**EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES DE direito à saúde NO ÂMBITO PRIVADO¹**

*Danielle Murad Fernandes²*

*Laryssa Zilma Bringel Vieira Lins³*

Sumário: Introdução; 1 Tutela antecipada; 1.1 Pressupostos da tutela antecipada; 2 O papel da antecipação da tutela na efetividade do processo; 3 O direito à saúde no âmbito privado; 3.1 O Contrato dos planos de saúde; 3.2 Tipos de plano de saúde; 4 Tutela antecipada nas ações de saúde; Conclusão; Referências.

**RESUMO**

O presente trabalho visa analisar o mecanismo processual tutela antecipada, que consiste em conceder provisoriamente a antecipação do mérito pretendido. Tal mecanismo, porém, não pode ser aplicado em qualquer caso. São necessários que sejam preenchidos os requisitos estabelecidos pelo legislador no artigo 273 do Código de Processo Civil. Analisar-se-á as condições para o deferimento da antecipação da tutela e em quais momentos processuais poderá ser requerida. A tutela antecipada é uma novidade processual criada com o objetivo de promover a efetividade do processo. Um dos casos que o Poder Judiciário mais tem concedido a antecipação da tutela é quando o direito pleiteado é o direito à saúde no âmbito privado. Os planos de saúde estabelecem nos contratos quais tratamentos e cirurgias estão cobertos. Para cada tipo de plano (referência, ambulatorial ou hospitalar) há diferentes coberturas quanto a doenças. Entende-se que nada pode impedir ou dificultar o direito à saúde e, por conseguinte, o direito à vida de todos.

**Palavras-chave:** Tutela antecipada. Requisitos. Efetividade. Planos de saúde. Contrato. Direito à saúde.

**INTRODUÇÃO**

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu art. 196 que é dever do Estado proporcionar saúde a todos. No entanto, o sistema público de saúde brasileiro é falho. As listas de espera para receber tratamentos e conseguir medicamentos são, em sua maioria, exorbitantes. A ineficácia da saúde pública faz com que milhares de brasileiros procurem planos de saúde privados, mas que, por vezes, também se revelam verdadeiros obstáculos ao direito à saúde.

Em decorrência do não cumprimento do dever estatal e da recusa dos planos de saúde, brasileiros ingressam com ações pleiteando seu direito à saúde, para fazer cirurgias e realizar tratamentos. Ocorre, porém, que o sistema judiciário brasileiro é moroso e, em muitos casos, o autor não pode esperar todo o processo para efetivar seu direito. Deste modo, para garantir a efetividade e a celeridade do processo, o Judiciário faz uso da tutela antecipada. Sobre essa problemática discorrer-se-á ao longo deste *paper*.

Valendo-se de uma linha de raciocínio lógico, analisar-se-á primeiramente o que efetivamente é a tutela antecipada; qual a sua utilidade; em quais momentos do processo o juiz poderá determinar a antecipação da tutela. Neste capítulo irá se abordar ainda quais os requisitos que devem ser preenchidos para a aplicação da tutela antecipada. Será se pode ser aplicado em qualquer caso?

Em um segundo momento analisar-se-á o que é efetividade do processo. Será mostrado que, ao conceder tutela antecipada, o juiz aplica e garante o princípio constitucional da efetividade que “se exterioriza, entre outros modos, também pela pronta resposta do Estado às demandas que lhe são dirigidas” (ZAVASCKI, 2002, s/p). Dessa forma, pode-se afirmar que a antecipação de tutela é um mecanismo de garantia de efetividade do processo.

“A prevenção, manutenção e recuperação da saúde tornaram-se verdadeiras exigências da sociedade contemporânea, que busca incessantemente viabilizar os meios para satisfazer tais crescentes necessidades” (SCAFF, 2010, p.17). Como o Estado é falho no dever de fornecer saúde de qualidade a todos, as pessoas recorrem, cada vez mais, aos planos de saúde, para obter melhores tratamentos e cirurgias. Neste capítulo será abordado a relação entre paciente e plano de saúde. De que forma se dá o direito à saúde no âmbito privado? Este ponto será aqui esclarecido.

O direito à saúde está diretamente ligado ao direito à vida. E a vida é o bem mais precioso do ser humano, pois sem ela nada existe. Nesse sentido, quando o bem jurídico pleiteado em um processo é o direito à saúde é necessário que haja celeridade no processo. Em decorrência disso o número de ações reivindicadoras do direito à saúde e que requerem tutela antecipada vem crescendo constantemente. Todavia, apesar de ser um mecanismo que garante a efetividade do processo, nem sempre o Poder Judiciário poderá fazer uso do instrumento processual de antecipação de tutela.

Afim de que se esclarecer da melhor forma o assunto abordado, explanar-se-á neste *paper* as características do contrato de plano de saúde, sendo ele aleatório, mutualístico e atuarial. Observa-se, também, que este contrato é, em princípio, um contrato de características simples de prestação de serviços e que presa pela boa-fé dos profissionais. E, de forma a analisar as possibilidades que o consumidor tem para requerer tutela antecipada ou mesmo de, apenas, requerer os serviços prestados pelo plano de saúde foi necessário abordar os tipos de planos de saúde: de referências, ambulatorial e hospitalar.

Seguindo esse raciocínio, por fim, no quarto capítulo abordar-se-á a aplicação da antecipação de tutela nos casos envolvendo direito à saúde em face dos planos de saúde. Para tanto, irá se discorrer brevemente sobre os contratos de seguros de saúde, evidenciando quais os problemas, o porquê de tanta burocracia e o porquê da resistência destes planos em concederem tratamentos, medicamentos e cirurgias, uma vez que o cidadão paga por este direito.

**1 TULELA ANTECIPADA**

Com o desenvolvimento das sociedades, o homem tirou de si a liberdade de fazer “justiça com as próprias mãos” e passou para o Estado a incumbência de solucionar lides por meio da jurisdição, que irá se efetivar através do processo. O processo, por sua vez, tem como um dos seus princípios básicos a razoabilidade de duração do processo (art.5º, LXXVIII, CF) e a efetividade da jurisdição. Nesse diapasão, surge o instituto da tutela antecipada como mecanismo responsável por garantir tais princípios. “A tutela antecipada é muito mais instituto que se volta a resolver problemas do autor que busca o Estado-juiz e quer dele uma resposta mais rápida, justa e eficiente possível para sua pretensão do que para o réu.” (BUENO, 2007, p.8).

A tutela antecipada, ou como é chamada por alguns doutrinadores, concessão provisória de mérito, fora uma inovação no Código de Processo Civil de 1973. É, portanto, um mecanismo relativamente novo e de características muito peculiares e polêmicas, por isso é um constante alvo de estudos dos processualistas modernos. Na explicação inicial do livro “Tutela Antecipada” o processualista Cássio Scarpinella Bueno (2007, p. XV) afirma que antecipação de tutela é desafiadora, pois é na verdade uma forma que autorizou o processo civil a “começar do fim para o começo”, ou seja, de primeiro atender/satisfazer ao mérito para depois confirmar a procedência do mesmo.

O âmbito de incidência da tutela antecipada, conforme Wilson Gianulo (2001) abrange os ritos ordinário, sumário e especial, tratando de um processo cognitivo com a pretensão da execução do pedido requerido. Entende-se que não será antecipado um pedido que meramente declare ou constitua um direito, mas será que envolva um direito indisponível, como se falará adiante.

“A antecipação da tutela caracteriza-se por representar decisão antecipatória de efeitos materiais da sentença, o que pode ocorrer desde a propositura da ação, liminarmente portanto, e até após o julgamento em primeiro grau” (PROCURAR, ANO, p.294). O juiz pode deferir o pedido de tutela antecipada a qualquer tempo no processo, a partir da apresentação da ação até mesmo após a sentença.

Observa-se, pois, que o mecanismo da tutela antecipada nada mais é que “a forma, pela qual se passou a admitir que os efeitos práticos, concretos, reais da tutela jurisdicional sejam sentidos antecipadamente.” (BUENO, 2007, p.24 e 25). No entanto, o Código de Processo Civil estabeleceu uma série de pressupostos que devem guiar o deferimento de uma tutela antecipada, visto que ela irá adiantar um mérito que se busca com o processo cognitivo.

**1.1 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA**

Para admitir a tutela antecipada, tem-se que observar certos requisitos, dentre os quais, a fundamentação do juiz ao deferir essa medida cautelar, conforme Wilson Gianulo, “a fundamentação deve conter todos os elementos de convicção, (...) calcados nas motivações do art. 273 do CPC (GIANULO, 2001, p. 671)”. Tal requisito está previsto no §1º do art. 273. O juiz é obrigado a indicar de forma clara e precisa as razões que o convenceram. Além disso, convém ressaltar que o requerimento da antecipação de tutela não se faz *ex officio*,como afirma Joriza Magalhães Pinheiro,pois deve-se entender que há inércia na jurisdição até que um indivíduo demande (PINHEIRO, 2003, p. 10).

Conforme o artigo 273 do Código de Processo Civil, o juiz pode conceder a tutela antecipada, quando o autor alegar prova inequívoca, ou seja, “que dê por si só, a maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato” (BUENO, 2007, p.37). A prova inequívoca tem que levar o juiz à verossimilhança, ou seja, aquilo que foi narrado “parece ser verdadeiro. Não que o seja, e nem precisa; mas tem aparência de verdadeiro” (BUENO, 2007, p.38).

Primeiramente, fala-se, pois, da prova que o autor concede ao juiz para alegar a necessidade da tutela antecipada. Essa prova deve ser inequívoca como consta no dispositivo em questão (GIANULO, 2001, p. 674). Deverá haver ainda veracidade, ou seja, deve conter realidade fática, não sendo, pois, presumida, mas constatada de forma precisa para que o juiz não possa ter dúvida da sua verossimilhança. Não pode constar dubiedade nas provas, não pode haver qualquer discussão quanto a sua probabilidade (TUCCI, 2000, p.9).

No entanto, além dos requisitos apresentados, a tutela antecipada somente poderá ser aplicado quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (art.273, I, CPC). A tutela tem que nesses casos ser antecipada para “que possa o autor sentir efeitos concretos sobre a situação de lesão ou ameaça a direito que narra perante o juiz antes que seja tarde demais” (BUENO, 2007, p. 42); Ou quando apresentar abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu. Nesta segunda possibilidade, irá depender da avaliação das circunstâncias concretas.

A tutela antecipatória pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, constituindo verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo, sendo viável não apenas para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, do CPC), mas também para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu (art. 273, II). (MARINONI; ARENHART, 2006, P. 203).

A antecipação de tutela, portanto, “consiste na concessão, total ou parcial, da própria tutela inicialmente pedida, com a característica da provisoriedade sendo cabível nas hipóteses de fundado receio de dano ao direito do autor e abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.” (PINHEIRO, s/d, p. 103). É a antecipação total dos efeitos, do direito que o autor do processo está pleiteando.

A “antecipação total dos efeitos” da sentença condenatória nada mais é do que a antecipação do efeito executivo (ou melhor, a produção antecipada do efeito executivo) da sentença de condenação, que torna viável a antecipação da realização do direito pelo autor. A “antecipação total dos efeitos” da sentença condenatória consiste na antecipação da realização do direito que o autor pretende ver realizado (MARINONI, 2009, p.44/45).

Para que se tenha concedido o pedido de tutela antecipada, o autor deve se ater ainda ao requisito de reversibilidade, visto no §2º do artigo 273, no CPC. É negado ao juiz deferir a antecipação da tutela quando houver perigo de não se reestabelecer ao *status quo**ante.* Porém, há casos que se observar somente o perigo de irreversibilidade do caso, poderá causar danos irreparáveis ao autor, dessa forma, Joriza Magalhães Pinheiro afirma ser necessário utilizar-se da proporcionalidade, para que haja uma decisão justa do juiz.

A tutela antecipada tem caráter provisório. No disposto no §4º do art. 273 a referida tutela poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que por meio de uma decisão devidamente fundamentada. Ressalta-se, ainda, que seu deferimento não se confunde com a sentença. A concessão desse mecanismo não esgota o processo em si mesmo, ele tem continuidade até o final do julgamento.

**2 O PAPEL DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA EFETIVIDADE DO PROCESSO**

Para todos os indivíduos há o direito de provocar o judiciário, bem como o de obter uma tutela justa de seus direitos requeridos. Dentre os diversos direitos fundamentais, destaca-se o direito à efetividade do processo (ou direito acesso à justiça). Mas cumpre ressaltar, antes de esclarecer sobre esse direito, sobre a morosidade da justiça que se tornou um problema para o Estado, visto que torna ineficaz a efetividade da tutela jurisdicional. Dessa forma, conforme Teori Albino Zavaski, do direito à efetividade do processo compreende a justa proteção do Estado sob a perspectiva da tutela jurisdicional.

A efetividade do processo é uma preocupação do Estado que pretende proteger o indivíduo, “esta proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor de seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea.” (PROCURAR, ANO, p. 301). Todos possuem o direito de obter uma satisfação de seu mérito.

Nesse diapasão, a tutela antecipada é um mecanismo criado visando agilizar a prestação jurisdicional e conferir a resposta para o pedido formulado em face à Justiça. A tutela antecipada “é a busca incessante pela celeridade dos processos, ideal de todos os que se preocupam com a efetividade da tutela.” (PROCURAR, ANO, p.296). Ao conceder a antecipação provisória do mérito requerido pelo autor, o juiz promove celeridade processual e confere efetividade a jurisdição.

Ao conceder tutela antecipada o juiz aplica e garante o princípio constitucional da efetividade que “se exterioriza, entre outros modos, também pela pronta resposta do Estado às demandas que lhe são dirigidas” (ZAVASCKI, 2002, s/p). Dessa forma, pode-se afirmar que a antecipação de tutela é um mecanismo de garantia de efetividade do processo.

O que importa é colocar o processo em seu devido lugar, evitando os males do exagero processualismo (tal é o aspecto negativo do reconhecimento do seu caráter instrumental) e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível. O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa (DINAMARCO, 1996, 309-310)

No entanto, convém ressaltar que o princípio da efetividade do processo não pode ser tido como absoluto. “Não se deve pensar no processo como meio de satisfação dos interesses do autor, devendo esse resultado ser alcançado a qualquer preço. As posições jurídicas de ambas as partes são, em princípio, dignas de proteção.” (PROCURAR, ANO, p.387). Cabe ao juiz promover a sentença que beneficie ao real titular do direito. É por isso que a tutela antecipada tem um caráter provisório, cujo resultado não é irreversível.

**3 O DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO PRIVADO**

O direito à saúde é uma pretensão positiva em face do estado. Melhor dizendo, uma pretensão positiva será aquela a qual o Estado tem o dever de prestar aos indivíduos, não de forma absoluta, visto que um dia todos morrem, mas o Estado tem o dever de prestar serviços médicos para amparar a sociedade. Como afirma Fernando Campos Scaff (2010), é um direito de dupla natureza, tanto de personalidade como um direito fundamental, pois está inserido no código civil e na Constituição Federal.

Cumpre avaliar que há alguns modos de satisfazer o direito à saúde, poderá o indivíduo escolher contratar um médico em particular ou empresa para lhe prestar serviços, poderá ser por via da prestação universal, assistência médica por meio do Estado ou, por fim, conciliar a prestação privada e a pública. Entende-se que a terceira é adequada na medida em que o Estado concede aos particulares oferecerem seus serviços, entretanto com a atuação da Administração Pública para que não haja omissão de assistência médica, pois sabe-se que essas empresas particulares visam o lucro (SCAFF, 2010, p. 21 – 22).

No tocante à atuação da empresa privada que mantenha propósitos de lucro, deverá existir e ser claramente prevista a possibilidade de atuação eficaz do Estado, de modo a que sejam coibidos os abusos, garantida a concorrência e facilitada a defesa dos interesses do consumidor. Deverá o Poder Público impor, igualmente e de acordo com a criação de regras legais de cumprimento obrigatório, os meios necessários ao reestabelecimento de equilíbrio contratual entre as partes envolvidas no atendimento à saúde (SCAFF, 2010, P. 23).

A deficiência do sistema público de saúde brasileiro está fazendo com que, cada vez mais, pessoas recorram aos planos de saúde, visando obter melhores tratamentos, os medicamentos necessários e as cirurgias emergenciais. A verdade é que “a prevenção, manutenção e recuperação da saúde tornaram-se verdadeiras exigências da sociedade contemporânea, que busca incessantemente viabilizar os meios para satisfazer tais crescentes necessidades” (SCAFF, 2010, p.17).

O fato é que o âmbito privado que deveria complementar a saúde pública, exerce um papel supletivo. A saúde privada ou suplementar “trata-se de atividade econômica em sentido estrito, regida por princípios e regras de direito privado, sendo seu acesso garantido, tão somente, à parcela da população com renda para contratar tais serviços” (REZENDE, 2011, p.32). As prestações de serviço privada é entendida como suplementar, pois não está no âmbito do Estado. Conforme o artigo 199 da Constituição Federal a assistência à saúde de iniciativa privada dele complementar o sistema único de saúde (SUS)

No entanto, a saúde no âmbito privado é também falha. A questão dos planos de saúde merece destaque devido aos obstáculos encontrados por pacientes, que, mesmo pagando o plano periodicamente, deste não conseguem autorização para realizar cirurgias e/ou fazer exames e consultas.

Os óbices impostos pelos planos de saúde resultam em constantes reclamações dos usuários. A questão é, no mínimo, contraditória. O cidadão paga mensalmente uma taxa para obter tratamentos, fazer consultas, exames e conseguir medicamentos- objetos que eram obrigação do Estado fornecer- e o plano de saúde ainda nega, não autoriza. Diante de tantas insatisfações o Estado passou a regular este serviço, conforme nos fala Paulo Roberto Vogel de Rezende.

A partir dos anos de 1980, com o aumento de operadoras de serviços de saúde privado no mercado e a constatação de que estava ocorrendo uma seleção de riscos e usuários por parte das operadoras, além de um grande aumento de reclamações por parte daqueles mesmos usuários, o Estado achou por bem regular efetivamente o mercado de saúde suplementar (REZENDE, 2011, p. 33).

A regulamentação do direito à saúde no âmbito privado como um todo se encontra na Lei 9.656/98. No entanto, foi com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que se obteve regras mais rígidas para constituir uma empresa de plano de saúde e para os contratos entre essas e os pacientes.

**3.1 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE**

Para aqueles que não queiram os serviços prestados pelo Serviço Único de Saúde, o SUS, há serviços privados, os planos de saúde que estão para suplementar o serviço estatal. O direito à saúde no âmbito privado juntamente com a relação entre consumidor e fornecedor de serviços é firmado por um contrato especial derivado do contrato de prestação de serviços.

A realização do ato médico, no âmbito das relações privadas, concretiza-se ordinariamente mediante a prévia celebração de um contrato de prestação de serviços, ajustado entre o agente responsável pelo atendimento das necessidades e providências relativas à saúde, de um lado, e o paciente ou alguém no seu interesse, de outro (SCAFF, 2010, p. 28).

A celebração do contrato em análise é realizada por um consumidor interessado nas prestações de serviço do plano de saúde, concordando em pagar periodicamente determinado preço para obter os serviços requeridos, caso necessário. Conforme Fernando Campos Scaff (2010) no contrato o plano de saúde assume as obrigações dos serviços por meio dos profissionais e recursos disponíveis.

Cumpre ressaltar, antes de prosseguir com a análise sobre o contrato de plano de saúde, que há outra modalidade de atendimento médico privado: as seguradoras. Os planos de saúde e as seguradoras de saúde tem objetivos semelhantes, porém algumas peculiaridades que as distinguem. As seguradoras se limitam a reembolsar despesas do tratamento, que se diferem dos planos de saúde, visto que estes assumem com seus profissionais os tratamentos prestados. Entretanto, o que interessa neste momento é a proximidade entre ambas as modalidades, principalmente no que concerne aos planos de saúde que realizam o mero reembolso quando não há médicos credenciados, melhor dizendo, atuando como seguradoras.

O contrato de plano de saúde é um contrato aleatório, visto que não se pode prevê se uma das partes obterá vantagem econômica algum dia, ou seja, não se sabe se irão utilizar das prestações de serviços que estão em sua disposição (STF). Além dessa característica marcante do contrato de plano de saúde, também é um contrato de cálculo atuarial, ou seja, que preza por um equilíbrio entre a administradora do plano de saúde e a contratante.

A remuneração paga mensalmente pelo contratante varia pelo princípio da justiça atuarial que “exige que o preço do seguro seja determinado de acordo com a situação de risco de cada contratante. (...) um consumidor a cujo custo esperado com o tratamento médico seja 30% inferior ao de um consumidor *b* teria de pagar 30% a menos pelo seguro” (REZENDE, 2011, p. 72). Nesse sentido é que os mais idosos e os bebês, por serem mais suscetíveis à doenças, pagam uma mensalidade mais cara.

É também um contrato de mutualismo, de solidariedade. É uma verdadeira “união de esforços de muitos em favor de alguns elementos do grupo, já que estes isoladamente não teriam condições de suportar prejuízos de monta. É o sentido mais simples e natural da união de esforços” (REZENDE, 2011, p. 74). Significa que muitos pagarão sem precisar utilizar. Essa quantia formará o fundo do plano de saúde que bancará os gastos de alguns.

Com isto, pretende-se dizer aqui que uma característica comum aos negócios jurídicos dos quais aqui se cuida: o consumidor, ao contratar plano de saúde, transfere para a operadora o risco do custo da assistência médica, hospitalar ou odontológica, trocando a possibilidade de uma grande perda pelo pagamento de uma contraprestação pecuniária periódica; a operadora, por sua vez, distribui esse custo entre todos os seus consumidores, já que, a rigor, será suportado pelo fundo formado a partir das contraprestações de todos. Nesse sentido, é possível falar numa solidariedade coletiva como substrato dos planos de saúde, pois diante da impossibilidade de evitar por completo os riscos decorrentes dos males que ameaçam a sua higidez, o consumidor opta por partilhá-los com outros. (REZENDE, 2011, p.75).

Tem-se, porém, grande dificuldade em delimitar no contrato os meios materiais de satisfação do direito, pois a tecnologia desenvolve, em ritmo acelerado, novos meios que tornam os antigos insuficientes. Os novos meios passam então a ser exigidos pelos pacientes que contratam planos de saúde. Nesse diapasão, Fernando Scaff (2010, 33) esclarece que a doutrina e a jurisprudência tem se posicionado no sentido de alargar os meios de atuação médica. O plano de saúde deveria abranger os meios que somente se tornaram possíveis após seu desenvolvimento tecnológico, “colocando-se como opções àqueles procedimentos até então existentes” (SCAFF, 2010, p. 33).

Em conformidade ao exposto, a lei 9.656/98 define logo no art. 1º, I, que

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (grifo nosso)

Observa-se, portanto, que a escolha do médico e do hospital será facultado ao cliente, independentemente da participação ou não da rede credenciada do plano de saúde.

Todavia, o contrato de plano de saúde possui condições gerais dos contratos que valem para todos e não admitem alterações. São contratos de adesão.

**3.2 TIPOS DE PLANO DE SAÚDE**

“Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável”. (REZENDE, 2011, p. 94). Em virtude do fator econômico os planos de saúde não cobrem tudo que está disponível para tratamento e realização de cirurgias. Mas então, como saber quais tratamentos e/ou quais cirurgias podem ser oferecidas por planos de saúde? Em casos de cirurgia deve ser a que o plano fornece, ou a melhor, feita com o melhor cirurgião?

Para tanto é necessário analisar, primeiramente, qual o tipo/qual a modalidade de plano de saúde fixado no contrato. Há basicamente três tipos que podem ser fornecidos pelos planos de saúde privada: plano de referência, plano ambulatorial e plano hospitalar.

De acordo com o jurista especialista Paulo Roberto Vogel de Rezende (2011, p.80) e o Manual de elaboração de contratos de plano de saúde, estabelecido pela ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), o plano referência é o plano mais completo e abrangente. Oferece tanto assistência ambulatorial e hospitalar, incluindo cobertura obstétrica para as mulheres além de cobertura integral em urgência e emergência, com padrão de enfermaria. Em contrapartida, o plano ambulatorial, conforme o art. 12, inciso I, alíneas a e b da Lei de planos de saúde, é o plano que não engloba a internação. Cobre apenas consultas, exames e os tratamentos realizados em consultórios ou ambulatórios. Por fim, o plano hospitalar, de acordo com a mesma Lei, art.12, inciso II, alíneas a – f, é aquele que cobre os atendimentos em hospital, incluindo internações (em quartos ou mesmo em unidades de terapia intensiva, independentemente de prazo).

A lei 9656/98 regula que reside no art. 10 o chamado “plano referência”, cuja cobertura abrangeria todas as doenças previstas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), elaborada pela Organização Mundial de Saúde.” (REZENDE, 2011, p. 78). Podendo os planos de saúde se negarem a oferecer (I ao X, art.10): tratamento clínico ou cirúrgico experimental; procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; inseminação artificial; tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes e casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

Neste plano, portanto,

todas as doenças constantes da CID, com os correlativos tratamentos, devem ser obrigatoriamente cobertas pelos planos de saúde, nos limites da respectiva segmentação, consoante expresso no art. 10 e ratificado pelo art. 35-F da LPS (...) se a Lei determinou cobertura abrangente, não pode a norma administrativa, pela sua condição hierárquica inferior, limitar o que a Lei não limitou (REZENDE, 2011, p. 79).

Pela ANS, em seu Manual de elaboração de contratos de plano de saúde, tema IV, F, nos planos ambulatoriais poderão ser excluídos: procedimentos de diagnóstico e terapêutica em hemodinâmica que demandem internação por mais de 12 horas; procedimentos que exijam sedação; quimioterapia oncológica que demandem internação; nutrição parental; embolizações e radiologia intervencionista; internações hospitalares; e procedimentos de diagnóstico ou terapia que demandem o apoio hospital por mais de 12 horas ou UTI e similares.

Seguindo pelo mesmo Manual, desta vez tema IV, G, por fim, nos contratos de planos exclusivamente hospitalares podem ser excluídos: consultas ambulatoriais e domiciliares; atendimento de pré-natal ambulatorial e hospitalar; transplantes (à exceção de córnea e rim e de todos os demais listados no Rol de Procedimentos e eventos em saúde vigente à época); podem ser excluídos ainda os honorários e materiais utilizados pelo cirurgião dentista quando o procedimento necessitar ser realizado em hospital.

Os três tipos de plano de saúde apresentados neste tópico possuem procedimentos que podem ser excluídos de sua cobertura. Os contratantes dos planos de saúde devem observar no momento do estabelecimento do contrato qual tipo de plano está aderindo, pois, somente o que está dentro da cobertura é que poderá ser pleiteado na Justiça. Paulo Roberto Vogel de Rezende evidencia, porém, que o contratante tem obtido muito mais vitórias que os planos de saúde.

Segundo pesquisa da Unimed BH Cooperativa de Trabalho Médico, realizada no ano de 2008, em que foram avaliados 1.611 acórdãos, provenientes do TJMG, TJRJ, TJSP, STJ e STF, proferidos nos anos de 2005 a 2007, houve 86% de êxito do consumidor. A ocorrência de êxito foi considerada, para fins da pesquisa, quando o consumidor conseguia a cobertura do procedimento de saúde pleiteado. Ao repetir a pesquisa em 2010, quando foram avaliados 2.006 acórdãos, proferidos entre 2005 a 2009 nos Tribunais mencionados, com exceção do STF, a mesma operadora de planos de saúde verificou que o percentual de êxito do consumidor manteve-se o mesmo. (...) Este dado revela que o consumidor, apesar de possuir um contrato com cobertura limitada, busca pela via judicial a ampliação da cobertura de seu contrato, sendo que tem conseguido êxito, conforme a pesquisa mencionada. (REZENDE, 2011, p. 96 e 97)

Observa-se, portanto, que o consumidor terá o direito de exigir do plano de saúde apenas o que está coberto pelo plano a que aderiu. No entanto, o Judiciário vem permitindo que, por meio de uma ação, o paciente consiga a ampliação de seu contrato. Tal atitude do Poder Judiciário é extremamente paternalista, mas é nesses casos que a tutela antecipada está sendo requerida e muitas vezes concedida.

**4 TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES DE SAÚDE**

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entende na Súmula nº210, 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”. É do entendimento jurisprudencial, portanto, que nos casos de tutela antecipada nas ações de saúde privada basta indicação médica da urgente necessidade de procedimentos e/ou tratamentos.

No Agravo de instrumento 70052445962 da Comarca de São Leopoldo, do Estado do Rio Grande do Sul, foi deferido que

O plano de saúde não pode se recusar a custear tratamento prescrito pelo médico, mesmo quando o contrato não prevê cobertura em ambiente domiciliar, pois cabe àquele definir qual é o melhor tratamento para o segurado. Além disso, importa é a existência de cobertura do contrato para a doença apresentada pela parte autora, e não a forma como o tratamento será realizado. (AI 70052445962, 2012, p.1)

A partir dessas duas posições jurisprudenciais é possível observar que, independentemente de estar coberto pelo tipo de plano de saúde, poderá ser concedida tutela antecipada quando o mérito em questão for a saúde e a vida do requerente e o médico indicar a necessidade do tratamento ou cirurgia específica. Cabe ressaltar que a concessão da tutela antecipada está condicionada com o preenchimento dos requisitos previstos no art. 273 (supracitados no capítulo 1.1 deste paper).

Em razão de casos de emergências ou risco de morte, os planos de saúde não deverão se ater aos períodos de carência contratualmente estipulado, ou seja, é antecipado de forma a assistir o paciente que necessita do atendimento médico, sob pena de danos morais por causa prejuízos psicofísicos, conforme o disposto no artigo 12 da Lei de Planos de Saúde.

Em uma Ação Civil Pública promovida pelo Procurador Aurisvaldo Melo Sampaio do Ministério Público do Estado da Bahia contra o Bradesco Saúde S/A, foi esclarecido que

os contratos firmados com as prestadoras de serviços médicos têm por escopo precípuo resguardar a saúde do consumidor, não se podendo admitir como válida a cláusula que limita o direito fundamental do consumidor de ser assistido plenamente pelo seguro de saúde. Assim, tem o consumidor, usuário de plano de saúde, o direito de obter a cobertura tanto pela doença que o acometer quanto pelo tratamento indicado para a cura do mal de que padece. (SAMPAIO, 2008, p.4).

Na mesma ação civil pública, o referido Promotor ainda acrescenta que “ao excluir da cobertura contratual determinada doença, a operadora de planos de saúde fere a finalidade básica do contrato, que é a proteção à integridade física e mental dos seus consumidores, de modo a limitar os seus direitos essenciais”. (SAMPAIO, 2008, p.6). Significa dizer que quando um plano de saúde se recusa a fornecer o tratamento necessário para a sobrevivência de seu cliente, está aquele ferindo direitos fundamentais do bem-estar e da própria vida deste. Nestes casos, quando o Poder Judiciário for provocado para o exercício da jurisdição e, preenchidos os requisitos da tutela antecipada, poderá conceder a antecipação da tutela para resguardar a saúde e a vida do requerente.

De acordo com o art. 18, §6º, III, do Código de Defesa do consumidor são impróprios ao uso os produtos que não estão adequados para o fim que o consumidor almeja, bem como o art. 20, §2º são, também, impróprios àqueles produtos que não atingem o fim esperado pelo consumidor. Destarte pode-se observar que ao contratar um plano de saúde o consumidor almeja um fim mesmo sabendo que poderá não utilizá-lo, visto que se trata de um evento futuro e incerto. Entretanto, ao contrato um plano de saúde ele vê a possibilidade de utilização daqueles serviços prestados e, dessa forma, caso precisa deseja que seja utilizado da melhor forma como o esperado.

Pode-se afirmar que o contrato de plano de saúde é um contrato de risco, pois o contratante efetua um pagamento mensal ao plano e, somente utilizará dos benefícios quando e se for necessário. O uso é imprevisível e é direito do consumidor que, quando necessitar, e por requerimento médico, tenha acesso ao tratamento adequado. Por conseguinte,

“É nula, por ofender a boa-fé, a cláusula geralmente inserida nos contratos de plano de saúde, de não cobertura de algumas moléstias, como AIDS e câncer. Quem quer contratar plano de saúde quer cobertura total, como é óbvio. Ninguém paga plano de saúde para, na hora em que adoecer, não poder ser atendido. De outro lado, se o fornecedor desse serviço exclui de antemão determinadas moléstias, cujo tratamento sabe dispendioso, estará agindo com má-fé, pois quer receber e não prestar o serviço pretendido pelo consumidor.” (NERY JUNIOR, 2005, p.570).

Afirma-se, pois, que o plano age de má-fé ao não disponibilizar o tratamento necessário ao seu cliente. Em complemento, Aurisvaldo Sampaio (2008, p.11)defende que os consumidores devem ser receber indenização por perdas e danos além do reembolso pelas eventuais quantias despendidas para o pagamento das despesas que o plano se recusou a cobrir, mesmo com a recomendação médica.

Diante o exposto, os planos de saúde não podem se eximir de promover a cobertura de toda doença que atacar o contratante, inserindo-se neste âmbito todo tratamento que for essencial e indicado pelo médico. “Tal conclusão, conforme dito alhures, deriva da própria natureza do contrato, cujo objetivo é a proteção integral à saúde, direito este constitucionalmente assegurado” (SAMPAIO, 2008, p. 14).

Ainda que o plano de saúde escolhido se enquadre somente ao tipo ambulatorial, ao contratante não poderá ser negado o direito de receber o tratamento necessário.

O consumidor que contratar plano ou seguro de saúde pode optar por qualquer modalidade prevista na Lei, seja apenas a cobertura hospitalar, apenas ambulatorial, integral, com ou sem obstetrícia, porém, quanto ao conjunto de doenças cobertas, a inteligência da Lei é uma só, todas devem ser abrangidas. Verifica-se, destarte, que o raciocínio jurídico não mudou, apenas aperfeiçoou-se, para atingir a sua reprodução expressa em texto de lei, consolidando-se definitivamente. (SAMPAIO, 2008, p. 18).

Diante, pois da necessidade e da indicação médica, o plano deve cobrir a tudo que o consumidor demandar. Se da recusa, poderá ser concedida pelo Poder Judiciário a tutela antecipada, pois

Existe, sem dúvida, o fundado receio de dano a caracterizar o perigo resultante da demora na decisão, pois, se o Poder Judiciário não intervier eficazmente suspendendo a aplicação das cláusulas impugnadas nestes autos, milhares de consumidores, usuários dos seguros de saúde administrados pela demandada, estarão propensos a sofrer sequelas irreparáveis à sua saúde em função das consequências danosas que eventuais doenças podem lhes causar, diante da insuficiência de recursos próprios para cobrirem, por conta própria, os respectivos tratamentos e à míngua de uma assistência médica integral e, consequentemente, eficiente. (SAMPAIO, 2008, p. 19 e 20).

Portanto, o Poder Judiciário, uma vez provocado, diante de um pedido de antecipação de tutela em casos de direito à saúde no âmbito privado, deverá analisar se os fatos se subsumem aos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil. Preenchidas as condições é justo e necessário que se conceda a tutela antecipada ao demandante, pois a saúde é fator condicionante de uma vida digna e a vida é o bem mais precioso do ser humano. É da vida que tudo deriva, que tudo acontece, que tudo decorre. E quando este bem está em risco e o Estado não pode assegurá-lo no dado momento e, ainda, havendo o consumidor estabelecido um contrato de plano de saúde, o plano não poderá recusar salvar esta vida. Mas caso haja recusa, cabe a antecipação tutelar do mérito quando ajuizada ação.

**CONCLUSÃO**

Como supracitado entende-se que a tutela antecipada é muito mais do que um instituto que busca a resolução de problemas do autor na ação, mas uma concessão provisória de mérito almejando a realização antecipada dos efeitos da sentença para que não haja danos irreparáveis. Entretanto é acordado que para o deferimento da tutela antecipada em cada caso é necessário que sejam preenchidos determinados requisitos que foram prontamente avaliados, de forma a verificar, o juiz, prova inequívoca da verossimilhança dos fatos expostos pelo autor, bem como a necessária fundamentação do juiz ao redigir sobre a tutela concedida e, ainda, se há nexo causal entre o suporte fático e a antecipação da tutela.

O tema delimitado para abordar a tutela antecipada tem muito enfoque jurídico por estar bem difundido na realidade social atual, os planos de saúde. Entende-se, como já exposto, que a saúde pública no decurso do tempo se mostrou insuficiente para alcançar a satisfação das necessidades dos indivíduos, dessa forma criou-se as empresas privadas que complementaram os serviços públicos. Essas empresas são contratas por consumidores que almejam os seus serviços casos precisarem futuramente, porém, no mais das vezes há a recusa de prestar serviços. E neste ponto foi que se deu o enfoque deste trabalho.

Afim de que se pudesse esclarecer da melhor forma o assunto abordado, mostrou-se neste *paper* as características do contrato de plano de saúde, por ser ele aleatório, mutualístico e atuarial. Observou-se que este contrato é, em princípio, um contrato de características simples de prestação de serviços e que presa pela boa-fé dos profissionais.

De forma a analisar as possibilidades que o consumidor tem para requerer tutela antecipada ou mesmo de, apenas, requerer os serviços prestados pelo plano de saúde foi necessário abordar os tipos de planos de saúde.

**REFERÊNCIAS**

ANS. **Manual de elaboração de contratos de plano de saúde**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/in/anexo_in23_dipro.pdf>>. Acesso em 04 de mai. 2013.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. In: Vade Mecum Saraiva, 2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Brasília: Senado Federal, 2011.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência a saúde. Brasília. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>>. Acesso em 16 de mar. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula nº 210. **Súmulas**. Disponível em:< <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=86d674cb-c1b7-4ddf-a8b2-c152e14ecb2d&groupId=10136>>. Acesso em: 25 de fev. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GIANULO, Wilson. **Processo Cautelar e Antecipação de Tutela:** doutrina, legislação, jurisprudência, modelos. 1 ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela.** 11ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão.** Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>> Acesso em 02 de abril de 2013.

PINHEIRO, Joriza Magalhães. **O aspecto sancionador da tutela antecipada.** Fortaleza, 2003, p. 91-105.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel. **Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro:** mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais. 2011. Disponível em: <<http://www.iess.org.br/Premio2012/1lugardireito.pdf>> Acesso em 02 de abril de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70052445962**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22845781/agravo-de-instrumento-ag-70052445962-rs-tjrs>>. Acesso em 04 de mai. 2013.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **Ação Civil Pública**. Ministério Público do Estado da Bahia. Disponível em: <<http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceacon/atuacao/acp/saude/09_04_2008_acp_operadora_de_plano_de_saude.pdf>>. Acesso em 04 de mai. 2013.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado**: contratos de adesão, planos de saúde e seguro saúde. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Tutela antecipada liminarmente**. São Paulo, Nov, 2000, p. 9.

ZAVASCHI, Teori Albino. **Antecipação da tutela em face de pedido incontroverso**. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18209-18210-1-PB.pdf>>. Acesso em 25 de fev. 2013.

ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 48.