



ARTIGO

Sobre a responsabilidade civil das cooperativas por erro do médico associado

Civil liability of cooperatives for errors by member physicians

Data de submissão: 28/02/2022

Data de aceite: 10/04/2022

Diego Gilmar Leu,
Orcid 0000-0001-7945-0378

Resumo

As cooperativas de trabalho de saúde são criadas com o objetivo de prestarem serviços aos associados. Apesar de as cooperativas não figurarem como empregadores dos associados, o judiciário brasileiro conserva o entendimento de que essas sociedades são responsáveis solidariamente por erro do médico cooperado. Mantém-se o posicionamento de que a relação entre médico e paciente deve ser regida pela lei consumerista, aplicando-se aos pacientes as suas benesses. O artigo busca analisar a aplicabilidade das determinações da lei de defesa do consumidor à relação que ocorre entre paciente e médico e se as cooperativas devem responder solidariamente por erro do médico.

Palavras-chave: Erro médico. Cooperativas. Responsabilidade civil.

Abstract

Medical cooperatives are created with the purpose of providing services to their associated physicians. Although the cooperatives do not figure



as employers of the members, the Brazilian courts maintain the understanding that these societies are jointly and severally liable for the error of the cooperating physician. It maintains the position that the relationship between doctor and patient must be governed by the consumerist law. The article seeks to analyze the applicability of the consumer protection law to the relationship between the patient and the physician, and whether the cooperatives should be held jointly and severally liable for the physician's error.

Keywords: Medical malpractice. Cooperatives. Civil liability.

Introdução

A medicina nunca foi ou será uma ciência simples. Nenhuma ciência o é, mas tratar de pessoas, da sua saúde e vida, a torna, talvez, a mais rigorosa delas. A medicina é, por sua natureza, complexa. Muitas vezes é exercida por diversos profissionais que atuam em combinação de esforços, denominadas equipes multidisciplinares. É de difícil trato a busca pela compensação de danos ocasionados por profissionais desta área, que empenham seus esforços à busca da qualidade de vida dos cidadãos, porém isso não afasta o dever de responsabilização por danos ocasionados por erro cometido nas suas funções.

Esse panorama reflete que a responsabilização por erro médico é uma tarefa árdua. Seja por envolver vários profissionais que atuam concomitantemente, seja por ser difícil prever, muitas das vezes, os resultados da terapia aplicada aos pacientes, pois cada organismo é único. Nesse âmbito se encontra a dificuldade de se verificar o erro do médico e, ainda mais difícil, de particularizar o agente responsável dentre a equipe multidisciplinar. Contudo, sob a máxima de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, deve-se individualizar o profissional causador de dano ocasionado no exercício da profissão.

A ideia de responsabilização solidária de pessoa física ou jurídica que não possui relação direta com a vítima do dano patrimonial ou extrapatrimonial aparenta desacerto

numa visão constitucional, mas para proteção do ofendido, a depender do caso, a lei determina uma série de proteções materiais e processuais aos indivíduos, principalmente os que estão em uma posição mais fragilizada.

Na relação entre paciente e médico existe uma situação de confiança, principalmente entre aquele e este, e apesar de não se verificar uma relação cotidiana de consumo, o judiciário brasileiro concede os benefícios da aplicação da lei consumerista aos pacientes que ingressam em juízo para a responsabilização civil dos profissionais da medicina. Esse entendimento, de que médico e paciente configuram uma relação mercadológica abrangida pela lei consumerista, faz com que muitas conclusões sejam precipitadas, especialmente para condenar pessoas estranhas à relação entre médico e paciente por erro do profissional que exerce a medicina.

Nesse âmbito, cabe refletir se as cooperativas de trabalho de saúde (um modelo cooperativo genuinamente brasileiro) são solidariamente responsáveis por erro do médico associado, pois as relações cooperativas são distintas, senão antagônicas, das relações empresariais.

2. Cooperativas de trabalho de saúde: relação entre a pessoa jurídica e os cooperados

As cooperativas surgem na história como fruto da exclusão social causada pela revolução industrial com a principal função de organização de pessoas com um objetivo em comum e cuja finalidade é a de resolver os problemas sociais típicos existentes em uma determinada sociedade. O cooperativismo se desenvolve, nesse caminho, para trazer aos associados a concretização dos mais variados direitos sociais, tais como moradia, saneamento, saúde, educação e trabalho. É um modelo racional utilizado para a promoção e organização das atividades humanas, visando atender as necessidades de seus associados e não o acúmulo de capital, apesar de serem também um empreendimento de mercado com fins econômicos.

Os princípios do cooperativismo que prevalecem até os dias atuais, conforme Namorado (2007), são oriundos, especialmente, da experiência de Rochdale. Numa cidade pequena nos arredores de Manchester, na Inglaterra, em 1844, um grupo de tecelões se reuniu para compor a Cooperativa dos Pioneiros de Rochdale. Foi dessa experiência cooperativista, que surgiu como reflexo das sequelas do capitalismo emergente daquela época, que resultaram as regras e os princípios que identificam as cooperativas.

Foi, então, o êxito dessa cooperativa pioneira que validou a experiência do cooperativismo, cujo modelo permanece vivo e forte até os dias atuais no mundo inteiro.

Atualmente, no Brasil, essas sociedades são regidas pela lei das cooperativas, lei nº 5.764/1971, da qual se infere as suas principais características.

Tendo a vertente do solidarismo, tem-se que as cooperativas são sociedades de pessoas e não de capital, mas que depois de organizadas passam a ser um empreendimento de mercado, porém continuam a exercer sua atividade fim sem a busca pela obtenção de lucro. Inexiste, pois, lucro na atividade cooperativa, os frutos excedentes, o resultado positivo, são denominados de sobras e serão distribuídas aos seus associados.

Esse modelo de sociedade, nada obstante possa, excepcionalmente, prestar serviços à terceiros, tem por objetivo a prestação de serviços aos seus próprios associados, aspecto do qual se retira a característica da dupla qualidade dos associados. Esses associados, ao mesmo tempo que são sócios da cooperativa, são também os seus principais usuários.

Outra característica importante está no poder de influência dos associados. Ao contrário das sociedades empresárias, onde os sócios decidem e respondem proporcionalmente aos valores das suas quotas sociais, no modelo cooperativo todos têm o mesmo poder de decisão, de voto e de participação, independentemente de qual tenha sido sua contribuição para o capital social. Esse modelo é denominado de democracia cooperativa, da qual se infere a relação horizontal existente entre os participantes, cujos poderes de decisão são equânimes.

Questão importante está na adesão voluntária à sociedade cooperativa. Apesar de que, em alguns tipos de cooperativas, há limite de associados designado pela disponibilidade operacional, em decorrência dessa característica, as cooperativas não possuem limitação máxima de associados. Por serem de adesão livre e voluntária, ninguém é obrigado a ingressar ou se retirar da cooperativa e, assim, é possível que qualquer um que possua o perfil da cooperativa possa nela ingressar, bastando manifestar seu interesse de adesão.

Da adesão voluntária decorre outra característica, que é a variabilidade de capital social, pois diante da possibilidade dos associados de ingressar ou de se retirar da sociedade a qualquer tempo, com a integralização ou retirada das quotas, o capital social é sempre variável.

A respeito das quotas de cada associado, tem-se a limitação de cada quota, cujo valor não poderá ser superior ao salário mínimo vigente, facultado o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim se mostrar mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais da cooperativa. Além disso, as quotas são incessíveis, seja por qual meio for, a terceiros estranhos à sociedade.

Às cooperativas se aplicam, também, as leis do direito civil, especialmente o Código Civil brasileiro, e há, ainda, grande proteção constitucional, quando a Carta Magna determina, por exemplo, no inciso XVIII do artigo 5º, que as cooperativas independem de autorização e que o Estado não pode interferir no seu funcionamento, e, no artigo 174, que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo. Hodiernamente, o estudo das cooperativas está inserido em campo próprio, dentro do chamado direito cooperativo, vertente recentemente elaborada e ainda pouco estudada.

À guisa de conclusão deste tópico, tem-se que as cooperativas são associações autônomas de pessoas que unem para satisfazer determinada necessidade por meio de uma sociedade de propriedade comum e gestão democrática. As cooperativas de trabalho de saúde, possuidoras de todas as características elencadas, são formadas por profissionais da área com o objetivo de promover a qualidade

e a autonomia dos seus associados, pois as sociedades cooperativas, como visto, estão a serviço de seus associados.

3. Notas sobre a responsabilidade civil por erro do médico

A responsabilidade civil consiste no dever de reparação dos danos causados, por ação ou omissão, por quem os provocou. É instituto fundamental que disciplina os critérios da apuração da responsabilidade da pessoa que causou prejuízos a outrem (AFONSO, 2017).

O direito tradicional, baseado na teoria da culpa, sempre manteve o critério da responsabilidade subjetiva, ou seja, dependente da comprovação da culpa genérica, consistente no dolo, que é a intenção livre e consciente de prejudicar, ou na culpa em sentido estrito, que é verificada pela ação ou omissão imprudente, imperita ou negligente (TARTUCE, 2018). A denominação subjetiva decorre do fato de que a pessoalidade, a subjetividade, deve ser comprovada para configuração do dano e, por consequência, da responsabilidade.

A responsabilidade civil do médico, especificamente, não poderia seguir de outra maneira. É subjetiva e deve ser verificada conforme as determinações dos artigos 186 e 951 do Código Civil brasileiro. Nesse campo, necessário observar alguns pontos importantes que afastam as teorias do risco à atuação do profissional da medicina. Inobstante o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil dispor que a verificação de culpa não é necessária se a atividade desenvolvida implicar risco para os direitos de terceiros (atividade de risco), certo é que a atividade ali descrita somente se configura quando, normalmente desenvolvida, causar a determinada pessoa um ônus maior, excepcional, atípico, que aos demais membros da coletividade. Embora existam os riscos inerentes ao exercício da medicina - até mesmo nas mais simples cirurgias existem riscos -, em decorrência do dever de informar, o médico não responde por

eles, caso contrário, os ônus seriam insuportáveis. À vista disso, em razão da atividade médica não apresentar risco à coletividade e empregar o conhecimento científico mais atualizado, sem que se possa obrigar a um resultado específico ao paciente, a teoria da atividade de risco é afastada.

De outro lado, embora haja muito debate sobre o tema, deve-se analisar as disposições da lei consumerista com o fito de inferir se a responsabilidade civil do médico é objetiva ou subjetiva, pois o Poder Judiciário brasileiro aplica às relações entre médicos e paciente as regras contidas na lei consumerista. Assim sendo, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, o parágrafo 4º do artigo 14 desse diploma legal determina que a responsabilidade pessoal do profissional liberal deverá ser apurada mediante a verificação de culpa.

Tem-se, portanto, que a única exceção do sistema de responsabilidade civil objetiva desse sistema recaiu sobre os profissionais liberais, tornando obrigatória a comprovação da culpa para que esses profissionais respondam civilmente. A saber, Rizzato Nunes (2018) assim caracteriza os profissionais liberais: possuem autonomia profissional, prestam serviços de maneira pessoal (caráter personalíssimo) e fazem suas próprias regras de atendimento profissional dentro da lei e das regulamentações de sua categoria profissional.

Parêntese para tratar dessa especificidade. Essa exceção ao sistema de responsabilidade objetiva se deu por vários motivos que devem ser analisados sob a ótica da época em que foram pensadas, visto que na sociedade líquida atual, cujas tecnologias, naquela época, não se ousava nem imaginar, fez com que as relações entre profissionais liberais e seus clientes se tornassem as mais diversificadas e massificadas possíveis. Grande parte desse avanço e da alteração das relações se deu pela evolução dos meios tecnológicos.

O primeiro motivo a justificar a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais está no caráter predominantemente personalíssimo dos serviços prestados. Apesar de as relações atuais, conforme dito, não serem mais como eram algumas décadas

atrás, a natureza de confiança dos profissionais liberais ainda se mantém, salvo exceções de serviços generalizados prestados por determinados profissionais.

O segundo, esses profissionais exercem majoritariamente atividades de meio. Ou seja, não asseguram o fim de sua própria atividade, não porque não podem, mas porque não devem. Quando muito, eles trabalham com a probabilidade de um resultado positivo.

Terceiro, não prestam serviços compreendidos como de massa, executados como uma linha de produção industrial, muito pelo contrário. Curioso notar que muitos desses profissionais são impedidos de fazer publicidade, o que, por si só, impossibilita que realizem serviços de massa.

Retornando, conclui-se que para a responsabilização do médico, portanto, devem estar presentes quatro pressupostos essenciais: conduta do agente, dano produzido, nexo causal e culpa. Inexistindo um desses requisitos, se afasta a responsabilidade civil e o dever de indenizar.

A conduta humana, que pode ser lícita ou ilícita, engloba uma ação ou omissão do próprio agente, de terceiro que esteja sob sua responsabilidade ou de objeto que esteja sob sua guarda, que cause dano ao ofendido.

O dano é a lesão a um direito do indivíduo. Pode ser um dano patrimonial, também chamado de material, quando atinge bens do patrimônio do ofendido, com valor pecuniário bem definido; ou extrapatrimonial, quando viola bens de direito personalíssimo, tais como a honra, a dignidade e o nome.

O nexos de causalidade é a ligação lógica que une a conduta de determinado agente ao dano por ele causado. Tal pressuposto é o que permite constatar quem foi o ocasionador do dano ao ofendido, determinado com especificidade o agente que deverá ser responsabilizado pela conduta.

A culpa é a falta de diligência, de cautela ou de cuidado, nas ações que necessitam da observância de uma norma de conduta já estabelecida. É o erro de prosse-

guimento da conduta esperada, mas não observada pelo agente, que não seria cometida por outra pessoa comedido em iguais circunstâncias. Pode ser dividida em três espécies: imprudência, negligência e imperícia. A imprudência, consoante se denota da própria nomenclatura, é a ausência de prudência e revela uma ação desidiosa, que pode ser compreendida como a falta de cautela. A negligência é a inobservância dos cuidados que o agente deveria normalmente tomar, resultando em uma omissão quanto ao comportamento que deveria adotar. E a imperícia está associada aos conhecimentos técnicos de determinada profissão, que pode ter sido ocasionada pela falta de atualização, pelo despreparo, pela falta de conhecimentos técnicos necessários à sua atuação.

A culpa do médico - entendida por Sérgio Cavalieri Filho (2019) como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado que ocasiona um evento danoso involuntário -, não pode ser pressuposta, pois sua responsabilidade é subjetiva e de meio. Somente em casos excepcionais o médico exercerá atividade fim, quando assume o dever de prestar determinado resultado, como ocorre nas especialidades de cirurgia plástica, anestesiologia e radiologia.

Não se pode presumir, portanto, que o insucesso de diagnóstico ou de tratamento realizado pelo médico resulta na sua responsabilização automática (BORBA; BARROS, 2020). Só haverá efetivo erro do médico passível de responsabilização quando comprovada a culpa do profissional e que desta culpa decorre o dano ocasionado ao paciente.

A despeito disso, a comprovação de erro do médico é algo muito complexo, pois o organismo humano, com suas particularidades, torna extremamente difícil exarar um juízo sobre culpa do profissional da medicina. Até mesmo porque o absoluto quase não existe no campo da medicina (MACHADO; VIANNA, 2020).

Nada obstante a dificuldade de se atestar a culpa do médico, o ordenamento jurídico brasileiro condicionou a responsabilidade civil do médico a existência de culpa, pois ele não se obriga à cura do paciente, lhe cabendo aplicar a melhor técnica da medicina.

A obrigação do médico é a de prestar seus melhores esforços para o tratamento do paciente, mas sem assegurar o resultado.

Apesar de toda a complexidade para se comprovar a existência de erro do médico, ou provar a não existência, os tribunais brasileiros condenam as cooperativas de trabalho de saúde aos quais esses profissionais estão associados, de forma solidária e sob o critério da responsabilidade objetiva, ante o argumento do defeito na prestação de serviço.

3.1. Tribunais brasileiros: a defesa do consumidor e a responsabilidade solidária da cooperativa e do médico associado

Os tribunais brasileiros assentam suas decisões na razão de que a cooperativa responde objetivamente pelos danos causados pelos médicos a ela vinculados que tenham, no exercício de sua profissão, procedido de forma imprudente, negligente ou imperita, causando danos aos pacientes.

Sob a visão do Direito do Consumidor, o Poder Judiciário enquadra o profissional da saúde no conceito de fornecedor (pessoa física ou jurídica que desenvolve atividade de prestação de serviços) e o paciente no conceito de consumidor (pessoa física que utiliza serviço como destinatário final).

A interpretação literal da lei consumerista, desconsiderando-se, ainda, outras normativas, levou à responsabilização também das instituições de saúde (hospitais, clínicas, laboratórios, operadoras de planos de saúde, cooperativas de trabalho médico), mas com um agravante. Enquanto para a responsabilização dos médicos se deve verificar a culpa, às instituições de saúde são atribuídas a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, sem a exigência, portanto, de se verificar a existência de culpa (DANTAS, 2021). Tal desequilíbrio de tratamento é ainda mais agravada pela aplicação imoderada da súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu ser presumida a culpa do patrão pelo ato culposo do preposto, muito embora tal súmula deve ser tida como cancelada, visto que os casos de presunção relativa da culpa não

mais existem no ordenamento jurídico brasileiro (TARTUCE, 2018).

Esses entendimentos genéricos continuam se perpetuando sem que haja qualquer análise ao caso concreto por parte do Poder Judiciário. Isso, porque os julgadores, à míngua do dever de fundamentação, se baseiam em precedentes (em uma aplicação da chamada teoria dos precedentes obrigatórios, mas que não observam as razões de decidir dos paradigmas), muitas vezes utilizados de forma equivocada, proferindo razões de decidir em manifesto abuso jurisdicional.

Conforme Streck e Raatz (2016), a teoria dos precedentes obrigatórios no direito brasileiro se baseou na falta de coerência da jurisprudência, na insegurança jurídica que dela decorre e na necessidade de promover a igualdade perante as decisões judiciais. Porém, no cotidiano forense, com vistas a celeridade processual, a falta de observação das razões de decidir ou a utilização teses jurídicas genéricas - que não possuem força vinculante nenhuma - aos casos concretos acabam por causar mais insegurança jurídica, pois uma decisão anterior que negue vigência a uma lei se perpetua em decisões futuras, distorcendo a real intenção do legislador. É o caso das decisões que assentaram que as cooperativas respondem solidariamente por erro do médico associado, sob o argumento que estes estão sob a ingerência da cooperativa, tal qual um empregado, que se tornaram paradigmas para decisões atuais que mantém esse entendimento.

Da mesma forma, diante dessa falta de cautela para a análise do caso concreto, acaba-se por julgar, equivocadamente, que toda cooperativa de trabalho médico possui a mesma relação jurídica com o paciente que possuem as operadoras de planos de saúde, os hospitais, as clínicas, as santas casas. Todavia, em uma análise mais detida, nota-se essas figuras possuem papéis completamente diferentes na sociedade. As cooperativas, de modo geral, prestam serviços aos seus cooperados e, especificamente, as cooperativas de trabalho de saúde prestam serviços aos profissionais associados. Já as operadoras de planos de saúde, os hospitais, as clínicas, as santas casas, prestam serviços aos pacientes. Porém, novamente, generalizou-se o entendi-

mento que as cooperativas são equivalentes aos estabelecimentos que prestam serviços médicos, perpetuando o juízo de que as cooperativas respondem solidariamente por erro do médico, na modalidade objetiva, em razão da teoria do risco-proveito. Segundo Faria (2017), o mau uso dos meios tecnológicos é uma ferramenta que contribui para a deslealdade processual, visto que a mecanização da confecção de documentos fez com que se perdesse o senso crítico e o discernimento e, principalmente, ocasionou aos operadores do direito a falta de atenção às especificidades do caso concreto. Agindo as novas decisões do judiciário como verdadeira ferramenta de recorta e cola de decisões passadas, sem qualquer análise do caso específico a qual se busca a prestação jurisdicional, ferem-se os princípios constitucionais do processo, pois se menosprezam os casos concretos, mais importando o número de decisões proferidas que a qualidade dos julgamentos.

De toda forma, de acordo com França (2015), esse posicionamento adotado pelos tribunais pode ser alterado, visto que na civil law as decisões judiciais anteriores não vinculam necessariamente o magistrado, mesmo se tratando das suas próprias decisões ou de tribunais superiores. Muitas vezes as decisões se tornam mecânicas em razão da grande quantidade de ações e, via de consequência, uma decisão específica que atribuiu às cooperativas a responsabilidade solidária em razão de erro do médico associado acaba sendo aplicada imoderadamente a casos futuros.

3.2. (ir)responsabilidade da cooperativa por erro do médico

Atualmente, não existe consenso doutrinário acerca da aplicação da lei consumerista às relações entre médicos e pacientes. A dificuldade está no enquadramento do médico enquanto fornecedor de serviços e do paciente enquanto consumidor.

Nos dizeres de Rizzatto Nunes (2018), a relação jurídica de consumo ocorrerá sempre que se for possível identificar na relação o consumidor e o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços.

Muitos doutrinadores lecionam que entre a relação médico e paciente se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor, mas que deve ocorrer a verificação de culpa, visto se tratar de profissionais liberais. Esse é o posicionamento, conforme disposto anteriormente, amplamente seguido pelo Poder Judiciário brasileiro.

Por outro lado, muitos defendem que a lei consumerista não se enquadra nos serviços à saúde prestados por médicos. Isso, porque a assistência médica possui uma insigne função social e a vida e a saúde não são bens de consumo, as quais se podem adquirir em mercados ou farmácias.

O constituinte consagrou o direito social à saúde como um direito fundamental. Desta feita, a saúde deve ser tratada como a Constituição da República de 1988 a denomina, como verdadeiro direito fundamental, sendo direito de todos e dever do Estado, garantida por políticas sociais e econômicas, e não como mera mercadoria. Por ser um direito social, de segunda geração, conforme Ferreira (2019), o direito à saúde deve ser aplicado em patamar satisfatório a necessidade de cada indivíduo. Disso decorre a ideia de que a medicina, portanto, não adquire um caráter de bem de consumo, muito menos de bem de consumo massificado, pois não se pode reduzir a importância desse direito fundamental a um patamar de mercadoria.

O Código de Ética Médica preceitua que a natureza dos serviços médicos é personalíssima e que não caracteriza relação de consumo. Ainda que exerça sua atividade mediante pagamento, o caráter pecuniário da prestação de serviços médicos está sempre em segundo plano, mormente porque o próprio Código de Ética Médica determina que a medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio. No primeiro plano da atividade está sempre a saúde e a vida do paciente. Não é o lucro dos serviços médicos que orienta o tratamento a ser prescrito, mas estritamente as necessidades dos pacientes. A propósito, daí decorre o ordenamento de que o médico não pode se vincular a estabelecimento que comercialize produtos de prescrição médica, afastando qualquer caráter mercadológico da medicina.

Ademais, a aplicação da lei consumerista na relação entre médico e paciente acarreta a presunção de hipossuficiência do paciente e a inversão do ônus da prova. Prosseguir dessa forma implica dizer que nas ações de responsabilidade civil por erro do médico caberá a este profissional a produção das provas de que o erro não ocorreu. Para Kfoury Neto (2019), não se pode inverter o ônus da prova nas ações que versem sobre erro do médico, devendo se estabelecer uma relação equânime, visto que não se pode transformar a responsabilidade médica, que é subjetiva, em objetiva. Segundo o autor, saúde não é produto a ser consumido, devendo ser afastada a incidência da lei consumerista, pois os profissionais liberais estão adstritos à comprovação da culpa. Lógico que o paciente é a parte mais vulnerável da relação. Porém, a hipossuficiência do paciente é diversa da hipossuficiência do consumidor, não se podendo confundir as duas. A vulnerabilidade do consumidor diz respeito a massificação da economia, defendendo a parte hipossuficiente (o consumidor final) de certas práticas abusivas e predatórias de mercado, que objetiva sempre o lucro da sua atividade. Segundo Castro (2020), a massificação é uma característica do mercado de consumo que resulta em uma resposta do judiciário que intensifica a defesa do consumidor. Essa realidade, porém, não ocorre nos serviços médicos, que não tem um caráter primariamente mercadológico.

A vulnerabilidade do paciente, de forma totalmente diversa, diz respeito a falta de informações preliminares acerca da sua patologia. Contudo, essa vulnerabilidade é sempre mitigada diante do dever de informar do médico. O paciente tem o direito de receber do médico as informações sobre sua patologia e as consequências do tratamento (os riscos inerentes e inevitáveis que todo procedimento traz) de forma acessível, em linguagem clara e não técnica, para que possa optar por realizar ou não o procedimento indicado pelo profissional.

Logo, à relação entre médico e paciente não se mostra adequada a utilização das disposições do Código de Defesa do Consumidor, visto que se trata de profissional liberal que possui uma relação direta e íntima com o paciente. Ao contrário dos lia-

mes consumeristas em geral, as relações entre médicos e seus pacientes não são impessoais ou massificadas e não visam, primariamente, o lucro. O serviço médico, por essência, não só possui caráter personalíssimo, como vai muito além disso, pois o paciente deposita alto grau de confiança no profissional (daí a expressão popular “médico de confiança”). Além do mais, certo é que a atenção dada é personalizada para cada paciente, pois cada ser humano, cada organismo, é singular, único.

O Poder Judiciário, conquanto o exposto pela legislação de que os médicos associados não prestam serviços às cooperativas, pressupõe que os médicos cooperados possuem vínculo empregatício, de subordinação ou de prestadores de serviços com aquelas sociedades. O entendimento majoritário vai de encontro à natureza das cooperativas.

Nesse seguimento, tem-se dois pontos centrais que afastam a responsabilidade das cooperativas de trabalho médico por erro do médico associado.

Primeiro, a cooperativa não é empregadora do médico e o médico, conseqüentemente, não é seu empregado ou preposto. As cooperativas são criadas com o objetivo de prestar serviços aos seus associados. A própria Consolidação das Leis do Trabalho dispõe no parágrafo único do artigo 442 que qualquer que seja o ramo da cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados.

A cooperativa é uma sociedade de pessoas que está a serviço de seus associados. Tal sociedade não possui a finalidade de prestar serviços médicos, que cabe exclusivamente aos profissionais habilitados para o exercício da medicina, mas de satisfazer as necessidades sociais e econômicas de uma região. A cooperativa é uma empresa de propriedade coletiva, gerida de forma democrática. Ao contrário das sociedades empresárias, onde os sócios mantêm ingerência plena sobre as atividades da empresa e de seus empregados, as cooperativas não possuem donos, ao passo que inexistente um caráter de subordinação entre os associados ou entre os associados e o presidente da cooperativa, responsável apenas pela gestão e organização da sociedade e pela coordenação das superintendências.

Destarte, o inciso III do artigo 932 do Código Civil, o qual dispõe que o empregador

também responde pela reparação civil de seus empregados e prepostos, se revela inaplicável. Consoante já explanado, não existe vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados. Da mesma forma, os associados da cooperativa não se amoldam na figura de preposto, pois essa situação pressupõe que uma pessoa desenvolva uma atividade sob as instruções de outra, havendo a caracterização de subordinação. Os médicos associados, ante a natureza das cooperativas, não figuram como prepostos, pois é a cooperativa que presta serviços aos seus associados e não o contrário. Via de consequência, a responsabilidade solidária da cooperativa, por corolário do parágrafo único do artigo 942 do Código Civil, não mais subsiste nessas relações.

Segundo, as cooperativas não possuem relação jurídica direta com os pacientes dos médicos associados. Apesar de o ordenamento jurídico visar proteger sempre os consumidores - embora à relação entre médico e paciente não configure relação consumerista -, não há como ampliar à terceiro que não integra a relação jurídica o dever de indenizar.

Deve-se trilhar o caminho desde o dano causado até o ato danoso para que se verifique o agente causador e, portanto, seu dever de indenizar. Se inexistir conduta desidiosa por parte da cooperativa que seja capaz de contribuir para o ato danoso, a trilha se apaga e o dever de indenizar da sociedade não se configura. O pressuposto do nexo causal está cingido somente na relação médico-paciente.

É o médico, pois, o único responsável pelos danos ocasionados em razão do exercício da medicina, pois se trata de responsabilidade subjetiva e exclusiva de quem o cometeu. A cooperativa só pode ser responsabilizada quando o dano decorrer de falha no seu serviço e, visto que a cooperativa de trabalho médico não se presta a, efetivamente, dar assistência médica, atividade exclusiva do médico, que atua em total autonomia, não se configuram os requisitos ensejadores da responsabilidade civil. Assim, nas hipóteses de erro do médico, incabível atribuir à cooperativa a obrigação de indenizar.

4. Conclusões

A sociedade cooperativa visa atender as necessidades de seus associados, seja pela produção, compra e venda de bens ou prestação de serviços a eles. A cooperativa de trabalho médico, da mesma forma, não possui a finalidade de prestar serviços médicos, atividade que cabe exclusivamente aos profissionais habilitados para o exercício da medicina, mas apenas serviços aos médicos cooperados. Assim, nota-se existir uma relação jurídica diferente entre a cooperativa e seus associados e entre esses e a sociedade, leia-se os pacientes atendidos pelos médicos associados.

Nos últimos anos, a tecnologia colaborou para a celeridade da prestação jurisdicional, mas, por outro lado, tornou o trabalho dos operadores do direito mais mecanizado. Não há mais uma análise pormenorizada de cada caso concreto. Isso faz com que o judiciário, utilizando-se de precedentes de maneira equivocada, não observe detidamente as razões de decidir do precedente e o aplique como paradigma a todos os novos casos que guardem o mínimo de relação com aquele, mas que não preenchem todos os requisitos colocados nas razões de decidir. Ou seja, se aplica o mesmo entendimento a casos que se distinguem, como quando se aplica a lei consumerista às relações entre médico e paciente, numa análise superficial que acaba caracterizando essas figuras como prestador e consumidor, ou quando se reduz a relação entre cooperativa e seus associados à uma relação empregatícia.

Não se revela adequada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre médico e paciente. A lei consumerista foi criada para proteger o consumidor das relações massificadas de mercado, especialmente àquelas que visam essencialmente o lucro. A atividade médica busca, primariamente, zelar pela saúde humana, estando o caráter pecuniário de sua atividade em segundo plano. Além disso, a saúde não é mercadoria e, devendo o médico estabelecer um contato claro com linguagem acessível, a hipossuficiência do paciente, diversa da hipossuficiência do consumidor, é mitigada, obstaculizando a aplicação da lei consumerista.

A cooperativa não possui ingerência sobre a atividade dos médicos associados, tampouco é empregadora desses profissionais, o que afasta a responsabilidade de indenizar o paciente por erro do médico. A cooperativa só pode ser responsabilizada quando o dano decorre de falha na prestação de seus serviços e, visto que a cooperativa de trabalho médico não se presta a dar assistência médica, atividade exclusiva do médico, não se configuram os requisitos ensejadores da responsabilidade civil. Dessa forma, nas hipóteses de erro do médico associado, não cabe atribuir à cooperativa de trabalho médico a obrigação solidária de indenizar, visto a inexistência de vinculação empregatícia ou de preposição entre as partes.

Referências

- AFONSO, Luiz Fernando. *Direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BORBA, Letícia de Oliveira; BARROS, João Pedro Leite. Culpa médica e ônus da prova: Análise a partir da discussão sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor. In: NETO, Miguel Kfourri; NOGAROLI, Rafaella (coord.). *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 227-251.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 Fev. 2022.
- BRASIL. Lei nº 5.764 de dezembro de 1971. *Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm>. Acesso em 16 Fev. 2022.
- BRASIL. Lei nº 8.078 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 12 Fev. 2022.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 12 Fev. 2022.

CASTRO, Cássio Benvenuti. A versão e a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 203 – 240, set./dez. 2020. Disponível em < https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n3/revista_v22_n3_sumario.html>. Acesso em 24 Fev. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DANTAS, Eduardo. *Direito médico*. 5ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um juiz leal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FERREIRA, Vanessa Rocha. *Direito fundamental à saúde: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 13ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. 4ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MACHADO, Yasmin Aparecida Folha; VIANNA, José Ricardo Alvarez. Necessidade de equalização da responsabilidade civil do médico residente. In: NETO, Miguel Kfourir; NOGAROLI, Rafaella (coord.). *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 175-198.

NAMORADO, Rui. Cooperativismo – História e horizontes. In: GEDIEL, José Antônio Peres (org.). *Estudos de direito cooperativo e cidadania*. Curitiba: Programa de Pós-Graduação Direito da UFPR, nº 1, 2007. P. 09-35.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

STRECK, Lenio Luis; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. *Revista de processo*. Vol. 262/2016. P. 379-411. Dez. 2016.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

Qualificação

Diego Gilmar Leu – <https://orcid.org/0000-0001-7945-0378>.

Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Telêmaco Borba (FATEB). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Sociesc (Unisociesc).

Membro da Comissão de Direito da Saúde, Direito Médico e Sanitário da OAB/SC.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4950393241353801>.

E-mail: diego.leu13@gmail.com.