

# Algumas Considerações sobre Assistência à Saúde

**Luiz Eduardo de Castro Neves**<sup>1</sup>

Nos dias atuais, em que há cada vez mais interesse em bens de consumo, é, sem dúvida, nos momentos em que as pessoas se deparam com problemas de saúde que são forçadas a refletir sobre as prioridades da vida. Embora a Constituição Federal estabeleça em seu artigo 196 que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, tal dispositivo não é sempre uma realidade, o que faz com que muitas pessoas contratem planos de saúde privados.

Diante da lacuna deixada pelo Estado, evidentemente os planos de saúde têm um aumento de sua clientela. Tal situação também implica aumento de sua responsabilidade e de uma adequada gestão, diante de tão importante valor.

Nesse particular, deve-se observar que o cálculo do valor a ser cobrado pelo plano de saúde é feito com base no mutualismo, que se fundamenta na partilha de riscos. Em outras palavras, o risco individual é diluído no risco coletivo. Para exame de tal situação, o cálculo é feito com base na Lei dos Grandes Números, que analisa os números totais para exame da probabilidade.

De fato, caso uma pessoa resolvesse fazer poupança privada para arcar com custos decorrentes de eventuais problemas de saúde, certamente o valor poupado não seria suficiente para cobrir eventuais custos decorrentes de problemas mais sérios de saúde. Um dos princípios do cálculo é que o segurado não tem o poder de controlar a ocorrência do evento segurado, já que, se o segurado tiver ingerência direta sobre a realização do evento,

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 15ª Vara Cível - Capital.

certamente haverá desequilíbrio no cálculo. Por essa razão, não haveria cobertura de seguro no caso de alguém cometer suicídio, por exemplo.

Nesse particular, cabe notar que a Súmula 61 do C. Superior Tribunal de Justiça estabelece que “o seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”, o que parece contrariar o princípio acima referido. De todo modo, o exame mais cuidadoso da Súmula indica que o princípio está mantido, na medida em que não haverá cobertura, se o suicídio for premeditado, hipótese em que o segurado terá interferido diretamente no resultado.

Outro princípio importante do cálculo é que o evento segurado não deve ocorrer em relação a todos os segurados simultaneamente. Em vista desse princípio, ficam excluídas do seguro hipóteses como: terremotos e atentados.

Não há dúvida de que o cálculo deve ser feito de forma adequada, de modo a resguardar o equilíbrio financeiro do contrato. Nesse particular, uma questão interessante é relativa à observância de carências, para que seja resguardado tal equilíbrio, ainda que, em alguns casos, tal carência deva ser excluída, como acontece nos casos de emergência, nos termos do artigo 35-C da Lei nº 9.656/98, com a redação dada pela Lei nº 11.935/2009.

Ademais, é preciso lembrar que não há carências em planos coletivos. Tal situação também se fundamenta em cálculos atuariais e pode ser explicada pelas seguintes razões: a de realização de menores despesas administrativas em um plano coletivo; a de realização de menores despesas com propagandas destinadas a captar clientela e também porque o próprio empregador já vê o risco, na medida em que é de seu interesse ter funcionários em adequada situação de saúde.

O cálculo atuarial é de vital importância para o sucesso do plano, já que a realização de cálculos equivocados pode implicar em prejuízo para o plano, o que poderá resultar em impossibilidade de pagamento dos segurados.

Empresas menores têm maiores dificuldades de competir no mercado e de fazer cálculos, em vista da Lei dos Grandes Números, já referida. De fato, por questões atuariais, em vista do número menor de clientes, há maior dificuldade de realização de previsão.

Em que pese a importância do cálculo atuarial para o adequado funcionamento do plano de saúde, é inegável o relevante papel do Poder Judiciário na compatibilização de tal situação com dispositivos legais e princípios legais.

O direito à saúde faz parte dos direitos sociais, previstos no artigo 6º da Constituição Federal, sendo certo que nem sempre o que é economicamente interessante, sob a perspectiva financeira do plano, é a melhor solução para o consumidor. Assim, cabe ao Poder Judiciário harmonizar os interesses, de forma a permitir que sejam resguardados os interesses do consumidor, sem que tal fato resulte em inviabilidade econômica para o plano, o que poderia resultar na inviabilidade de observância do direito dos demais segurados. Nesse particular, há inúmeros desafios que devem ser enfrentados.

Em primeiro lugar, deve-se observar que houve modificação na pirâmide populacional. Há mais idosos e menos jovens, o que certamente implica redução na contribuição e mudança no equilíbrio do plano. Tal situação certamente constitui desafio para a manutenção dos planos de saúde, especialmente porque, na fase final da vida, há maior necessidade de utilização do plano de saúde, em função do natural desgaste do organismo e aumento significativo de procedimentos mais caros, além de internações mais demoradas. De outro lado, as pessoas mais idosas têm maior dificuldade de arcar com os custos do plano, tendo em vista que, na fase final da vida, geralmente, ocorre diminuição de rendimentos.

Diante das situações, o artigo 14 da Lei nº 9.656/98 veda a discriminação de pessoas, exceto em razão da idade. Da mesma forma, o artigo 15, § 3º da Lei nº 10.741/03, o Estatuto do Idoso, impede aumento de mensalidade para idosos.

Com a edição do Estatuto do Idoso, inaugurou-se uma discussão quanto a sua imediata aplicação a contratos em curso, tendo o Poder Judiciário importante papel em tal debate. A tese que prevaleceu em nossos tribunais foi a de imediata aplicação, especialmente diante dos argumentos de que o contrato de saúde é de trato sucessivo; a norma que institui a proteção é cogente e, portanto, deve ter aplicação imediata. De fato, seria uma injustiça que alguns idosos tivessem direito à proteção e outros idosos

não fossem atingidos pela referida Lei.

A mencionada determinação legal e o posicionamento de nossos tribunais exigiram adequação dos planos, o que certamente provocou a diluição dos custos pelos mais jovens.

Nesses termos, merece relevo a atuação do Poder Judiciário no intuito de proteger um dos valores mais importantes para o ser humano: a saúde. Ainda que os planos de saúde sejam fiscalizados pela Agência Nacional de Saúde e que não haja subordinação entre a ANS e o governo, o que faz com que, em tese, nem mesmo o Presidente da República possa interferir em normas da ANS, o órgão não é imune a pressões políticas.

As regras criadas pela ANS também não estão sujeitas ao controle do Congresso Nacional, como acontece com as leis. Assim, eventual controle de adequação de normas instituídas deve ser feito pelo Poder Judiciário.

Nesse particular, um importante instrumento a ser utilizado pelo Poder Judiciário é o Código de Defesa do Consumidor, sendo hoje pacificada a incidência do CDC nos contratos de planos de saúde, conforme prevê a Súmula 469 do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa de Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Embora o STF já tenha decidido que o CDC não se aplica a contratos anteriores à sua vigência, tal situação é cada vez menos verificada, diante do tempo de vigência do CDC e da adequação de contratos anteriores ao CDC, em muitos casos.

De toda sorte, a análise do contrato de saúde sob a ótica do CDC permite que o juiz, diante de um caso concreto, tenha mecanismos de verificar a abusividade ou não das normas previstas pelos planos de saúde, a adequação dos contratos e evitar que consumidores sejam prejudicados diante de medidas impostas unilateralmente pelos planos de saúde. Ainda que seja relevante a preocupação de que o plano observe o equilíbrio atuarial, não se pode ignorar a necessidade de adequação das medidas tomadas, sob a ótica jurídica.

Não é por outra razão que a Súmula 302 do STJ dispõe que “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”

Ainda no mesmo sentido, deve-se observar a Súmula 112 do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que diz que “é nula, por abusiva, a cláusula que exclui de cobertura a órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como ‘stent e marcapasso’.

Tal entendimento procura afastar distorção que ocorria em diversos casos, em que, embora houvesse cobertura, os planos de saúde se recusavam a arcar com os custos da órtese, necessária à realização do próprio procedimento. Como visto, tal entendimento somente pode ser obtido com base nos dispositivos do CDC, especialmente diante dos termos do artigo 51 do referido diploma legal.

Permitir que o plano de saúde deixasse de arcar com os custos integrais do procedimento, o que ocorreria com a exclusão da cobertura de prótese indispensável, resultaria na cobertura parcial, não se alcançando o objetivo do seguro.

Em muitos casos, diante dos valores envolvidos e da urgência dos procedimentos, não é possível aguardar o final da instrução processual, razão pela qual a antecipação de tutela deve ser utilizada como importante instrumento de proteção do consumidor e de sua saúde. Nesse particular, também merece relevo o entendimento pacificado na súmula 210 do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de que “para o deferimento da antecipação da tutela contra seguro-saúde, com vistas a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito de sua necessidade.”

Tal entendimento se justifica porque, em grande parte dos casos, não é possível aguardar o final da instrução, para que seja determinada a realização do procedimento. O médico que prescreve o procedimento terá responsabilidade sobre a decisão, que é técnica, e, eventualmente, poderá ser questionada pelo plano de saúde.

Além disso, nada impede que o Tribunal de Justiça disponibilize aos magistrados canais de comunicação com médicos especialistas que poderão avaliar a necessidade de adoção do procedimento ou da medicação pretendidos pelo consumidor, de forma a evitar custos desnecessários para

os planos de saúde, caso a solução possa ser dada com outro medicamento, ou outro procedimento. Tal exame é de difícil apuração, especialmente porque, como se sabe, a medicina não é uma ciência exata. Assim, em caso de divergência sobre o procedimento a ser adotado, o magistrado deve nortear sua decisão pela escolha do médico que acompanha o paciente e que, assim, o conhece melhor. Nesse sentido, é esclarecedora a Súmula 211 do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de que “havendo divergência entre o seguro-saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização.”

De outro lado, para desestimular a recusa indevida de procedimentos que deveriam ser arcados pelo plano de saúde e tendo em vista indenizar os consumidores por recusas indevidas, ficou pacificado o entendimento de que haverá indenização por danos morais em casos de recusas indevidas. Nesse sentido, a Súmula 209 do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que determina que “enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive home care, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial.”

Considerando a complexidade do problema, somente o exame de cada caso concreto permitirá verificar se a recusa foi ou não justificada. Ainda assim, é evidente que, diante do entendimento pacificado, caso seja considerada indevida a recusa, deverá o plano de saúde indenizar o consumidor pelos transtornos decorrentes de prática indevida. Tal súmula certamente é de grande utilidade para evitar recusas injustificadas.

Por fim, cabe notar que o Poder Judiciário não pode ficar insensível à verificação de condições atuariais de cada plano de saúde, mesmo porque a observância desse requisito é fundamental para que não haja falência do sistema e para preservar a proteção de todos os usuários. De outro lado, deve-se ponderar e resguardar o interesse dos consumidores em obter o adequado tratamento de saúde, direito social previsto no artigo 6º da Constituição.

Diante do exposto, sobressai a missão do Poder Judiciário de avaliar, caso a caso, de forma criteriosa, a adequação das normas, com base no Código de Defesa do Consumidor e, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana, arrolado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal. ♦