de desdobramentos contratuais carregados de cláusulas e práticas abusivas, a fim de beneficiar aquele que detém o poder de elaborar as cláusulas do contrato de adesão em face do consumidor aderente, o fornecedor.

No presente estudo foi abordado o tema dos danos causados ao consumidor em razão da prestação de serviços médicos, e a forma de responsabilidade que recai sobre os causadores desses danos.

Ficou esclarecido que quando se tratar de contrato de consumo planos de saúde, a responsabilidade será sempre objetiva, sendo responsável em face do consumidor a operadora do plano de saúde. Essa responsabilidade abarca, *prima facie*, os danos causados pelos hospitais e médicos credenciados, sem prejuízo da ação de regresso da operadora de plano de saúde em face do verdadeiro causador do dano, que, *in casu*, responderá na medida de sua culpa.

Entretanto, foi estudado que o artigo 14 § 4º do CDC abre uma exceção aos fornecedores autônomos de serviço, como o médico, caso em que a responsabilidade objetiva é mitigada, sendo necessária a comprovação pelo consumidor, da culpa pela má prestação do serviço médico, para que então, haja a obrigação de indenizar pelo médico.

Repisando, que nesse último caso, só será assim exigido, comprovação de culpa pelo consumidor, se o fornecedor, *in casu*, médico, estiver prestando seus serviços de forma autônoma, pois, se por outro vértice, estiver credenciado a algum plano de saúde ou hospital e estiver atendendo em nome destes, neste caso, a responsabilidade continua sendo objetiva do hospital ou plano de saúde, com o direito de algum destes, ajuizar ação de regresso em face do médico causador dos danos, na medida da sua culpa.

A responsabilidade objetiva das operadoras de planos de saúde ocorre, porque estas assumem o risco ao contratar médicos e hospitais para atuar em seu nome, ao

passo que o consumidor confia no bom nome da operadora e por consequência, no serviço prestado por seus contratados – teoria do risco-proveito.

Essa sistemática gera responsabilidade solidária entre todos os participantes da cadeia de fornecedores do serviço, quer pela disciplina do artigo 34 do Código do Consumidor, quer à luz do artigo 932 III, do Código Civil de 2002, que trata da responsabilidade pelos prepostos.

O direito fundamental à saúde envolve um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas, podendo ser reconduzido à noção de direito de defesa, como salvaguarda da saúde individual e pública contra ingerências indevidas pelo Estado ou instituições privadas, bem como um direito fundamental reconduzido à noção de direito às prestações, que em sentido amplo, abarcam o direito à proteção da saúde pessoal e pública e deveres de cunho organizatório e procedimental, com a participação de todos os órgãos públicos e privados, bem como com a participação dos cidadãos e em sentido estrito, que abarcam o direito ao fornecimento de materiais necessários à implementação da saúde, como medicações, órteses, próteses, internações, cirurgias, etc., tudo de acordo com os ditames constitucionais fundamentais do direito à saúde e dignidade da pessoa humana, observando o a necessidade de um mínimo existencial, que é muito mais que a simples existência física.

A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras e precisas, sobre suas características, qualidades, quantidades, entre outros, mas principalmente, sobre os riscos à saúde e segurança dos consumidores, em especial, os fornecedores de serviços de saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido, *apud*, PEREIRA, Rodrigo Serra. **Planos de saúde: aspectos jurídicos fundamentais**. Ed. JusPodivm: Salvador/BA, 2014.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do serviço no contrato de assistência médica**. Direito e Democracia., vol. 1, nº 2. Canoas/SC. 2º semestre/2000.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. Agencia Nacional da Saúde – ANS. **Resolução 195**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&forma=t=raw&id=MTQ1OA>. Acesso em: 09 de setembro de 2018.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 699/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

_____. Código de Defesa do Consumidor. **Artigo 14 § 4º**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 23**. Disponível em: www.cjf.jus.br. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 38**. Disponível em: www.cjf.jus.br. Acesso em: 20 de maio de 2018.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 167**. Disponível em: www.cjf.jus.br. Acesso em: 22 de maio de 2018.

_____. Conselho da justiça Federal. **Enunciado 171**. Disponível em: www.cjf.jus.br. Acesso em: 15 de março de 2018.

_____. **Lei nº 9.656**, de 03 de junho de 1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 de agosto de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1074241/MG**. 4ª Turma. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 27 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1603443/SC**. 4ª Turma., Rel. Min. Lázaro Guimarães (Des. Conv. TRF 5ª Região), julgado em 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 de agosto de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1671827/RS**. 3ª Turma. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 13 de março de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 180973/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 03/02/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 302**: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado. In _____. Súmulas: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 597**. In _____. Súmulas: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Nulidade de cláusula de renúncia à entrevista qualificada para contratar plano de saúde**. Buscador dizer o Direito. Disponível em: www.buscadordizerodireito.com.br. Acesso em: 21 de maio de 2018.

_____. **Plano de saúde possui responsabilidade solidária por danos causados pelos médicos e hospitais credenciados**. Buscador dizer o Direito. Disponível em: www.buscadordizerodireito.com.br. Acesso em: 29 de maio de 2018.

_____. **Responsabilidade do hospital pela atuação de médico contratado que nele trabalha**. Buscador Dizer o Direito. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

_____. **Súmula 597-STJ**. Buscador Dizer o Direito. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CROCE, Delton. **Erro médico e direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. Vol.7., 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direito do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil. Estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Disponível em: <file:///G:/DIZER%20O%20DIREITO/CONSUMIDOR/ESTUDOS/HIRONAKA5.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1938.

_____. Alvino. **Culpa e risco**. 2.ed. rev., atual. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

LUCAS, Ricardo. **Responsabilidade civil dos hospitais civis por erro médico**. Disponível em: <https://juridicocerto.com>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed., rev., atual. e ampl, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

_____. BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1.º a 74: Aspectos Materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso de Direito. Ilícitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito das obrigações 1ª parte, vol 4., atual., por MALUF, Carlos Alberto Dabus. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NETO LOBO, Paulo Luiz. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Responsabilidade Objetiva e a Teoria do Risco**. Disponível em: <file:///G:/DIZER%20O%20DIREITO/CONSUMIDOR/ESTUDOS/146-410-1-PB.pdf>. Acesso em 07 de setembro de 2018.

PASQUALOTTO, Adalberto. **A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva**, *apud* MARQUES, Claudia Lima. **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. Vol. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

PEREIRA, Rodrigo Serra. **Planos de saúde: aspectos jurídicos fundamentais**. Vol. 2. Ed. JusPodivm: Salvador/BA, 2014.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Eduardo Sens. **O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato**. Revista Brasileira de Direito Privado, n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Vol. 1. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade civil. Vol. 3. 12. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. vol. 2., 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014.