



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA PARTE QUE PLEITEIA TUTELA DE
URGÊNCIA NAS DEMANDAS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Amanda Gil Diniz

Rio de Janeiro
2025

AMANDA GIL DINIZ

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA PARTE QUE PLEITEIA TUTELA DE
URGÊNCIA NAS DEMANDAS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior
Ubirajara da Fonseca Neto
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2025

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA PARTE QUE PLEITEIA TUTELA DE URGÊNCIA NAS DEMANDAS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Amanda Gil Diniz

Graduada pela Universidade Federal Fluminense (UFF).
Advogada.

Resumo – o artigo 302 do Código de Processo Civil estabelece, segundo a doutrina, a responsabilidade civil objetiva da parte que pleiteia tutela provisória pelos prejuízos advindos de sua efetivação no caso de não confirmação da liminar ao final da demanda. Todavia, a adoção indiscriminada da teoria objetiva pode levar à inefetividade da própria tutela jurisdicional e à imposição de um ônus demasiadamente gravoso à parte demandante. É notório que as demandas envolvendo negativa de cobertura de procedimentos e medicamentos pelos planos de saúde são rotineiras no judiciário, e, em razão da urgência do direito alegado, é comum que na prática os magistrados concedam tutela provisória para compelir a operadora a custear o procedimento indicado pelo médico assistente. Como é cediço, a matéria da saúde suplementar é objeto de intensos debates na doutrina e na jurisprudência, além das constantes modificações na legislação de regência. Portanto, defende-se que nas demandas em que se discute a obrigação das operadoras de saúde de custear medicamentos e procedimentos a adoção da teoria objetiva na responsabilidade pela efetivação de medida liminar é desproporcional, tendo em vista a relevância do bem tutelado, a difícil mensuração do risco-proveito e da probabilidade de êxito ao final da demanda, e diante da necessidade de se assegurar a utilidade da tutela jurisdicional por meio de instrumentos como a tutela provisória.

Palavras-chave – direito processual civil; tutela de urgência; responsabilidade civil; direito à saúde.

Sumário - Introdução. 1. Teoria do Risco-proveito e responsabilidade objetiva pela efetivação da tutela de urgência em demandas da saúde. 2. Impactos da adoção da teoria da responsabilidade objetiva no acesso à justiça, efetividade da tutela jurisdicional, e do instrumento da tutela provisória antecipada de urgência. 3. (Im)possibilidade de se atribuir o ônus pela efetivação da tutela à parte que aproveita, ao Estado ou ao plano de saúde e possíveis impactos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa a adoção da teoria da responsabilidade objetiva pelo ressarcimento dos prejuízos advindos da efetivação de tutela de urgência e seus impactos na efetividade da tutela jurisdicional do direito à saúde à luz da teoria do risco-proveito.

O aumento da judicialização da saúde suplementar no Brasil pode ser atribuído a diversos fatores, dentre os quais certamente incluem-se a falta de clareza nas disposições contratuais, e as recorrentes negativas injustificadas de cobertura de tratamentos indispensáveis à saúde e dignidade do segurado.

Em sua maioria, os processos trazem situações de urgência, em que a espera pode ser fatal à parte demandante, o que justifica que em grande parte das demandas haja pedido de

tutela de urgência para que o plano de saúde cubra o tratamento, a medicação ou mesmo o exame que foi prescrito pelo médico assistente.

Tendo em vista que está em jogo a integridade física, e, por vezes, a vida do paciente, não causa espanto o fato de que a maioria das tutelas provisórias de urgência são deferidas pelos magistrados, para, posteriormente, em sede de cognição aprofundada, o direito àquele tratamento específico ser ou não reconhecido.

Todavia, a jurisprudência dos Tribunais consolidou-se no sentido de que é objetiva a responsabilidade civil da parte que pleiteia a tutela de urgência pelo prejuízo causado pela sua efetivação quando posteriormente revogada. Isso significa que, se, por exemplo, ao final da demanda for reconhecido que o segurado não tinha direito àquele tratamento, seja por questões contratuais, seja por mera interpretação dada à lei, ou por qualquer outro motivo que sequer seria exigível que a parte conhecesse, o requerente, que muitas vezes já se encontra enfermo, teria que ressarcir os valores despendidos pela seguradora para efetivação da tutela de urgência, com possibilidade, inclusive, de sofrer execução nos próprios autos.

É certo que o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais confere primazia e maior relevo aos interesses existenciais em face dos interesses patrimoniais, em uma releitura dos dispositivos normativos do direito privado.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende debruçar-se sobre temática afeta ao direito fundamental à saúde e sua proteção em face das seguradoras, mais especificamente no que diz respeito à utilização do instrumento da tutela de urgência, mecanismo este que pode ser essencial para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional em demandas dessa natureza.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as dificuldades de análise do risco-proveito e, conseqüentemente, adoção da teoria da responsabilidade objetiva pela tutela de urgência pleiteada em demandas envolvendo o direito à saúde suplementar, diante da falta de uniformização sobre o tema pelos Tribunais, recorrentes alterações legislativas e oscilações na jurisprudência.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a adoção da referida teoria em demandas de saúde suplementar pode impactar no acesso à justiça, acarretar inefetividade da tutela jurisdicional e esvaziamento do instituto da tutela provisória de urgência.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de imputação do ônus suportados pelos custos da efetivação da tutela provisória à parte que a aproveita, ao Estado ou ao plano de saúde, e seus possíveis impactos.

O método hipotético-dedutivo foi o eleito para desenvolvimento da pesquisa, em razão da pretensão de se debruçar sobre um problema, para, diante dele, formular hipóteses que serão rejeitadas ou comprovadas argumentativamente.

Para tanto, se valerá da bibliografia pertinente à temática, especialmente da legislação processual civil e da legislação de saúde suplementar, bem como jurisprudência e doutrina, em uma abordagem qualitativa.

1. TEORIA DO RISCO PROVEITO E RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELA EFETIVAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA EM DEMANDAS DE SAÚDE

A responsabilidade civil no Brasil é, em regra, subjetiva, consoante o que dispõe o artigo 186 do Código Civil¹, sendo necessária a demonstração da culpa em sentido lato, além do dano e do nexo causal. Todavia, na sociedade moderna, nem sempre tal teoria será suficiente, já que em razão dos desequilíbrios nas relações, há casos em que impor à vítima o ônus de provar a culpa do causador do dano reduziria consideravelmente as chances de obter a indenização pretendida.

Assim, a responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela que prescinde da demonstração do elemento culpa, passou a conviver com a responsabilidade objetiva, atendendo a casos específicos, em que a aplicação da teoria tradicional seria insuficiente para a tutela do direito.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015², mantendo a lógica do Código anterior, adotou a teoria do risco-proveito, ao estabelecer em seu artigo 302 a responsabilidade civil objetiva da parte que pleiteia tutela provisória de urgência pelos danos decorrentes de sua efetivação, sempre que a sentença lhe for desfavorável, a parte requerente não fornecer meios para citação do requerido em cinco dias, cessar a eficácia da medida em qualquer hipótese, ou quando o juiz acolher alegação de decadência ou prescrição do direito.

Nesse sentido, conforme ensinam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini³, o requerente da tutela provisória assume o risco de ter que ressarcir ao adversário todos os

¹ BRASIL. **Lei nº 10.404, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 02 fev. 2025.

² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 02 fev. 2025.

³ WAMBIER, Luís Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. V. 2. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 88.

prejuízos causados pela efetivação da tutela, quando ocorrer uma das hipóteses descritas acima, sendo irrelevante ter agido de boa ou má-fé.

Note-se, ainda, das hipóteses previstas no artigo 302 do Código de Processo Civil⁴, que não é sequer necessário que a sentença tenha concluído pela inexistência do direito material afirmado pelo demandante, julgando seu pedido improcedente, conforme esclarece Alexandre Câmara⁵, de modo que as sentenças meramente terminativas incluem-se no conceito de “sentenças desfavoráveis ao demandante”, aptas a ensejar a responsabilidade objetiva da parte que pleiteou e executou provisoriamente a tutela de urgência.

Assim, como enfatiza Humberto Theodoro Júnior⁶, o que a lei estabelece é que o requerente da tutela de urgência assume todo e qualquer risco gerado por sua execução, respondendo objetivamente, ou seja, sem a necessidade de comprovação de culpa, por todo dano que causar.

O dever de indenizar, segundo Alexandre Câmara⁷, sequer precisar estar expresso na sentença, ocorrendo, no processo civil, fenômeno equiparável ao que se dá com a sentença penal condenatória, que possui como efeito secundário tornar certo o dever de indenizar os danos causados.

Por fim, prevê o parágrafo único do artigo 302 do Código de Processo Civil⁸, ainda, a possibilidade da parte que pleiteia a tutela de urgência sofrer execução do ressarcimento dos prejuízos nos próprios autos.

Nesse sentido, é evidente que ao pleitear tutela provisória, e, no caso de seu deferimento, executá-la, o requerente assume o risco de ter que ressarcir todos os prejuízos se posteriormente configurada alguma das hipóteses previstas no artigo 302 do Código de Processo Civil⁹. Desse modo, deve o autor analisar, à luz da teoria do risco-proveito, as chances de êxito na demanda e os riscos pela concessão da tutela provisória concedida em cognição sumária.

Todavia, tal sopesamento pode se mostrar demasiadamente dificultoso em alguns casos. É o exemplo das demandas envolvendo saúde suplementar, já que as temáticas do direito à saúde e obrigações de planos de saúde tem sofrido recentemente com a oscilação da jurisprudência e subseqüentes alterações legislativas.

⁴ BRASIL, ref. 2.

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de direito processual civil**, 2.ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 326.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. V. I. 65. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 666.

⁷ CÂMARA, *op. cit.*, p. 327.

⁸ BRASIL, ref. 2.

⁹ *Ibid.*

Cite-se, por exemplo, o debate travado acerca da natureza do rol dos procedimentos de cobertura obrigatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Depois de muitos anos afirmando que o rol possuía natureza meramente exemplificativa, o Superior Tribunal de Justiça, alterou seu entendimento ao julgar o REsp 1.733.013/PR¹⁰, passando a decidir que o rol teria natureza, na realidade, taxativa, com possibilidade de mitigação a depender das peculiaridades do caso concreto.

A insegurança jurídica trazida pelas decisões conflitantes era tanta, que em 2022, foi sancionada a Lei nº 14.454/22¹¹, que passou a prever que o rol de procedimentos obrigatórios constitui tão somente a referência mínima e obrigatória a ser prestada por todo e qualquer plano de saúde, consignando, ainda, a obrigatoriedade de cobertura por parte dos planos de saúde de todo tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo que não esteja inserido no rol, mas que tenha a eficácia comprovada, ou recomendações da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), ou outro órgão de avaliação de tecnologias em saúde de renome internacional. Tal alteração, portanto, parece ter retomado a tese de se tratar de rol meramente exemplificativo, o que novamente comprova a existência de constantes oscilações sobre o tema.

Assim, é evidente que a análise do potencial proveito se torna extremamente dificultosa ao consumidor, impondo-lhe ônus excessivo, ante a dificuldade de se antecipar a possibilidade de êxito da demanda, em razão das repetidas alterações legislativas e oscilações na jurisprudência sobre o tema.

Além disso, conforme elucidado anteriormente, a legislação impõe aos planos de saúde que cubram os procedimentos, que, apesar de não previstos no rol de cobertura mínima, tenham sua eficácia científica comprovada. Todavia, a existência de evidências científicas e comprovação de eficácia não é algo trivial, o que permite alargadas discussões sobre o tema, cujo desfecho pode ser imprevisível ao consumidor demandante.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1.733.013/PR**. Planos e seguros de saúde. Recurso Especial. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Elaborados pela ANS [...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão 10/12/2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=105962404&tipo=5&nreg=201800740615&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200220&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 01 fev. 2025.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 14.454, 21 de setembro de 2022**. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Brasília, DF: Presidência da República [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14454.htm. Acesso em: 03 fev. 2025.

Por outro lado, o risco é, na maioria das vezes, alto, em razão do custo elevado dos procedimentos e tratamentos pleiteados, que, em caso de decisão desfavorável ao demandante, deverão ser ressarcidos ao plano de saúde réu se efetivados em sede de tutela de urgência.

Desse modo, cumpre questionar a proporcionalidade na adoção da teoria da responsabilidade objetiva pelo ressarcimento dos danos oriundos da tutela provisória de urgência nas demandas de saúde suplementar, uma vez que a análise do risco-proveito pelo consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, é excessivamente espinhosa.

2. IMPACTOS DA ADOÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO ACESSO À JUSTIÇA, EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL, E DO INSTRUMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA DE URGÊNCIA

A tutela de urgência é, sabidamente, instrumento de garantia da efetividade da tutela jurisdicional. Isso porque, caso não existisse, a demora do processo poderia tornar inútil o provimento final, já que em certos casos o direito pretendido demanda providência urgente, seja no sentido de antecipar o resultado do processo diante do risco da demora, seja no sentido de assegurar a efetividade da decisão futura.

Nesse sentido, é evidente que a existência de entraves na utilização de tal instrumento pode acarretar, via de consequência, a inefetividade da própria tutela jurisdicional.

Não é difícil se pensar em hipótese em que a demora da prestação jurisdicional seja capaz de inviabilizar a proteção do próprio direito perseguido. Assim, a tutela de urgência de caráter antecipado, prevista no artigo 300 do Código de Processo Civil¹², possibilita que o resultado esperado seja deferido ao início do processo, ou incidentalmente, em juízo de cognição sumária.

É o caso, por exemplo, de um hipotético jurisdicionado, que precise de tratamento urgente para garantir sua integridade física e vida, e que busca, via ação judicial, compelir o custeio do referido tratamento pela operadora de saúde. Assim, formula o demandante o pedido de tutela de urgência antecipada, para que seja determinado, *in limine*, que a operadora de saúde forneça o procedimento necessário. Havendo entraves no uso da tutela provisória de urgência que desestimulassem o uso do instrumento, tal segurado poderia vir a óbito no curso da demanda, ou ter sua integridade física tão ofendida que o tratamento tornasse inefetivo, tornando-se também inefetivo o provimento final.

¹² BRASIL, ref. 2.

Assim, em que pese a responsabilidade civil pelos danos causados pela efetivação de tutela provisória ser importante instrumento no desencorajamento à propositura de demandas e requerimentos desprovidos de fundamento, é certo que a adoção da teoria objetiva nos casos envolvendo demandas urgentes de saúde suplementar pode servir como desestímulo ao consumidor a formular o requerimento, que, por vezes, se efetivado, colocará a salvo a sua integridade física.

Como anteriormente citado, a análise do risco-proveito nas referidas demandas é extremamente dificultosa. Desse modo, impor ao demandante o ônus de arcar com as despesas efetivadas pela operadora de saúde no caso de não confirmação da tutela urgência ao final, independentemente de má-fé, acaba, em última análise, por desestimular o pedido de liminar, que pode ser essencial à sua vida e integridade física, e para assegurar a própria utilidade da tutela jurisdicional.

O direito de ação encontra previsão constitucional, mais especificamente no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República¹³, que garante a inafastabilidade da jurisdição, por meio da qual, Segundo Alexandre Freitas Câmara¹⁴, não se pode excluir de quem quer que seja o acesso ao Judiciário.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, que orienta o direito processual civil, não se restringe ao direito de distribuir ação e ter a pretensão apreciada pelo Poder Judiciário. Ele está, segundo Luciana de Oliveira Leal¹⁵ intrinsecamente ligado à capacidade da tutela prestada produzir efeitos práticos no mundo fático, ou seja, à própria efetividade da decisão judicial. Desse modo, a tutela de urgência, por óbvio, é instrumento que privilegia o acesso à justiça e o princípio da celeridade, sem abolir o devido processo legal e o contraditório, já que permite a mais eficiente tutela do interesse perseguido, desde que presentes os requisitos para seu deferimento.

Segundo a jurista e ex-ministra do Superior Tribunal de Justiça Eliana Calmon¹⁶, a antecipação dos efeitos de uma sentença futura visa evitar que a resposta estatal caia no vazio. Sua importância é tanta, que há reflexo inclusive nos efeitos de eventual recurso, já que havendo

¹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 fev. 2025.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 8. ed. rev. e atual., Barueri: Atlas, 2022, p. 51.

¹⁵ LEAL, Luciana de Oliveira. **O acesso à justiça e a celeridade na tutela jurisdicional**. Disponível em: https://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=053fc292-1768-4876-a1df-53ed17508a86&groupId=10136. Acesso em: 04 fev. 2025.

¹⁶ CALMON, Eliana. Tutelas de urgência. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 11, n. 2, p. 99- 241, Jul/Dez, 1999.

tutela provisória concedida nos autos, o recurso de apelação não terá efeito suspensivo, conforme art. 1.012, § 1º, V do Código de Processo Civil¹⁷.

Desse modo, a adoção indiscriminada da teoria da responsabilidade civil objetiva no tocante aos prejuízos causados pela efetivação de tutela de urgência pode acarretar verdadeira entrave ao direito constitucional de ação, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal¹⁸, e compreendido de forma ampla, isto é, abrangendo o direito à tutela jurisdicional efetiva. Isso porque, conforme sustentado anteriormente, a adoção de tal modalidade de responsabilidade civil pode acabar por desestimular a formulação de pedido liminar, ainda que isso impacte em possível ulterior esvaziamento da pretensão, nas hipóteses em que o risco-proveito seja de difícil apuração, tal como ocorre nas demandas de saúde suplementar.

Nesse sentido, no julgamento do RE 1.319.935/SP¹⁹, o Supremo Tribunal Federal entendeu que à luz da proteção constitucional conferida ao direito à vida, à saúde e à boa-fé, o segurado de plano de saúde estaria isento de devolver os produtos e serviços prestados em virtude de provimento jurisdicional para custear tratamento, e, em última análise, resguardar tais direitos fundamentais de natureza essencial, ainda que o medicamento ou serviço não possuíssem registro nos órgãos competentes.

No *Leading case*, conforme noticiado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal²⁰ foi concedida em primeira instância a tutela de urgência antecipada requerida para compelir à operadora de saúde a disponibilização do medicamento e os serviços de saúde pleiteados. Todavia, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de recurso de apelação, acolheu o apelo do plano de saúde para limitar a obrigação de custear o medicamento somente a partir da data de seu registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), sujeitando a demandante à cobrança dos valores despendidos para efetivação da tutela de urgência.

Interposto Recurso Extraordinário, a Turma não conheceu do recurso por questões processuais. Todavia, em sede de embargos, a 2ª Turma do STF deu provimento ao recurso da paciente, em voto conduzido pelo ministro Edson Fachin, que afirmou que os beneficiários do plano de saúde estão isentos de ressarcir os produtos e serviços prestados por ordem judicial, já

¹⁷ BRASIL, ref. 2.

¹⁸ BRASIL, ref. 13.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial 1.319.935/SP**. [...] Relator: Min. Edson Fachin, 19 de setembro de 2023. Disponível: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771909767>. Acesso em: 04 fev.2025.

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2ª Turma isenta paciente de doença rara de ressarcir medicamento de alto custo**. Brasília, 19 set.2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514388&ori=1>. Acesso em: 04 fev. 2025.

que recebidos de boa-fé e tendo em vista o direito fundamental à saúde, de natureza essencial. Assim, foi restabelecida a sentença que reconheceu o direito ao custeio pela operadora dos medicamentos, antes e depois do registro pela ANVISA.

Todavia, com as devidas vênias, a conclusão adotada pela Corte não parece a mais técnica. Isso porque, em que pese o louvável propósito, a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal visou, na verdade, isentar a demandante do ônus de ressarcir a operadora de saúde pelos gastos obtidos com o fornecimento do medicamento em sede de tutela de urgência, enquanto ainda não registrado pela ANVISA. Assim, é evidente que a questão se cinge acerca da responsabilidade civil no ressarcimento dos prejuízos com a efetivação da tutela de urgência, não sendo o argumento de tratar-se de direito fundamental à saúde e recebimento de boa-fé dos medicamentos suficiente para reconhecer a procedência do direito material invocado, ou seja, da obrigação da operadora do plano de saúde de custear medicamento não registrado pela ANVISA, sob pena de se cancelar como regra tal possibilidade, já que os argumentos poderiam se enquadrar em quaisquer casos relacionados à saúde suplementar.

Ressalte-se, ainda, que, conforme entendimento firmado no Tema Repetitivo nº 990 do Superior Tribunal de Justiça²¹, em regra, as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.

Desse modo, data vênia, entende-se que o mais correto seria manter o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para reconhecer o direito da demandante de ter os medicamentos custeados pelo plano de saúde tão somente após o registro na ANVISA, e consignar, todavia, que em razão da boa-fé e da relevância do direito constitucional invocado, a responsabilidade pelos prejuízos obtidos para efetivação da tutela de urgência (artigo 302 do Código de Processo Civil)²² observaria a teoria subjetiva, estando a autora isenta, na hipótese, do ressarcimento, em razão de sua boa-fé.

Todavia, em que pese não ter o Supremo Tribunal Federal se manifestado acerca da inadequação da utilização da teoria da responsabilidade objetiva na efetivação da tutela de urgência, decerto que a decisão aponta o que aqui se pretende demonstrar. Isso porque, restou evidenciada a desproporcionalidade de se exigir do segurado de boa-fé o ressarcimento dos

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 1.712.163-SP**. Recurso Especial. Rito dos Recursos Especiais Repetitivos. Plano de Saúde. Controvérsia acerca da obrigatoriedade de fornecimento de medicamento não registrado pela Anvisa. Relator: Min. Moura Ribeiro, 08 de novembro de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701829167&dt_publicacao=26/11/2018. Acesso em: 04 fev. 2025.

²² BRASIL, ref. 2.

valores despendidos com a efetivação da tutela, em casos envolvendo o direito à vida e a à saúde.

A esse respeito, convém transcrever parte do voto do Ministro Relator Edson Fachin:

A natureza essencial e imprescindível do medicamento e tratamentos dispensados, nos termos do laudo médico pericial, no intuito de assegurar o direito à vida e à saúde da segurada, bem como o recebimento, de boa fé, dos produtos e serviços de saúde, afastam a obrigação de restituição dos respectivos valores.²³

Assim, considerando a relevância do direito em análise, e a potencial óbice ao acesso à justiça, entende-se que a adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva na efetivação de tutela de urgência deferida em processo em que se discute o direito à saúde, mostra-se inadequada e desproporcional. Nesse aspecto, ressalte-se que o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas confere maior relevância aos interesses existenciais em face de interesses meramente patrimoniais.

Não se desconhece, todavia, a necessidade de observância do equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual entre segurado e seguradora, que pode eventualmente ser afetado pela imposição ao plano de saúde do custeio de medicamentos e serviços em sede de tutela de urgência, que, ao final e a cabo, não é obrigado a fornecer. Portanto, é importante questionar quem seria o agente adequado para suportar tais ônus.

3. (IM)POSSIBILIDADE DE SE ATRIBUIR O ÔNUS PELA EFETIVAÇÃO DA TUTELA À PARTE QUE APROVEITA, AO ESTADO OU AO PLANO DE SAÚDE E POSSÍVEIS IMPACTOS

Conforme é cediço, a proteção do consumidor não pode ferir de morte o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Isso porque, em última análise, a inobservância de tal equilíbrio pode acarretar a inviabilidade econômica do empreendimento, e, via de consequência, a impossibilidade de cumprimento pela operadora dos contratos firmados com diversos segurados.

O Ex-Diretor da ANS, Rogério Scarabel, em artigo publicado no site JOTA²⁴, afirmou que a questão do equilíbrio econômico e financeiro é um desafio recorrente enfrentado pelos planos de saúde. Segundo ele, um aspecto fundamental seria o rol de coberturas assistenciais e

²³ BRASIL, ref. 19.

²⁴ SCARABEL, Rogério. Equilíbrio econômico e financeiro dos planos de saúde: desafios e perspectivas jurídicas. **JOTA**, 23 de maio de 2005. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/equilibrio-econômico-e-financeiro-dos-planos-de-saude-desafios-e-perspectivas-juridicas>. Acesso em: 13 mar. 2025.

sua natureza, pois a sua ampliação pode representar um aumento dos custos operacionais, especialmente em casos de alta complexidade e alto custo.

Nesse ponto, esclarece Rogério ²⁵ a importância da agência reguladora de qual foi diretor na definição da cobertura dos procedimentos, considerando estudos médicos e evidências científicas. Critica, ainda, a interferência política e judiciária na matéria, que estaria afastando a competência técnica da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), pontuando que um dos problemas seria a flexibilização da taxatividade do rol de procedimentos e eventos que impacta a sustentabilidade do setor. Defende, por fim, que para se mitigar a insegurança jurídica vivenciada pelo setor de saúde suplementar, em razão das lacunas e omissões da Lei nº 14.454/22²⁶, a norma deveria ser objeto de específica regulamentação pelo órgão competente, qual seja, a ANS.

É evidente que o Poder Judiciário não possui a expertise necessária para avaliar qual procedimento ou evento deveria ser incluído no Rol de coberturas obrigatórias e custeados, portanto, pelas operadoras de saúde, competência esta que incumbe à Agência Nacional de Saúde Suplementar, razão pela qual se faz necessária pequena digressão para se consignar a necessidade de ampliação democrática dos debates judiciais envolvendo a temática da saúde suplementar e a deferência às escolhas normativas da referida agência.

Porém, não se olvida o princípio do *non liquet*, que se traduz na impossibilidade de o juiz eximir-se de julgar um caso por este ser difícil ou lacunoso. Como dito anteriormente, o cenário no que diz respeito à saúde suplementar é de muita insegurança jurídica, diante das oscilações jurisprudenciais, omissões e alterações na legislação. Todavia, não pode o juiz, com base em tais entraves, furtar-se de decidir, devendo, contudo, se atentar às dinâmicas da relação contratual para definir os ônus a serem arcados pelas partes.

Desse modo, questiona-se a quem caberia o ônus de arcar com os custos da efetivação da tutela provisória de urgência concedida para fornecimento de medicamento ou tratamento nos casos em que o provimento final seja desfavorável ao autor, consumidor.

Como já defendido, entende-se que a adoção da teoria da responsabilidade objetiva nesses casos seria desproporcional e injustificável à luz do direito que se propõe a assegurar. Assim, é possível defender que a parte demandante seja responsabilizada pelo ressarcimento

²⁵ SCARABEL, Rogério. Equilíbrio econômico e financeiro dos planos de saúde: desafios e perspectivas jurídicas. **JOTA**, 23 de maio de 2005. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/equilibrio-economico-e-financeiro-dos-planos-de-saude-desafios-e-perspectivas-juridicas>. Acesso em: 13 mar. 2025.

²⁶ BRASIL, ref. 11.

dos danos obtidos na efetivação da tutela de urgência apenas se agir com culpa ou dolo, nas demandas envolvendo o direito à saúde.

Por outro lado, a imposição do ônus de arcar com tais custos à operadora de saúde, sempre que ausente a má-fé do consumidor, poderia impactar diretamente no equilíbrio-econômico-financeiro do contrato, e, via de consequência, na viabilidade financeira da empresa, notadamente nos casos de medicamentos ou procedimentos alto custo.

Nesse sentido, o Ministro André Mendonça, ao proferir voto-vogal no julgamento do Recurso Extraordinário 1.319.935/SP²⁷ consignou que em que pese concordar com a desoneração da consumidora do dever de restituição dos valores empregados pela operadora de saúde no cumprimento de liminar, em que concedeu medicamentos de alto custo, não seria possível imputar à empresa contratada o dever de arcar integralmente com tal ônus. Para tanto, sustentou a possibilidade de que a operadora de saúde regresse contra a União, uma vez que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, de forma, segundo o Ministro, a respeitar tanto o direito de saúde do indivíduo quanto o equilíbrio-econômico-financeiro da relação contratual.

Contudo, em que pese o dever do Estado na proteção do direito à saúde, possibilitar que a operadora de saúde regressivamente se insurja contra o ente federativo responsável pelo fornecimento daquele medicamento ou tratamento, vulnera os princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que não oportunizada sua participação no processo em que se discutiu a responsabilidade da operadora pelo custeio do medicamento.

A título de exemplo, cite-se uma hipótese em que um indivíduo necessita com urgência do fornecimento de medicamento de alto custo, registrado na ANVISA, e ingressa com ação em face da sua operadora de saúde, pleiteando a concessão de tutela provisória de urgência. Diante do risco de vida, o magistrado, em sede de cognição sumária, concede a tutela de urgência para compelir a ré a fornecer o medicamento pleiteado, o que é devidamente cumprido pela operadora de saúde. Posteriormente, em sede de cognição exauriente, o juízo verifica que, na realidade, a operadora de saúde não está obrigada a fornecer tal insumo, por tratar-se de medicamento de uso domiciliar que não está inserido nas exceções previstas na legislação cujo fornecimento é compulsório. Assim, julga o pedido improcedente.

No exemplo dado acima, é nítido que, caso o plano de saúde decida por ajuizar ação regressiva contra a União, por tratar-se de medicamento de alto custo, não poderá ser novamente debatido o dever da operadora de fornecer ou não o medicamento, de estar ou não o insumo

²⁷ BRASIL, ref. 19.

dentre aqueles que a lei determina o fornecimento, sob pena de violar a coisa julgada. Essa é a entrave na admissão da imputação do ônus de suportar o prejuízo obtido com a efetivação da tutela provisória a pessoa jurídica estranha ao processo principal, nas demandas envolvendo o direito à saúde.

Assim, a questão envolvendo o ressarcimento dos custos obtidos pela efetivação da tutela de urgência encontra tanto entraves teóricas, no que diz respeito à teoria de responsabilidade civil aplicável, quanto práticas, como, por exemplo, na definição do sujeito que deve arcar com os custos da efetivação da tutela provisória no caso de ausência de má-fé do consumidor, e a utilização da execução nos próprios autos ou de ação regressiva.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o presente artigo objetivou apresentar críticas à adoção da teoria da responsabilidade objetiva no ressarcimento dos danos obtidos pela efetivação de tutela provisória nas demandas de direito à saúde suplementar. Buscou-se evidenciar que a adoção da referida teoria enfraquece a tutela jurisdicional do direito à saúde.

A relevância do tema estudado é evidenciada nos direitos que toca e na atualidade da questão invocada. De um lado, tem-se o direito à saúde, direito fundamental integrante do mínimo existencial, e as recentes alterações legislativas, oscilações jurisprudenciais e debates em torno da saúde suplementar. De outro, a necessidade de manutenção do equilíbrio da relação contratual, e preservação da saúde financeira dos operadores de saúde, que, em última análise, resguarda os interesses de diversos segurados.

A pesquisa possibilitou perquirir quais os impactos da adoção da teoria da responsabilidade objetiva pela concessão de tutela provisória nas demandas de saúde suplementar e possíveis alternativas e suas repercussões teóricas e práticas.

Nesse sentido, verificou-se que a jurisprudência vacilante e as lacunas normativas na definição dos procedimentos de cobertura obrigatória pelas operadoras de saúde tornam difícil a mensuração do risco-proveito pelo consumidor no que diz respeito à antecipação da possibilidade de êxito da demanda, o que, por sua vez, torna desproporcional a adoção da teoria da responsabilidade objetiva na hipótese de necessidade de ressarcimento das despesas obtidas pelo plano de saúde pela efetivação da tutela provisória.

Notou-se, ainda, que a adoção da teoria da responsabilidade objetiva nesses casos pode impactar negativamente na própria efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que se coloca como entrave para a formulação de pedido de tutela provisória, que, em demandas

envolvendo o direito à saúde, é instrumento capaz de pôr a salvo a utilidade do provimento final.

Por outro lado, na hipótese de se adotar a teoria da responsabilidade subjetiva, o consumidor apenas seria responsabilizado pelos prejuízos obtidos pela seguradora na efetivação da tutela provisória caso aja de má-fé. Diante disso, questionou-se a quem incumbiria o ônus de arcar com tais prejuízos no caso de boa-fé do consumidor.

Assim, diante da necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e da viabilidade financeira das operadoras de saúde, não se sustentou a tese de que esta tenha que arcar com os prejuízos em todas as hipóteses de concessão de tratamento ou medicamento em sede de tutela de urgência, que posteriormente não é confirmada em cognição exauriente.

Conheceu-se, ainda, da hipótese de se imputar ao Estado o ressarcimento das despesas em casos, por exemplo, de medicamento de alto custo, cujo fornecimento não caiba à operadora de saúde. Todavia, questionou-se a razoabilidade da limitação da ampla defesa e do contraditório no caso de imputação ao ente federativo da obrigação de ressarcir os gastos obtidos pela operadora de saúde, uma vez que não terá se manifestado na demanda principal.

Conclui-se, assim, que a adoção da teoria objetiva no ressarcimento dos prejuízos obtidos na efetivação de liminar não confirmada ao final da lide mostra-se desproporcional no âmbito das demandas que envolvem o direito à saúde suplementar, diante da relevância do direito invocado e dos propósitos principais do instrumento da tutela provisória, dentre os quais está a garantia da utilidade da tutela jurisdicional. Por outro lado, não há uma única solução defensável no que diz respeito à atribuição do ônus de arcar com os prejuízos advindos dessa tutela quando o consumidor não age de má-fé, o que ainda merece maior reflexão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.404, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 02 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 02 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.454, 21 de setembro de 2022**. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Brasília, DF: Presidência da República [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/114454.htm. Acesso em: 03 fev. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1.733.013/PR**. Planos e seguros de saúde. Recurso Especial. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Elaborados pela ANS [...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão 10/12/2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=105962404&tipo=5&nreg=201800740615&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200220&formato=PDF&salvar=falso>. Acesso em: 01 fev. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 1.712.163-SP**. Recurso Especial. Rito dos Recursos Especiais Repetitivos. Plano de Saúde. Controvérsia acerca da obrigatoriedade de fornecimento de medicamento não registrado pela Anvisa. Relator: Min. Moura Ribeiro, 08 de novembro de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701829167&dt_publicacao=26/11/2018. Acesso em: 04 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial 1.319.935/SP**. [...] Relator: Min. Edson Fachin, 19 de setembro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771909767>. Acesso em: 04 fev. 2025.

CALMON, Eliana. Tutelas de urgência. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 11, n. 2, p. 99- 241, Jul/Dez, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas, **O novo processo civil brasileiro**. 8. ed. rev. e atual. Barueri: Atlas, 2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de direito processual civil**. 2.ed. Barueri: Atlas, 2023.

LEAL, Luciana de Oliveira. **O acesso à justiça e a celeridade na tutela jurisdicional**. Disponível em: https://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=053fc292-1768-4876-a1df-53ed17508a86&groupId=10136. Acesso em: 04 fev. 2025.

SCARABEL, Rogério. Equilíbrio econômico e financeiro dos planos de saúde: desafios e perspectivas jurídicas. **JOTA**, 23 de maio de 2005. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/equilibrio-economico-e-financeiro-dos-planos-de-saude-desafios-e-perspectivas-juridicas>. Acesso em: 13 mar. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2ª Turma isenta paciente de doença rara de ressarcir medicamento de alto custo**. Brasília, 19 set. 2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514388&ori=1>. Acesso em: 04 fev.2025.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. V. I. 65. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. V. 2. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.