



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A perda da chance de cura ante a negativa de autorização de procedimentos médicos pelos planos de saúde

Marcia Cristina Frickmann Young

Rio de Janeiro
2014

MARCIA CRISTINA FRICKMANN YOUNG

A perda da chance de cura ante a negativa de autorização de procedimentos médicos pelos planos de saúde

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato-Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor.

Professores Orientadores:

Arthur Gomes

Ana Paula Delgado Nelson

C. Tavares Junior Maria de

Fátima São Pedro

Rio de Janeiro
2014

A PERDA DA CHANCE DE CURA ANTE A NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS PELOS PLANOS DE SAÚDE

Marcia Cristina Frickmann Young

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Público pela ESA - Escola Superior de Advocacia da OAB-RJ.

Resumo:

O presente trabalho estuda a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance de cura em razão da negativa de cobertura por parte das empresas de planos de saúde em autorizar os serviços médicos e hospitalares de urgência e emergência, sem os quais o consumidor não pode ser privado por se tratar de direito fundamental a vida, a saúde, e a dignidade da pessoa humana, sendo possível a indenização pelas conseqüências advindas à saúde em razão da demora no atendimento e que deram ensejo ao agravamento da doença.

Palavras-chave:

Perda da chance e planos de saúde.

Sumário: Introdução. 1. A negativa injustificada de autorização de procedimentos médicos de urgência e emergência. 2. A perda da chance de cura como dano indenizável. 3. A violação da dignidade da pessoa humana e dos deveres anexos do princípio da boa fé objetiva. 4. A responsabilidade civil dos médicos, hospitais e empresas que exploram os serviços de saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Teoria da Perda de uma Chance (*La perte d'une chance*), é vertente da Responsabilidade Civil Moderna que se desenvolveu a partir do final do século XIX na França e difundiu-se amplamente em outros países como Itália e Alemanha, a partir da década de 60 ganhou expressão no Brasil¹.

Embora ainda pouco utilizada pela Jurisprudência pátria, a teoria da perda de uma chance teve maior aplicação com a edição do Código de Defesa do Consumidor e com as

¹ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira. *A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, pp. 07-08.

mudanças advindas do Novo Código Civil, ao que passou a receber maior atenção dos magistrados brasileiros.

O presente trabalho tem por objetivo discutir a aplicação da teoria da perda de uma chance ante a demora ou a recusa de cobertura médica e hospitalar perpetrada pelas empresas de planos de saúde aos consumidores destes serviços que são impingidos a aguardar indefinidamente a liberação de senha de autorização para a realização de procedimentos cirúrgicos, tratamentos e exames médicos requisitados, ficam a mercê da própria sorte correndo o risco de sofrer pioras e perder a oportunidade de receber o tratamento e os serviços médicos a tempo de salvar-se.

A problemática que envolve o instituto da perda da chance ou da perda da possibilidade de se alcançar um resultado favorável priva o consumidor de receber os serviços de saúde. Por esta razão atinge de forma contundente a dignidade da pessoa humana, o direito a saúde e a própria vida e precisa ser compreendido para ser aplicado corretamente, pois pode ser utilizado como um importante instrumento para a reparação de danos.

Para tanto, prescinde de um olhar mais acurado do Magistrado, com preocupação maior voltada a reparar a vítima, motivado a esforçar o deslocamento da preocupação clássica da responsabilidade civil em relação à conduta do agente causador do dano para uma preocupação mais voltada para a vítima do fato.

O presente estudo estabelece como norte a reflexão sobre o Instituto da Responsabilidade Civil e sobre as normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor com enfoque na Lei de planos de saúde Lei n. 9.656/98, no Código Civil de 2002, Lei n. 10.406/2002, e demais ordenamentos legais vigentes, notadamente nos preceitos normativos que envolvem a tutela dos consumidores contratantes de serviços de planos de saúde.

Em razão do caráter inovador do objeto do estudo apresentado e da reduzida bibliografia acerca do assunto, revela-se indispensável o aprofundamento no estudo do tema

em trabalhos futuros, tem-se que o tema é fundamental à produção científica e possui grande relevância social.

Para a realização do estudo utiliza-se como Metodologia a Revisão Bibliográfica e a Pesquisa Jurisprudencial o exame da legislação ordinária, da Jurisprudência e da análise dos princípios constitucionais pertinentes ao tema.

O estudo se divide em quatro capítulos: o primeiro capítulo versa sobre a negativa injustificada de autorização de procedimentos médicos de urgência e emergência; o segundo capítulo apresenta a teoria da perda da chance de cura como dano indenizável; o terceiro capítulo cuida da violação da dignidade da pessoa humana e dos deveres anexos do princípio da boa fé objetiva; o quarto capítulo discute a responsabilidade civil dos médicos, hospitais e empresas que exploram os serviços de saúde, e ainda, a conclusão e as referências bibliográficas.

1. A NEGATIVA INJUSTIFICADA DE AUTORIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE URGÊNCIA E EMERGÊNCIA E A PERDA DA CHANCE DE CURA.

É crescente o volume de demandas judiciais que versam sobre autorização para internação, realização de tratamentos médicos e procedimentos cirúrgicos de urgência e emergência que são desautorizados pelas empresas de planos de saúde, fato que se tornou corriqueiro na rotina forense.

Tal conduta revela-se abusiva, desumana e cruel, pois coloca o consumidor destes serviços em situação de risco eminente por impedir o acesso à saúde e conseqüentemente o direito à vida, vez que, na maioria das situações o consumidor não tem meios de suportar as despesas provenientes destes tratamentos médicos que são muito custosos, o consumidor precisa se valer dos serviços de planos de saúde para curar-se ou, em não sendo possível a obtenção de cura, ao menos tentar conter a progressão da doença.

Em verdade, até que seja resolvida a situação administrativa, seja mediante o pronto pagamento promovido pelo paciente, seja por via judicial, o consumidor fica à mercê da própria sorte, correndo risco do agravamento de seu quadro de saúde.

Tal fato também implica na responsabilidade civil dos médicos e Hospitais que ficam incumbidos de prestar o atendimento sob pena de omissão. Os profissionais da área de saúde ficam sem saber como proceder e muitas vezes deixam de prestar os serviços médicos temendo represaria por parte das empresas de planos de saúde, vez que são credenciados aos seus serviços, o que prejudica ainda mais o consumidor.

É nítida a violação da dignidade da pessoa humana por ferir em cheio o objetivo primordial do contrato de prestação de serviços de planos de saúde que têm por objeto o bem maior que é a vida e que por si só merece e deve ser respeitada e preservada sob qualquer aspecto.

Tal modo de agir das empresas que desenvolvem a atividade, diga-se, altamente lucrativa, se revela abusivo e cruel, pois coloca o consumidor destes serviços em situação de risco ainda maior, já que se encontram doentes e fragilizados no momento que procuram o tratamento médico, ainda se vêem impedidos de usufruir os serviços de saúde contratados e pagos por anos, ficam sem saber ao certo as conseqüências danosas que poderão vir a sofrer no futuro em virtude da demora ou recusa na autorização do atendimento médico.

Ainda que o consumidor ingresse com ação judicial pleiteando medida jurisdicional suficiente a compelir a prestação do serviço por parte das empresas de planos de saúde, nem sempre é possível impedir as conseqüências da demora em relação ao tratamento de cura médica, o qual, caso houvesse sido promovido normalmente, jamais ensejaria em tais prejuízos.

Assim, em se verificando a ocorrência de conseqüências negativas advindas da demora ou recusa da prestação do serviço, tem-se a ocorrência de um prejuízo maior que se

entende neste estudo possuir natureza distinta do dano moral e que também se difere de um prolongamento do estado anterior de doença por se trata de fato novo, produzido pela perda da chance de cura a qual ensejou outra situação clínica que não se esperava.

2. A PERDA DA CHANCE DE CURA COMO DANO INDENIZÁVEL.

A Responsabilidade civil é ramo do direito civil das obrigações que cuida dos deveres advindos da prática de condutas antijurídicas que causam um dano a alguém. Este importante ramo do Direito encontra-se em permanente mutação ante a dinâmica da vida moderna em que novos paradigmas surgiram pautados na valorização da preocupação em reparar a vítima, ficando a doutrina voltada à análise dos requisitos que ensejam a reparação civil.

O Instituto da Perda de uma Chance surge no Direito Francês onde restou reconhecido e com o advento da massificação das relações de consumo, passou a ser recepcionado pela *Common Law*, sobretudo no Direito Norte Americano e foi introduzido recentemente pelo ordenamento jurídico brasileiro, sob influência do Direito Europeu, sobretudo França e Itália, ao que passou a adotar a teoria da perda de uma chance como uma das vertentes da Responsabilidade Civil Moderna.²

A natureza jurídica do instituto da perda de uma chance é um tema controvertido ainda que seja cada vez mais freqüente a sua incidência. A ocorrência de danos desta natureza valoriza a incerteza, o acaso e a probabilidade. O instituto tem por objetivo alcançar a garantia de obter alguma ordem e previsibilidade às relações sociais e dirimir conflitos por “um novo modo de aplicação da responsabilidade civil”³.

² ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira. *A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, pp. 11-16.

³ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007, p.11.

Neste contexto, desenvolveram-se as primeiras teses jurídicas no país versando sobre o tema. Segundo Silva⁴ são oriundos de “fatos como quebras de expectativa ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de escolha já são considerados plenamente reparáveis, (...)”.

Na aplicação da teoria da perda de uma chance o ofensor responde pela chance de cura perdida da vítima e não pelo resultado danoso em si, até mesmo porque este último resulta da própria doença ou decorre de sua evolução natural, o qual não há meios de se evitar, ainda que se empregue a melhor técnica, os mais modernos medicamentos e o mais capacitado profissional para realizá-la.

Assim, quando há chances de prejuízo futuro, ou seja, quando a situação de agravamento da doença for real e próxima e o dano perpetrado de forma culposa se aproxima em muito da certeza de sua ocorrência, evidencia-se a concretização de um prejuízo que só é possível de ter afastado a ilicitude de quem deu azo àquela conduta gravosa mediante a incidência das hipóteses de exclusão de responsabilidade previstas em Lei.

Conforme argumenta Rosário⁵: “A perda da chance deve, em princípio, ser utilizada para definir os contornos de um dano ocorrido, e não para permitir uma indenização de um prejuízo puramente eventual”.

Para a renomada Autora, o prejuízo pode ser uma falha, o fato de uma coisa ou o fato de um preposto, bastando para tanto a presença do evento que seu causa, o prejuízo em si e a relação causal ente o fato prejudicial e o dano.

No mesmo entendimento, afirma Venosa⁶ que: “Os danos futuros devem ser razoavelmente avaliados quando consequência de um dano presente”.

⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007, p.07.

⁵ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira. *A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, pp. 126-127.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Responsabilidade Civil. 6. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.273.

Contudo, na prática a possibilidade de cura que restou perdida com toda a celeuma provocada de forma injusta pelas empresas de planos de saúde ao impedir a realização de tratamentos médicos não é considerada no momento da sentença. Assim, não resta contemplada pelo montante fixado pelos danos morais, também não é considerada por si só.

Poucos são os julgados que versam em sentido contrário⁷.

Pelos danos morais deve ser reputado como dano moral toda a dor, o desespero, o sofrimento ou humilhação percebido e que causou aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar, prejudicou-lhe o trabalho, as atividades rotineiras e os relacionamentos pessoais.

Considera-se a oportunidade perdida que também pode ensejar em dano moral pelo sofrimento, dor, angústia e desequilíbrio em seu bem estar a partir da ocorrência do dano.

Ao que ensina a doutrina se aponta a perda de uma chance como modalidade de reparação que não se confunde com as demais formas clássicas da responsabilidade civil e é perfeitamente acumulável com os danos materiais e morais.

3. A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DEVERES ANEXOS DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA.

A responsabilidade pela perda de uma chance de cura na área médica cuida da possibilidade de se indenizar dos danos advindos da perda da oportunidade que se teria de tratar e até mesmo curar a doença caso determinado evento danoso não houvesse ocorrido.

O ato danoso a que se refere é proveniente de omissão, imprudência, falta de diligência e cuidado por parte dos prestadores de serviços que não procuraram evitar o avanço natural da doença, pior, ainda privam o paciente de perseguir e alcançar a saúde perdida.

É certo que o desrespeito, a falta de informação e cuidado, a negligência por parte das empresas que exploram atividades de serviços de saúde tem o condão de comprometer a

⁷ Neste sentido, os julgados do TJRJ: Ap. Cível nº 0163528-28.2011.8.19.0001, Des. Regina Lucia Passos, Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor, Data de Julgamento: 26/02/2014; Ap. Cível nº 0001352-69.2011.8.19.0206, Des. Luiz Fernando de Carvalho, Terceira Câmara Cível Julgamento: 16/07/2013.

saúde e a vida dos consumidores dos serviços contratados em ter desautorizado o tratamento médico adequado a tratar a doença.

De modo geral, a recusa ou demora em autorizar os pedidos médicos decorrem da relação contratual existente e envolvem decisões de natureza administrativa que são dirigidas aos funcionários das empresas, geralmente terceirizados cujos serviços são promovidos por meio de contratações e credenciamentos com médicos e hospitais, os quais o consumidor depende de autorização do plano de saúde para ter acesso aos serviços contratados.

Existe enorme dificuldade do consumidor, nestas situações em demonstrar o nexo de causalidade existente ante a demora na prestação de serviços de planos de saúde e os danos produzidos, até mesmo porque, na maioria das vezes, o prejuízo só restará evidenciado tempos depois, restando ao consumidor a difícil tarefa de provar o nexo de causalidade entre o evento danoso e sua ocorrência. Ao passo que, no momento da doença o consumidor não tem meios de diferenciar a responsabilidade de cada envolvido com seu problema de saúde.

Ora, o objetivo do contrato de plano de saúde contratado é garantir a cobertura dos serviços de saúde ao contratante que, por sua vez, paga para receber estes serviços, almeja, portanto, receber o serviço que contratou caso necessite usufruir os mesmos e é justamente este o resultado específico que deverá ser obtido.

Na prática não é o que ocorre.

O simples atraso na prestação dos serviços médicos e hospitalares é suficiente a ensejar prejuízos com o agravamento da doença ou e até a morte do paciente.

O prejuízo advém da conduta culposa do agente, no caso, as empresas de planos de saúde que, ao atuar por meio de seus prepostos, cometem ato ilícito ao descumprir o contrato celebrado ao negar autorização para internações, realização de procedimentos médicos de urgência ou emergência, tratamentos médicos e exames, coloca o consumidor em situação de

desvantagem em relação ao contrato firmado que resta desequilibrado provocando prejuízos muitas vezes irreversíveis ao consumidor.

Assim, o profissional que causar lesão ao consumidor por não observar o dever de cuidado está a cometer ato ilícito e por isso terá que responder por sua conduta.

Não é necessário se debruçar sobre pesquisas estatísticas para se verificar a ocorrência de situações em que o paciente aguarda por horas autorização para realização de internações, cirurgias entre outros serviços cobertos contratualmente, mas não são prestados ou quando o são prestados não há mais a oportunidade de cura que se esvaiu com o passar do tempo.

Entende Gomçaves⁸ que, “o retardamento dos cuidados médicos, desde que provoque dano ao paciente, pode importar em responsabilidade pela perda de uma chance”.⁹

É fundamental que o paciente seja informado a todo tempo de toda a situação de sua saúde bem como sobre a utilização de seu contrato de plano de saúde, inclusive a fim de poder compartilhar com o médico suas escolhas e tomar as decisões pertinentes.

O que não se pode conceber é que o consumidor de serviços de planos de saúde arque durante anos com as altas despesas advindas das mensalidades de seu Plano de Saúde, e seja surpreendido em se ver privado de receber os serviços médicos quando mais necessita.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS, HOSPITAIS E EMPRESAS QUE EXPLORAM OS SERVIÇOS DE SAÚDE.

O desenvolvimento da atividade médica ganhou contorno diferenciado com a instituição da chamada Saúde Suplementar decorrente de comando constitucional, atua por

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 334.

⁹ GONÇALVES, ainda afirma que: “Consiste esta na interrupção, por determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Frustra-se a chance de obter uma vantagem futura. Esta perda da chance, em si mesma caracteriza um dano, que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 334).

meio da Agência Reguladora incumbida para fiscalizar e regulamentar a exploração da atividade mercantil de prestação de serviços de operadoras de planos de saúde.

A atividade é exercida por meio da comercialização da prestação de serviços de atendimento médico e hospitalar que é feita por empresas de planos de saúde que passam a intermediar as relações jurídicas privadas entre médicos, hospitais, laboratórios e pacientes.

Os problemas advindos da negativa de autorização ou demora no atendimento por parte das operadoras de planos de saúde definitivamente não são provenientes de ato médico em si, restando definitivamente afastada a hipótese de responsabilidade clássica do profissional liberal da medicina.

Neste sentido, nota-se que a própria doutrina e a jurisprudência encontra dificuldade quanto à aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance aos serviços de planos de saúde ante a dificuldade da produção da prova da culpa.

Questiona-se se esta seria *dispicienda*, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor determina em seu artigo 14, caput, a incidência da responsabilidade civil objetiva aos prestadores de serviços desta natureza, em que a obrigação é de meio e não se perquire a culpa, sendo a mesma dispensável bastando a prova do nexos causal e do dano para sua caracterização.

Segundo Savi¹⁰, a teoria da perda da chance na responsabilidade civil médica se apresenta “na modalidade embasada na causalidade parcial que a conduta do Réu representa em relação ao dano final”.

Em lides que envolvam a responsabilidade civil médica, de modo geral, vale-se como meio de prova a perícia técnica, seja a direta por meio de exames clínicos ou a indireta, que promove a análise dos documentos médicos apresentados.

¹⁰ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2012, p.05.

Recomenda-se ao consumidor que mantenha reunido todos os documentos pertinentes ao problema de saúde enfrentado, que anote os protocolos e horários das ligações telefônicas promovidas aos serviços de atendimento, bem como anotar toda e qualquer informação prestada, já que é necessário que se estabeleça um norte para a aferição dos danos e para a mensuração dos valores para promover o valor da reparação.

Os critérios para a fixação do montante devido são determinados por livre arbítrio do juiz, através do qual este deverá se pautar nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta todos os elementos que concorreram para a lesão, sem deixar de observar o critério da probabilidade de sua ocorrência, o que pode ocasionar alguma dificuldade ante a necessidade de estudos estatísticos para averiguar a casuística de sua incidência.

Assim, os planos de saúde respondem de forma objetiva pelos prejuízos produzidos, pois assumem o risco do empreendimento, sendo garantidor dos produtos que coloca a disposição do consumidor, principalmente no que tange sobre as informações relevantes que devem ser prestadas de forma clara e completa.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o compromisso das empresas de planos de saúde com a eficiência, celeridade, cuidado e segurança devem ser respeitados a fim de garantir o alcance dos novos rumos adotados pela Carta Magna e pela adoção de uma nova interpretação das normas civis em consonância com os preceitos constitucionais.

Os serviços de planos de saúde prestam relevante contribuição na melhoria das condições de vida da população brasileira que conta com o serviço nos momentos da vida em que se apresentam as dificuldades.

Contudo, o *modus operandi* das empresas que exploram os serviços de saúde, em algumas situações deixam de atender os serviços prestados e, ao inadimplir o contrato

firmado, coloca em risco a vida do consumidor, o que deve ser considerado com cuidado pelos operadores do direito.

A partir do estudo apresentado entende-se ser possível a aplicação da perda da chance de cura a situações de demora ou negativa injustificada por parte dos planos de saúde aos tratamentos médicos requisitados pelos consumidores.

Contudo, o tema não se esgota.

Pelo contrário, necessita de maior aprofundamento.

Para tanto, recomenda-se a realização de levantamento bibliográfico, o estudo da jurisprudência e da revisão da literatura médica para se apurar a ocorrência do fato danoso no caso concreto, ao que é possível se atribuir alguma plausibilidade na mensuração probabilística da chance que restou perdida e de suas conseqüências.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 04. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *A Perda da Chance de cura na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.