

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O ACESSO AOS TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS EM PLANOS DE SAÚDE PRIVADOS

Guilherme Luiz Bilotti Galhote*
Cláudia Elisabeth Pozzi**

RESUMO: A presente pesquisa envolve os impactos dos Direitos Humanos no campo do Direito à Saúde e pretende abordar os contratos de planos de saúde privado e empresarial e as recusas de cobertura de tratamento médico em caso de tratamentos experimentais, submetendo a condições de indignidade os pacientes necessitados de atendimento. Essa situação é muito recorrente no Brasil e diversos são os motivos de ordem econômica e contratuais para justificar a negativa a tratamentos experimentais ligados ao acelerado avanço nas pesquisas médicas e biotecnológicas, ensejando os debates acerca da violação de direitos fundamentais ao tratamento digno da saúde. O escopo deste trabalho será fundado na análise das decisões judiciais brasileiras sobre esses novos conflitos, ou seja, em identificar os principais problemas que os beneficiários dos planos de saúde enfrentam na Justiça, tendo em vista a legislação privada, as políticas públicas e os projetos de lei atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Direito à Saúde; Dignidade da Pessoa Humana; Plano de Saúde; Tratamentos Experimentais.

JUDICIALIZATION OF HEALTH AND DIGNITY OF THE HUMAN PERSON: ACCESS TO EXPERIMENTAL TREATMENTS IN PRIVATE HEALTH SCHEMES

ABSTRACT: Current research deals with the impacts of Human Rights on Health Rights and analyzes the contracts of private and enterprise health schemes and refusal of medical treatments when experimental treatments are prescribed. This behavior submits patients who require care to indignity conditions. The condition is relatively common in Brazil and several motives based on the economical and contractual order justify the negative answer to experimental treatments. The latter are bonded to advances in medical and biotechnological research which provoke debates on the violation of fundamental rights in the dignity of health treatment. Current research analyzes Brazilian juridical decisions on these novel conflicts, or rather, identifies the main issues that people with private health schemes face in the courts, taking into consideration private legislation, public policies and contemporary laws.

KEYWORDS: Human Rights; Right to Health; Dignity of the Human Person; Health Schemes; Experimental Treatments.

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é o princípio estruturante da Constituição da República de 1988 e, conseqüentemente, de todo ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual o reconhecimento da dignidade deve orientar as práticas e as teorias jurídicas contemporâneas.

E o reconhecimento da saúde como um direito fundamental de viver dignamente encontra-se

definido na Constituição Federal de 1988 como um direito social (Artigo 6º) e, por conseguinte, como um “direito de todos e dever do estado” (Artigo 196). Sendo sua realização por meio da efetivação do exercício prestacional da saúde, seja por parte do estado ou por agentes complementares (Artigo 199), indispensável à cidadania digna.

No âmbito deste projeto, a saúde será analisada sob o prisma dos planos de saúde privados e empresariais, nos casos de recusas de tratamentos

* Graduando em Direito pelo Centro Universitário Central Paulista – UNICEP, São Carlos, SP; Bolsa de Iniciação Científica CNPq–PIBIC 2013/2014.

** Pós-Doutorado pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP; Docente no Centro Universitário Central Paulista – UNICEP, São Carlos, SP.

médicos experimentais, devido à motivação econômica ou contratual. A importância do tema reside em sua atualidade e relevância social, já que, com os avanços da biomedicina e das pesquisas laboratoriais na descoberta de novos medicamentos, o acesso ao direito a tratamentos experimentais torna-se uma *conditio sine qua non* de livre exercício da autonomia das pessoas e cidadania em prol da preservação da vida.

De outra parte, saliente-se o fato de que o acesso à saúde no Brasil – no plano dos prestadores de serviços médicos privados – é excludente e pesa sobre esses contratos cláusulas abusivas que geram um fenômeno de judicialização da saúde brasileira para a efetivação dos direitos ligados à saúde. (FRANÇA, 2013, p. 17).

Busca-se, com o presente estudo, analisar os mecanismos jurídicos (doutrina, legislação e jurisprudência) existentes no Brasil para a inclusão dos tratamentos experimentais na ordem dos planos privados de saúde, bem como problematizar os impasses e avanços jurídicos nesta área no reconhecimento destes novos conflitos relativos à saúde e à vida digna.

2 METODOLOGIA

Esta pesquisa será desenvolvida segundo uma abordagem interpretativa de pesquisa qualitativa. Como afirma Minayo (1994, p. 21), “a pesquisa qualitativa trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis”.

Nesse sentido, a pesquisa teórica, legislativa e jurisprudencial (em sites jurídicos na *internet* e em doutrinas jurídicas bem como na legislação) foi realizada no sentido de se buscar o processo de construção e aplicação de nova hermenêutica para novos direitos ligados à saúde.

A pesquisa evidencia a atualidade da problemática lançada, a qual estará guiada pela controvérsia: a Justiça brasileira tem garantido o direi-

to a tratamentos médicos experimentais junto aos planos privados de saúde? Para dar resposta a essa controversa questão, o estudo pretende colaborar apresentando um quadro com os principais indicadores jurídicos para a resolução destes novos conflitos advindos dos avanços tecnológicos e científicos, habitualmente amparados no sistema de proteção aos direitos e às garantias fundamentais que envolvem o acesso à saúde.

Do Superior Tribunal de Justiça (STJ) foram analisados os campos de pesquisa (Acórdãos, Decisões Monocráticas, Súmulas e Informativos de Jurisprudência). O tema da pesquisa foi “Tratamento Experimental” e foram coletados dados de 2006 até 2014, utilizando como referência os julgados do mês de março de cada ano e, este não sendo possível, foi utilizado o mês mais próximo do início do mesmo ano. Do Supremo Tribunal Federal (STF) foram também analisados todos os campos de pesquisa (Acórdãos, Repercussão Geral, Súmulas Vinculantes, Súmulas, Decisões Monocráticas, Decisões da Presidência, Informativo e Questões de Ordem). O período pesquisa foi o mesmo do STJ, porém foram analisados todos os julgados encontrados em cada campo da pesquisa com o tema “Tratamento Experimental”.

3 DESENVOLVIMENTO

A saúde é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, sendo a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental de proteção à saúde como um direito social de todos os cidadãos (Artigo 6º) e um dever do Estado (Artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros) (MENDES, 2011, p. 685).

Antes da constituição Federal de 1988 existiam apenas dispositivos espaciais como na Constituição de 1824, no inciso XXXI, do artigo 179, que fazia referência à guarda de “socorros públicos”.

Ainda que, sendo um dever do Estado realizado por meio de políticas do Ministério da Saúde e pelo sistema público de saúde (Sistema Único de Saúde –

SUS), paralelamente a esse sistema coexiste a rede privada de saúde que pode integrar o SUS, conforme estabelecido no artigo 199, § 1º, da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

No mesmo sentido e posteriormente à Constituição de 1988, a lei orgânica da saúde, Lei nº 8.080/1990, veio para dar efetividade à garantia constitucional do direito à saúde e estipula que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.” (Artigo 2º). Não obstante, estipula-se ainda que “a iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.” (§ 2º do artigo 4º).

A doutrina traz o conceito moderno de saúde entendendo no mesmo sentido da legislação, afirmando que a conquista e a preservação da saúde impõe políticas em favor da vida social e não há como o Estado deixar de ser responsável por este bem da população. (FRANÇA, 2013, p. 101).

Observa-se, portanto, que, embora a norma constitucional que trata da saúde como um direito social é uma norma programática, não se pode dizer que é incapaz de produzir efeitos, indicando apenas diretrizes a serem observadas pelo poder público, pois significaria negar a força normativa da constituição e a sua interpretação não pode torná-la em promessa constitucional inconstitucional (MENDES, 2011, p. 686).

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, destacou a saúde como um direito público subjetivo, que representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas.

Consiste ainda em consequência constitucional indissociável do direito à vida.¹

Conquanto haja essa bilateralidade entre o setor público e o privado, inúmeros problemas teóricos e práticos na ordem social, contratual, econômica e jurídica acabam por precarizar o acesso à saúde no Brasil em desatenção aos princípios e direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana e à justa expectativa dos consumidores destes serviços de serem garantidos seus direitos.

A revista de número 173 de fevereiro de 2013 do IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) trouxe uma pesquisa realizada pelo IDEC em 10 operadoras (Amil, Améplan, Bio Vida, Dix, Ecolé, Golden Cross, Trasmontano, Santamália, São Cristovão e Universal) do Estado de São Paulo sobre seus planos de saúde e detectou que os contratos estão cheios de cláusulas abusivas, que, entre outras, excluem ou limitam uma série de procedimentos, conforme quadro a seguir:

Quadro 1. Exclusão ou Limitação de Cobertura e Outras Cláusulas Abusivas.

(continua)

Cláusula Abusiva	Incidência nos Contratos
Determina que o atendimento de urgência/ emergência seja feito por apenas 12 horas caso o consumidor ainda esteja cumprindo carências.	100%
Exclui a cobertura de transplantes que não sejam de rim, medula e córnea.	100%
Limita o tratamento de psicoterapia de crise, de internação em hospital psiquiátrico e de tratamento de doenças mentais/ psiquiátricas.	100%
Isenta a operadora de responsabilidade pela transferência do paciente para o SUS em caso de risco de morte, após as 12 horas estabelecidas para o atendimento de urgência/emergência (se o consumidor ainda estiver cumprindo carências).	90% Todas, menos a Bio Vida.

¹ Agr – RE 271.286–8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12/ 9/ 2000.

(continua)

Restringe o número de sessões com nutricionista, terapeuta ocupacional, fonoaudiólogo e psicoterapeuta.	90% Todas, menos a Ecolé.
Exclui a cobertura de medicamentos para manutenção de transplantes de rim, córnea e medula.	60% Dix, Bio Vida, Golden Cross, Santamália, Trasmontano e Universal.
Exclui a assistência médica domiciliar (<i>home care</i>).	60% Amil, Dix, Ecolé, Santamália, São Cristóvão e Trasmontano.
Exclui ou limita a cobertura de problemas de saúde decorrentes do uso de substâncias químicas (álcool, cigarro e outras drogas).	60% Amealplan, Bio Vida, Dix, Ecolé, São Cristóvão e Universal.
Exige autorização prévia da operadora ou apresentação de boleto pago para atendimentos de urgência/emergência.	30% Dix, São Cristóvão e Trasmontano.
Permite que a operadora exija que o consumidor faça exame ou perícia médica no momento da contratação.	70% Amealplan, Amil, Dix, Golden Cross, Santamália, São Cristóvão e Trasmontano.
Limita a transferência do consumidor para outros planos.	50% Amealplan, Amil, Bio Vida, São Cristóvão e Trasmontano.
Considera que a aplicação do CDC é subsidiária à Lei de Planos de Saúde e/ou às normas da ANS.	40% Amealplan, Amil, Biovida e Dix.
Determina que o consumidor deve indenizar a operadora caso ela seja obrigada judicialmente a cobrir procedimento não previsto em contrato.	20% Amil e Dix.
Impossibilita ou dificulta a inclusão de dependentes.	20% Bio Vida e Ecolé.
Autoriza reajustes em desacordo com o índice estipulado pela ANS sem explicação clara.	10% Bio Vida.
Estabelece cobertura de exames e outros procedimentos apenas quando solicitados por médicos da rede credenciada.	10% Ecolé.
Prevê que as internações sejam feitas de preferência, em hospitais da rede própria.	10% São Cristóvão

Fonte: Planos excludentes (2013, p. 23)

As práticas abusivas, para os doutrinadores, são aquelas que extrapolam a normalidade no exercício da prestação de serviço entre o fornecedor e o consumidor. E enfrentar a cláusula abusiva nos contratos é a grande batalha a ser travada pelos consumidores no campo das prestações dos serviços médicos. (FRANÇA, 2013, p. 81).

É pertinente ressaltar que muitos dos procedimentos listados na tabela acima estão amparados pelo consentimento e aprovação da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) que não fez as devidas alterações na Resolução nº 8/1998. Como, por exemplo, pode-se citar a determinação de que o atendimento de urgência/ emergência seja feito por apenas 12 horas caso o consumidor ainda esteja cumprindo carência, estando em desacordo com a Lei nº 9.656/1998, que estipula o prazo de carência em 24 horas após a contratação do plano; e, passado esse período, o atendimento deverá ser integral, na medida da necessidade do paciente e também com o CDC (Código de Defesa do Consumidor).

Além de que a permissão para que o consumidor faça exame ou perícia médica no momento da contratação contraria o artigo 11º da Lei de Planos de Saúde e fere o direito à intimidade, garantidos pela Constituição Federal.

Ainda neste aspecto, o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS encontra-se incompatível com o da OMS (Organização Mundial da Saúde), que tem previsão, este último, na Lei dos Planos de Saúde, nº 9.656/1998.

Entretanto, não restam dúvidas de que tais permissões são ilegais. Primeiro, por hierarquia das normas jurídicas, pois a Lei de Planos de Saúde é uma Lei Ordinária e as normas editadas pela ANS são resoluções. Segundo, por ferir o princípio da Dignidade da Pessoa Humana coloca em risco o bem jurídico maior, a vida. E, por fim, por frustrar o princípio da boa-fé objetiva que deve estar presente em todos os contratos conforme artigo 51º do Código de Defesa do Consumidor.

É válido acentuar que os problemas com as operadoras de planos de saúde suplementar não pa-

ram de aumentar. A ANS, por meio de seu canal de atendimento aos beneficiários, analisou as reclamações do período que compreende entre 19/09/2013 e 18/12/2013 e foram feitas 17.599 reclamações sobre 523 planos de saúde. Declara, ainda, que é o maior número de reclamações desde que o sistema de monitoramento foi implantado, além de um aumento de 16% em relação ao ano anterior. Devido ao descumprimento do prazo de atendimento estipulado com a entrada em vigor da RN 259, em fevereiro de 2014 a ANS suspendeu a comercialização de 111 planos de saúde de 47 diferentes operadoras e 10 tiveram a comercialização total de seus planos detidos.

Porém, mesmo com a suspensão da comercialização dos planos, há reincidência de 25%, ou seja, o número de reincidência “é alarmante e demanda medidas mais severas e eficazes pela ANS para a garantia da cobertura assistencial ao consumidor”, segundo a advogada do Idec Joana Cruz (IDEC, 2014).

Causa espécie saber que o órgão regulador responsável pelo setor de planos de saúde no Brasil, cuja missão é “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde” (ANS, 2014) adote posturas que vão contra o próprio interesse público, os preceitos fundamentais constitucionais e a equidade das relações de consumo, além de não fiscalizar de maneira adequada e eficiente as operadoras de planos de saúde e manter-se inerte diante de tal situação, privilegiando interesses privados de planos de saúde.

A lastimável realidade presente na judicialização da saúde no Brasil é um problema social, cultural e jurídico, visto que não é apenas uma ação judicial para resolução de um interesse controvertido, mas, sim, uma violação aos direitos fundamentais, uma supressão da dignidade da vida humana. Pode-se dizer que viola até mesmo a liberdade do homem, porque o beneficiário do plano de saúde encontra-se em uma relação de submissão em face das operadoras dos planos de saúde, sem poder escolher, totalmente dependente da autorização e custeio do procedimento pelo plano, tendo sua saúde e vida comprometidas, por interesses bem menores do ente privado, quer

sejam, diminuir despesas e conseqüentemente auferir maior lucro, quer sejam por se resguardarem nas burocracias da comprovação de eficiência e eficácia do procedimento para se prevenir de eventuais infortúnios.

Para consolidar tal crítica, uma reportagem apresentada pelo Jornal Record News, no dia 21/03/2014 às 22 horas e 45 minutos, com o tema² “Reclamações contra planos de saúde crescem 31% em um ano”, destaca um drama da realidade brasileira acerca da recusa de planos de saúde em cumprir as próprias obrigações. A notícia informa que uma família em São Paulo possui processo judicial há anos para cobrar o plano de oferecer o que a justiça já determinou.

O caso divulgado foi de um paciente, cliente do plano de saúde, que não deveria ter tido alta hospitalar; contudo, como a operadora não repassou o dinheiro da internação, ele foi obrigado a se retirar e ainda fora-lhe cobrado uma dívida de R\$70.000,00. A partir disso, obteve uma ordem judicial para que fosse montada uma estrutura de atendimento domiciliar, chamada de *home care*, que estava prevista em contrato; porém, novamente, não foi cumprida pela operadora do plano de saúde, mesmo com os pagamentos mensais em dia, no valor de R\$1.700,00.

O entrevistado, Vagner Lemos, informa que o valor pago mensalmente ao plano privado, considerado relevante para que o paciente em questão tenha uma “vida digna”, é maior do que o valor do aluguel de sua residência.

Dessa forma, observa-se que inclusive familiares e pessoas próximas dos consumidores dos planos de saúde se apoiam e confiam no princípio da boa-fé objetiva, na esperança de que, ao contratar um plano de saúde, terão o princípio da dignidade humana garantido. O que deveria ser garantido pelo Estado de forma gratuita, passa a ser oferecido por pessoas jurídicas privadas, de forma onerosa, frustrando a justa expectativa da sociedade.

Somado a isso, a matéria jornalística informa

² <http://noticias.r7.com/videos/reclamacoes-contr-planos-de-sau-de-crescem-31-em-um-ano/idmedia/532cdb1a0cf2e8e708ce-4d5f.html>

ainda que o número de reclamações contra planos de saúde cresceu 31% em um ano junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar, embora a ANS não acredite haver aumento de problemas, mas, sim, um aumento de confiança do consumidor no trabalho da agência reguladora, segundo Denise Domingos, especialista em regulação da ANS.

Já na visão do Promotor de Justiça, Arthur Pinto Filho, também entrevistado, o que ocorre é que o número de indivíduos aderentes aos planos de saúde nos últimos dez anos aumentou e as operadoras não se adequaram, ou seja, não criaram mais hospitais, novos leitos e também não fizeram investimentos necessários. E com a mesma rede que atendia um número determinado de pessoas, passaram a atender uma quantidade superior.³

É evidente que a opinião do promotor pareça mais racional e fundamentada do que o simples argumento da analista da agência, que preferiu, dissimuladamente, aparentar não saber qual é a realidade enfrentada pelos consumidores na justiça. Afinal estaria a ANS cumprindo com sua missão, devido aos questionamentos e dados levantados, ou apenas beneficiando aqueles dos quais ela deveria nos proteger de abusos?

Será que nós, sociedade brasileira, beneficiários de planos de saúde temos a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana honrada no direito ao acesso à saúde? Ou temos que nos valer do poder judiciário para coibir ilicitudes e garantir real e efetivo cumprimento da boa-fé objetiva esperada nos contratos das relações de consumo? E estes últimos estão garantindo tal direito? A resposta encontra-se nos julgados que serão analisados adiante.

Além dessa complexa problemática que envolve o campo da saúde privada no Brasil, a garantia ao acesso a tratamentos médicos experimentais mostra-se como uma grande questão a ser enfrentada pelo direito e pela sociedade, uma vez que nem os procedimentos obrigatórios positivados são cumpridos, quão menos ainda os excetuados, tratamentos

experimentais, conforme inciso I do artigo 10º da Lei nº 9.656/1998, verbis:

É instituído o plano—referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico—ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: I — tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

Os tratamentos experimentais não são procedimentos de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, do ponto de vista legal, haja vista o artigo 10º da Lei de Plano de Saúde acima mencionado, e também nos contratos de adesão dos planos de saúde que, quase na totalidade, possuem cláusulas que estipulam a não cobertura de tratamentos experimentais, fazendo lei entre as partes. Entretanto, não é o entendimento que prevalece no Brasil, pois o STJ e o STF e os tribunais de primeira instância firmam jurisprudência no sentido de que prevalece a garantia constitucional fundamental do direito à saúde e à dignidade da pessoa humana sobre qualquer outro fundamento ou interesse, seja de ordem econômica ou contratual.

Segundo entendimento do STJ, por meio da Ministra Maria Isabel Gallotti, o conceito de tratamento experimental é “aquele em que não há comprovação médico—científica de sua eficácia”.⁴

No mesmo sentido, o STF, por meio do Ministro Gilmar Mendes, entende que “é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia)”.⁵

³ <http://noticias.r7.com/videos/reclamacoes-contras-planos-de-saude-crescem-31-em-um-ano/idmedia/532cdb1a0cf2e8e708ce4d5f.html>

⁴ Resp 1320805/SP voto da Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 05/12/2013, Quarta Turma, DJE de 17/12/2013.

⁵ **STA 175—AgR**, voto do Rel. Min. Presidente **Gilmar Mendes**, julgamento em 17/3/2010, Plenário, **DJE** de 30/4/2010

Portanto, se o tratamento experimental é aquele em que não há comprovação médico-científica de sua eficácia, para determinada doença, e para o uso de medicamento ou procedimento é necessário que o mesmo seja aprovado, de um modo geral, pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e pelo CFM (Conselho Federal de Medicina) e, uma vez aprovado e reconhecido pela comunidade médica, ninguém melhor do que o médico que assiste o paciente para saber quais medicamentos ou procedimentos serão mais eficazes para seu tratamento.

O profissional médico é o perito capaz de analisar e identificar, após a história do paciente e exame clínico (anamnese), acrescentados dos exames complementares e de sua experiência profissional, se é viável ou não o uso de determinada farmacologia e/ou procedimento terapêutico, afinal, ele está, tecnicamente, apto para curar e prolongar vidas, devendo-se empenhar para que seu paciente responda com uma resposta positiva à terapêutica e não pereça.

A justificativa milenar, presente no Juramento de Hipócrates, refere-se às palavras ditas pelo médico:

Eu juro, por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: [...] Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém (CREMESP, 2014).

E o Código de Ética Médico veda “Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto” (FRANÇA, 2013, p. 580). Portanto, não cabe às operadoras dos planos de saúde dizer qual tratamento será melhor empregado ao caso concreto, mas cabe exclusivamente ao médico e ambos devem zelar pela dignidade do paciente.

Existe uma grande dificuldade por parte desses profissionais de trabalharem com autonomia. As operadoras de planos de saúde e de seguro saúde, empregadoras ou tomadoras de serviço dos profissio-

nais médicos, restringem o número de exames, prescrição de determinados medicamentos ou utilização de determinados procedimentos, devido ao alto custo, objetivando cortar gastos ou despesas. Essas restrições vão desde a intervenção, insinuações de altas precoces, restrições na hora de prescrever (FRANÇA, 2013, p. 105), chegando ao ponto de as operadoras divulgarem no pagamento da produção mensal do médico qual é o custo de seus procedimentos comparado com os dos demais colegas, com o intuito de coibir tais médicos de os solicitarem novamente. Em se tratando ainda de cooperativas, costuma-se colocar essas restrições no regimento interno. (FERNANDES, 2000, p. 11).

Além de tais medidas afrontarem o Código de Ética Médica, o qual estipula que “Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente” (Princípios Fundamentais XVI), o médico que deixar de prescrever o procedimento extremamente importante para o diagnóstico, considerado como “não eletivo”, ainda que este não esteja previsto no rol de cobertura do plano de saúde, ocorrem em falta grave, até mesmo em crime (FERNANDES, 2000, p. 12).

O Conselho Regional de Medicina (CREMESP, 2014) posicionou-se a respeito disso respondendo à Consulta de número 3.369/89,

Restringir exames complementares é conduta comum utilizada pelas instituições intermediadoras do trabalho médico, principalmente as Medicinas de Grupo, que visam com esta medida diminuir custos e aumentar lucros. Tal prática deve ser combatida pelo Cremesp em defesa de uma medicina livre das ingerências mercantilistas.

Observamos, portanto, que é inconcebível qualquer prática que afronte a dignidade da pessoa humana, seja pela via direta, violando normas cons-

titucionais e infraconstitucionais ou, pela via oblíqua, através da não observância da boa-fé objetiva.

Neste sentido, foram analisados todos os resultados de pesquisa realizada com o tema “Tratamento Experimental”, no STF, e todos os acórdãos do STJ acrescentados das decisões monocráticas dos meses de março de cada ano, e não tendo julgados nesse sentido no referido mês, observou-se o mês mais próximo do início daquele ano, no período amos-tral de 2006 até março de 2014.

Quadro 2. Acórdãos do STJ Pesquisados com o Tema “Tratamento Experimental”

Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça	
Julgados Encontrados na Pesquisa	Posicionamento do Tribunal
AgRg no AREsp7865/RO-02/2014.	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
HC13527/SP-12/2013.	Operadora Não Figura no Polo / Não Trata do Tema
	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AgRg no REsp1391509/MG-11/2013.	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AgRg no AREsp345433/PR-08/2013.	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AgRg no REsp1138643/RS-04/2013.	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental

Fonte: (BRASIL, STJ, 2014)

Quadro 3. Decisões Monocráticas do STJ Pesquisados com o Tema “Tratamento Experimental”

(continua)

Decisões Monocráticas do Superior Tribunal de Justiça	
Julgados Encontrados na Pesquisa	Posicionamento do Juízo
AREsp 479242 – 03/2014	Operadora Não Figura no Polo / Não Trata do Tema
AREsp 402225 – 03/2014	Operadora Não Figura no Polo / Não Trata do Tema
AREsp 352857 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 476124 – 03/2014	Operadora Não Figura no Polo / Não Trata do Tema

(continua)

AREsp 475845 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 384723 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 357956 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 297453 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 449900 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 408852 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 372676 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 372563 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 363205 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 361552 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 352826 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 328544 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 326600 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 326596 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 325910 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 314516 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
RHC 036374 – 03/2014	Operadora Não Figura no Polo / Não Trata do Tema
AREsp 191075 – 03/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 301120 – 03/2013	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AgRg no AREsp 190296-03/2013	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 273763 – 03/2013	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 278021 – 03/2013	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 164654 – 03/2013	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 289060 – 03/2013	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
REsp 1363068 – 03/2013	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 294300 – 03/2013	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental

(conclusão)

AREsp 094403 – 03/2012	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 065613 – 03/2012	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AREsp 082513 – 03/2012	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
REsp 1236709 – 03/2011	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
Ag 1375377 – 03/2011	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
REsp 1237259 – 03/2011	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
Ag 1355772 – 03/2011	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
Ag 1355527 – 03/2011	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
Ag 1268363 – 03/2010	Operadora Não Figura no Polo / Não Trata do Tema
Ag 1263854 – 03/2010	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
Ag 1257841 – 03/2010	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
REsp 1168165 – 03/2010	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
REsp 1061307 – 03/2009	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
REsp 1071473 – 03/2009	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
Ag 978050 – 03/2008	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
Ag 971631 – 03/2008	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
Ag 967307 – 03/2008	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AgRg no REsp 798452 – 03/2008	Operadora Não Figura no Polo / Não Trata do Tema
REsp 929054 – 05/2007	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental

Fonte: (BRASIL, STJ, 2014)

Quadro 4. Acórdãos do STF Pesquisados com o Tema “Tratamento Experimental”

Acórdãos do Supremo Tribunal Federal	
Julgados Encontrados na Pesquisa	Posicionamento do Tribunal
ARE 734877AgR/PA10/2013	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
ADI 3510 / DF–05/2008	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema

Fonte: (BRASIL, STF, 2014)

Quadro 5. Decisões Monocráticas do STF Pesquisados com o Tema “Tratamento Experimental”

(continua)

Decisões Monocráticas do Supremo Tribunal Federal	
Julgados Encontrados na Pesquisa	Posicionamento do Juízo
ARE 789382 / MG–01/2014	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema
ARE 796853 / RS–03/2014	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema
ARE 796855 / RS–03/2014	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema
ARE 789382 / MG–01/2014	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
ARE 775199 / MG–11/2013	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
ARE 654049 / MG–03/2013	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema
AI 830208 / RJ–12/2012	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema
ARE 695899 / PR–08/2012	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema
AI 818965 / SP–06/2012	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
ARE 676273 / MS–03/2012	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
RE 629574 / RJ–02/2012	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema
ARE 665373 / MG–12/2011	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AI 831238 / SP–11/2012	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
RE 575179 / ES–10/2011	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema
AI 780313 / SE–09/2011	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
RE 612474 / DF–08/2011	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AI 783156 / RS–08/2011	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AI 813063 / RS–08/2011	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
ARE 638519 / PA–04/2011	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AI 739769 / SC–04/2011	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
AI 830202 / SP–12/2010	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
RE 575361 / PR–12/2010	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema
RE 421402 / DF–05/2010	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema

AI 794538 / MG-04/2010	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
RE 354395 / SP-03/2010	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema
AI 748103 / DF-05/2009	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema
RE 595507 / MG-04/2009	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema
RE 586746 / DF-09/2008	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema
AI 651743 / MA-06/2007	Argumento Favorável ao Tratamento Experimental
RE 498567 / DF-07/2006	Operadora Não Figura no Pólo / Não Trata do Tema

Fonte: (BRASIL, STF, 2014)

Ainda que não haja leis positivadas favoráveis sobre o assunto, a jurisprudência dominante dos tribunais extraordinários, STJ e STF, é objetiva e veemente e não hesita a respeito dos tratamentos experimentais. Afinal poderia o Brasil seguir em sentido oposto ao de sua norma constitucional constituída de regras e princípios? Ir contra aos tratados internacionais dos quais é signatário? Apenas sob o pretexto de enriquecimento ou engessamento do dinâmico universo jurídico, das mudanças sociais, que há tanto tempo caminha na direção certa, digna e honrosa, não somente o Estado, mas também todos os particulares primar pela solidariedade e fraternidade, humanização, dignidade, vida e liberdade? A resposta correta e óbvia é não.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, já em seu artigo 1º destaca os dois pilares da dignidade humana: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

Sempre que se cuida do tema da dignidade humana é lembrada a afirmação kantiana de que: “o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.” (KANT, 2004, p. 58).

As operadoras argumentam a seu favor alegando que o rol dos procedimentos cobertos pelos

planos de saúde está de acordo com o estabelecido pela ANS, estando, portanto, excetuados os tratamentos experimentais, motivo pelo qual não o garantem. Além de que nos contratos celebrados com os consumidores há cláusulas que prevejam a não cobertura de qualquer terapêutica de caráter experimental.

O entendimento dos tribunais superiores, conforme julgados acima e apresentados, é predominantemente favorável aos tratamentos experimentais, em assegurar o cumprimento do princípio da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, o voto da ministra Maria Isabel Galotti⁶ no AgRg no AREsp 7865–RO–2011:

No caso em exame, a UNIMED, ora agravante, não nega a cobertura para o tratamento de câncer, doença diagnosticada na autora da ação, mas se nega a fornecer a medicação prescrita sob a alegação de que não existe indicação na bula ou em seu registro na ANS para o tratamento das referidas moléstias, motivo pelo qual conclui que se trata de tratamento experimental.

Diante disso e sendo certo que o contrato celebrado entre as partes previa a cobertura para o tratamento pretendido pela autora da ação, é a abusiva a negativa da operadora do plano de saúde de fornecimento dos medicamentos prescritos pelo médico que assiste o paciente, nos termos da consolidada jurisprudência deste Tribunal sobre o tema. (...) Nesse sentido, parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde é responsável pela orientação terapêutica. [...] A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao

⁶ AgRg no AREsp 7865–RO voto da Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 20/02/ 2014, Quarta Turma, DJE de 05/03/2014

procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor.

É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada. Precedentes do STJ.

Os argumentos apresentados pelo judiciário são no sentido de que Tratamento experimental é aquele em que não há comprovação médica-científica de sua eficácia, e não o procedimento que, a despeito de efetivado com a utilização de equipamentos modernos, é reconhecido pela ciência e escolhido pelo médico como o método mais adequado à preservação da integridade física e ao completo restabelecimento do paciente. A operadora do plano de saúde apenas pode estabelecer quais enfermidades o plano irá cobrir, mas não o procedimento a ser utilizado para o tratamento das mesmas, tratando-se de cláusulas abusivas aquelas que limitam o meio empregado para combater a patologia. Deve o plano de saúde privado ou empresarial custear e oferecer todos os meios necessários para o tratamento da doença; e se, por ventura, causar lesão, seja física, material, ou psicológica, abalo moral, ou seja, dano extrapatrimonial ao paciente, deverá indenizá-lo na proporção do prejuízo.

Portanto, é inconcebível que seja admitida ponderação de valores onde o princípio da dignidade da pessoa humana e todo o seu desdobramento sejam deixados de lado e prevaleça qualquer outro interesse que não o da coletividade e o individual intimamente ligado à vida do homem.

As empresas que prestarem os serviços privados de saúde e estipulem em contratos padronizados vedações a certos tratamentos e medicamentos cuja bula preveja indicação que contrarie a prescrição médica, como é o caso do uso do Mabthera, um antineoplásico indicado para o tratamento dos linfomas não-Hodgkin indolentes de células B, mas usualmente prescrito a portadores de artrite reumatoide. Em razão de resultados práticos satisfatórios, dentre vários outros exemplos, serão compelidas a garanti-los pelo

poder judiciário. Isso porque o judiciário pátrio já se pronunciou no sentido de que a ANVISA, ao se posicionar sobre o uso *off label* de medicamentos, ressalta que, quando um medicamento é aprovado para uma determinada indicação, isso não implica que esta seja a única possível, ou seja, que o uso do medicamento se restrinja a essa única indicação. Outras indicações podem estar ou vir a ser estudadas, as quais, submetidas à ANVISA quando terminados os estudos, poderão ser aprovadas e passar a constar da bula⁷ e no sentido favorável aos demais tratamentos experimentais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observamos que é comum o entendimento nos Tribunais Superiores, STJ e STF, de que o Direito à Saúde está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. É notório nos fundamentos das decisões que aos planos de saúde privados cabe estabelecer quais as doenças cobertas pelo convênio e não o tratamento indicado, pois este encerra aferição que ao médico incumbe fazer.

Verificamos, ainda, que independentemente de constar ou não no rol da ANS, o procedimento como tratamento para a doença específica – se o mesmo for, ao menos, potencialmente satisfatório no resultado –, cabe ao convênio realizar o que for necessário para concretizá-lo, não podendo eximir-se da obrigação de dar e de fazer sob a alegação de cláusula limitadora no contrato, pois, segundo o Código de Defesa do Consumidor, a interpretação deve ser favorável ao paciente, e este, não pode ter sua justa expectativa frustrada, nem seu direito fundamental violado, garantido pela Carta Magna.

Além disso, todos os julgados analisados que trataram sobre o tema, em diversos estados da federação, foram favoráveis aos tratamentos, assegurando a dignidade aos pacientes e ainda arbitrando indenizações por danos morais sofridos, em alguns casos,

⁷ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 990.10.056139, Relator Beretta da Silveira, julgado em 13/04/10.

devido à escusa de cobertura dos procedimentos por parte da operadora do plano de saúde.

Em resposta aos questionamentos levantados no presente trabalho, é evidente que a República Federativa do Brasil, por meio de órgão judiciário, busca suprir a falta de políticas públicas na área da saúde, corrigir as irregularidades não corrigidas ou criadas pela ANS e dar efetividade ao acesso à saúde nos planos de saúde privado e empresariais no que tange a tratamentos experimentais, bem como na garantia da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva, declarando nulas de plano direito as cláusulas contratuais abusivas.

Ademais, coube constatar que, em nenhuma hipótese. Deve prevalecer, sob qualquer argumento, seja econômico, financeiro ou até mesmo contratual, a recusa do direito à saúde e à dignidade da pessoa humana, estando, assim, em consonância com a preservação do maior bem jurídico, a vida.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. **Quem somos:** missão. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça – STJ. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2014

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Consulta n. 3.369/89.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/1989/3369_1989.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CREMESP. **Missão, visão e valores.** Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

FERNANDES, B. **O Médico e seus direitos:** como lidar com situações de impasse no dia-a-dia. São Paulo: Nobel, 2000.

FRANÇA, G. V. **Direito médico.** 11. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDEC. **ANS suspende comercialização de 111 planos de saúde.** Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/ans-suspende-comercializacao-de-111-planos-de-saude>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINAYO, M. C. S. **Pesquisa social:** teoria, método e criatividade. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

PLANOS excludentes. **Revista do IDEC**, n. 173, p. 22–25, fev. 2013.

Recebido em: 31 de março de 2014

Aceito em: 26 de maio de 2014