

HIPERVULNERABILIDADE E PLANOS DE SAÚDE

Roberto Freitas Filho

STJ e reconhecimento do conceito

- No julgamento do Recurso Especial nº 931.513/RS, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Antônio Herman Benjamin reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública em prol de direito individual de pessoa com deficiência para obtenção de prótese auditiva, reconhecendo, no caso, a caracterização de “**sujeito hipervulnerável**”.

STJ e reconhecimento do conceito

- “a categoria **ético-política**, e também **jurídica**, dos sujeitos
- vulneráveis inclui um subgrupo de ***sujeitos hipervulneráveis***,
- entre os quais se destacam, por razões óbvias as pessoas com **deficiência física, sensorial ou mental**”

STJ e reconhecimento do conceito

- "em caso de dúvida sobre a legitimação para agir de sujeito intermediário - Ministério Público, Defensoria Pública e associações, p. ex. -, sobretudo se estiver em jogo a **dignidade da pessoa humana**, o juiz deve optar por reconhecê-la e, assim, abrir as portas para a solução judicial de litígios que, a ser diferente, jamais veriam seu dia na Corte”.

Identificação teórica do conceito

- Sujeito frágil, exposto, desprotegido, desmparado, suscetível, desabrigado, debilitado, indefeso. (Marcos Catalan 2019)
- “tratando-se de consumidor “idoso” (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém, um consumidor de **vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica**, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma premente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de “planos” de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária” (Cláudia Lima Marques in Sarlet 2003)

Identificação teórica do conceito

- “resulta da soma da vulnerabilidade intrínseca à pessoa do consumidor, com a fragilidade que atinge **determinados indivíduos**” (Cristiano H. Schmidt 2014)
- Sobre as dimensões da vulnerabilidade:
 - socioeconômica
 - assimetria de conhecimentos técnicos**
 - litigância habitual x eventual**
 - assimetria de informações (publicidade)
 - legislativa ou política
 - biopsicológica
 - ambiental

Tipologia de sujeitos

- A) crianças
- B) mulheres na ocasião da maternidade
- C) pessoas em tratamento médico
- D) pessoas com deficiência
- E) usuários de comércio eletrônico
- F) migrantes
- G) refugiados
- F) idosos (Catalan 2019)

Análise situacional x princípio ideal

- Há situações em que a hipervulnerabilidade é ínsita ao sujeito (ex. crianças e adolescentes) e outras dependentes do contexto (pessoas em tratamento médico de diferentes gravidades).
- No processo de identificação dos sujeitos hipervulneráveis há que se investigar aspectos a) biológicos, b) socioculturais, c) educacionais e, d) ao tipo de consumo. (Pasqualotto & Rampazzo 2017)
- Situações que agravam a vulnerabilidade: **escassez, calamidade ou desastre** (idem)

Planos de saúde

- Reconhecimento do tipo da relação contratual: consumo
- Reconhecimento da sensibilidade do objeto contratual: prestações relativas à saúde
- Reconhecimento da situação excepcional: contexto de calamidade, pandemia, extrema necessidade do atendimento às necessidades.
- Não se trata de considerar necessariamente a hipossuficiência econômica

Atuação do TJDFT no tema dos Planos de Saúde

- Atendimento de urgência ou de emergência – obrigatoriedade de cobertura – irrelevância do período de carência
- Atendimento em rede não credenciada – situação de urgência/emergência – reembolso integral
- Cláusula contratual que limita o tempo de internação hospitalar - abusividade
- Cobertura de cirurgia bariátrica - indicação médica - recusa ilegítima do plano de saúde
- Cobertura de cirurgia reparadora pós-bariátrica - indicação médica
- Direito a cobertura do exame PET-scan ou PET-CT
- Descredenciamento de médico ou de estabelecimento de saúde - necessidade de notificação prévia do beneficiário
- Doença preexistente – negativa de cobertura – exames prévios à contratação
- Erro de diagnóstico – dano moral
- Fornecimento de medicamento de uso ambulatorial ou domiciliar
- Indicação médica do tratamento adequado ao paciente – obrigatoriedade de custeio
- Internação psiquiátrica condicionada à coparticipação após o 31º dia – limitação temporal da cobertura – legalidade

Atuação do TJDFT no tema dos Planos de Saúde

- Plano de saúde – aplicabilidade do CDC
- Plano de saúde de autogestão – inaplicabilidade do CDC
- Reajuste de mensalidade – mudança de faixa etária – idoso
- Reajuste de mensalidade – plano de saúde coletivo – desvinculação aos percentuais fixados pela ANS para contratos individuais
- Recusa injustificada de cobertura médica por plano de saúde – danos morais
- Rescisão unilateral imotivada de contrato de saúde coletivo pela operadora
- Reequilíbrio econômico do contrato - plano privado de assistência à saúde na modalidade de autogestão
- Resolução da ANS sobre procedimentos médicos - rol exemplificativo
- Responsabilidade solidária entre o plano de saúde e os hospitais/médicos credenciados
- Suspensão ou cancelamento de planos de saúde - obrigatoriedade de notificação
- Tratamento domiciliar ("home care") - falta de previsão contratual
- Tratamento experimental
- Tratamento "personal care"
- [<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/saude-e-justica/plano-de-saude>]

O contexto da pandemia

notas sobre vulnerabilidade

- Lidar com os problemas a partir de recortes de **tipologias de casos** que indiquem **maior ou menor intervenção** nos contratos.
- Tipos de **maior ou menor vulnerabilidade**, tipos de produtos e serviços, tipos de execução no tempo, tipos de maior ou menor relação com os efeitos da pandemia etc.

Fundamento moral da força vinculante

- a) consenso;
- b) reciprocidade e
- c) solidariedade
- Contratos de serviços de saúde tem seu fundamento moral na **solidariedade**.

Conservação do contrato e atuação judicial

- É possível intervir com o intuito de proteger o consumidor sem um esquema hermenêutico que permita favorecer a manutenção dos contratos e, concomitantemente, preservar as condições mínimas de proteção contra o abuso de poder?

O contexto atual da decisão

- 1. Consideração estrutural: as políticas públicas são complexas: SUS e regulação (ANS).
- 2. Consideração conjuntural: o contexto brasileiro de desvalorização da racionalidade.
- 3. A tradução de modelos paradigmáticos do direito (prudência e argumento moral) e da medicina (evidências e protocolos).

A dinâmica da dialética decisória

- 1. legalismo x principiologismo
- 2. justiça formal x justiça substantiva
- 3. resistência x expansão dos fundamentos políticos
- 4. deontologia x consequencialismo
- 5. cartesianismo (racionalidade) x romantismo (vontade e espírito)
- 6. direitos individuais x razões consequencialistas coletivas
- 7. controle de políticas públicas x intervenção e criação de políticas públicas

Sobre a possibilidade de intervenção judicial

- O CDC permite intervenção judicial em contratos: Art. 6º, V: - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua **revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas**;
- Evidentemente, há desproporção e onerosidade excessiva, considerado o contexto de pandemia. Seja na ideia de imprevisão, seja na ideia de quebra da base objetiva do contrato, a simples leitura do artigo autoriza reduzir o valor a ser pago ou diferir a obrigação.

Cooperação e boa-fé objetiva

- Já o artigo 4º move dois conceitos chaves nesse sentido, cooperação e boa-fé objetiva:
- III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica ([art. 170, da Constituição Federal](#)), sempre com base na **boa-fé** e **equilíbrio nas relações** entre consumidores e fornecedores;

Imprevisão, força maior

- Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação
- Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
- Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Função social e boa-fé

- CC Art. 421 A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.
- Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.
- CC Art. 422 Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Esquemas hermenêuticos e isonomia

- Estabelecer esquemas hermenêuticos para cada uma das várias tipologias de problemas, considerando as variáveis relevantes.
- Fórmulas retóricas como boa-fé e a onerosidade excessiva, sem a consideração de elementos contextuais, não serão suficientes, pois não formarão regras que sejam aplicadas isonomicamente.
- Estabelecer espaços institucionalizados de conciliação para que haja, ao máximo, concessões mútuas que mantenham a atividade econômica.

Complexidades

- Buscando chegar a algo próximo do ideal, tentar preparar o melhor **tipo** de decisão para cada **tipo de problema**
- Do ponto de vista processual, **o tempo** é crucial, posto que a discussão será feita meio de AI. Se essa decisão, segundo um esquema hermenêutico, vai necessariamente considerar coisas como a situação econômica das partes, a duração da obrigação e da pandemia (provável, claro), o que é a “base objetiva do contrato”, e a intensidade da intervenção (se diferimos, diminuímos ou simplesmente desconstituímos a obrigação), como fazer isso de maneira célere em um AI?
- Não produzir mais problemas do que soluções, considerando a **escala e o tempo dos efeitos das decisões**.