

Responsabilidade cívil do fornecedor pelo fato do serviço no contrato de assistência médica

Civil Responsibility of the Providers for the Service Fact in the Medical Assistance Contract

MARILISE KOSTELNAKI BAÚ

Advogada, Professora de Direito Civil e Mestre em Direito

RESUMO

Um número cada vez mais significativo de brasileiros usam a assistência médica prestada por meio de pessoas jurídicas da iniciativa privada, os chamados planos ou convênios de saúde. Essas empresas de medicina pré-paga são particulares, que terceirizam os serviços médicos, sendo trabalho efetivamente prestado por terceiro, que não é parte direta na relação de contrato firmada entre o consumidor e quem se compromete a oferecer assistência em caso de doença. Pretendemos examinar a questão da responsabilidade civil na medicina prestada por empresas, na averiguação e delimitação de sua obrigação de fazer, principalmente, no que se refere à responsabilidade no caso de mal practice médica. A lei 9.656/98 é omissa quanto à questão da responsabilidade civil. Assim, nos casos em que houver relação de consumo, a matéria continua regulada pelo Código do Consumidor.

Palavras chaves: *responsabilidade civil, contratos de assistência médica, e fornecedor de serviços.*

ABSTRACT

In Brazil, there are millions of persons looking for private medical assistance, through health agreements or health conventions contracted with Health Insurance Companies. These are private establishments that employ other persons, who don't belong to this contractual relationship. We intend to examine the civil responsibility of those companies, in the evaluation and delimitation of their obligations, specially in malpractice cases.

Key words: *civil responsibility, medical assistance contracts, service providers*

INTRODUÇÃO

Os contratos de medicina *pré-paga* têm natureza *sui generis*, envolvendo um feixe de relações contratuais e tendo grande relevância social. Trata-se de contratos de adesão, definidos no Código do Consumidor, artigo 54:

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.

O presente trabalho classifica os contratos de assistência médica em dois grandes grupos: contratos de medicina *pré-paga*, popularmente conhecidos como convênios ou planos de saúde, e os contratos de seguro-saúde. São mencionadas as semelhanças e examinadas algumas diferenças entre as duas modalidades, no que se refere à responsabilidade civil e à validade das respectivas cláusulas, que limitam a responsabilidade de indenizar os danos à saúde do consumidor, causados em virtude de *mal practice*.

Aborda-se a responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço, que é neste caso a empresa oferecedora do serviço, conforme o Código de Defesa do Consumidor, o que examinamos, mais detalhadamente em outra obra¹.

¹ MARILISE KOSTELNAKI BAÚ *O Contrato de Assistência Médica e a Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Encerra-se o estudo recomendando-se a divulgação, para que se torne de praxe, da inclusão de uma cláusula penal no contrato de seguro ou de convênio, onde a empresa estipule previamente, de maneira justa, clara, e com real valor, uma pena para o caso de inadimplemento contratual, delimitando o *quantum* indenizatório pela falha do serviço médico, que se comprometa a prestar através de terceiros. Caso que, infelizmente, não foi contemplado pela nova lei, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, lei 9.656/98.

Por sua vez, a lei 8.078 de 11.9.90, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, já socorre o usuário desta espécie de serviços, os chamados serviços médicos. O consumidor, denominado neste caso de paciente, está certamente mais amparado com o advento da aludida lei e pode, com maior facilidade, ser ressarcido por danos causados a sua pessoa pela má prestação do serviço.

Neste passo, o que se propõe é discutir em quais casos e quais as vantagens de o paciente cobrar diretamente do convênio ou acioná-lo judicialmente, para pleitear a indenização pela má qualidade na prestação do serviço por ele oferecido.

Faz-se necessário estabelecer distinções entre contrato de assistência médica *pré-paga* e contrato de seguro-saúde, que embora regidos pela mesma lei, estabelecem distintos graus de responsabilidade para um e outro caso.

Traçaremos então, um paralelo entre a responsabilidade civil dos convênios e dos seguros, no tocante às cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade, com base, principalmente, no Código do Consumidor.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é, tradicionalmente, estudada em duas perspectivas. Em primeiro plano, como inadimplemento de uma obrigação, isto é, responsabilidade contratual; num segundo plano, como consequência de um ato ilícito que, segundo outra fonte de obrigação, a lei, configura fatos causadores do dever de indenizar, vale dizer, a responsabilidade extracontratual. Esta última, por sua vez, é embasada em dois fundamentos: a culpa e o risco.

Pela teoria da culpa, responde o médico quando exerce sua profissão de forma liberal, isto é, quando procurado pelo paciente em seu consultório particular. A teoria da culpa também é chamada de teoria tradicional ou teoria subjetiva, tendo sido estudada, durante largo período, como único fundamento da responsabilidade civil e priorizando a pessoa do autor do dano, que é responsável pela indenização, sempre que a vítima comprove sua culpa ou dolo. Em outras palavras, a vítima só terá direito à indenização se conseguir comprovar, ao menos, a culpa do médico, sob pena de ter que se conformar com o dano e atribuí-lo aos infortúnios do destino. Esta concepção é coerente com as correntes racionalistas e individualistas, com a liberdade contratual e com o absolutismo do direito de propriedade, que dominavam o mundo à época da Revolução Francesa até o início do nosso século. A partir daí, fez-se necessária uma revisão no conceito de responsabilidade, para se enfatizar uma preocupação com a vítima do dano, imponente frente a grandes forças econômicas, no outro pólo da relação contratual. Surgiu, então, uma nova doutrina, conforme José de Aguiar Dias², cujas primeiras idéias devemos aos alemães, mas sua sistematização é legado dos franceses Raymond Saleilles e Louis Josserand³.

Por ocasião do grande despertar da indústria e da tecnologia, a muitos pareceu que ao Direito não caberia sacrificar os causadores dos benefícios daí oriundos, lançando ônus excessivo a empresas que trariam desenvolvimento para a comunidade como um todo. A reparação dos danos, causados por esta camada social, era negada pela falta de relação contratual entre a empresa e a vítima que não tinha condições de provar culpa alguma. Já havendo relação contratual, leoninamente, a empresa poderia ser tentada a ditar as regras do contrato, eximindo-se de qualquer responsabilidade por danos a que desse causa. Na relação fornecedor-consumidor, aquele sempre estava em situação de extrema vantagem. Com a automação, esta desvantagem do consumidor, tornou-se potencialmente maior. O Direito Tradicional foi ficando inadequado e os problemas passaram a se acumular, tais como: práticas comerciais desleais e abusivas, produtos defeituosos, serviços lesivos colocados no mercado pela eficácia da multimídia, e assim por diante.

Pela teoria da responsabilidade objetiva, analisa-se a questão da res-

² in *Responsabilidade Civil*. Forense. Rio de Janeiro, 1995, p.56.

³ SALEILLES, Raymond. *Les Accidents de Travail dans la Responsabilité*. Paris, 1887. JOSSERAND, Louis. *Les Mobiles dans les Actes Juridiques du Droit Privé*. Paris: Librairie Dalloz, 1928.

responsabilidade sob a ótica da vítima, como sendo a parte mais fraca, e responsabilizando o agente causador do dano pelo fato de ocasionar o risco. Basta que o autor comprove o dano e o nexo de causalidade entre o ato e o dano, para que surja o dever de indenizar, por parte do causador do prejuízo, independentemente de que tenha agido com culpa ou não.

Como conseqüência natural da evolução das relações contratuais, surgiu o Direito do Consumidor, visando a estabelecer igualdade entre as partes, tutelar efetivamente a atual liberdade contratual, defender os interesses individuais e os interesses comuns ou difusos, contra os abusos do fornecedor. Neste sentido, o novo Código vem fixar, em vários artigos, a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do serviço e, no tocante às cláusulas de exoneração de responsabilidade nos contratos de assistência médica, deixa claro que a empresa que oferece serviços médicos deverá responder pela qualidade dos mesmos.

2. CONTRATO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA PRÉ-PAGA (CONVÊNIO OU PLANO DE SAÚDE) E CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE

2.1 Aspectos Relevantes

O sistema de contratação das empresas de assistência médica geralmente ocorre de dois modos: fechado ou aberto.

Fechado é aquele que não permite a livre escolha do médico ou instituição que prestará diretamente o serviço; neste caso, o paciente deverá optar somente por profissionais e instituições previamente constantes nos cadastros da empresa. Estes profissionais, por sua vez, também manterão acordo de convênio com a empresa e seguirão estritamente suas normas, desde que não sejam abusivas.

No sistema de contratação aberto, é permitida ao paciente a livre escolha do profissional, ficando a obrigação da empresa limitada ao ressarcimento dos gastos com saúde, efetivamente efetuados pelo associado.

Em qualquer das hipóteses, é comum constarem nos respectivos con-

tratos que a empresa celebra com o cliente, cláusulas de isenção de responsabilidade como a que segue:

“... A empresa não se responsabiliza por danos causados à saúde do associado ou de seus dependentes, causados por atos culposos, dolosos ou acidentais por parte dos médicos e outros profissionais, hospitais ou instituições prestadoras de serviços médico-hospitalares, quer os de livre escolha do associado, quer os integrantes das listas de credenciados ou referenciados.”

A abusividade destas cláusulas parece indiscutível, como cuidaremos de demonstrar. Para este propósito, analisaremos em separado as cláusulas exonerativas e as cláusulas limitativas de responsabilidade, nos convênios e nos contratos de seguro.

Estes contratos são contratos atípicos mistos, uma vez que somente o seguro-saúde propriamente dito encaixa-se adequadamente no conceito de seguro previsto no art. 1432 do Código Civil. São bilaterais, formais, de adesão, geralmente impressos, de longa duração e de execução continuada. A diferença primordial entre convênio e seguro, como bem salienta Arnaldo Rizzardo⁴, está no fato de que no seguro inexistente vínculo contratual entre o conveniado e o prestador direto do serviço. O segurado escolhe o médico livremente, efetuando o pagamento pela prestação do serviço e só depois será reembolsado pela seguradora até os valores preestabelecidos no contrato.

Tanto o contrato de seguro como o de convênio devem seguir os princípios norteados pelo Código de Defesa do Consumidor, como a boa-fé e a transparência nas informações.

2.2 Convênios ou Planos de Saúde

Os convênios, também chamados de planos de saúde, são realizados por empresas geralmente da iniciativa privada, organizadoras de medicina pré-paga, que celebram pelo menos dois contratos, um com o pacien-

⁴ in *O código de Defesa do Consumidor nos Contratos de Seguro-saúde e Previdência Privada*. Ajuris nº64, pp 78-101.

te, outro com o médico/hospital/clínica.⁵ São contratos revestidos de características especiais que envolvem um feixe de relações, com prestação de serviços contínuos, massificados, prestado por pequeno grupo de empresas, no geral com a utilização de terceiros para a realização do verdadeiro objetivo contratual, ou seja, a prestação direta do serviço ao consumidor. Para a realização de tal desiderato final, ocorre uma cadeia invisível de fornecedores diretos e indiretos.

2.2.1 A Validade das Cláusulas Exonerativas de Responsabilidade

No tocante à validade das cláusulas exonerativas de responsabilidade, devemos levar em consideração, em primeiro lugar, que estamos tratando de um contrato de adesão, com cláusulas propostas unilateralmente pela empresa. Desta forma, entendemos, como regra geral, que não poderá a empresa prestadora simplesmente exonerar-se de qualquer responsabilidade pelos serviços que coloca no mercado.

Poderemos analisar, sob dois aspectos, a invalidade das cláusulas exonerativas, ou seja, nas duas formas de contrato que este tipo de relação desenvolve. No contrato entre a empresa terceirizadora e o profissional contratado para prestar diretamente o serviço e no contrato entre a empresa e seu cliente, o consumidor.

No contrato entre a empresa e o médico, esta cláusula de exoneração de responsabilidade é abusiva e sem validade, conforme o art. 51, § 1º, II do Código de Defesa do Consumidor:

Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual.

Uma cláusula assim acarreta vantagem exagerada para o convênio, que justamente é a empresa que intermedia, que obtém o maior lucro.

⁵ CLÁUDIA LIMA MARQUES *A abusividade nos Contratos de Seguro-saúde e de Assistência Médica no Brasil.* Ajuris nº64, pp.34-77.

Por isso, não poderá ela, de forma unilateral, exonerar-se completamente dos riscos, pois isto ensejaria um desequilíbrio contratual em que a parte intermediadora ficaria com o lucro maior e a outra, sem lucro e com todos os riscos. Ademais o art. 34 do Código do Consumidor é de redação insofismável:

O fornecedor de produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

O Código em questão é norma de ordem pública (art. 1º). Assim, seus artigos são inderrogáveis pelas partes, e vêm interferir diretamente no setor privado do Direito, não podendo as partes estipular cláusulas contrárias ao que a lei preestabelece. As obrigações, tanto da empresa quanto do médico, são concorrentes, e o legislador quis com isto, evitar prejuízos não-indenizáveis devidos à insolvência do autor do dano.

O art. 51 qualifica claramente a cláusula de não indenizar como abusiva:

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

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou 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;

Como salienta Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, “não há que se falar, nas relações de consumo, em cláusula exonerativa de ressarcimento”.⁶ O CDC também esclarece que quem oferece o serviço se obriga, e que qualquer promessa vincula o promitente. Isso está previsto no art. 30 da lei:

⁶ *Responsabilidade civil no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro, Aide, 1991. p. 56.

Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que fizer ou veicular e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Se o convênio promete o serviço, responderá pela prestação e pela qualidade do mesmo. A ele caberá a escolha dos profissionais para constarem nos seus cadastros, respondendo pela sua atuação.

O Código do Consumidor vem reforçar a atual tendência de valorização da fase pré-contratual como 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.

A empresa prestadora de saúde responde ainda pelas culpas *in eligendo*, *in omittendo* e *in vigilando*. Deverá, portanto, escolher com cuidado e diligência os médicos e clínicas com quem assinar convênio, mantendo-se sempre atenta e vigilante quanto à boa atuação desses profissionais no mercado de trabalho, descredenciando os que não honrarem a profissão, pois responderá pela atuação dos mesmos.

No contrato celebrado entre a empresa e o associado, há uma obrigação principal, que é uma obrigação de fazer, a qual deverá ser prestada por terceiro, colocando-se a empresa operadora como fiadora do serviço desse terceiro. Em caso de descumprimento contratual por parte do prestador direto do serviço, o fiador responde solidariamente.

O Associado compromete-se ao pagamento das mensalidades, e a empresa assegura, além da obrigação principal de prestar o serviço médico, a qualidade do mesmo, inclusive no que se refere aos danos que, por ventura, sobrevirem da execução do contrato. A obrigação da empresa organizadora de saúde pré-paga é de resultado, quando se obriga à prestação do serviço por médicos e estabelecimentos, constantes nos seus cadastros de registro; obriga-se, pois, a que esse serviço seja prestado em condições tais que o paciente não sofra danos por deficiência da assistência prometida. O convênio deverá reparar os danos ocasionados, pelo fato do serviço oferecido ser defeituoso, conforme o entendimento do art. 14 e §1º do CDC:

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

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

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

III - a época em que foi fornecido.

É conveniente lembrar que o direito de ação, para tornar efetivo o direito material à reparação, é prescritível em cinco anos, de acordo com o art. 27 do Código do Consumidor.

Parece indiscutível a inviabilidade de qualquer cláusula exonerativa, revelando-se, pois, abusiva, afrontando diretamente o espírito do CDC. Trata-se de um contrato de adesão, que já está elaborado e impresso no momento da assinatura, achando-se a empresa em situação de superioridade. Por isto, não pode obrigar-se a oferecer um serviço sem nenhuma sanção jurídica para o caso de descumprimento. Isto equivaleria a obrigar-se a nada. Há de se ressaltar que os valores comprometidos nessa espécie de relação envolvem direitos personalíssimos, como o direito à vida, à saúde e à integridade corporal do beneficiário, que a eles não pode renunciar, bem como à finalidade econômica perseguida. Então, qualquer cláusula em que o convênio se exonere de responsabilidade por danos causados à saúde do paciente por má prestação do serviço, ou, em outras palavras, decorrentes de erro médico, é considerada abusiva na sua integralidade e é tida como inexistente, isto é, sem nenhuma validade. O convênio ou plano de saúde responderá, sim, e de forma objetiva, bastando que o paciente comprove o dano e o nexo de causalidade entre ele e a prestação do serviço, para que a empresa tenha o dever de indenizar, não sendo necessário que se comprove a culpa do médico ou a culpa do convênio. O médico, se diretamente acionado pelo paciente, responde pela teoria da culpa, nos termos do art. 1545 do Código Civil e art. 14 §4º do CDC, incumbindo ao paciente o ônus da prova. É do conhecimento de todos a dificuldade de fazer esta prova devido aos precários conhe-

cimentos específicos das pessoas de forma geral, por se tratar de uma ciência altamente técnica. Já quanto às empresas, respondendo objetivamente⁷, ocorrerá a inversão do ônus da prova, ficando a cargo do próprio convênio, que deverá provar a sua não-culpa para livrar-se do encargo.

Acionando diretamente o convênio, o paciente tem muito mais chances de ser ressarcido e de forma mais rápida. Como existe responsabilidade solidária entre o plano de saúde e o médico que presta diretamente o serviço, o convênio tem direitos regressivos contra o profissional e poderá com este repartir o ônus, se comprovar a culpa do mesmo. Existe, ainda, a possibilidade de o convênio punir os profissionais culpados e reincidentes, inclusive mediante o descredenciamento.

2.2.2 Validade das Cláusulas Limitativas de Responsabilidade

As cláusulas que exoneram da responsabilidade podem apresentar-se de forma absoluta ou parcial. Estes pactos de limitação da responsabilidade, em que o associado renuncia antecipadamente a seus direitos, estariam baseados no princípio da autonomia das vontades. O que se pergunta é se o sócio poderá ter limitado, de forma total ou parcial, seu direito de obter ressarcimento por inexecução, por culpa ou dolo da outra parte.

Somente no caso de limitar e não de excluir a responsabilidade por danos causados à saúde do paciente, por descumprimento contratual, seria discutível a validade da cláusula.

Segundo Carlos Alberto Ghersi⁸, não se valorizará a cláusula de redução do *quantum* indenizatório, em contratos de adesão quando:

1. a lei a proibir;
2. for contrária ao ordenamento jurídico, à moral ou aos bons costumes;
3. desnaturar a obrigação ou a essência do vínculo obrigacional;
4. limitar a responsabilidade sobre os danos corporais;

⁷ GENIVAL VELOSO DE FRANÇA in *Flagrantes Médico-legais III*, p.174.

⁸ *Contrato de Medicina Prepara*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1993. p.201.

5. estabelecer limites por danos patrimoniais sem a adequada equivalência econômica;
6. se referir a danos sobre a vida, saúde e integridade corporal;
7. quando o associado não tem a real intenção de renunciar a este direito;
8. quando afeta a liberdade contratual e a boa fé.

Poderia ser considerada válida uma cláusula penal contida no contrato se fosse estabelecida nas seguintes condições:

1. vindo expressa de forma clara, legível e com letras ostensivas;
2. estando prevista no momento da assinatura do contrato, inclusive com o *quantum* previamente calculado, jamais inserida posteriormente, de forma unilateral;
3. expondo as formas de reajuste;
4. estabelecendo limite de indenização razoável, jamais irrisório.

A adoção obrigatória da cláusula penal seria, sem dúvida, uma contribuição para a evolução desses contratos de indiscutível valor social e uma solução prática para problemas indenizatórios causados pela má prestação do serviço médico. Sendo os convênios obrigados por lei a estipular previamente uma multa convencional para o caso de inadimplemento contratual, certamente teriam um maior cuidado na seleção de profissionais, e o cidadão veria seus direitos garantidos através de uma melhor prestação de serviços médicos, assegurando ao paciente uma melhor qualidade e uma maior expectativa de vida.

O ente organizador, por vezes, reserva-se o direito de modificar unilateralmente alguma cláusula contratual, postura que é claramente abusiva e inválida de acordo com o CDC. As cláusulas de exoneração ou de limitação geralmente se referem à conduta dos agentes executores diretos dos serviços, em que o intermediário pretende livrar-se das consequências dos atos praticados:

- por dolo
- por culpa grave
- por culpa leve

Entre nós, é irrelevante esta classificação, sempre que se tratar de exoneração da responsabilidade, pois, de forma nenhuma, a empresa poderá abster-se do dever de indenizar por falhas nos serviços que ela própria oferece, tanto no caso de dolo como no de qualquer das modalidades de culpa. As partes somente poderão acordar uma limitação da responsabilidade sendo os valores justos e próximos do valor real, isto é, deverá sempre haver uma justa proporção entre a extensão do tamanho do dano e o *quantum* indenizatório.

Em conclusão, podemos aduzir que, enquanto a exoneração é taxativamente proibida entre nós, a limitação é válida, desde que justa.

2.3 Seguro-saúde Propriamente Dito

O conceito de seguro encontra-se no Código Civil, art.1432:

Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato.

O Decreto-lei nº 73/66 (que continua em vigor, mesmo depois do advento da lei 9.656/98) trata, no art. 129, do contrato de seguro-saúde propriamente dito, isto é, aquele que envolve reembolso de futuras despesas médicas eventualmente realizadas. O decreto também menciona, no seu art. 135, o contrato que envolve pré-pagamento, por isso há quem defenda a idéia de tratá-los todos pelo *nomem juris* de “seguro-saúde”. Sem dúvida, assemelham-se pelo tipo de cláusulas e obrigações. Há elementos característicos do seguro nas duas formas, pois o associado ou segurado contrata o pagamento de futuras e incertas despesas exigíveis, ao advir o evento doença.

Porém, muitas são as distinções entre as duas espécies, especialmente no que se refere à responsabilidade civil. De um lado, há uma grande proliferação de empresas não-médicas, que se vinculam a grupos de médicos e hospitais conveniados e oferecem uma forma mista de seguro, desenvolvendo uma cadeia de obrigações conjuntas, em que o médico como executor direto dos serviços assume uma obrigação de meios perante o convênio e perante o paciente, isto é, compromete-se a usar do seu

conhecimento universitário e altamente técnico, com toda sua diligência e sagacidade, na tentativa de conseguir o melhor diagnóstico, tentar a cura, o alívio da dor e o bem-estar do paciente; de outro lado, o fornecedor indireto dos serviços, a empresa fornecedora que explora economicamente a medicina pré-paga, que é a organizadora desta cadeia solidária de fornecimento de serviços médicos, assume perante o paciente uma obrigação de resultado, tendo que garantir a qualidade dos serviços que oferece, e por ela responde objetivamente.

Esse contrato apresenta alguma semelhança com o contrato de fornecimento médico fechado, aquele contratado na atualidade da doença, descaracterizando o processo de indenização resultante de risco, desbordando do conceito de seguro.

Somente quando o contrato previr ao segurado a livre escolha dos profissionais que farão o atendimento médico, poderemos afirmar que se trata de seguro propriamente dito e, neste caso, a empresa não fará parte da cadeia de responsabilidades como acontece no caso dos convênios. Se inexistir contrato entre a seguradora e os prestadores diretos do serviço, fica a seguradora livre de indenizar, quando ainda assim estipular em cláusula destacada. Mas com ou sem destaque, não valerá a cláusula nos casos em que o seguro se compromete a ressarcir toda e qualquer doença ou internação do segurado, desde que entenda que a obrigação assumida é a de resultado, vale dizer aquela que compreende todo o qualquer tratamento, mesmo a deformidade, aleijão ou doença causada ou piorada pelo mau e demorado atendimento ou, ainda, pela negligência médica. A obrigação, sendo de resultado, a seguradora é responsável e deverá custear o risco de qualquer doença não previamente excluída. Em outras palavras, para ficar livre da obrigação de custear, a seguradora deverá colocar no rol das doenças, que previamente exclui, aquelas decorrentes da culpa médica, com letras garrafais, conforme ordena o art. 54 § 4º do CDC:

As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Se não excluir claramente o tratamento de enfermidade advinda de erro ou acidente médico, pagará o seguro pelo tratamento, isto é, continuará com a obrigação de custear todo o tratamento, que se fizer necessário até a completa cura.

3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS MÉDICOS TERCEIRIZADOS

Inicialmente, observaremos a responsabilidade civil pelo Código Civil, no campo extracontratual, que ocorre de três formas:

1. Por fato próprio - art. 159 e 160;
2. Por fato de terceiro, ou por quem o fornecedor é responsável - art. 1521;
3. Por fato de coisa, pela qual o fornecedor também é responsável.

No primeiro item, o pressuposto para o nascimento da obrigação é a culpa do fornecedor, com ônus para a vítima de provar o ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre o ato e o dano. Por ser demasiadamente difícil a prova desta culpa, a jurisprudência recorreu à presunção de culpa do fornecedor para se viabilizar a ação.

Na segunda forma, a motivação do dever de indenizar baseia-se na responsabilidade do fornecedor sobre os atos do terceiro, enumerados no art. 1521, estabelecida a responsabilidade mediante a prova da culpa pela vítima, conforme o art. 1523 e pela Súmula 341 do STF.

A responsabilidade pelo fato de coisa assemelha-se ao caso anterior, embasada no dever de guarda da coisa pelo responsável.

Hans Kelsen⁹, na sua Teoria Pura do Direito, faz distinção entre as leis de aceitação social e as de rejeição social, havendo nestas uma maior necessidade de carga sancionatória para garantir o seu cumprimento. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sob certo aspecto enquadra-se nesta modalidade de lei, idéia inserida já no art. 1º da lei:

art.1º- O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

⁹ *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 1991. p. 41.

O art. 5ºXXXII da Constituição Federal, mencionado no art. 1º do CDC reza: *O Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor.*

Já o art. 24 VIII da CF estabelece competência concorrente para a União e Estados legislarem sobre a proteção ao consumidor.

O sentido da palavra defesa pode ser traduzido como direito de agir administrativamente ou em juízo, colocando os necessários instrumentos administrativos ou processuais à disposição do consumidor para que seus direitos sejam efetivamente protegidos. A palavra proteção tem um significado mais amplo, compreendendo todo um conjunto de princípios, estabelecidos pelo Código, onde o legislador tentou reunir e enfatizar o que já havia esparsamente na legislação.

O Código do Consumidor veio melhorar e aperfeiçoar, sobretudo, o Direito das Obrigações, visando a restabelecer a igualdade entre as partes e o equilíbrio contratual, rompidos pelas transformações econômicas e, acima disso tutelar efetivamente os consumidores, presumidamente vulneráveis (art. 4º, I), protegendo-os da outra parte economicamente mais forte.

Em nosso sistema constitucional, com efeito, toda a atividade econômica deve ser orientada para o bem-comum, e este fato, por si só, legitima todas as medidas de intervenção estatal para assegurar a proteção do consumidor.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha¹⁰ atribui acertadamente à Revolução Industrial, iniciada na segunda metade do século XVIII, e à Revolução Tecnológica representada pelo rápido desenvolvimento técnico depois da 2ª grande guerra, a causa da modificação das relações sociais, que conduziram à Resolução 85/374 do Conselho das Comunidades Européias, em 25.7.85, onde a Diretiva da Comunidade Européia introduz o *The Consumer Act*, de 1987.

Entre nós, o art. 4º do Código estabelece uma política nacional de relações de consumo, objetivando atender às necessidade dos consumidores, no que tange à dignidade, à saúde , à segurança e a proteção de sua qualidade de vida, bem como à transparência e harmonia das rela-

¹⁰ *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo fato do Produto no Direito Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1992. p.12.

ções de consumo. A política nacional das relações de consumo é mais ampla que a proteção ao consumidor, transcende a todas estas normas e à própria descrição legal dos direitos do consumidor. Sendo a dignidade e saúde do consumidor objetivos de toda uma política voltada às relações de consumo, conclui-se que contratos de seguro-saúde ou de medicina pré-paga, deverão ser totalmente moldados por esta política.

Tentando responder quem seria o consumidor nos contratos de seguro-saúde e de medicina pré-paga, o art. 2º do CDC generaliza:

Consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Para sabermos quem é o consumidor, em qualquer contrato médico, leva-se em consideração a natureza do serviço prestado, o serviço médico. O consumidor é o cliente, também chamado de paciente, doente, enfermo, etc.

O consumidor é o destinatário dos direitos do consumidor, pois foi visando a sua proteção e defesa que o Código foi elaborado. É quem tem legitimidade processual ativa para buscar seus direitos, vale dizer, aquele que tem direito à reparação quando lesado no seu patrimônio e, quando for o caso, tem o direito à inversão do ônus da prova.

De acordo com o art. 3º:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O fornecedor, na hipótese da medicina prestada através de convênios de saúde, é a empresa que oferece o serviço médico. No caso da assistência médica oferecida pela previdência social ou SUS (Sistema Único de Saúde), o fornecedor é o Estado.

Sobre a responsabilidade civil do fornecedor nos contratos médicos, observamos que os médicos, enquanto profissionais liberais, respondem

mediante a comprovação de culpa, de acordo com o art. 1545 do Código Civil e parágrafo 4º do art. 14 do Código do Consumidor¹¹.

O Código Civil já disciplinava e o Código do Consumidor veio confirmar a responsabilidade civil do profissional que atende pessoalmente em seu consultório privado. Faz-se relevante este estudo, no momento da averiguação da possibilidade da inversão do ônus da prova, que somente é possível quando o serviço médico tenha sido feito em caráter privado, pois o contrato de tratamento médico configura uma obrigação de meio e não de resultado, cabendo ao prejudicado a incumbência de provar a culpa do profissional, conforme José de Aguiar Dias¹², sendo indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta do médico. Já as empresas sempre respondem objetivamente, ou seja, independentemente da existência de culpa profissional. O lesado deve provar a lesão e a relação de causalidade entre a lesão e o atendimento.

Revela-se possível se estabelecer uma analogia entre a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto e a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do serviço. Pelo fato do produto, o fornecedor pode ser, por exemplo, o fabricante, e mesmo que o produto, depois de colocado no mercado, tenha passado pelas mãos de vários intermediários, esta circunstância não diminui, em nenhum aspecto, a sua responsabilidade, quando coloca no mercado um produto defeituoso. Da mesma forma, uma empresa que oferece um serviço, tal como o serviço médico, mesmo que não o preste diretamente, estará comercializando algo que ainda não existe, mas, desde já, responsabiliza-se pela conclusão e pela qualidade do mesmo, não podendo isentar-se de responsabilidades através de cláusulas exonerativas.

A saúde é um bem que está assegurado no inciso 1º do art. 6º do CDC, no qual estão elencados alguns direitos básicos do consumidor:

Art. 6º: São direitos do consumidor:

I - A proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e

¹¹Art.1545 do Código Civil:- *Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento. Parágrafo quarto do art. 14 do CDC: A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.*

¹² in *Responsabilidade Civil*.Forense. Rio de Janeiro,1995, p.256.

serviços considerados perigosos ou nocivos.

II- a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

III - A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com a especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem.

Quanto ao inciso primeiro, podemos concluir que o consumidor tem assegurado o direito à proteção de sua vida e de sua saúde no fornecimento de serviços considerados perigosos. A prática da profissão médica torna-se eminentemente perigosa, se não exercida por profissionais muito competentes, podendo pôr em risco a vida do consumidor. Por isto, a empresa que terceiriza este tipo de atendimento, deve assegurar-se da competência dos profissionais que autorizar a prestar atendimento a seus associados.

Segundo o inciso II do art. 6º acima transcrito, fica claro que cabe ao convênio prestar ao associado toda a informação que se fizer necessária sobre a competência do profissional que indica, e deve também assegurar a liberdade de escolha do médico especialista, na área que o cliente necessitar, prática incomum, pois os planos de saúde geralmente limitam o cliente na sua liberdade de escolha, isto é, o paciente só poderá escolher um dos médicos credenciados.

Do terceiro inciso, concluímos que a empresa deverá informar sobre os riscos existentes nos tratamentos de saúde e deverá esclarecer quanto, ela empresa, pagará ao médico por aquela modalidade de consulta e/ou procedimento.

Ao elaborar o CDC, o legislador reservou um capítulo sobre a qualidade dos produtos e serviços, prevenção e reparação de danos, que encontramos nos arts. 8º a 18.

O art. 9º prescreve

O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de

maneira ostensiva e adequada, a respeito de sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Com o constante desenvolvimento da medicina, estão sempre surgindo procedimentos e técnicas novas e avançadas, como o lançamento no mercado, de aparelhos sofisticados ou de medicação com fórmulas novas, envolvendo os profissionais médicos, os fabricantes, os laboratórios, farmácias que comercializam e os hospitais que a adotam. Pelo produto defeituoso em sua formulação, a responsabilidade civil pelos danos causados é exclusiva do fabricante. Como salienta Zelmo Denari¹³, a nocividade pode ser resultante da má utilização do produto, por falta, insuficiência ou inadequação, persistindo a responsabilidade do fabricante, se não prestou as devidas instruções ou informações que se fizessem necessárias, conforme o caso, responsabilidade esta, objetiva. O art. 12 confirma esta idéia:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores, por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagens, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e, em língua portuguesa, sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, dentre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Aqui, uma vez mais, fica bem claro que a empresa que oferta e apresenta serviços médicos no mercado, deve assegurar todas as informações sobre o serviço que oferece, informações a respeito dos prestadores de serviço como aspectos do *curriculum*, onde se formou, cursos no exterior, anos de experiência na especialidade. etc. Deve informar também sobre

¹³ in Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Forense Universitária. Rio de Janeiro, 1995. p.97.

todas as restrições de cobertura que sofrerá o consumidor e sobre as modalidades de planos asseguradas pela lei 9.656/98 e suas medidas provisórias que visam adaptação dos contratos anteriores à lei.

4. BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ASSIS, Araken de. *Eficácia Civil da Sentença Penal*. São Paulo: RT, 1993.
- AVELAR, Juarez Moraes. Seguro Médico não é Seguro à Medicina. *JAMB- Jornal da Associação Médica Brasileira*. Jan. Fev/97, p.11.
- BAÚ, Marilise Kostelnaki. *O Contrato de Assistência Médica e a Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BAÚ, Plínio Carlos. *O Módulo Instrucional no Ensino da Cirurgia da Via Biliar*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: PUC-RS, 1990.
- BETTI, Emilio. *Teoria Generale delle Obbligazioni*. Milano: A. Giuffrè, 1954.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Flagrantes Médico-legais III*. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 1994.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GHERSI, Carlos Alberto et. Alii. *Contrato de Medicina Prepaga*. Buenos Aires: Editorial Atrea, 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alli. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- INGARDEN, Roman. *Sobre la Responsabilidad*. Madrid: Andrés Martín, 1980.
- JOSSERAND, Louis. *Les Mobiles. Dans les Actes Juridiques du Droit Privé*. Paris: Librairie Dalloz, 1928.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. Trad. Arménio Amado. Coimbra, 1991.
- MARQUES, Cláudia Lima. A Abusividade nos Contratos de Seguro-saúde e de Assistência Médica no Brasil. *Ajuris* nº 64, p. 37-77.
- _____. *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

- MAZEAUD, Henri y Léon. *Tratado Teórico y Prático de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Trad. de Luís Alcalá-Zamorra y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.
- MIRANDA, Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- NASCIMENTO, Tupinambá M.C. do. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.
- RIZZARDO, Arnaldo. O Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de Seguro-saúde e Previdência Privada. *Ajuris* nº 64, p. 79-102.
- _____. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo fato do Produto no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- SAVATIER, R. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1939.
- SALLEILES, Raymond. *Les Accidents de Travail en le Responsabilité Civile*. Paris, 1887.