

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 149 • Janeiro 2013



Celso de Mello | Ministro do STF

STF, GUARDIÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

Editorial: Legítimos defensores da dignidade nacional

A judicialização e as operadoras de planos de saúde

Evangelina Castilho Duarte | Desembargadora do TJMG

A judicialização da saúde é fenômeno mundial, e ocorre em praticamente todos os países, em especial naqueles que possuem sistema de saúde pública abrangente, e que preservam a Democracia e o Estado de Direito.

Conforme dados do Banco Mundial, divulgados no Salzburg Global Seminar, Realizing the Right to Health, realizado em Salzburg, Áustria, de 09 a 14 de novembro, do qual participei como representante do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no Brasil, em 2010, foram instaurados 240.000 processos sobre a matéria; enquanto na Colômbia foram 95.000 processos; na Costa Rica, 4.000 processos; na Argentina, somente na cidade de Buenos Aires, 1.159; e no Uruguai, 50 processos.

A relação entre o número de processos instaurados e os serviços de saúde está intimamente ligada ao número de habitantes, e à extensão das coberturas oferecidas.

Deve-se frisar, ainda, que esse enorme número de processos, no Brasil, engloba tanto as ações contra o poder público, em relação ao sistema único de saúde, como contra as operadoras de planos de saúde privados, não podendo ser considerado, em números absolutos, como absurdo.

O estudo do Banco Mundial conclui, ainda, que a litigiosidade envolve serviços essenciais e não essenciais.

Assim, para desenvolver esse trabalho, que trata apenas da saúde suplementar, é preciso assentar algumas premissas.

A primeira é de que será dado um enfoque privado, da relação individual e particular entre usuários e planos de saúde, como direito individual e fundamental garantido pela Constituição da República.

A segunda é de que a judicialização decorre do descumprimento pelas operadoras de planos de saúde dos direitos assegurados aos usuários, mas também de dúvidas oriundas de contratos que contêm cláusulas dúbias ou de difícil compreensão, e, ainda, da conscientização do cidadão

de que pode buscar o Poder Judiciário para ter assegurados seus direitos e garantias individuais constitucionais.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, nos termos do art. 196, da Constituição da República, sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização, controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado, nos termos do art. 197, da Constituição.

Integra, ainda, o rol de direitos humanos contido na carta das Nações Unidas.

A pessoa física ou jurídica de direito privado que, nos termos da Lei 9.656/98, se dispõe a participar do sistema de saúde nacional, prestando atendimento médico, ambulatorial, hospitalar, odontológico, a clientes, através dos denominados planos de saúde, está inserida no âmbito das políticas sociais e econômicas previstas na Constituição da República, e assume parte da responsabilidade pelo cumprimento daquelas metas oficiais.

É o que dispõe a Lei 9.656/98:

Art. 35 - A assistência a que alude o art. 1º desta lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta lei e do contrato firmado entre as partes.

Porém, no âmbito da relação existente entre a pessoa física ou jurídica de direito privado e seus associados, há relação de direito privado e de consumo, sendo inquestionável, nos termos da jurisprudência dominante nos tribunais, de que são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor, para dirimir conflitos entre eles.

Ora, a pessoa jurídica que administra planos de saúde



presta serviços e o faz em caráter habitual, que resulta na sua caracterização como fornecedor, conforme CDC. E, no caso daquelas operadoras que não se organizam como cooperativas, mas como empresas, há, ainda, a circunstância de que buscam lucro com sua atividade, o que configura a prestação de serviços, abrangida pela Lei 8.078/90.

Prestigiam-se os princípios da boa-fé objetiva e da eticidade, que devem reger os contratos, conforme orientação do Código Civil de 2003, e do Código de Defesa do Consumidor.

A boa-fé objetiva assenta-se na premissa de que os contratos devem ser claros, redigidos de forma compreensível pelo leigo, sem cláusulas contraditórias, e sem estipulação de obrigações iníquas para uma das partes.

O princípio da eticidade funda-se na premissa de que os contratantes devem-se respeito mútuo, e, uma vez estipulados direitos e obrigações, estes devem ser cumpridos, sem polêmicas.

Aplicam-se, pois, a Lei 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor, ocorrendo o que Cláudia Lima Marques chama de diálogo das fontes, e que podemos tratar como interlocução das normas.

Havendo, assim, relação de consumo, quando ocorrem conflitos, aplica-se a Lei 8.078/90, decidindo-se em favor do consumidor que é a parte hipossuficiente da relação, a quem deve ser dada a proteção prevista no art. 196, da Constituição da República.

Convém ressaltar que, especialmente nos planos de saúde coletivos ou corporativos, o associado não tem

seu acesso às suas regras no momento da adesão, pois as cláusulas são ajustadas entre o administrador do plano de saúde e o estipulante. Nos contratos privados, firmados entre o administrador do plano de saúde e o aderente, nem sempre são esclarecidas as regras que irão vincular as partes, não tendo o associado ciência prévia das restrições e obrigações que lhe são impostas.

Assim, quando há discussão, em juízo a respeito dos direitos e obrigações previstos em contratos de plano de saúde, aplica-se o disposto no art. 51, CDC, para aferição da existência, ou não, de cláusula abusiva no contrato de prestação de serviços, ou na conduta da prestadora desses serviços.

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio do contrato.

O primeiro ponto a ser tratado, portanto, a respeito de abusos que são imputados às prestadoras de serviços, é o de exclusão de coberturas.

É possível a previsão de exclusão de coberturas de atendimentos e procedimentos, se inseridas no contrato celebrado.

É o que dispõe o art. da Lei 9.656/98:

“É instituído plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados

exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária à internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta lei, exceto.

- tratamento clínico ou cirúrgico experimental;
- procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;
- inseminação artificial;
- tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;
- fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;
- fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;
- fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;
- tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;
- casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

A própria lei especifica os casos de exclusão de coberturas, sendo relevante frisar que as hipóteses mais frequentes de negativa de cobertura são de implante de próteses e órteses em cirurgias coronarianas e ortopédicas, e de fornecimento de medicamentos.

Primeiro, para que a cláusula de exclusão tenha validade, é indispensável que o associado tenha ciência inequívoca dessa restrição ao seu atendimento, que a cláusula seja escrita de forma compreensível, em letras destacadas.

A ciência do conteúdo da restrição de cobertura deve ser dada de preferência em separado, para que seja inquestionável, e assegure o direito à recusa de atendimento pelo prestador de serviço.

A recusa à implantação de prótese e órtese é considerada abusiva, quando esses equipamentos estão ligados à cirurgia, porquanto não basta a realização do procedimento cirúrgico, se não for implantada a prótese ou órtese, que é parte do tratamento médico, que se tornará ineficaz sem o implante.

A recusa de cobertura de implantação de prótese e órtese resulta em desvio de cumprimento da finalidade do plano de saúde, que deve observar, com rigor, o art. 1º, da Lei 9.656/98.

O egrégio STJ, em recentes decisões, pontuou que a negativa de implantação de “stents” implica em danos morais ao paciente, a quem são impostos sofrimento e aflição pela negativa injusta para fornecimento da órtese.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de

Minas Gerais é, no entanto, ainda no sentido de que a negativa constitui descumprimento contratual, que não implica em danos morais, já se direcionando, porém, em algumas Câmaras Cíveis para o reconhecimento do dever de indenizar, considerando que a negativa de implante não constitui mero aborrecimento, e causa severa ansiedade ao paciente.

O fornecimento de medicamentos, que os planos de saúde consideram não aprovados pela ANS, também pode constituir conduta abusiva, porquanto, ainda que sejam remédios experimentais ou ainda não adotados no mercado brasileiro, podem ser os adequados para o paciente, e, se houver recomendação médica, devem ser fornecidos.

O médico é senhor da razão no tratamento administrado.

Outro ponto que suscita discussões e demandas é o de exigência de carência.

Ora, o art. 12, da Lei 9.656/98, dispõe:

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

V - quando fixar períodos de carência:

- a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;
- b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;
- c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;

Ora, o prazo de carência é previsto em lei e, também, deve ser levado ao conhecimento inequívoco do associado, para que não resulte em lesão ao seu direito à saúde e à recuperação.

Porém, havendo urgência ou emergência de atendimento, o prazo de carência é drasticamente reduzido, e deve ser observado pelas operadoras de planos de saúde.

O descumprimento é abusivo, e lesa direito do consumidor, que vem sendo restaurado em juízo.

Também relevante ser lembrada a limitação de prazo de internação em hospital ou CTI.

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

II - quando incluir internação hospitalar:

- a - cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos;

b - cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente;

A Súmula n. 302, do Superior Tribunal de Justiça, orienta: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

O fundamento para essa orientação, é que o consumidor não pode antever, no momento da contratação, qual será o período apropriado para a recuperação de toda sorte de doenças, nem qual será a data em que necessitará de atendimento.

Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento apropriado para seu quadro clínico, com o risco severo de morte, apenas porque assim fez constar o pacto a que aderiu.

Ao médico que atende e acompanha o paciente é que cabe determinar o prazo de internação em hospital ou em CTI, não podendo o plano de saúde impor essa limitação, que contraria a finalidade da contratação, e fere o direito à recuperação, que é garantia constitucional.

O tema mais polêmico e atual é de aumento de contribuição por faixa etária.

Alcançar determinada idade é evento futuro e incerto, que não pode ser adotado como fundamento para modificação de cláusulas contratuais, que devem ser certas e determinadas.

A Lei 9.656/98, em seus artigos 14 e 15, trata do impedimento de participação em planos de saúde em razão da idade, e da variação da contraprestação para essa participação.

Só é possível a majoração da contraprestação, se houver previsão expressa e destacada de que ela ocorrerá, em razão de faixa etária do participante.

Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.