

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

Apelação cível 181159-76.2009.8.09.0051

Órgão: Segunda Câmara Cível

Relator: Zacarias Neves Coelho

Julgamento: 24/07/2012

DIREITO SANITÁRIO CONSUMERISTA. PLANO DE SAÚDE. EMERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. REEMBOLSO MANTIDO, NOS MOLDES DA SENTENÇA, PARA EVITAR *REFORMATIO IN PEJUS*. 1. O reembolso, ao paciente, das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado com o seu plano de saúde, pelo valor equivalente ao que seria cobrado por outro da rede, pode ser admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.). No caso em tela, porém, havia possibilidade de tratamento da apelante na área de abrangência do plano de saúde contratado, não havendo, por outro lado, a caracterização de emergência para a realização do procedimento cirúrgico na cidade de São Paulo-SP. Apesar disso, é de ser mantida a condenação da recorrida ao reembolso dos gastos com o tratamento, de acordo com os valores de suas próprias planilhas, sob pena de *reformatio in pejus*. 2. Sobre o valor do reembolso, a ser apurado em sede de liquidação de sentença, deverão incidir juros moratórios de 1% (um por cento) a.m., desde a citação (art. 405 do CC), e correção monetária, pelo INPC, a partir da data do ajuizamento da ação (art. 1º, §2º, da Lei 6.899/91). 3. Como houve condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados com base no valor da condenação (art. 20, §3º, do CPC). 4. As contrarrazões não são a via adequada para o pedido de reforma da sentença, pois servem, tão somente, para o recorrido contrapor-se às alegações da parte recorrente. Apelo parcialmente provido.

COMENTÁRIO

RESPONSABILIDADE CIVIL DE PLANO DE SAÚDE POR NEGATIVA DE REEMBOLSO DE QUANTIAS PAGAS PELO CONVENIADO POR CIRURGIA REALIZADA FORA DO ÂMBITO DE COBERTURA

*Responsibility of the health care plan due to negative refund
of surgery performed outside the scope of coverage*

Silney Alves Tadeu*

RESUMO

Diferentemente dos contratos de seguro de saúde, os contratos de planos de saúde têm como regra limitar ao consumidor a utilização de profissionais e serviços de saúde da rede credenciada ao plano contratado, embora a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre planos e seguros de assistência à saúde, preveja exceção à mencionada regra, ao estabelecer no artigo 12, inciso VI, que as empresas de planos de saúde estão obrigadas ao reembolso de todos os tipos de produtos, nos limites das obrigações contratuais, e despesas efetuadas com assistência à saúde em casos de urgência ou emergência quando não for possível a utilização dos serviços próprios da rede credenciada. Estando o paciente em regime de urgência nos casos entendidos como tal e não podendo se utilizar dos serviços da rede credenciada, é facultado à busca de outros meios fora da rede de credenciamento, como tem se manifestado a ampla jurisprudência.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor; Planos de Saúde; Responsabilidade por Danos.

ABSTRACT

Unlike health insurance contracts, health care plans limit, as a rule, the consumer to use health services and authorized professional network of the plan agreed, although the Brazilian Law 9656/98 provides an exception to the rule, by setting, in its article 12, VI, that the health care corporations are obligated to refund every kind of products, within the limits of contractual obligations, and services of health support in cases of urgency or emergency, when it is not possible to use the authorized services. Being the patient in

* Doutor, Universidade de Granada (Espanha); Master Experto em Relações de Consumo, Universidade de Granada e Junta de Andaluzia (Espanha); Especialista em Direito Civil e Empresarial. Professor, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas. Advogado; Consultor Jurídico. Pelotas/RS – Brasil. *E-mail:* stadeu@hotmail.com

urgent conditions and not being able to use the authorized services, it is allowed to seek other means outside the network and it has been manifested by a broad jurisprudence.

Keywords: Consumer Defense/Protection Code; Health Care Plans; Responsibility for Damages.

I. Entendendo o caso

O desembargador Zacarias Neves Coelho, em decisão monocrática, proferida no âmbito da Apelação Cível 181159-76.2009.8.09.0051, oriunda da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos proveu parcialmente o recurso interposto pela apelada *Unimed Goiânia – Cooperativa de Trabalho Médico*, em pleito originariamente formulado por consumidora, que demandava da referida cooperativa médica, por meio de uma ação de indenização, o ressarcimento de danos experimentados e não cobertos pelo plano de saúde contratado.

Trata-se de situação em que o consumidor teve de se submeter às regras do plano de saúde, aí incluídas aquelas que preveem que o tratamento se dará em hospitais da rede conveniada e com profissionais a ela vinculados. Caso não haja estabelecimentos conveniados no local, capazes de dar o tratamento necessário, ou na hipótese de inexistirem profissionais (conveniados) aptos à realização dos serviços, o paciente poderá buscar no mesmo lugar, ou em outros locais, estabelecimentos e profissionais para darem conta do problema, desde que em casos de urgência ou emergência, inobstante já haver posicionamento em sentido contrário.

No que diz respeito à quantificação do reembolso na última situação referida, ao que parece, o autor pediu que lhe fosse restituído montante igual àquele que a tabela do plano pagaria se o tratamento fosse feito mediante emprego do convênio. Entretanto, não é esse o balizador necessário do reembolso, pois na verdade o plano deve indenizar o paciente tendo por base tudo o que este despendeu, uma vez identificadas as hipóteses apresentadas. Não há limitação vinculada à tabela, pois o paciente pode escolher local e/ou profissionais, se o plano, contratualmente obrigado, não oferecer o atendimento que se buscou ou outro de sua melhor especialidade.

Um aspecto interessante é que o paciente não pode optar por médico ou hospital diferentes, quando há nos quadros do plano quem o atenda. Portanto, se quiser escolher um profissional ou uma instituição (por não confiar naqueles que existem, por exemplo), terá que arcar com os custos, sem direito a reembolso.

Como se percebe, não há direito amplo de opção, de maneira que, existindo a oferta de tratamento, a hipótese de escolha livre é afastada. Situações como a do julgado em análise vêm acontecendo com uma frequência extraordinária em razão direta das dificuldades apresentadas pelo sistema público de saúde, o que culmina com a contratação privada desse tipo de serviço por muitas pessoas.

Com relação à pretensão inicial, o magistrado de primeira instância acolheu parcialmente os pedidos deduzidos nessa sede, para condenar a ré a reembolsar as despesas feitas e pagas pela autora com o tratamento médico realizado em São Paulo – portanto, fora da área de abrangência do referido plano de saúde –, para retirada de um tumor que lhe acometia e que já vinha sendo tratado em sua cidade, Goiânia, há muito tempo, por médico credenciado pela cooperativa ré, tudo conforme provado nos autos e, em especial, por planilha de custos devidamente acompanhada. Ainda, perante a sucumbência recíproca, houve a condenação em honorários advocatícios e custas processuais em proporções ali estabelecidas, ou seja, na proporção de 30% e 70%, respectivamente. A autora do pedido interpôs embargos de declaração que foram rejeitados.

Diante dessas decisões, a consumidora apresentou recurso de apelação, tecendo considerações acerca dos fundamentos legais que entende amparar a sua pretensão, bem como elencando argumentos para justificar a submissão a uma nova cirurgia e os gastos daí decorrentes, apesar de já ter se submetido a outras intervenções em Goiânia. A autora afirma que, diante do resultado de novos exames e seguindo o aconselhamento de sua irmã também médica, optou por fazer uma nova cirurgia na cidade de São Paulo, inclusive por já haver iniciado na origem seu tratamento sem maiores resultados e considerando também a urgência na realização do procedimento como forma de evitar um agravamento da situação sob nova orientação profissional. O novo procedimento implicou gastos que ainda não foram totalmente cobertos. Quanto à prova produzida, a autora salienta que a apelada não impugnou ou contraditou os relatórios médicos trazidos como provas que atestavam a urgência do procedimento. Ainda obtempera sobre a ausência de manifestação do juízo *a quo* em relação ao termo inicial da incidência de juros e correção devidos, além dos honorários advocatícios que foram apreciados de forma equivocada de fundamento legal, os quais foram objeto de contrarrazões pela apelada e não de recurso propriamente dito, fato este apreciado no recurso que se insurge contra a necessidade imediata da cirurgia realizada.

Sobrevindo a decisão do tribunal goiano, este reconhece o recurso interposto, provendo de forma parcial para manter a decisão *a quo*, com as manifestações tendentes a dirimir as omissões apontadas, bem como aclarar a questão de incidência da verba honorária e seus consectários – manutenção esta baseada no princípio da *reformatio in pejus* – muito mais, do que por seus próprios fundamentos.

II. Das cláusulas abusivas nos contratos de adesão

As condições gerais constituem a base sobre a qual se concluem os contratos de adesão, como são os contratos de planos de saúde, hipótese vertente neste caso, onde a ideia de negociação paritária é afastada. A negociação, na prática, não

existe; a parte aderente nada mais pode fazer do que aceitar em bloco ou recuar na contratação daquelas cláusulas impostas de forma unilateral e previamente estipuladas, o que, em geral, são quase sempre desequilibradas. É assim em quase todos os setores da economia, em que os planos de saúde são empresas em situação econômica superior e tratam com uma categoria de sujeitos em certa condição de vulnerabilidade e desigualdade, dado o tipo de serviço que oferecem, qual seja, de proteção da vida e da saúde. Esses contratos em alguns momentos afiguram-se como um típico contrato-necessidade, o que não os isenta de estarem sintonizados com o princípio da dignidade da pessoa humana insculpido na Constituição da República e de serem previamente aprovados pela agência reguladora própria, no caso a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Contra os abusos gerados por esse tipo de contrato, o direito comum pouco oferece de proteção efetiva, quando muito alguns remédios contra a nulidade por vício do consentimento, interpretação de cláusulas ambíguas, falta de informação etc. e que, na maior parte dos casos, pressupõe ações individuais exercidas pelo contratante depois da conclusão do contrato, muitas vezes com decisões tardias capazes de não serem efetivas ao dano experimentado, por falta de maior atuação preventiva dos órgãos responsáveis e de forma coletiva, visando eliminar ditas cláusulas abusivas em sua origem, elaborando, assim, condições mais favoráveis mesmo antes da adesão a um contrato dessa natureza.

Se houvesse uma atuação mais eficaz estar-se-ia formando um controle prévio e obrigatório através de textos legais imperativos ou de negociações coletivas, porque o controle judicial, embora necessário, pode, às vezes, não atender ao contratante a tempo de amenizar o seu problema, porque chega tarde demais.

Há necessidade de um controle material mais efetivo e prévio. Na prática o que observamos, inobstante algum controle administrativo, é que essas cláusulas ditas nulas ou não escritas se aplicam como se fossem válidas desde a sua adesão desinformada, frequentemente acompanhadas de tabelas anexas de exclusão ou limitação de coberturas ou de responsabilidade, o que é vedado pelos artigos 46, 47 e 54, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).⁽¹⁾ De nada adianta a obrigatoriedade de um exemplar do CDC no comércio formal se os sujeitos destinatários ou mesmos os atores desse comércio não possuem o devido preparo e a compreensão dessas normas. Nas palavras de *J. Calais-Auloy*,⁽²⁾ “só a supressão material de uma cláusula impede sua aplicação e protege a todos os consumidores que a contrataram”.

¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 19 ago. 2013.

² CALAIS-AULOY, J. Publicidad comercial y condiciones generales de la contractación. *Revista del Instituto del Consumo del Ministerio de Sanidad y Consumo*, Madrid, n. 16, p. 55, 1989.

O problema das cláusulas abusivas contidas em contratos de adesão é crônico e vem sendo enfrentado mundialmente, podendo variar de proteção em cada país. O Brasil conta com um instrumento de proteção de primeiro mundo, que é o CDC, embora necessite de uma reavaliação, passados mais de 20 anos de sua aprovação, já que as relações de consumo ganharam nova formatação e dimensão, tornando-se mais equilibradas. O cidadão está mais exigente e com uma percepção maior de seus direitos, o que exige maior diálogo entre os produtores e fornecedores de serviços e do direito à dignidade no atendimento como submissão aos princípios estabelecidos no CDC.

III. Critérios de imputação

A questão mencionada não se encerra com a decisão, tendo em vista que tal fato é assente na jurisprudência brasileira. Note-se que, sem qualquer dúvida, ao examinar o caso e manter a decisão *a quo*, o Tribunal de Goiás mais uma vez afirmou a responsabilidade dos planos de saúde diante do debilitado consumidor em contratos de adesão. A rigor, observa-se que, ao contrário das determinações oriundas do contrato firmado – o qual exige que as despesas, para serem ressarcidas, passem pelo crivo de análise, ponderando se era ou não caso de emergência –, o relator, seguido pelos demais desembargadores que participaram do julgamento, apesar de não haver sido demonstrada a urgência do procedimento, observou que a manutenção do julgado seguiu forte na função social do contrato e nas disposições do CDC, neste caso, para guardar coerência entre a aplicação do Código e o regime de proteção contratual nele contido, de modo a reconhecer a responsabilidade pelo reembolso das despesas feitas em outra situação que não aquele objeto da discussão. A questão do princípio da boa-fé, como elemento integrante da relação jurídica havida entre as partes, foi imperativa, aliada ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, por apresentar uma solução mais adequada aos sujeitos da fragilizada relação contratual, inobstante outra fosse a solução, já que não foram demonstrados os requisitos vinculativos do contrato, no sentido de se adequarem os parâmetros para o pretendido reembolso, que seria a comprovação da urgência ou emergência do procedimento.

IV. Comentários

A solução do litígio coaduna-se com a função social dos contratos, os reclames do CDC e a cláusula geral de boa-fé insculpida no Código Civil,⁽³⁾ pela perfeita harmonia de diálogo entre essas fontes, como preleciona *Cláudia Lima*

³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. “Institui o Código Civil”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 ago. 2013.

Marques,⁽⁴⁾ com a aplicação simultânea das duas leis – uma podendo servir de base conceitual para a outra, complementando a sua aplicação tanto em relação as suas normas quanto em relação aos seus princípios, no que couber e no que for necessário subsidiariamente, além de permitir um diálogo entre as influências recíprocas de cada texto legal, como nos casos do consumidor *stricto sensu* e do consumidor equiparado que podem sofrer influências finalísticas do novo Código Civil.

Outro fator de relevo é que a assistência privada à saúde cresce no Brasil de forma alarmante por falha de um melhor gerenciamento no sistema público de saúde brasileiro e por um histórico de limitações na qualidade e no acesso a serviços públicos de saúde; assim, o crescimento dos planos de saúde privados avança. Segundo o último *Caderno de Informação da Saúde Suplementar* da ANS,⁽⁵⁾ o primeiro trimestre de 2012 registrou 47,9 milhões de vínculos de beneficiários a planos de assistência médica. Em dezembro de 2000, esse número era de 30,7 milhões.

Em consequência desse aumento, cresce o número de ações sobre esse particular nos tribunais de todo o país. Nas cortes em que há casos dessa natureza, tal é o agravamento e a tensão entre esses contratantes que, além do judiciário, existem vários seguimentos da sociedade envolvidos na busca de uma melhor solução para os problemas enfrentados pelos consumidores perante os planos de saúde, segundo informes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). No tocante à prestação de serviços pelos planos de saúde, a lei em realidade não tem conseguido significar uma contribuição ao aprimoramento desse sistema, embora a unanimidade dos tribunais comungue do mesmo entendimento. Análise jurisprudencial de igual medida permitiu identificar problemas comuns entre os consumidores, quando se depara com uma gama muito grande de cláusulas de exclusão e limitação de cobertura e abrangência, em face da notória incapacidade do poder público de prover os contribuintes com uma assistência à saúde no mínimo razoável, possibilitando assim que o trato com a saúde nesse país tenha condição de mercadoria rentável.

As agências regulatórias, no caso a ANS, têm pouca função positiva, atuação insatisfatória e falta de eficácia na gestão da saúde, o que permite, à míngua de uma fiscalização efetiva, um incremento do abuso contra os contratantes de planos de saúde, em razão direta da falta de clareza das regras e das restrições de acesso, que diminuem cada vez mais as coberturas, o que resulta

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa dos Consumidores e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.

⁵ BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar - Beneficiários, Operadoras e Planos*. Março, 2013. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2013_mes03_caderno_informacao.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2013.

na violação dos direitos contratados. A busca por planos de saúde privados cada vez mais encontra demanda e, em consequência da prática abusiva das empresas, o judiciário se encontra assoberbado, de tal forma que compromete a própria distribuição da justiça, inobstante o esforço dos magistrados nesse sentido em particular.

Alguns Estados da Federação contam com Câmaras Técnicas especializadas em saúde que visam atender a uma recomendação do CNJ, que estabelece que, até dezembro de 2010, todos os tribunais deveriam celebrar convênios para viabilização de apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos, a fim de auxiliar magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde. Também há um esforço do CNJ em promover fóruns de saúde, com o objetivo de monitorar e buscar soluções para o número crescente de demandas da área que chegam ao Judiciário. A própria ANS quer criar ouvidorias vinculadas às estruturas organizacionais das operadoras de planos de saúde. De acordo com a Agência, o objetivo da medida é criar um canal de relacionamento das empresas com os beneficiários e melhorar a mediação de conflitos nessa seara.⁽⁶⁾

Ao surgir um modo de contratação em massa, os sujeitos contratantes encontram-se cada vez mais em situação de debilidade e desequilíbrio diante da postura do prestador de produtos ou serviços com relação às suas contraprestações e exigências, transparecendo assim um binômio: enquanto uma das partes fortaleceu a sua posição, a outra percebeu sua debilidade.⁽⁷⁾ Assim, o contrato em pauta restringiu-se expressamente ao plano de saúde e aos seus consectários, cuja cobertura é objeto deste. Aliás, nesse aspecto, entenderam os eméritos julgadores que a compreensão do dispositivo limitativo de direito do consumidor demanda interpretação extensiva sempre que presente a relação de forças no contrato.

Diante desse panorama é importante assinalar a importância do direito básico à informação, insculpido no artigo 6º, parágrafo III do CDC, afigurando-se na modernidade como instrumento necessário à reflexão capaz de tornar consciente a declaração de vontade contratual, em especial nos contratos de adesão, como são os contratos de plano de saúde e de seguros de assistência à saúde e que estão no topo das reclamações nos juizados cíveis, órgãos de proteção aos consumidores e nas varas da justiça comum. Como tal, o dever de informação adquire um significado especial nesse tipo de contratação.⁽⁸⁾ No instante pré-contratual, da oferta do contrato, o princípio da boa-fé requer que sejam fornecidas informações adequadas e claras sobre os diversos tipos de

⁶ ANS quer criar ouvidorias para os planos de saúde. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/ans-quer-criar-ouvidorias-para-os-planos-de-saude>>. Acesso em: 02 out. 2012.

⁷ Vide POLO, Antonio. La protección del consumidor en el Derecho Privado. In: *Estudios de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 1981. p 824 e ss

⁸ TADEU, Silney Alves. *O direito de informação do consumidor: uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Booklink, 2007. p. 82.

planos de saúde e as exclusões previstas em cada um deles. O consumidor deve, então, ser alertado para as doenças e tratamentos efetivamente cobertos pelo plano que pretende contratar. Esclareça-se que os eventos de saúde que não estejam expressamente excluídos no contrato presumem-se cobertos, como alude Cláudia Lima Marques⁹:

A presunção é de que as doenças e eventos de saúde não especificamente excluídos estão cobertos pelo contrato de seguro-saúde ou plano, em virtude da garantia legal de prestação de serviços adequados e da qualidade necessária à realização das expectativas legítimas do consumidor (arts. 24 e 25 do CDC).

Esse tipo de contrato, submetido a condições gerais da contratação – embora se constitua como um instrumento fundamental nas relações consumidor-empresário, em razão de se tornar quase impossível a contratação individual nos moldes de antanho, devido à despersonalização do comércio jurídico, típica da vida moderna –, furta o contratante consumidor de uma prévia discussão acerca de seus termos e condições, o que se afigura como um potencial instrumento de violação dos direitos básicos dos consumidores, seja porque seu conteúdo é obra de um sujeito só, seja porque se apresenta eivado de cláusulas consideradas abusivas e muitas vezes ininteligíveis, furtando aquela ideia de igualdade, boa-fé, lealdade e tutela da confiança, figuras que balizam o equilíbrio contratual. Dessa forma, o CDC, em seu artigo 54, parágrafos 3º e 4º, disciplina que os contratos de adesão deverão ser redigidos em termos claros e precisos, que permitam a fácil compreensão, incluindo a aplicação de cláusulas que limitam ou suprimem direitos sob pena de serem tais cláusulas consideradas abusivas.

Nessa linha de ideias, necessária se faz alguma abordagem em torno da proteção eficaz e do acesso à justiça dos consumidores, no que se refere ao exercício de suas pretensões, isso porque, tendo sido identificada a relação de consumo presente no caso da sentença aguerrida (Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça),⁽¹⁰⁾ o que se dá sob a forma de serviços contratados através de plano de saúde, *in casu* a Unimed, restam caracterizadas as condições de incidência do CDC e, com isso, o seu regime centralizado no fornecimento de serviços. As relações de consumo e não só os temas de consumo constituem atualmente, sob a perspectiva do direito, um dos pontos de maior concentração de forças, no qual estão em jogo, de um lado, o consumidor e, de outro, o fornecedor de produtos ou serviços.

Nessa seara se produz um paradoxo, considerando a sua estrutura, o que pode explicar parcialmente que os efeitos do fenômeno do consumo estão sempre

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros provados de saúde e os atuais projetos de lei. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 20, p. 79, out./dez. 1996.

¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 469. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='469'>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

em constante efervescência. Levando-se em consideração que um produto ou serviço se aproxima do consumidor, seja através de necessidades criadas, muitas vezes, pela intensa publicidade que chega a romper as fronteiras da intimidade, tão resguardada constitucionalmente, e, no caso da saúde, seja pela péssima prestação de serviços na saúde pública neste país, tal aproximação se dá de forma direta ou indireta, o que pode irradiar problemas de cumprimento contratual, em ordem das exigências de qualidade que se espera com base na confiança depositada e no esperado cumprimento contratual permeado pela boa-fé.

O risco criado através das relações de consumo no plano econômico, e aqui não examinaremos outros possíveis planos afetados, é o de transformar o destinatário do bem ou do serviço de sujeito em objeto, com todas as implicações filosóficas e existenciais que se possa imaginar, visto que a pessoa se insere em um contexto de ciclo econômico de produção-venda, sem preocupação alguma com seu verdadeiro bem-estar e com suas autênticas necessidades, dada a distância entre os sujeitos dessa relação cada vez mais despersonalizada e crítica. Assim ocorrendo, evidencia a última amostra da debilidade em que se encontra o consumidor que tem suas possibilidades reduzidas entre a ação e a reação para exigir o domínio que lhe corresponda em uma situação criada, na qual se evidencia o risco iminente; sendo assim, necessário se faz reformar e melhorar a panóplia dos direitos subjetivos que o cidadão pode utilizar como forma de se manter cidadão, complementado pelo papel desempenhado através de sistema jurisdicional que torne eficazes os direitos quando vulnerados.

Nesse particular, se faz necessária essa introdução sem adentrar em qualquer precisão semântica ou conceitual, embora seja preciso levar em conta como sujeito de direito, o que, de outro lado, não desnatura nem deslegitima a outra parte adversa, por mais economicamente forte que seja, também em defesa de seus direitos subjetivos, como é o caso da validade ou não de cláusulas limitativas ou de exclusão de alguns de seus serviços, desde que oportuni-
zadas ao consumidor.

O consumidor como tal não é outro sujeito senão um contratante e, dessa maneira, deve ser tratado, embora titular de uma tutela e tratamento jurídico excepcional consignado através de um microsistema legislativo que é o CDC, criado em atenção às mudanças sociais das últimas décadas e à desconfiguração do modelo contratual tradicional, que culminou com a contratação massificada. Esta tem se revelado desequilibrada na postura dos contratantes e suas respectivas contraprestações, para adentrar no âmbito de uma proteção especial do direito que descobre a vertente social dessas relações jurídicas, incapazes de manter uma igualdade entre os contratantes diante das novas técnicas de contratar e da grande pressão e apelos encontrados na mídia e nos meios publicitários, induzindo os consumidores a contratar, muitas vezes, sem a devida necessidade. Essas considerações são importantes quando se pondera a oportunidade de dotar a sociedade e o consumidor de meios para aceder à esperada justiça.

Considerações Finais

Ao ser analisado, foi interpretado o instrumento contratual ao qual aderiu o consumidor, em especial as cláusulas limitativas ou restritivas de seus direitos, principalmente aquelas referentes à impossibilidade de cobertura de cirurgias, questão esta sanada em se tratando do bem maior em pauta, que é a vida da pessoa, conforme consagrado no texto constitucional. Segundo demonstrado e não impugnado pelo plano de saúde, a consumidora necessitava de intervenção cirúrgica. Discutida a questão da urgência ou não, os votos dos magistrados deixam transparecer a interpretação acerca dos elementos configuradores do negócio jurídico havido entre as partes, concluindo-se não se tratar de limitação ou dubiedade de termos acerca dos direitos que dele emergia.

Muito embora a celeuma residisse em considerar se era urgente ou não a intervenção cirúrgica capaz de ser efetuada onde residia a consumidora, tal perspectiva não guardava adequação com aquele direito protegido constitucionalmente, bem maior, que é a vida, incapaz de esperar no tempo por uma autorização que possa produzir um resultado irreparável, adotando *in casu* o princípio da precaução para todos os efeitos, situação que atentaria contra a comutatividade negocial. Inobstante não demonstrada a emergência do procedimento, o que ensejaria um descumprimento do contrato por parte da apelante, visto não se enquadrar nas exceções do contrato firmado, prevaleceu um princípio de natureza processual coadunado com os demais delineamentos pró-consumidor, em especial quando presentes interesses metaindividuais ou individuais relativos à dignidade da pessoa humana.

Em casos assim, a interpretação do contrato deve ser feita de forma mais amena, dando um sentido mais favorável aos consumidores, como determina o artigo 47 do CDC: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. É nesse sentido que preleciona *João Baptista de Almeida*¹¹:

No direito comum, poucas normas contêm acerca da interpretação dos contratos. O Código Civil, com seu compreensível apego ao princípio da igualdade das partes, estabelece apenas que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção que ao sentido literal da linguagem” (art. 115). Fixa-se, em consequência, a primazia do elemento subjetivo – intenção – sobre o elemento exteriorizador – linguagem. Essa regra básica vale para todos os contraentes, indiferente a sua condição econômica. Não se estabeleceu na lei qualquer regra de favorecimento para qualquer das partes. A jurisprudência, no entanto, cuidou de abrandar o rigor legal e acabou por consagrar a regra da interpretação favorável ao economicamente mais fraco, categoria na qual se insere o consumidor. Em função do cunho protetivo que se pretendeu emprestar à nova legislação e da sedimentação jurisprudencial da matéria, o legislador acolheu integralmente a orientação

¹¹ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 147-148..

pretoriana, ao dispor que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor” (art. 47). O que se fazia até então, com base no entendimento dos tribunais, agora terá por fundamento a própria lei. Não se diga que essa regra privilegia desarrazoadamente o consumidor, porquanto está em consonância com o reconhecimento universal, constitucional e legal de sua vulnerabilidade no mercado de consumo (art. 4º, I) e se compatibiliza com seu direito básico de proteção contra cláusulas abusivas ou impostas (art. 6º, IV).

Assim, observa-se que já é pacífico o entendimento dos tribunais de que não havendo ou sendo inconsistente o suporte médico-hospitalar na base de abrangência do plano de saúde, a busca por outro e a cobertura das despesas realizadas com os procedimentos são de responsabilidade dos planos, e, como o contrato de plano de saúde tem por objeto a cobertura do risco contratado, o evento futuro e incerto que pode gerar o dever de indenizar é assumido pela prestadora na condição de contrato aleatório. Em semelhante situação o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo⁽¹²⁾ entendeu que não cabe ao plano de saúde discutir a necessidade e a conveniência dos procedimentos realizados no tratamento de paciente, competindo ao médico que o acompanha a determinação do procedimento recomendado para o tratamento do mal que o comete. Claro que poderia, de qualquer forma, surgir alguma discussão sobre como reembolsar os valores despendidos pelo consumidor conveniado, pelos serviços utilizados na situação de emergência e ou urgência quando não relacionados na tabela do plano, em razão do que deverá haver o reembolso com base na tabela de preço praticada pelo plano de saúde, e aqueles outros dispêndios nos exatos valores do serviço praticado pelo outro prestador, uma vez conjugadas essas previsões legais.

Verifica-se, assim, perfeita incidência normativa do CDC, por se tratar de serviços, dos quais são destinatários os consumidores, conforme Súmula 469 do STJ: “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”. Dessa forma, bem aplicada com acuidade a legislação pertinente. Frise-se que, a princípio, não há proibição no CDC ou em qualquer legislação específica sobre a possibilidade de limitação da área de cobertura do plano de saúde; no entanto, é necessário destacar que a Lei nº 9.656/98 não faz distinção de cobertura nos casos de o ato médico ter sido realizado fora da área de abrangência ou por pessoas não credenciadas. As regras são as pactuadas nos contratos, o que demanda interpretação nesse sentido, ainda que possa parecer em redimensionamento da relação contratual. Assim são os ensinamentos de *Carlos Maximiliano*:⁽¹³⁾

Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O

¹² Apelação Civil nº 012050038749, Relator Catharina Novaes Barcellos, 4ª Câmara Cível, julgado em 28/10/2008; Apelação Civil nº 012070089748, Relator Ronaldo Gonçalves de Souza.

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para o qual foi regida.

Visto de outro lado, naqueles casos em que não é vislumbrada a urgência e ou emergência de tratamento e como forma de tentativa de exclusão de cobertura, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu em favor do consumidor, conforme Ementa:

RECURSO DE APELAÇÃO CIVIL Nº 916.602-9 ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CIVIL ÓRGÃO ORIGINÁRIO: 11ª VARA CIVIL CURITIBA FORO CENTRAL APELANTE: MARTA WASCHOWITCZ APELADO: CLINIPAM CLÍNICA MÉDICA PARANAENSE DE ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA. Relator: desembargador Fagundes Cunha revisor: desembargador Nóbrega Rolanski Ementa Recurso de Apelação Civil ação com pedido de indenização por danos materiais e morais. Reembolso de despesas médicas. Internação e realização de cirurgia em hospital não credenciado ao plano de saúde Clinipam. Situação de urgência / emergência. Paciente em estado terminal metástase óssea de câncer. Atendimento precário em hospital de rede credenciada ao plano de saúde. Profissional médico que recusa acompanhar o tratamento devido a gravidade do quadro clínico. Situação de J. S. Fagundes cunha desembargador, emergência/urgência configurada. Ausência de produção de provas pela apelada extintivas, modificativas ou impeditivas do direito da parte autora. Art. 333, inc. II, CPC. Teoria da carga dinâmica das provas. Reembolso devido. Notas fiscais em nome da autora despesa médica realizada em função do paciente não comprovada. Valores que não comportam ressarcimento. Aditivo contratual que permite acomodação em apartamento com acompanhante. Valor a ser ressarcido na integralidade. Dano moral configurado. Negativa injusta de prestação de serviço. Indenização devida de R\$ 15.000,00. Cita precedentes. Inversão do ônus sucumbencial. Recurso de Apelação Civil conhecido e, no mérito, provido. Relatório J. S. Fagundes Cunha Desembargador.

Referida decisão se pautou, ante a ausência de prova da urgência e ou emergência, no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação –aplicando o princípio da dignidade da pessoa (art. 1º, III e 3º, I, da CF) e da proteção do menor/idoso, reconhecimento de cláusula abusiva que implica na limitação de direitos, interpretação mais favorável e melhor condição de aportar a prova por parte do plano de saúde, forte no que dispõe a Teoria da Carga Dinâmica das Provas, ou seja, a boa-fé na prova.

Ainda, na esteira de diversos precedentes do STJ, verifica-se que “a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais,

pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele”,¹⁴ hipótese em que, além da recusa ilegal, sobrevieram danos de ordem material à apelante, decorrentes da necessidade de contração de dívidas em ordem a honrar suas obrigações junto aos prestadores dos serviços necessários à intervenção, com repercussão no plano imaterial.

Por fim, no caso em comento, em se tratando de direitos disponíveis, decidiu manter o julgado pelo reembolso das quantias expendidas, prevalecendo o posicionamento jurídico e a decisão de primeiro grau, porquanto conferindo ao apelante situação favorável em homenagem ao princípio da vedação de *reformatio in pejus*. A esse respeito é a lição de *Humberto Theodoro Júnior*:¹⁵

Observe-se, finalmente que, embora omisso o código, a doutrina é uniforme em repelir a possibilidade de *reformatio in pejus*, isto é, de julgamento que piore a situação do apelante, sem que tenha a outra parte também recorrido. (...) Sobre a parte da sentença que não foi objeto de recurso pelo adversário do apelante, e que eventualmente poderia ser alterada em prejuízo deste, incidiu a coisa julgada, diante da inércia daquele a que a reforma da sentença favorecia. Assim, não há que se pensar em *reformatio in pejus*, já que qualquer providência dessa natureza esbarraria na *res iudicata*.

Assim, a negativa de procedimentos e ou ressarcimentos como no caso apresentado, legalmente obrigado pelo contrato, não só fere a boa-fé que deve estar presente nas relações de consumo, como também coloca o consumidor em desvantagem excessiva em relação à empresa prestadora de assistência à saúde. Dessa forma, resta clara, portanto, a infração aos artigos 6º, parágrafo IV; 4º, parágrafo III, e 51, parágrafo IV, inciso 1º, III, do CDC, pois deixa o consumidor em desvantagem exagerada em relação à operadora de planos de saúde, rompendo o justo equilíbrio que deve haver entre o consumidor e o fornecedor, situações em que a justiça, quando provocada, tem dado a resposta necessária aos consumidores em casos concretos, em especial quando se trate de negativa indenizatória de valores antecipados pelo consumidor em tratamento fora da área de cobertura estipulada pelo plano, presente ou não a ideia de urgência ou emergência em razão da salvaguarda de bem maior que é a vida.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANS quer criar ouvidorias para os planos de saúde. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/ans-quer-criar-ouvidorias-para-os-planos-de-saude>>. Acesso em: 02 out. 2012.

¹⁴ REsp 907718/ES, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Relatora Nancy Andrighi.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 660-661.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *CADOP/ANS/MS – 12/2010 e SIB/ANS/MS – 12/2010*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2010_mes12_caderno_informacao.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Caderno de Informação da Saúde Suplementar - Beneficiários, Operadoras e Planos. Março, 2013. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2013_mes03_caderno_informacao.pdf. Acesso em: 19 ago. 2013.

CALAIS-AULOY, J. Publicidad comercial y condiciones generales de la contractación. *Revista del Instituto del Consumo del Ministerio de Sanidad y Consumo*, Madrid, n. 16, 1989.

MARQUES, Cláudia Lima. Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros provados de saúde e os atuais projetos de lei. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 20, out./dez. 1996.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa dos Consumidores e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MONTONE, Januário. *Planos de saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: Medbook, 2009.

PIRES, Danielle da Silva. SOUZA, Jordana Miranda. *Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência*. UNIMED BH. Judicialização da saúde. Belo Horizonte: UNIMED, 2008, v. 2.

POLO, Antonio. La protección del consumidor en el Derecho Privado. In: *Estudios de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 1981.

SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVA, Joseana Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. Salvador: JusPodium, 2007.

TADEU, Silney Alves. *O direito de informação do consumidor: uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Booklink, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direito fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.