

TUTELA ANTECIPADA E PLANOS DE SAÚDE: CONFERÊNCIA PROFERIDA EM 6.10.2008 NO FÓRUM PERMANENTE DE DIREITO DO CONSUMIDOR DA EMERJ

Alexandre Freitas Câmara*

CÂMARA, A. F. Tutela antecipada e planos de saúde: conferência proferida em 6.10.2008 no fórum permanente de direito do consumidor da emerj. **Rev. Ciên. Jur. e Soc.** da Unipar. Umarama. v. 11, n. 2, p. 737-753, jul./dez. 2008.

RESUMO: Em face da colisão de direitos fundamentais no que rege a relação jurídica sobre planos de saúde, é preciso conciliar sua tutela em sede de provimento antecipatório, especialmente na superação do requisito da irreversibilidade da tutela.

PALAVRAS-CHAVE: Planos de saúde. Direito fundamental. Tutela antecipatória.

I – Introdução

Pretende este trabalho examinar o tema da tutela antecipada em casos que envolvem planos de saúde e as relações entre suas operadoras e os consumidores, especialmente diante das hipóteses em que se manifesta uma colisão de direitos fundamentais. No caso em exame, evidentemente, um desses direitos fundamentais é o *direito à saúde*. Trata-se, pois, de uma análise de direito processual elaborada a partir das bases constitucionais que regem todo o ordenamento jurídico brasileiro. O problema que aqui se pretende enfrentar decorre, na verdade, da existência de um dispositivo legal que veda a antecipação da tutela jurisdicional quando esta tenha caráter irreversível e, de outro lado, a necessidade de concedê-la em alguns casos em que a lei impede a realização de direitos fundamentais. O que se busca, aqui, é a afirmação científica da possibilidade de concessão da tutela antecipada, mesmo contra o texto expresso da lei, em certas (e muito especiais) hipóteses.

O art. 273, § 2º, do CPC consagra a vedação à concessão de tutela antecipada irreversível. É entendimento tranqüilo, porém, que não incide esse dispositivo nos casos de irreversibilidade recíproca. Há, inclusive, precedentes do STJ sobre o tema, como o seguinte:¹

* Advogado. Professor de Direito Processual Civil da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Academia Brasileira de Direito Processual Civil e do Instituto Iberoamericano de Direito Processual.

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRATAMENTO MÉDICO. ATROPELAMENTO.**IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO.**

“A regra do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado. Recurso não conhecido. (REsp n. 417.005-SP) Recurso especial não conhecido”.

Para compreender esse fenômeno, que permite que se desconsidere o texto da lei, e se conceda tutela antecipada irreversível em certos casos, há necessidade de interpretação do dispositivo à luz do princípio da razoabilidade, de forma a resolver casos de colisão de direitos fundamentais. É o que se buscará, aqui, fazer.

II – Os direitos fundamentais: brevíssimas considerações.

Direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional objetivo de determinado Estado.² É freqüente na doutrina a afirmação de que os direitos fundamentais se manifestaram em gerações (três, segundo a maioria dos autores): 1) os direitos de liberdade, ou seja, os direitos civis e políticos; 2) os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos; 3) os direitos de fraternidade, que têm como destinatário o gênero humano (como o direito ao meio-ambiente, por exemplo). Alguns autores falam, ainda, em uma quarta geração, a dos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.³ Já há, até, quem fale em uma quinta geração. Essa divisão em gerações, porém, não é capaz de descrever adequadamente o modo como os direitos fundamentais se desenvolveram no Brasil. Isto se dá, principalmente, por razões históricas, já que no Brasil os direitos sociais foram positivados em sede constitucional em primeiro lugar, seguidos dos direitos políticos e, só depois, pelos direitos civis.⁴ Os direitos sociais foram implementados no Brasil a partir da Constituição de 1937; os direitos políticos a partir da Constituição de 1946 (ainda que suprimidos entre 1964 e 1985); os direitos civis só a partir da Constituição de 1988.

¹ REsp 408.828/MT, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 01.03.2005, DJ 02.05.2005 p. 354.

² Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 36; J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 347.

³ Por todos, Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, pp. 516-526.

⁴ FLÁVIO GALDINO, *Introdução à teoria dos custos dos direitos – Direitos não nascem em árvores*, p. 171.

Costuma-se dividir os direitos fundamentais, em respeitável sede doutrinária, em duas categorias: direitos *negativos* e *positivos*, conforme lhes correspondam abstenções ou prestações estatais.⁵ Assim, por exemplo, seria um direito fundamental negativo a propriedade (a que corresponderia um dever estatal de abstenção), e seria positivo o direito à educação (que exigiria a prestação estatal de ensino). Assim, porém, não me parece. Todos os direitos fundamentais são *positivos*, já que todos exigem prestações estatais. Basta pensar, por exemplo, em que para garantir o direito à propriedade, o Estado precisa criar mecanismos de proteção, como a polícia, os quais exigem prestações positivas e têm um custo.⁶

Importa ressaltar, porém, um ponto: todos os direitos fundamentais aparecem sob a forma de princípios, e são tão importantes que sua outorga (ou não) não pode ficar nas mãos de uma simples maioria parlamentar.⁷

III – A colisão de direitos fundamentais

Pode acontecer em alguns casos o que se convencionou chamar de *colisão de direitos fundamentais*. É o que se dá quando entram em conflito direitos fundamentais de pessoas (ou coletividades) diferentes. Pense-se, por exemplo, no conflito entre o direito de uma pessoa à sua privacidade e o direito de outra à informação. Este conflito, especificamente, se dá em casos como os de invasão de privacidade pelos meios de comunicação social, que muitas vezes revelam fatos da intimidade de pessoas famosas ou importantes politicamente. Nesses casos há uma colisão entre o direito fundamental da sociedade à informação e o direito fundamental de cada pessoa à sua privacidade. A colisão de direitos fundamentais se dá sem que qualquer dos direitos fundamentais em conflito seja eliminado. Isto se dá porque os princípios são dotados de uma “dimensão de peso ou importância”.⁸ Significa isto dizer que em um dado caso concreto um princípio pode não ser aplicado, ou não o ser inteiramente, por haver outro princípio, mais importante, que também incide. Ocorre, pois, uma ponderação entre os princípios, o que se faz levando-se em conta o peso relativo assumido por cada um deles, dentro das circunstâncias concretas de cada caso.⁹

A colisão de princípios muitas vezes é resolvida pela lei, que pondera princípios. É o que se dá, por exemplo, no conflito entre o direito de propriedade e o direito à privacidade, resolvido quando a lei estabelece a distância mínima que deve haver entre uma janela e o limite com o terreno vizinho (Código Civil,

⁵ Por todos, ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 241.

⁶ No mesmo sentido, GALDINO, *op. cit.*, pp. 225 et seq.

⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 432.

⁸ RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 42.

⁹ DANIEL SARMENTO, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 45.

art. 1.301). Não havendo solução do conflito pela lei, porém, a solução fica a cargo do Estado-juiz.¹⁰

Quando a solução da colisão de direitos fundamentais tem de se dar por decisão judicial, o critério para a resolução do conflito é o *princípio da razoabilidade*, compreendido em sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade.¹¹ Significa isto dizer que a colisão de princípios deve ser resolvida com a observância das seguintes idéias fundamentais: a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto; c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico. Além disso, a ponderação deve sempre levar em conta o princípio da dignidade humana,¹² valor máximo da tábua axiológica da Constituição da República.

É assim que se resolve, por exemplo, um conflito entre liberdade de expressão e direito à honra. Pense-se no caso de um jornalista, invocando sua liberdade de expressão, valer-se de um texto de expressões injuriosas, lesando a honra de outrem. Em um caso como esse, é possível proibir a divulgação do trecho ofensivo da aludida matéria jornalística (sem vedar, com isso, a circulação do meio que a divulgaria, *e.g.*, um jornal). Esta seria uma restrição à liberdade de expressão que não impediria completamente o exercício deste direito fundamental, seria a menor restrição capaz de proteger o direito à honra, e seria compensada pela proteção da honra alheia, benefício maior do que o sacrifício imposto ao jornalista.

IV – A tutela antecipada: brevíssimas considerações.

Chama-se *tutela antecipada* o que, na verdade, se deveria chamar *tutela jurisdicional satisfativa antecipada*. Tutela jurisdicional é a proteção que o Estado confere, através do exercício da jurisdição, a quem tenha razão no plano do direito material.¹³ Trata-se, pois, do resultado prático que o processo é capaz de produzir na vida das pessoas. A tutela jurisdicional não é a sentença, mas o efeito que a sentença produz. Essa proteção é, via de regra, conferida no final do processo (isto é, pensando-se especificamente no processo de conhecimento, no momento do trânsito em julgado da sentença). Em alguns casos, a lei processual

¹⁰ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, *Colisão de direitos*, pp. 118-119.

¹¹ SARMENTO, *op. cit.*, p. 104, usando este autor o nome *princípio da proporcionalidade* para se referir ao que aqui chamei de *princípio de razoabilidade* e, por conta disso, chamando ele de *proporcionalidade em sentido estrito* o que chamei, simplesmente, de *proporcionalidade*.

¹² SARMENTO, *op. cit.*, pp. 104-105.

¹³ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, Repro 81, p. 61.

determina que a tutela jurisdicional seja entregue antes do trânsito em julgado da sentença, o que se dá sempre que se determina que um recurso seja recebido sem efeito suspensivo. Há, pois, um momento normalmente adequado para a entrega da tutela jurisdicional (ou seja, para que se produzam os efeitos da sentença).

A tutela jurisdicional pode ser satisfativa (quando permite a efetiva realização do direito material) ou não-satisfativa, também conhecida como cautelar (quando se limita a criar as circunstâncias destinadas a garantir a futura satisfação do direito material).

Pode acontecer, porém, de ser antecipado – por decisão judicial – o momento de entrega da tutela jurisdicional (isto é, o momento da produção dos efeitos que a sentença normalmente seria capaz de produzir). Isto pode se dar de forma tal que os efeitos se produzam até mesmo antes de a sentença ser proferida. Pode-se antecipar a tutela, porém, na própria sentença, ou até mesmo depois dela, mas sempre antes do momento em que essa tutela jurisdicional seria, a princípio, entregue. Sempre que isso acontecer e a tutela jurisdicional produzida antes do momento normalmente adequado tiver natureza satisfativa, estar-se-á diante do fenômeno conhecido como *tutela antecipada*.

A tutela antecipada é deferida, basicamente, em três hipóteses: a) quando destinada a remediar uma situação de perigo de dano iminente a um direito material; b) quando for abusivo o exercício, pelo demandado, de seu direito de defesa; c) quando tornar-se incontroversa uma parcela do mérito da causa.

Nos dois primeiros casos, a tutela jurisdicional é antecipada com base em um juízo de probabilidade (isto é, cognição sumária). No terceiro caso, com base em um juízo de certeza (cognição exauriente).

Impende registrar que a tutela antecipada é manifestação de pelo menos dois direitos fundamentais: o direito à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CR) e o direito à tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, da CR).

V – A proibição de tutela antecipada irreversível: solução de um caso de colisão de direitos fundamentais por via de lei.

O art. 273, § 2º, do CPC proíbe a concessão de tutela antecipada irreversível. Trata-se de um caso em que, através da lei, foi feita uma ponderação de interesses destinada a resolver uma colisão de direitos fundamentais. De um lado, está o direito do autor à tutela antecipada, corolário, como já dito, de dois direitos fundamentais. De outro lado, o direito do réu à tutela jurisdicional (a que faz jus se tem razão no plano do direito substancial). Considerou o legislador que nesse caso, sempre que a tutela jurisdicional a ser deferida antecipadamente ao autor for irreversível, tal deferimento deve ser proibido. Deste modo, evita-

se que o terceiro imperativo da ponderação, o de que a solução da colisão de interesses se dê com a criação de um prejuízo menor do que a vantagem que se obterá, seja desrespeitado. Em outros termos, a vedação da antecipação de tutela irreversível é manifestação do *princípio da proporcionalidade* (ou proporcionalidade em sentido estrito).

O STJ já afirmou a impossibilidade de concessão de tutela irreversível em caráter antecipado, em acórdão que ficou assim ementado:¹⁴

PROCESSUAL CIVIL – TUTELA ANTECIPADA – IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL – INADMISSIBILIDADE.

É inadmissível a concessão da antecipação dos efeitos da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Isso se verifica no caso de a tutela pretendida envolver paralisação total das atividades da ré, que já a exercia por longo período, sem oposição, fato que demonstra a ausência de urgência do pedido.

Recurso especial provido.

Tratava-se ali de um caso em que um sindicato foi a juízo, em face de uma cooperativa, objetivando a declaração de irregularidade do funcionamento de uma farmácia pertencente à cooperativa, ao argumento de que tal farmácia estaria vendendo medicamentos a pessoas não-cooperadas a preços inferiores aos praticados no mercado. Alegava-se, ainda, que a farmácia não estaria registrada junto à Vigilância Sanitária e ao Conselho Regional de Farmácia. Entendeu o STJ que a proibição de funcionamento da farmácia, com paralisação total de suas atividades, por força de decisão antecipatória de tutela, causaria prejuízos irreversíveis (por conta, por exemplo, da demissão de funcionários, que fatalmente ocorreria), o que o levou a afirmar o não-cabimento da tutela antecipada no caso em exame.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua vez, já negou a antecipação de tutela para realização de cirurgia destinada a corrigir deformações causadas no corpo de uma pessoa em razão de doença, sob o fundamento de que tais deformações não causavam risco de morte, sendo irreversível a cirurgia.¹⁵

Assim, é preciso ter claro que, via de regra, não será cabível a antecipação da tutela jurisdicional satisfativa quando esta for capaz de tornar-se irreversível.

¹⁴ REsp 253.246/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20.11.2003, DJ 09.12.2003 p. 278.

¹⁵ TJRJ, Agravo de instrumento nº 9457/2005, rel. Des. Célia Meliga Pessoa.

VI – A antecipação da tutela irreversível nos casos de colisão de direitos fundamentais, especialmente nos casos que envolvem o direito à saúde.

Há casos em que a vedação à concessão de tutela irreversível em caráter antecipado deixa de incidir. São os casos em que ocorre a assim chamada *irreversibilidade recíproca*.¹⁶ É o que se dá naqueles casos em que se verifica que a concessão da tutela antecipada produzirá um resultado prático irreversível mas, de outro lado, o indeferimento da medida produzirá, também resultado prático irreversível. Valho-me, aqui, de dois exemplos, tirados ambos do trecho acima citado da obra de GUSMÃO CARNEIRO: a) duas entidades automobilísticas disputam em juízo o direito de realizar, no mesmo dia e horário, no mesmo autódromo, provas das categorias que organizam. A entidade desfavorecida pela decisão judicial (seja ela concessiva ou não de tutela antecipada) sofrerá danos irreversíveis; b) o caso de se pedir tutela antecipada para liberação alfandegária de produtos importados perecíveis sem que se realize a fiscalização sanitária quando os agentes sanitários estão em greve. Nesse caso, a decisão que indeferir a tutela antecipada poderá levar ao perecimento dos produtos; e a decisão que a deferir permitirá sua colocação no mercado sem as cautelas necessárias. Ambas as situações são irreversíveis.

Quando isso acontece desaparece a razão de ser da vedação à concessão de tutela antecipada por haver risco de irreversibilidade, já que algo irreversível acontecerá, de qualquer maneira. Neste caso, fica então o juiz autorizado a conceder a tutela antecipada, devendo-se aplicar à hipótese o princípio da proporcionalidade.

A jurisprudência tem admitido o que aqui se sustenta. Veja-se, por exemplo, o que decidiu o TJRJ no agravo de instrumento nº 11.004/2005, rel. Des. Luiz Fernando de Carvalho:

Agravo inominado (art. 557, § 1.º, CPC), voltado contra decisão monocrática que negou seguimento, por manifesta improcedência, a agravo de instrumento. Ação de revisão de benefício previdenciário proposta por viúva e filha de ex-servidor do Estado. Deferimento de tutela antecipatória determinando ao IPERJ o pagamento de pensão correspondente a 100% da remuneração integral do falecido. Presença de irreversibilidade que não impede a concessão, voltada a evitar um dano ainda mais grave em hipótese de irreversibilidade recíproca. Ponderação de interesses que leva a proteger aquele mais relevante. Ausência de demonstração dos requisitos excepcionais justificadores da pretensão reformadora. Improvimento do agravo.

Outro aresto que pode ser citado é o proferido pelo mesmo Tribunal no

¹⁶ ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da antecipação de tutela*, pp. 76-77.

agravo de instrumento nº 14.752/2004, de que também foi relator o Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, assim ementado:

Civil e consumidor. Agravo inominado que se volta contra decisão monocrática do relator que negou seguimento a agravo de instrumento, por sua vez dirigido contra decisão de primeiro grau que recebeu recurso de apelação somente no efeito devolutivo. Ação originária em que o agravado buscava a condenação da agravante a obrigação de autorizar e custear "gastroplastia redutora do tipo capela", por sofrer de obesidade mórbida com diversas complicações que ameaçavam seu direito à saúde e a própria existência. Tutela antecipada na própria sentença, que julgou procedente o pedido. Alegação de conhecimento do processo somente pela intimação da sentença, com interposição de apelação onde se argui nulidade de citação. Decisão reputada como teratológica, violando o art. 520, CPC. Ocorrência de *periculum in mora* reverso. Decisão monocrática que nega seguimento ao agravo de instrumento. Presença dos requisitos para a antecipação da tutela. Não-comprovação da alegada arguição de nulidade da citação. Hipótese de antecipação da tutela contemplada no inciso VII do art. 520, CPC. Irrelevância da distinção relativa à tutela cautelar. Irreversibilidade recíproca que se afirma, sendo mais relevante, no cotejo dos interesses, o direito do agravado à saúde e à vida. Improvimento do agravo inominado.

Outra decisão do TJRJ no mesmo sentido foi proferida no agravo de instrumento nº 10.541/2004, de que foi relator o Des. Sérgio Cavalieri Filho, cuja ementa é a seguinte:

TUTELA ANTECIPADA. Perigo de Dano Reverso em Prejuízo do Credor. Deferimento Parcial. Exigência de Caução. Admissibilidade. Em face da dificuldade de se conciliar o caráter satisfativo da tutela antecipada e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo, deve o juiz procurar evitar, com a concessão ou não da tutela, o mal maior sempre que se defrontar com a chamada irreversibilidade recíproca. Assim, se a antecipação total da tutela importar em perigo de dano para a outra parte, deve ser concedida parcialmente, de modo a garantir o Juízo e assegurar a efetividade da prestação jurisdicional definitiva. Desprovimento do recurso.

Ainda do TJRJ provém a decisão prolatada no agravo de instrumento nº 4.216/2004, de que foi relator o Des. Antônio César Siqueira, assim ementada:

Processual civil. Agravo regimental. Decisão que indeferiu a liminar.

Irreversibilidade recíproca do dano. Ponderação de interesses. Educação e matrícula supostamente irregular. Deve ser resguardado o direito à educação até julgamento final do mérito recursal. Manutenção da decisão.

Em sede doutrinária, sustentei a necessidade de se resolver esse tipo de colisão por aplicação do princípio da proporcionalidade já em meu livro de estréia.¹⁷ A esse entendimento aderiu expressamente ATHOS GUSMÃO CARNEIRO.¹⁸ Muitos outros juristas sustentaram, posteriormente, a mesma tese.¹⁹

A idéia aqui sustentada revela-se importante, principalmente nos casos em que se põem em conflito direitos fundamentais. Pense-se, por exemplo, na hipótese de se postular tutela antecipada para que se determine a apreensão de jornais com o fim de se proteger o direito à honra. Permitir a circulação do jornal com a matéria ofensiva gerará dano irreversível a um direito fundamental (o direito à honra); apreender o jornal gerará dano irreversível a outro direito, também fundamental (o direito à liberdade de expressão e de informação).

É preciso deixar claro, porém, e desde logo, que não se afirma aqui que nos casos de irreversibilidade recíproca o juiz fica obrigado a conceder a tutela antecipada. A rigor, o que acontece nesses casos é que o juiz não fica proibido de concedê-la, e deverá decidir se antecipa ou não a tutela jurisdicional com base nos princípios que regem a solução dos casos de colisão de direitos fundamentais.

Deve-se, pois, resolver o caso concreto por aplicação do princípio da razoabilidade (ou seja, do princípio da proporcionalidade *lato sensu*), o que se dará por aplicação dos seus três vetores: adequação, necessidade, proporcionalidade *stricto sensu*.

Assim, por exemplo, no caso anteriormente figurado da colisão entre o direito à honra e o direito à liberdade de expressão e de informação, poderá o juiz determinar que o jornal circule apenas sem a página em que estaria a matéria ofensiva à honra (medida necessária e adequada para proteger o direito à honra e que causa à liberdade de expressão e de informação o menor prejuízo possível, o que permite que se tutele, assim, o interesse mais relevante, sem causar danos excessivos ao interesse menos relevante). Tudo isto, registre-se, só será possível se a existência do direito material alegado pelo demandante for *provável*. De toda sorte, e *sempre que possível*, deverá o juiz determinar a concessão, pelo demandante, de caução, de forma a garantir eventual reparação de dano decorrente de

¹⁷ ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lineamentos do novo processo civil*, p. 75.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 77.

¹⁹ Desnecessário alongar as citações, razão pela qual, por todos, confira-se LUIZ GUILHERME MARINONI, *A antecipação da tutela*, pp. 226-236.

um futuro julgamento de improcedência de sua pretensão.

Tudo o que até aqui foi exposto é aplicável aos conflitos entre consumidores e operadores de planos de saúde. Ocorre com muita frequência a instauração de processos entre essas partes, normalmente com o consumidor como demandante, e em tais processos amiúde se postula a antecipação da tutela jurisdicional. Trata-se de fenômeno extremamente comum na prática forense, ainda mais em um país como o Brasil, em que o acesso à saúde pública de qualidade ainda é uma quimera.

É possível afirmar, ainda que sem dados concretos que sirvam de base à assertiva, que em grande parte desses casos (senão na imensa maioria) a tutela antecipada que se defere é irreversível. Isto porque em muitos desses casos se autoriza a realização de intervenções cirúrgicas ou outros procedimentos médicos que, posteriormente, não podem ser revertidos. Significa isto dizer que uma vez efetivada a tutela jurisdicional, isto gerará uma situação fática irreversível, pois não será mais possível fazer com que o consumidor retorne ao estado anterior. Aliás, ninguém, em sã consciência, gostaria de ver o consumidor, curado pelo procedimento médico deferido pela decisão antecipatória de tutela, voltar ao estado patológico anterior.

Ocorre que, na maioria desses casos, a não-concessão da tutela antecipada gera, também, uma situação fática irreversível, já que muitos dos consumidores que postulam a tutela antecipada nesses casos correm risco de morte ou de seqüelas irreversíveis, no caso de não vir a ser realizado com urgência o procedimento médico a que precisam se submeter.

Sempre que possível, deverá o juiz determinar ao demandante que preste caução, real ou fidejussória, a fim de garantir eventual reparação do dano sofrido pela operadora do plano de saúde, no caso de ser afinal julgada improcedente a pretensão do demandante. Isto apesar da advertência de SÉRGIO BERMUDEZ,²⁰ no sentido de que “não se admite a antecipação quando a irreversibilidade só puder ser reparada em dinheiro. É preciso que o quadro fático, alterado pela tutela, possa ser recomposto”.

Com a fixação da caução, que deve ser suficiente para cobrir o custo do procedimento médico a que o demandante pretende submeter-se, fica garantida a reparação do dano sofrido pela operadora do plano de saúde, no caso de vir a ser julgada improcedente a pretensão do demandante. Neste caso, não há que se falar em irreversibilidade recíproca e, pois, não incide a vedação do art. 273, § 2º, do CPC, ficando o juiz, sem maiores dificuldades, autorizado a antecipar a tutela jurisdicional.

Ocorre que em muitos casos não será possível a prestação da caução. É enorme o número de pessoas que, consumidoras de plano de saúde, não têm

²⁰ *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 30.

condição de oferecer caução, real ou fidejussória, suficiente para garantir a reparação de eventual prejuízo indevido que a operadora do plano de saúde venha a sofrer em razão da concessão de tutela antecipada a quem, a rigor, não tem o direito material. Nestes casos fica configurada a *irreversibilidade recíproca*, o que deve levar o julgador a decidir a postulação de tutela antecipada por aplicação do princípio da razoabilidade.

Deve, pois, o juiz, em primeiro lugar, verificar se a medida postulada é adequada para atender às necessidades do demandante. Para isso, impende verificar se há declaração médica no sentido de que o procedimento a que o consumidor pretende se submeter é adequado para o estado patológico que o mesmo apresenta.

Em segundo lugar, é preciso verificar se a concessão da tutela antecipada é necessária. Isto porque sempre há de aparecer algum caso em que a realização do procedimento médico não é absolutamente urgente, sendo possível esperar-se pelo final do processo. Tomo a liberdade de recordar, aqui, caso que citei anteriormente,²¹ em que o TJRJ negou a tutela antecipada a uma pessoa que pretendia submeter-se a uma cirurgia sob o fundamento de que não havia risco de morte, podendo a demandante aguardar até o final do processo.

Por fim, é preciso verificar se a decisão antecipatória postulada é proporcional. Em outros termos, é preciso observar se o provimento antecipatório pleiteado pelo demandante é aquele que causará o menor prejuízo possível ao demandado. Pense-se, por exemplo, na hipótese de se postular a concessão de tutela antecipada para que a empresa demandada custeie internação e cirurgia em um hospital quando outro há, na mesma localidade, capaz de proporcionar atendimento de *mesma* qualidade, por preços inferiores. Figure-se, ainda, a hipótese de o consumidor pleitear a concessão de tutela antecipada para que se custeie o implante de uma prótese importada quando haja similar nacional, mais barato e *também eficiente* para o caso concreto.²²

Em casos assim estar-se-á dando ao caso a solução adequada, já que há uma colisão de direitos, submetidos à apreciação judicial, em hipótese de irreversibilidade recíproca. Esses casos só serão adequadamente resolvidos por aplicação do princípio da razoabilidade em suas três dimensões (adequação, necessidade, proporcionalidade).

Tudo isso, porém, pressupõe a *probabilidade de existência do direito material alegado pelo demandante*. E para formar este juízo de probabilidade não deve o juiz limitar-se a verificar se é mesmo provável que o demandante precise submeter-se ao procedimento médico que descreve em sua petição.

²¹ Vide nota nº 15.

²² Como já reconheceu o TJRJ, por exemplo, na decisão proferida na Ap. civ. 2008.001.14410, rel. Des. Francisco de Assis Pessanha, j. em 23.7.2008.

Impende, também, verificar-se no caso concreto se é provável a existência do direito do demandante de exigir do operador do seu plano de saúde que custeie tal procedimento médico. E isto exige análise dos termos da lei de regência da relação existente entre as partes e do contrato celebrado entre elas. É sabido, por exemplo, que há planos de saúde oferecidos por uma mesma operadora e que garantem diferentes coberturas. A opção por este ou aquele plano é uma opção do consumidor e, evidentemente, planos mais baratos oferecem coberturas menores. É preciso, assim, que o juiz verifique se o plano a que se associou o consumidor oferece (ou ao menos parece oferecer) a cobertura de que o mesmo afirma necessitar. Não fazer esse exame no momento da apreciação do requerimento de tutela antecipada implicará eliminar todas as diferenças existentes entre os diversos planos de saúde, o que terá por consequência uma violação do princípio da isonomia, já que garantirá a quem paga menos uma cobertura idêntica à oferecida a quem paga mais, tratando-se igualmente pessoas desiguais. Neste sentido, já decidiu o TJRJ, por exemplo, no seguinte pronunciamento:²³

PROCESSUAL CIVIL - AUTOR BENEFICIÁRIO DE PLANO DE SAÚDE DE COBERTURA RESTRITA (APENAS AMBULATORIAL) - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA PARA CORRIR INTERNAÇÃO DO AUTOR - REVOGAÇÃO POSTERIOR AGRAVO.1. Se o contrato de seguro é restrito e dá cobertura apenas a tratamento ambulatorial, afigura-se correto o despacho que revogou tutela antecipada para obrigar a seguradora a dar cobertura a internação hospitalar do segurado, primeiro porque no contrato não há cobertura para esse tipo de tratamento, segundo porque nenhuma interpretação mais favorável ao consumidor pode chegar ao ponto de obrigar a seguradora a dar uma cobertura pela qual o segurado não pagou e terceiro porque é da Lei que a seguradora só responde pelo risco que contratou.2. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

É preciso deixar claro que não pretendo, aqui, defender a legitimidade de cláusulas que, indubitavelmente, são abusivas, como as que excluem a cobertura de doenças que, por força de lei, não podem ser excluídas, ou que exigem o cumprimento de prazo de carência para internações de emergência. Tampouco se pode admitir a legitimidade de cláusulas como as que excluem a responsabilidade da operadora de plano de saúde de pagar por material que seja essencial para a realização de cirurgia quando esta é coberta (como se dá com próteses, por exemplo).²⁴ Mas se pode pensar, por exemplo, na possibilidade de uma determinada operadora oferecer dois diferentes planos de saúde, em que um deles, mais

²³ TJRJ, AI 2008.002.17421, rel. Des. Miguel Ângelo Barros, j. em 22.7.2008.

²⁴ Neste sentido, a precisa decisão monocrática proferida na Ap. civ. 2008.001.33896, rel. Des. Marco

barato, não prevê a possibilidade de internação em um determinado hospital, enquanto o outro, mais caro, autoriza a utilização dos serviços da referida casa de saúde. Pense-se, ainda, na hipótese de um dos planos oferecer cobertura obstétrica e outro não. Todos sabem que existem diferenças como essas entre planos de saúde da mesma operadora, e ignorá-las implica desrespeitar aquele consumidor que, muitas vezes com grande sacrifício, opta por pagar pelo plano mais caro para buscar uma maior proteção para si e seus familiares. Pensar de outro modo, *data venia*, seria o mesmo que dizer que não pode haver qualquer diferença entre planos de saúde.

Exemplo perfeito do que aqui se sustenta é a decisão proferida pelo TJRJ em acórdão de que foi relator o eminente Desembargador Orlando Secco, assim ementado:²⁵

Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais em que o consumidor requerera provimento liminar de urgência para efeito de alcançar internação e custeio pelo plano para cirurgia ortopédica. Contrato celebrado entre as partes que contém cláusula expressa acerca da cobertura de materiais cirúrgicos somente com relação aos fornecedores conveniados, salvo o caso de comprovada urgência (fls.08,09 e 13 do contrato de fls.139/166). Tutela antecipada indeferida em primeiro grau à falta de prova da obrigação contratual da ré (fls.42). Decisão mantida pelo Juízo monocrático (fls.59) após a ampliação da cognição pela juntada do contrato. Pedido renovado e que restou deferido em sede de Plantão Judiciário, através da apresentação de um orçamento único pelo requerente (fls.38 e 62). Ato cirúrgico realizado e custeado pelo plano (fls.232 e 235/237). Instrução processual a revelar ausência de prova pelo autor acerca dos requisitos invocados para o provimento de urgência requerido dada a não demonstração da negativa de cobertura pelo plano de saúde e a inexistência de obrigatoriedade pelo réu em custear material cirúrgico fora dos convênios firmados, salvo comprovada urgência. Reconvenção ofertada pelo plano de saúde-réu pretendendo indenização pelos prejuízos causados com a aquisição mais onerosa do material cirúrgico fora dos fornecedores conveniados (fls.225/226 e 38). Sentença de improcedência do pedido principal e procedência da reconvenção, condenando o autor-reconvinco ao pagamento de metade (R\$46.862,00) do valor despendido pelo plano de saúde. Apelação interposta pelo consumidor.// Matéria consumerista relacionada à

Aurélio Bezerra de Melo, j. em 15.7.2008, em caso no qual a operadora do plano de saúde se recusava, com base em cláusula evidentemente abusiva, a custear prótese essencial para a realização de cirurgia, mas aceitava pagar pelo procedimento cirúrgico. Uma cláusula como esta, evidentemente, contraria os mais elementares princípios do moderno direito contratual.

²⁵ TJRJ, Ap. civ. 2008.001.29298, rel.Des. Orlando Secco, j. em 5.8.2008.

hermenêutica contratual e deveres da lealdade e boa-fé processuais. Provimento liminar de urgência que, na forma em que postulado, terminara por obrigar o plano de saúde a custear materiais cirúrgicos mais caros, desnecessariamente. Ausência absoluta da imprescindível prova da negativa pelo plano, bem como da extrema urgência que obstasse a aquisição dos materiais junto aos fornecedores conveniados (Art. 333, I, CPC).// Se o requerente de provimento liminar de urgência persegue e alcança tutela que, ao final da instrução, mostrasse, além de não emergencial, infringente de cláusula contratual válida e expressa, então deve responder pelos prejuízos causados com sua postulação açodada, tanto mais quando não haja nos autos qualquer prova acerca da negativa de cobertura pelo réu (Art. 333, I, CPC). Não se pode admitir que, pretensões fundadas no Estatuto Consumerista, especialmente quando deduzidas em pedido liminar e relacionadas ao direito à saúde, funcionem para o consumidor como um Bill of indemnity processual, isentando-o dos deveres de lealdade e boa-fé ou mesmo dos ônus probatórios que recaem sobre qualquer autor. Manutenção da sentença. Improvimento do Apelo.

Outra decisão, esta de caráter monocrático, que reforça o que aqui se sustenta está assim ementada:²⁶

Agravo de instrumento. Plano de Saúde. Indeferimento de tutela antecipada. Negativa do plano em autorizar cirurgia por médico não credenciado. Técnica cirúrgica nova. Ausência de cláusula contratual de reembolso. Decisão que não se modifica. Fundamentação que encontra esteio em julgados dessa Corte. Ausência de teratologia ou contrariedade à prova dos autos. Verbete Sumular nº 59. Recurso ao qual se nega seguimento, na forma do art. 557, caput, do CPC.

No caso concreto que levou à prolação desta decisão, pretendia a consumidora utilizar os serviços de um médico de sua escolha, não credenciado, quando havia celebrado plano que previa cobertura, apenas, dos médicos credenciados, sem cláusula de reembolso.

De outro lado, não pode o juiz esquecer que o direito à saúde é um direito fundamental, garantido pelo art. 6º da Constituição da República. Além disso, não se pode deixar de lado que é *dever do Município*, prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII, da Constituição da República). Impende, ainda, recordar que um dos objetivos da seguridade social, a ser organizada pelo Poder Público, é garantir o direito à saúde, com universalidade da cobertura e do atendimento (art.

²⁶ TJRJ, AI 2008.002.21769, rel. Des. Luisa Bottrel Souza, j. em 1.8.2008.

194, *caput* e parágrafo único, I, da Constituição da República). Não se pode olvidar que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da Constituição da República). Assim, quando não for sequer provável o direito do consumidor de exigir do operador de seu plano de saúde o custeio do procedimento médico a que tenha de se submeter, deverá ele postular tutela jurisdicional em face do Poder Público, como forma de exercer seu direito fundamental à saúde. O Supremo Tribunal Federal, aliás, já teve oportunidade de decidir um caso em que se garantiu a uma pessoa doente que o Estado custeasse um tratamento de que necessitava sem para ela qualquer custo, ainda que contrariamente a ato administrativo que lhe negara tal direito (salvo se o próprio doente custeasse a diferença de custo entre o tratamento a que fazia jus e o de que necessitava). Entendeu o Pretório Excelso que tal ato administrativo afrontava o direito fundamental à saúde. Foi a seguinte a decisão do STF:²⁷

"Acórdão recorrido que permitiu a internação hospitalar na modalidade 'diferença de classe', em razão das condições pessoais do doente, que necessitava de quarto privativo. Pagamento por ele da diferença de custo dos serviços. Resolução nº 283/91 do extinto INAMPS. O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. O acórdão recorrido, ao afastar a limitação da citada Resolução nº 283/91 do INAMPS, que veda a complementariedade a qualquer título, atentou para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, o de assistência à saúde".

O direito à saúde é direito fundamental, daqueles que a doutrina tradicional reconhece como positivos.²⁸ Sem deixar de lembrar minha anterior afirmação de que todo direito fundamental é positivo, significa isto dizer que o titular do direito fundamental à saúde tem o direito de exigir do Estado uma prestação que o realize. Assim, nos casos em que o consumidor não tenha um provável direito de exigir do operador de seu plano de saúde que custeie o tratamento médico que pretende realizar, nada impedirá que se demande tal providência em face do Poder Público, cabendo ao Estado-juiz assegurar o exercício do direito fundamental à saúde, corolário do direito à vida e, por isso mesmo, manifestação

²⁷ RE 226.835, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 10/03/00.

²⁸ José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, p. 185.

do princípio da dignidade humana.

VII – Conclusão

É hora de concluir. E para encerrar esta exposição, não posso deixar de registrar aqui que o Poder Judiciário, nesta como em outras tantas matérias, tem exercido de forma elogiável seu mister. Atua-se o direito objetivo no caso concreto, busca-se a paz social, afirma-se o poder estatal como mecanismo de proteção das liberdades e garantias, assegurando-se que, através do respeito ao princípio constitucional do contraditório (afastado apenas quando sua limitação seja essencial para a preservação dos direitos), a sociedade possa participar da formação de seus destinos. O Poder Judiciário brasileiro tem dado mostras, sempre, de sua capacidade de realizar, na prática, os escopos jurídicos, sociais e políticos da Jurisdição. Podemos todos, jurisdicionados, reconhecer, como o Moleiro de Sans-Souci, que há juízes, e que neles podemos confiar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BERMUDES, S. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CÂMARA, A. F. **Lineamentos do novo processo civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CARNEIRO, A. G. **Da antecipação de tutela**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINAMARCO, C. R. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 81, jan./mar. 1996.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz

Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIAS, E. P. de. **Colisão de direitos**. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.

GALDINO, F. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005.

MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, D. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2003.

SILVA, J. A. da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

**ANTECIPATORY JUDICIAL PROTECTION AND HEALTH PLANS:
CONFERENCE HELD ON 6.10.2008 IN THE PERMANENT FORUM
OF COSTUMER RIGHTS OF EMERJ**

ABSTRACT: In light of the encounter of fundamental rights with respect to the judicial relation concerning health plans, it is necessary to adjust protection demanding anticipatory provisioning, specially for the overcoming of the condition of the irreversibility of protection.

KEYWORDS: Health plans. Fundamental rights. Anticipatory protection.

Recebido em / Received on / Recibido en Setembro de 2008
Aceito em / Accepted on / Acepto en Novembro de 2008