



A SAÚDE SUPLEMENTAR NA VISÃO DO STJ

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PRIVADA

Brasília, 24/10/2018

LUIS FELIPE SALOMÃO

- **“Os juízes não têm ideia de qual é a vontade do povo. Nós trabalhamos em palácios de mármore” (Antonin Scalia, Juiz da Suprema Corte Americana)**
- **“O problema mais difícil do mundo, bem enunciado, um dia será resolvido, mas se o problema for mal enunciado, jamais será solucionado” (Mário Henrique Simonsen, economista)**
- **“Como nos muda a reação adversa” (Javier Marías, Assim começa o mal)**

I - INTRODUÇÃO: JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA

- Judicialização das relações sociais, econômicas e das relações políticas.
- Fenômeno mundial que se iniciou no pós guerra e ainda não terminou. No Brasil, acentuado pela Constituição analítica de 1988 e atraso na implementação de políticas relativas a métodos adequados de resolução de conflitos.
- Diante desse dilema, a pauta é a autocontenção judicial **ou** a escolha de modo proativo de interpretar leis e constituição.

NOVAS TECNOLOGIAS – inovações disruptivas (nanotecnologia / biologia sintética e genética):

95% dos lares no Brasil tem TV e em 2020 dois bilhões de pessoas estarão com acesso a *internet*

- Responsabilidade civil por *drones* e veículos não tripulados (Uber cancela testes de carro sem motorista após acidente – março 2018)
- Personalidade jurídica para robôs (IA)
- Algoritmos – responsabilidade civil e discriminação
- Transplante, “barriga de aluguel”, reprodução *in vitro*, bioética, eutanásia, esterilização humana
- No Brasil, no mesmo sentido, marco legal de proteção de dados no país (Lei 13.709 de 2018); ⁴

II- ATIVISMO JUDICIAL

- DIFERENTE DA JUDICIALIZAÇÃO;
- LIGADO AO COMPORTAMENTO DOS JUÍZES;
- CONDOTA QUE “DESBORDA” A ATUAÇÃO JUDICIAL – EXPANSIVIDADE;
- APLICAÇÃO DA LEI OU CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM SITUAÇÕES NÃO CONTEMPLADAS;
- CULTURA PÓS-POSITIVISTA – DIREITO/POLÍTICA, AGINDO SOB ALEGAÇÃO DE DEFESA DA ÉTICA;
- PROTEÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA (a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutra alguma aversão).

Ativismo – *Common Law* e *Civil Law*

- **EUA: Constitucionalismo participativo. *Stare decisis***
 - Respeito às “regras” do julgado – caso concreto
 - “Judicial Review”- decisões políticas
- **NO BRASIL : Vigência do princípio da legalidade estrita**

O Brasil possui um sistema jurídico baseado na *civil law*, fortemente influenciado por uma teoria constitucional pós-positivista, em um regime mitigado de precedentes ainda muito recente (e bastante diferente daquele da *common law*).

Assim, há muitas decisões diferentes em casos semelhantes, o que provoca insegurança jurídica, devido à ausência de previsibilidade nas decisões.

“O STF como legislador negativo: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o STF, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o STF, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador”.

(ADI 1.063/MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18/5/1994, Plenário, DJ de 27/4/2001)” (BRASIL, 2011, p.1244)

Objecções ao Ativismo

- AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA;
- JUÍZES NÃO ELEITOS – ATUAÇÃO TÉCNICA – IMPARCIALIDADE;
- RISCO DE POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA;
- BUSCA O EXERCÍCIO DA POLÍTICA VINCULADA À OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: JUSTIÇA / SEGURANÇA / BEM-ESTAR SOCIAL;
- ULTRAPASSA A CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO.

III- JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

- Saúde “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” (Organização Mundial da Saúde, 1946)
- **Universalidade** (acesso a todos os níveis de assistência) – art. 196, CF e art. 7º, I, da Lei 8.080/90
- **Equidade** (sem discriminação ou privilégios) – art. 196, CF e 7º, IV , da Lei 8.080/90.
- **Integralidade** (o indivíduo deve ser visto na totalidade de suas necessidades, ainda que complexas; ações e serviços voltados às mais variadas demandas) – art. 198, II da CF e 7º, II, da Lei 8.080/90.
- Adoção de políticas de **proteção** (ex.: campanhas de conscientização doenças e eliminação de agentes transmissores), **promoção** (ex.: vacinação) e **recuperação** (ex.: tratamentos) da saúde (art. 196, parte final, CF).

Crescimento significativo no número de ações sobre o tema da saúde (EM 2010, HAVIA CERCA DE 240 MIL AÇÕES REFERENTES AO DIREITO À SAÚDE EM CURSO NO BRASIL. DESDE 2011, HOUE AUMENTO DE 631% DAS AÇÕES NA JUSTIÇA DE SP CONTRA PLANOS DE SAÚDE (UOL de 07/02/17)).

– Novos casos na área de saúde pública

2014 – 214 mil

2015 – 210 mil

2016 – 218 mil

– Novos casos contra planos de saúde

2014 – 209 mil

2015 – 114 mil

2016 – 561 mil

Dados: Justiça em Números (CNJ)



(continuação)

- Até o fim de 2016, tramitavam **1.346.931** processos judiciais envolvendo o direito à saúde (Relatório do Justiça em Números 2017/ CNJ);
- Os gastos da União com demandas judiciais no âmbito da saúde alcançaram **R\$ 3,9 bilhões: aumento de 727% em 6 anos** (2010-2016), segundo dados do Observatório de Análise de Políticas em Saúde – OAPS;
- A **maior parte** das demandas no setor de saúde pública versa sobre fornecimento de **medicamentos**;
- De 2010 a 2015, **mais de 53% desses gastos são concentrados em somente 3 medicamentos** (Dados do Relatório de Auditoria do TCU – 2015);

(continuação)

- RELATÓRIOS DE CUMPRIMENTO DA RES. CNJ 107/10 – cria o fórum para monitorar demandas na área da saúde, DISPONÍVEIS NO SÍTIO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (www.cnj.jus.br);
- RECOMENDAÇÃO 43/13 – JUÍZOS ESPECIALIZADOS;
- RESOLUÇÃO 238/2016 – CNJ – COMITÊS ESTADUAIS DE SAÚDE – criação de NATs.

IV - FATORES PREPONDERANTES PARA JUDICIALIZAÇÃO

- Proteção constitucional ampla (universalidade e integralidade);
- Medicina de massa (internações/exames e medicamentos em grande escala);
- Ampliação da atividade dos planos, administradoras e seguros de saúde;
- Fenômeno de demandas na sociedade americana - quatro em cada sete médicos processados, em valores elevados (década de oitenta, efeito multiplicador por outros países);
- No Brasil, ausência de mecanismos eficazes de soluções extrajudiciais;
- Apesar da regulação/equação do contrato, há o mínimo existencial (CDC) e o dano moral;

(continuação)

- Insuficiência dos serviços públicos e políticas restritivas das administradoras de planos privados, além de pouca atuação das agências reguladoras na prevenção de litígios;
- Amplo acesso à justiça e à informação;
- Crise econômico-financeira;
- Aumento da oferta de novos medicamentos e tecnologias para exames e tratamentos;
- Chance de sucesso (ativismo judicial):

Ex.: ações contra planos:

- STJ (1990/2008) – 82% decisões favoráveis ao paciente;
- TJSP (2013/2014) – 92,4% decisões favoráveis ao paciente.

V – PRINCIPAIS TEMAS JUDICIALIZADOS (Saúde suplementar)

- Limites de coberturas: é o tema mais conflituoso na judicialização da saúde privada – 43,73%
- Idosos (mensalidade e exclusão) – 27,05%
- Reajustes – 16,95%
- Rescisão unilateral do contrato pela Operadora – 4,77%
- Outros (Descredenciamento de prestadores; reembolso; manutenção de demitido no contrato coletivo; manutenção de dependente após falecimento do titular; migração e rescisão de contratos, dentre outros) – 7,5%

Obs.: Dano moral presumido, ampliação dos exames e *home care*.

Dados: Observatório da Judicialização – Medicina/USP, pesquisa TJSP 2013/2014.

VI - MODELOS E PROGRAMAS NOVOS DE SOLUÇÕES DE DISPUTAS

- Tribunais Multiportas (Frank Sander, 1976);
- Conciliador/Negociador (Cláusula de Mediação (Lei da Mediação – art. 2, § 1º);
- Arbitragem;
- *Dispute Board* – antes do conflito, junta de técnicos, com ou sem pareceres vinculativos;
- Julgamento de imitação ou julgamento simulado (avaliação de terceiro neutro);
- Novos tipos de mediação (*Design de sistemas de disputa* - DSD - acidentes aéreos/ambientais/família);
- Programas de mediação *online*;
- *Ombudsmam /Factfinding/Facilitador.*

I JORNADA “PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS” – 22 e 23 de agosto de 2016 – Brasília/DF

48 - É recomendável que, na judicialização da saúde, previamente à propositura de ação versando sobre a concretização do direito à saúde - fornecimento de medicamentos e/ou internações hospitalares -, promova-se uma etapa de composição extrajudicial mediante interlocução com os órgãos estatais de saúde.

VII - ESPECIFICIDADES DA ATIVIDADE MÉDICA

- “Não há doenças, há doentes”
- Fatores randômicos da ciência médica – a álea e o perigo como inerentes à atividade médica
- Estágio atual da ciência
- **Tratamentos experimentais (REsp 1.279.241 e mais recente medicamento Revlimid - REsp 988.070 - não são cobertos (REsp 1.628.854) – (matéria afetada em REsp Repetitivo 1.712.163 – Min. Moura Ribeiro)**
- **Uso do medicamento *off label* – REsp – 1.729.566**
- **Resp 1.657.156 (1 Seção – Fornecimento Medicamento SUS- Inovações)**
- **Consentimento informado - ônus da prova – REsp 1.540.580;**
- **Ações pelo nascimento injusto (filhos com deformidades congênicas) e seleção do feto/genética (caso EUA).**

1) Plano de autogestão e o CDC

- **RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC. A PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO. FORMA PECULIAR DE CONSTITUIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO. PRODUTO NÃO OFERECIDO AO MERCADO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA DE FINALIDADE LUCRATIVA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA (REsp 1.285.483-PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22/6/2016, DJe 16/8/2016)**
- Cancelada Súmula 469/STJ e editada Súmula nova: “Aplica-se o CDC aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”²⁰.

2) Plano de Saúde e dano moral

- Inicialmente, não se reconhecia o dano moral indiscriminadamente.**
- REsp 439.410, julgado em 10/03/2003, Relator Ministro Menezes Direito: Neste precedente, não obstante a conclusão de abusividade da operadora de plano de saúde que se recusou em custear tratamento fisioterápico, não foi reconhecida a ocorrência de dano moral.**

- **No AgRg no Ag 520.390/RJ, em 05/04/2004, foi o primeiro a reconhecer a ocorrência de dano moral (de maneira presumida) pela recusa da Seguradora em custear o tratamento de Segurado (conforme reconheceu a Ministra Nancy Andrighi, no REsp 993.876/DF).**

É o que prevalece para Planos de Saúde também, não só para Seguros:

O inadimplemento do seguro-saúde se diferencia da inexecução das obrigações em geral, porque a recusa do pagamento ao segurado de despesas médicas adiciona aos respectivos familiares angústia e sofrimento novos aos padecimentos naturalmente resultantes da doença.

(REsp nº 657.717/RJ, relatora Ministra Nancy Andrichi, *DJ* de 12.12.2005)

Posição isolada por muito tempo:

Há diferença entre recusa fundada e recusa infundada de cobertura securitária /atendimento.

Se o plano de saúde nega a indenização com base em cláusula contratual (ainda que posteriormente declarada inválida ou ineficaz), a recusa é fundada e não revela dever de indenizar danos morais.

(AgRg no REsp 842.767/RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 21/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 599)

Vem sendo examinada a questão com outros olhos:

Merece atenção o seguinte precedente do Ministro Villas Bôas Cueva (AgRg no REsp 1.324.662/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/06/2015, *DJe* 07/08/2015), estabelecendo, como tese, que **“É possível afastar a presunção de dano moral na hipótese em que a recusa de cobertura pelo plano de saúde decorre de dúvida razoável na interpretação de cláusula contratual”**.

3) Afetação REsp 1.708.104 – ex-empregado e plano de auto gestão

- Delimitação da controvérsia: definir se o ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa faz jus à manutenção no plano de saúde coletivo empresarial quando, na atividade, a contribuição foi suportada apenas pela empresa empregadora. (Recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 do CPC/2015)
- Demanda que tramitará na justiça comum, não a trabalhista. (REsp 1.695.986, j. 27/02/18)

4) A prescrição da ação indenizatória é de cinco anos, prevista no CDC (REsp 731.078).

No entanto, no REsp. 1.361.182, ficou decidido recentemente que a **pretensão condenatória para obter ressarcimento pelo usuário, decorrente de declaração de nulidade de cláusula de reajuste** nele prevista, prescreve em 3 anos na vigência do Código Civil de 2002.

Avaliar a extensão.

5) A ação de indenização pode ser proposta no foro do domicílio do autor (REsp 80.276) e o juiz pode determinar a inversão do ônus da prova, com base no CDC (REsp 171.988).

6) Há responsabilidade exclusiva do anestesista que liberou precocemente a paciente para retornar ao quarto do hospital, antes de sua total recuperação, vindo ela a sofrer parada cardiorrespiratória no corredor, acarretando o óbito. Afastou-se a responsabilidade do cirurgião (REsp 880.349). Em outro caso, o Tribunal entendeu que não há solidariedade decorrente de responsabilidade objetiva, entre o cirurgião-chefe e o anestesista, por erro médico deste último durante a cirurgia (EREsp 605.435).

7) A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC, no caso o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Foi o *leading case* contido no REsp 258.389.

8) O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar. Nesse caso, não há responsabilidade solidária do médico, tendo ou não vínculo com o hospital (REsp 629.212).

9) A responsabilidade do hospital não se limita aos casos de médicos com vínculo empregatício. Na hipótese de serviços de atendimento em emergência, por exemplo, onde não há escolha do médico, se houver erro comprovado, há responsabilidade do nosocômio (REsp 400.843).

10) Médico apenas cadastrado para atuar no hospital, sem qualquer vínculo ou preposição, não caracteriza subordinação. Em caso de erro, o hospital não responde (REsp 908.359).

11) O plano de saúde responde, concorrentemente, pela qualidade do serviço oferecido ao cliente em hospitais e por médicos credenciados (REsp 164.084). Em outro caso, o Tribunal entendeu que a operadora de plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor (REsp 866.371).

12) Ainda que o médico não seja credenciado ao plano de saúde, diante da demora deste em fornecer cateter para cirurgia de urgência, responde a empresa por dano moral (REsp 964.999).

13) É abusiva a cláusula que limita a internação do segurado, pois o consumidor não pode controlar o prazo de sua recuperação (REsp 158.728; AgRg no REsp 515.706).

Também não é possível alegar prazo de carência para limitar custeio de procedimentos de emergência (REsp 962.980).

O serviço de *homecare* constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratado, e não pode ser limitado pela operadora (AgRg no AREsp 835.018).

14) O consumidor idoso pode questionar cláusulas de reajuste de mudança de faixa etária em plano de saúde (REsp 866.840 e REsp 1.280.211).

É imposta por lei a cobertura ao recém nascido nos primeiros 30 dias após o parto, desnecessária sua inscrição no plano de saúde (REsp 1.269.757).

15) Ausência de consentimento informado é negligência e acarreta responsabilidade do médico. O hospital responde solidariamente (REsp 467.878).

O médico responde se deixa de informar a paciente acerca dos riscos da cirurgia (a cirurgia foi para retirada de bolsa palpebral e ocorreu deformação nos olhos (REsp 818.144)).

Discutiu-se, ainda, o dever de informação sobre riscos de cirurgia de redução de mama em paciente obesa (REsp 332.025).

16) Colocação de prótese mamária de silicone, mesmo sem rompimento, mas causando sintomas físicos e psicológicos na paciente (e em milhares de usuárias), pelo fato do produto, gera indenização por dano moral contra a empresa fabricante da prótese. Em um caso, a paciente sofreu várias intervenções cirúrgicas para a remoção de cápsulas mamárias (REsp 534.998); em outro, houve rompimento da prótese mamária com liberação de substância tóxica no organismo (REsp 678.551); por último, discutiu-se indenização por erro médico em implantação de prótese peniana (REsp 1.046.632).

17) Lipoaspiração é cirurgia estética e o seu insucesso gera dano material, moral e estético (REsp 457.312).

18) A questão relativa ao agir culposo do médico normalmente esbarra na Súmula 07 do STJ e impede o conhecimento do recurso (AgRg no AREsp 300.879; AgRg no REsp 256.174).

Ricardo Reis (Heterónimo de Fernando Pessoa)

- Médico de profissão, monárquico, facto que o levou a viver emigrado alguns anos no Brasil, educado num colégio de jesuítas.
- Domina a forma dos poetas latinos e proclama a disciplina na construção poética. Ricardo Reis é marcado por uma profunda simplicidade da concepção da vida, por uma intensa serenidade na aceitação da relatividade de todas as coisas.
- É o heterónimo que mais se aproxima do criador, quer no aspecto físico - é moreno, de estatura média, anda meio curvado, é magro e tem aparência de judeu português (Fernando Pessoa tinha ascendência israelita)- quer na maneira de ser e no pensamento.

Ricardo Reis, in "Odes"

**Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.**

**Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.**

**Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.**