

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1ª Procuradoria de Justiça junto à 26ª Câmara Cível

Processo nº 0058212-77.2021.8.19.0000

Agravo de Instrumento

Agravante: L.K.C.S.

Agravado: B.S.

Relator: DES. ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE, DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. INTERNAÇÃO PSQUIÁTRICA. HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE. TRANSTORNOS PSQUIÁTRICOS. TUTELA DE URGÊNCIA VISANDO AO AFASTAMENTO DA CLÁUSULA DE COPARTICIPAÇÃO DE 50% A PARTIR DO 31º DIA DE INTERNAÇÃO POR ANO. ABUSIVIDADE. NULIDADE. CONSUMIDOR EM DESVANTAGEM EXAGERADA. RESTRIÇÃO DE DIREITO INERENTE À NATUREZA DO CONTRATO E AO OBJETO. EXIGÊNCIA EXCESSIVAMENTE ONEROSA PARA O CONSUMIDOR. DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS TIPOS DE PATOLOGIA QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA IGUALDADE. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. MÁXIMA EFETIVIDADE. EFICÁCIA HORIZONTAL. VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E RETROCESSO. INEXISTÊNCIA DE FUNDADO RISCO DE IRREVERSIBILIDADE DO DANO EM RELAÇÃO AO PRESTADOR DO SERVIÇO. NÃO INCIDÊNCIA DA TESE FIXADA PELO STJ NO TEMA Nº 1.032 POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. *DISTINGUISHING*. ART. 489, § 1º, VI, DO CPC, APLICADO A CONTRÁRIO SENSU. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO EXIGIDA NA CLÁUSULA CONTRATUAL. PREVISÃO EXPRESSA INCOMPLETA. CONTRATO DE ADESÃO QUE EXIGE INFORMAÇÃO CLARA AO CONSUMIDOR QUE NÃO FOI OBSERVADA. PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO COM O DEFERIMENTO DA TUTELA PARA AFASTAR, POR ORA, A COBRANÇA DA COPARTICIPAÇÃO. SUBSIDIARIAMENTE, OPINA PELA PROIBIÇÃO DE COBRANÇA ANTES DO TÉRMINO DA INTERNAÇÃO.

*Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,*

Trata-se de agravo de instrumento interposto por L.K.C.S., representada por seu marido, nos autos da ação de obrigação de fazer cumulada com declaratória de

nulidade de cláusula contratual, nº 0021432-90.2021.8.19.0210, deflagrada em face da operadora de saúde, visando à reforma da decisão inserta no doc. 000012 do Anexo 1, que indeferiu pedido de tutela provisória de urgência. Objetiva a autora, ora agravante, seja a ré compelida a custear a internação psiquiátrica a que está submetida, afastando-se a cláusula de coparticipação após o decurso do 30º dia de internação.

Eis a decisão recorrida:

Trata-se de pedido de tutela de urgência formulado em obrigação de fazer, objetivando compelir a ré ao custeio do tratamento médico a que está submetida a autora, considerando a exigência formulada pelo plano de saúde do pagamento de metade do valor da diária, a título de coparticipação, já que ultrapassado o prazo de 30 (trinta) dias de internação, o que a demandante alega não ter condição de pagar.

Embora não descrito expressamente na inicial, que não veio acompanhado do contrato celebrado entre as partes, entende-se que o plano de saúde da autora é do tipo coparticipativo, a ensejar o rateio das diárias de internação após ultrapassado o prazo descrito no contrato. O ponto a ser dirimido, portanto, é quanto à legalidade de tal exigência.

Sobre o tema, há decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.809.486/SP), em sede de Recurso Especial de Controvérsia, definindo a inexistência de abusividade da cláusula de coparticipação, nos termos da ementa abaixo colacionada:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 1036 E SEQUINTE DO CPC/2015 - AÇÃO DE COBRANÇA EM REGRESSO - PROCEDÊNCIA DA DEMANDA, NA ORIGEM, ANTE A ENTÃO REPUTADA ABUSIVIDADE NA LIMITAÇÃO DE COBERTURA APÓS O TRIGÉSIMO DIA DE INTERNAÇÃO PSQUIÁTRICA - INSURGÊNCIA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE VOLTADA À DECLARAÇÃO DE LEGALIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL DE PLANO DE SAÚDE QUE ESTABELECE O PAGAMENTO PARCIAL PELO CONTRATANTE, A TÍTULO DE COPARTICIPAÇÃO, NA HIPÓTESE DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR SUPERIOR A 30 DIAS DECORRENTE DE TRANSTORNOS PSQUIÁTRICOS. 1. Para fins dos arts. 1036 e seguintes do CPC/2015: 1.1 Nos contratos de plano de saúde não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente ajustada e informada ao consumidor, à razão máxima de 50% (cinquenta por cento) do valor das despesas, nos casos de internação superior a 30 (trinta) dias por ano, decorrente de transtornos psiquiátricos, preservada a manutenção do equilíbrio financeiro. 2. Caso concreto: Inexistindo limitação de cobertura, mas apenas previsão de coparticipação

decorrente de internação psiquiátrica por período superior a 30 dias anuais, deve ser afastada a abusividade da cláusula contratual com a consequente improcedência do pedido veiculado na inicial. 3. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.809.486 - SP (2019/0106488-1) - RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI).

Assim, considerando a necessidade de observância, pelo juízo, dos acórdãos dos tribunais superiores em sede de recursos repetitivos, nos termos do art. 927, III do CPC, sendo certo que não se vislumbra abusividade da cláusula contratual que estipula a coparticipação do usuário em hipóteses de internação por prazo superior a 30 (trinta) dias, INDEFIRO a tutela de urgência.

Em suas razões recursais (doc. 000002), a agravante pugna pelo deferimento da tutela provisória, com o fim de assegurar a manutenção de sua internação psiquiátrica na Clínica da Gávea, sem a cobrança da coparticipação. Sustenta a agravante que a continuidade de seu tratamento é imprescindível, como registrado no laudo médico anexado aos autos, e que não possui condições de arcar com os custos da coparticipação, ressaltando que tal fato acarretará a desinternação com severos riscos à sua própria vida. Afirma ser abusiva a cláusula contratual que prevê a coparticipação após o 30º dia, asseverando que estão presentes os requisitos autorizadores do deferimento da tutela provisória de urgência pleiteada.

Decisão proferida pelo Ex. Des. Relator, inserta no doc. 000023, indeferindo o pedido de tutela recursal pleiteado, por considerar que a questão foi submetida ao rito dos recursos repetitivos (Tema nº 1.032 do STJ), tendo o julgado reconhecido a legalidade da cláusula de coparticipação para a internação psiquiátrica quando expressamente ajustada e informada ao consumidor.

Inconformada, a agravante interpôs Agravo Interno, inserto no doc. 000037, objetivando a reforma da decisão, afirmando que o Tema nº 1.032 não se aplica ao caso em tela, uma vez que o representante da agravante apenas teve conhecimento da necessidade de coparticipação quando da cobrança realizada após o 30º dia de sua internação. Alega, ademais, que não foi fornecida ao seu representante ou à Defensoria Pública a cópia do contrato celebrado entre o empregador e o agravado, desconhecendo os termos da contratação.

Contrarrazões apresentadas no doc. 000045, por meio das quais a parte ré pugna pelo desprovisionamento do recurso interposto, invocando, em apertada síntese, resolução normativa da ANS e a aplicação da tese firmada no Tema nº 1.032 do STJ, a qual afastaria, segundo afirma, a probabilidade do direito.

É o breve Relatório.

DAS CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE

O agravo de instrumento é tempestivo. Satisfeitos, igualmente, os demais requisitos necessários à admissibilidade do recurso em espécie, previstos no art. 1.016 do Código de Processo Civil.

NO MÉRITO

Trata-se, na origem, de ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela provisória de urgência, por meio da qual a autora, internada na Clínica da Gávea, desde o dia 25/06/2021, com quadro de humor deprimido, desânimo, angústia, comportamento impulsivo, com diversas tentativas de suicídio, uso abusivo de álcool, episódios de automutilação e baixa tolerância à frustração (enquadrados como transtorno depressivo recorrente somado a transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool – CID F33 + F10), pleiteia seja a ré condenada a custear a manutenção de sua internação psiquiátrica na referida clínica, de forma a possibilitar a continuidade de seu tratamento, sem qualquer cobrança de coparticipação. Requer, ainda, o ressarcimento de eventuais despesas com o pagamento de diárias, além de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00.

Afirma a parte autora que a empresa ré passou a exigir o pagamento de coparticipação no percentual de 50% do valor da diária, a partir do 31º dia de internação, e que sua família não possui condições financeiras de arcar com esse custo, o que inviabilizará a continuação do seu tratamento, com severos riscos à sua vida, como assegurado no laudo médico subscrito pela médica que a assiste.

A decisão vergastada indeferiu a tutela provisória de urgência pleiteada pela parte autora, invocando a tese firmada no Tema nº 1.032 do Egrégio STJ.

01 - Tutela de urgência

Com efeito, a questão recursal cinge-se em saber se há a presença, ou não, dos requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência quanto ao direito alegado pela autora, ora agravante: violação das regras previstas no Código de Defesa do Consumidor por parte do réu no tocante à cobrança de contraprestação de 50% após o 30º dia, por ano, de internação hospitalar, quando decorrente de patologia psiquiátrica.

De acordo com o art. 300 do CPC, o juiz poderá conceder a tutela provisória de urgência, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito alegado, vale dizer, o *fumus boni iuris*, e o perigo de dano ou o risco à utilidade do processo.

Acerca do tema, esclarece Fredie Didier Jr, Paula Braga e Rafael de Oliveira (2016, p 608-609)¹ que “[...] é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de

¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Alexandre A. *Curso de Direito Processual Civil*. 11ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, v. 2, p. 608-609.

que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova.” Os autores acrescentam que “junto a isso deve haver uma plausibilidade jurídica, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos”.

Eis a norma em comento:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Nesse diapasão, não se exige, num primeiro momento, a apresentação de prova determinante e incontestável para a concessão da tutela antecipada, mas sim prova verossímil e satisfatória ao Juízo, suficiente para seu convencimento e que aponte para a existência do direito pleiteado.

Cabe trazer-se à baila, também, a diretriz da doutrina de Alexandre Câmara:²

Na cognição sumária busca-se um juízo de probabilidade, devendo o provimento a ser proferido afirmar, apenas e tão somente, que é provável a existência do direito, ou seja, que há fortes indícios no sentido de sua existência, convergindo para tal conclusão a maioria dos fatores postos sob o exame do juiz. [...] São diversas as hipóteses em que o juiz é chamado a emitir provimentos com base em cognição sumária, entre eles se destacando as medidas cautelares e a tutela antecipatória (CÂMARA, 2001, p. 244).

Feitas as considerações apresentadas, impõe-se o exame dos requisitos anunciados: De proêmio, o *fumus boni iuris* mostra-se evidente diante da gravidade do quadro da autora, atestado no laudo inserto no doc. 000016, fl. 24 do Anexo 1, *não contestado pela ré*. O ponto nevrálgico, portanto, está no exame da verossimilhança, vale dizer, da plausibilidade do direito alegado ante o conteúdo do Tema nº 1.032 do STJ, segundo o qual, *“nos contratos de plano de saúde não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente ajustada e informada ao consumidor, à razão máxima de 50% (cinquenta por cento) do valor das despesas, nos casos de internação superior a 30 (trinta) dias por ano, decorrente de transtornos psiquiátricos, preservada a manutenção do equilíbrio financeiro.”*

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001, p. 244.

02 - Da exigência de coparticipação

Cuida a presente hipótese de matéria afeta a plano de saúde, caso em que deve ser aplicada a lei regulamentadora das relações de consumo e que atribui a qualidade de consumidor à pessoa que usa o serviço como destinatário final, e de fornecedor ao seu prestador, especialmente o de natureza securitária (art. 2º e art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90), consoante o enunciado da súmula 608 da Corte Especial:

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.

Importante não se perder de vista que, para além da relação privada, o objeto do contrato em comento alberga prestações de saúde, indiscutivelmente, um direito fundamental assegurado na Constituição de 1988, que ganha maior força quando se trata da proteção do direito à saúde de pessoa em situação de vulnerabilidade, como se dá com o paciente com transtornos mentais, conforme já consolidado na jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal, ao resguardar a defesa do direito fundamental à saúde, em suas múltiplas dimensões, reconhecendo, *a fortiori*, a “necessidade de intervenção do Judiciário para a garantia de seu núcleo essencial, [...] sobretudo em benefício dos portadores de transtornos mentais, pessoas vulneráveis [...]”.³

Na mesma trilha, assevera o Ex. Min. Luiz Felipe Salomão, no voto lavrado em ação ajuizada em face de plano de saúde, que “[...] o direito à saúde, de segunda geração ou dimensão, é denominado direito humano fundamental, sendo a Constituição Federal de 1988 a primeira Carta Política nacional que formalmente assim declarou, conforme se extrai da leitura dos arts. 6º, 196 e 200.”⁴

Nesse ponto, ao examinar litígio igualmente envolvendo a prestação de saúde pelo particular, destaca-se o registro do Ex. Des. Arthur Narciso Oliveira Neto ao enunciar que “[...] a proteção à saúde não é apenas dever do Estado, estendendo-se como princípio ético, no qual se deve pautar o fornecedor de serviço que está interligado a esse direito fundamental. Desta maneira, incabível a invocação de qualquer norma que limite o direito fundamental à saúde, à integridade física ou mesmo à vida, diante do direito também fundamental e dos demais indissociável, que é o da dignidade da pessoa humana.”⁵

O reconhecimento do direito à saúde como direito social fundamental tem como corolário o dever de assegurar-lhe eficácia plena.

Relevante, ainda, não se olvidar que a lide versa sobre prestação de saúde privada decorrente de contrato de adesão coletivo.

³ ACO 1472- AgR, de relatoria do Exmº Ministro Ricardo Lewandowski.

⁴ In: RECURSO ESPECIAL Nº 1.848.372 - SP (2019/0091392-9).

⁵ Apelação nº 0147638-73.2016.8.19.0001 – 26ª Câmara Cível – Relator Des. Arthur Narciso Oliveira Neto.

Portanto, tratando-se de relação consumerista entre a autora e a ré, decorrente do contrato destinado à prestação de serviço de assistência à saúde, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, segundo impõe o art. 47 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, visando a resguardar esse que, nos contratos de adesão, é a parte mais vulnerável e hipossuficiente, principalmente quando se trata de salvaguardar a própria vida.

Desde logo deve ser pontuado, *in casu*, que o contrato de prestação do serviço de saúde não exclui a doença da autora, estando esta adimplente no tocante à sua obrigação, cabendo, portanto, à ré, em princípio, o cumprimento do objeto assumido, qual seja, o oferecimento *integral*, e não apenas pela metade, do tratamento necessário, prescrito e cabível à patologia encampada pela avença.

Ancorado nas premissas indicadas, conclui-se que a cláusula limitativa com a imposição de coparticipação correspondente a 50% do valor do tratamento, a ser conferido ao consumidor que se encontra em situação grave, se mostra abusiva. O bem aqui segurado é a saúde humana, sendo inviável a suspensão do tratamento prestado à parte autora.

A redução ou eliminação da responsabilidade da seguradora colocam o segurado em desvantagem exagerada, prejudicando o tão propalado equilíbrio contratual, que também deve ser examinado sob a ótica do consumidor, e viola a boa-fé, princípio informador dos contratos, principalmente diante da necessidade de continuação do tratamento por meio da internação. Por todas as razões expostas, a restrição do tratamento, quando indispensável à manutenção da vida do paciente, ofende frontalmente as normas que emergem dos arts. 51, IV e § 1º, incisos II e III, do Código de Defesa do Consumidor,⁶ e 422⁷ do Código Civil, considerando tratar-se de restrição inerente à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual.

Como já pontuado alhures, a patologia da parte autora não está excluída da cobertura pactuada entre as partes, inexistindo qualquer discussão acerca do tratamento prescrito ou mesmo indicação de outra diretriz disponível, menos onerosa, capaz de apresentar resultado visando à melhora da paciente.

Destarte, na linha das ideias aqui trazidas, e em observância à função social dos contratos, à boa-fé objetiva e à proteção à dignidade humana, deve ser reconhecido o direito da parte autora à continuação da internação, prescrita pelo médico assistente, sem a exigência da coparticipação, que, in casu, considerando o estado de vulnerabilidade e

⁶ Artigo 51, § 1º, inciso III, do CDC: Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] V - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...] § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: [...] III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

⁷ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

a inegável hipossuficiência⁸ da paciente demonstrada nos autos, representa, na prática, verdadeira negativa ao tratamento, configurando, pois, limitação excessiva – 30 dias por ano! – e abusiva porquanto discriminatória à patologia psiquiátrica.

Com efeito, a abusividade da limitação imposta pela ré e, *a fortiori*, a nulidade desta disposição, decorrem das normas insertas no art. 51 do CDC, a seguir transcritas:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[...]

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

Se o contrato é de prestação de serviços de saúde, sendo a fornecedora remunerada mensalmente para tanto, nada mais justo que o objeto do contrato abranja, sem limitações abusivas, os eventos que com ele se relacionem e visem a assegurar a saúde do consumidor, nela abarcada a sua qualidade de vida e dignidade.

⁸ O contracheque do marido da paciente, juntado à fl. 16 do anexo 1, fala por si só, já que incabível o custeio de 50% das diárias da internação.

Entender o contrário equivale a que descaracterizar a essência da avença, em detrimento do consumidor.

Não menos importante, o pleito autoral encontra guarida na garantia da máxima efetividade do direito fundamental à saúde (art. 1º, III e art. 5º, §1º, da CF), com alcance nas relações privadas por força da sua eficácia horizontal, amplamente reconhecida na hipótese de lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente quando se trata de relação privada entre um indivíduo em situação evidentemente vulnerável – com transtornos graves e riscos concretos à vida e à integridade física – e o detentor de poder econômico.

A teoria da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais deve ser aplicada de forma tanto mais intensa quanto maior for a situação de desigualdade entre a parte que tem seu direito fundamental violado e o ente privado agente desta violação, não se compreendendo uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade da pessoa não pudesse ser invocado nas relações das pessoas entre si, como leciona Jorge Miranda.⁹

Na mesma linha de ideias, Claudia Lima Marques assegura que *“os contratos de planos de assistência à saúde são contratos de cooperação, regulados pela Lei 9.656/98 e pelo Código de Defesa do Consumidor, onde a solidariedade deve estar presente, não só enquanto mutualidade (típica dos contratos de seguros, que já não mais são, ex vi a nova definição legal como ‘planos’), mas enquanto cooperação com os consumidores, enquanto divisão pragmática-objetiva e não subjetiva de sinistralidade, enquanto cooperação para a manutenção dos vínculos e do sistema suplementar de saúde, enquanto possibilidade de acesso ao sistema e de contratar, enquanto organização do sistema para possibilitar a realização das expectativas legítimas do contratante mais fraco[...]”*.

De há muito, o Excelso Pretório reconhece a força dos direitos fundamentais nas relações privadas, assegurando-lhes eficácia horizontal, *ex vi* do julgado a seguir colacionado, no qual, inclusive, se afastou regra de cunho discriminatório:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CÁLCULO DO VALOR DO BENEFÍCIO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DEVIDA POR ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA FECHADA. CONTRATO QUE PREVÊ A APLICAÇÃO DE PERCENTUAIS DISTINTOS PARA HOMENS E MULHERES. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. A isonomia formal, assegurada pelo art. 5º, I, CRFB, exige tratamento equitativo entre homens e mulheres. Não impede, todavia, que sejam enunciados requisitos de idade e tempo de contribuição mais benéficos às mulheres, diante da necessidade de medidas de incentivo e de compensação não aplicáveis aos homens. 2. Incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais,

⁹ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. t.4.

com prevalência das regras de igualdade material aos contratos de previdência complementar travados com entidade fechada. 3. Revela-se inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia (art. 5º, I, da Constituição da República), cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelece valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição. 5. Recurso extraordinário conhecido e desprovido. (RE 639138, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-250 DIVULG 15-10-2020 PUBLIC 16-10-2020).

Na mesma toada:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. *EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.* As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. *OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES.* A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. *O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e*

definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL (sic). ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal (sic). A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO STF-RE 201819/RJ, rel. Min. ELLEN GRACIE, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 11/10/2005, 2ª T., DJ 27/10/2006).

É dizer, interpretação integrada do arcabouço normativo pátrio conduz, inexoravelmente, à conclusão de que o contrato de adesão pactuado com o plano de saúde deve ser interpretado da forma mais favorável ao usuário, mitigando a amplitude da autonomia de vontade e o princípio vinculativo do pacto.

André de Carvalho Ramos,¹⁰ apoiado em precedentes da Corte Constitucional, explicita, com maestria, os conceitos que subjazem o dever de se conferir a máxima efetividade ao direito fundamental, a saber:

O critério da máxima efetividade exige que a interpretação de determinado direito conduza ao maior proveito do seu titular, [...]

¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, item 6.3.

já o critério da interpretação *pro homine* exige que a interpretação dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo. *Grosso modo*, a interpretação *pro homine* implica reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e, em sua interpretação ao caso concreto, na exigência de adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo [...], o critério da interpretação *pro homine* é encontrado em várias decisões judiciais, inclusive no Supremo Tribunal Federal. Para o Min. Celso de Mello, “os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. Aplicação, ao caso, do art. 7º, n. 7, c/c o art. 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano” (HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009). Na mesma linha do critério *pro homine*, há o uso do princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo, que defende a escolha, no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais) daquela que seja mais benéfica ao indivíduo. Por esse critério, não importa a origem (pode ser uma norma internacional ou nacional), mas sim o resultado: o benefício ao indivíduo. Assim, seria novamente cumprindo o ideal *pro homine* das normas de direitos humanos (RAMOS, 2013, item 6.3).

Decerto, ao estabelecer que as ações e serviços de saúde, ainda que prestados pela assistência suplementar em âmbito privado, guardam, pela sua própria natureza essencial, evidente relevância pública, a Constituição, no art. 197, conferiu-lhes proteção diferenciada, capaz de conformar a realidade. Assim, sob esse prisma, invoca-se a

Vedação da Proteção Deficiente como mais um fundamento capaz de reforçar a abusividade das cobranças de 50% das diárias de internação psiquiátrica, quando o número de dias ultrapassar o limite de 30 por ano.

Não se pode fugir ao fundado risco de que a imposição de regime de coparticipação para as internações psiquiátricas, quando ultrapassados 30 dias por ano, corridos ou não, na prática, pode representar, em inúmeros casos, verdadeira limitação ao período de cobertura (ainda que de forma indireta), implicando, em última análise, a negativa do direito, o que contraria a finalidade e natureza da assistência à saúde.

O princípio da Proibição da Proteção Deficiente deve ser compreendido sob duplo aspecto: sob um ângulo, impede a revogação de normas cujo conteúdo seja indispensável ao cumprimento das disposições constitucionalmente asseguradas, mormente dentro do núcleo fundamental em relação ao qual não é permitido retrocesso. “Direitos conquistados não podem ser retrocedidos.”¹¹ Por outra vertente, trata de impor a atuação comissiva, com o intuito de conferir efetividade aos direitos assegurados pela Carta Magna, reconhecendo-se o tema relativo à saúde, acolhido pelo sistema constitucional vigente, como direito fundamental e imprescindível à existência digna.

Ressalte-se, em reforço, que a Corte Especial entende que o plano de saúde pode estabelecer quais doenças serão cobertas, mas não o tipo e o tempo do tratamento a ser disponibilizado para a recuperação do paciente, *ex vi* dos julgados a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. RECOMENDAÇÃO MÉDICA DE TRATAMENTO. LIMITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ABUSIVIDADE MANIFESTA DA CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITOS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é uníssona no sentido de que é abusiva a cláusula restritiva de direito que exclui do plano de saúde terapia ou tratamento mais apropriado para determinado tipo de patologia alcançada pelo contrato. Precedentes.

2. Afigura-se desinfluyente a discussão acerca da aplicação das disposições contidas na Lei n. 9.656/1998 na hipótese de as cláusulas contratuais serem analisadas em conformidade com as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor

¹¹ ADPF 532 MC / DF.

(Precedente: AgRg no AREsp 273.368/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/02/2013, DJe de 22/03/2013).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 90.117 – SP (2011/0215787-0). RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO PARA USO DOMICILIAR. TRATAMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO. INDEVIDA NEGATIVA DE COBERTURA. CONDUTA ABUSIVA. PRECEDENTES. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA TERCEIRA TURMA. PRECEDENTE EM SENTIDO CONTRÁRIO NA QUARTA TURMA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA TURMA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. *De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, “o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura. Desse modo, entende-se ser abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento, medicamento ou procedimento imprescindível, prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário.”* (AgInt no REsp 1.453.763/ES, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 1º/6/2020, DJe 15/6/2020). 2. Cabe ressaltar o advento de um precedente da Quarta Turma em sentido contrário ao deste voto - REsp n. 1.733.013/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 20/2/2020 -, conforme apontado pela ora agravante. Entretanto, esse precedente não vem sendo acompanhado pela Terceira Turma, que ratifica o seu entendimento quanto ao caráter exemplificativo do referido rol de procedimentos. 3. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1730631/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2021, DJe 15/03/2021).

Este também é o entendimento desse Egrégio Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. *PLANO DE SAÚDE. AUTOR PORTADOR DE MIELOMENINGOCELE, HIDROCEFALIA E AMPUTAÇÃO TRAUMÁTICA DE MEMBRO INFERIOR DIREITO, NECESSITANDO DE TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR PEDIASUIT,*

TERAPIA OCUPACIONAL E FONOAUDIOLOGIA COM PEDIASUIT, E AINDA DE PSICO PEDAGOGIA, COM APOIO DE PRÓTESE TRANSTIBIAL COM COXAL, ÓRTESE SUROPODÁLICA FIXA EM PÉ ESQUERDO, POR TEMPO INDETERMINADO E EM CARÁTER DE URGÊNCIA, A FIM DE OTIMIZAR OS GANHOS MOTORES E COGNITIVOS PREJUDICADOS PELA FALTA DE ATENDIMENTO ESPECIALIZADO COM EQUIPE MULTIDISCIPLINAR E AINDA DE EVITAR FUTURAS CIRURGIAS ORTOPÉDICAS. TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA PARA DETERMINAR QUE A RÉ CUSTEIE O TRATAMENTO E FORNEÇA A PRÓTESE/ÓRTESE NO PRAZO DE 24 HORAS. RECUSA EM CUSTEAR O TRATAMENTO, SOB O ARGUMENTO DE EXCLUSÃO CONTRATUAL E DE QUE NÃO TEM COBERTURA OBRIGATÓRIA PELA ANS, INSURGINDO-SE A RÉ AINDA EM FACE DO PRAZO DE 24 HORAS PARA FORNECIMENTO DA PRÓTESE, CONSIDERANDO A NECESSIDADE DE COLHER MEDIDAS DO AUTOR. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI E À PROVA DOS AUTOS. SÚMULA Nº 59 DESTE TRIBUNAL. PRESCRIÇÃO MÉDICA QUE COMPROVA A NECESSIDADE DO TRATAMENTO. ENTENDIMENTO DO STJ NO SENTIDO DE QUE SE EXISTE COBERTURA PARA A DOENÇA, NÃO SE PODE COGITAR DA EXCLUSÃO DE MECANISMOS ELEITOS PELOS MÉDICOS PARA O SUCESSO DO TRATAMENTO. PRAZO DE 24 HORAS PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO QUE SE MOSTRA ADEQUADO, CONSIDERANDO A URGÊNCIA QUE O CASO REQUER, À EXCEÇÃO DO PRAZO PARA FORNECIMENTO DA PRÓTESE, QUE DEVE SER EXTENDIDO PARA DEZ DIAS ÚTEIS. MULTA ARBITRADA NO VALOR DE R\$500,00 QUE SE ENCONTRA ADEQUADA. PRECEDENTES. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI OU À EVIDENTE PROVA DOS AUTOS (SÚMULA Nº 59 DESTE TRIBUNAL). PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

(0021370-06.2018.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO. DES. SANDRA SANTARÉM CARDINALI – Julgamento: 14/06/2018 – VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL).

Na esteira dos julgados mencionados, remansosa jurisprudência dos Tribunais Superiores e desse Egrégio Tribunal vem reconhecendo a abusividade das cláusulas que limitam a extensão do tratamento que fixa número máximo de sessões dos múltiplos tratamentos prescritos para pacientes com Transtorno de Espectro Autista e outras tantas patologias. Apenas como um exemplo, eis a decisão proferida pelo Ex. Min. Relator MARCO AURÉLIO BELLIZZE, após a fixação da tese em comento:

[...] Dos excertos acima transcritos, constata-se que a Corte originária entendeu que, prevendo a operadora do plano de saúde a cobertura de determinado tratamento médico, mostra-se abusiva a cláusula contratual que limita o número de sessões e/ou internação utilizadas pelo contratante. Analisados os termos do acórdão recorrido, verifica-se estar o *decisum* em sintonia com a jurisprudência vigente no Superior Tribunal de Justiça, a qual admite que o contrato de plano de saúde possa conter cláusulas limitativas dos direitos do segurado, desde que tais disposições sejam redigidas de forma clara, permitindo a imediata e fácil compreensão por parte do consumidor. Segundo o entendimento jurisprudencial firmado neste Tribunal, a operadora pode, inclusive, limitar as doenças abarcadas pelo contrato, mas não o tratamento a ser aplicado, *pois a limitação prevista no contrato não pode acarretar a excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico, do procedimento cirúrgico coberto ou da internação hospitalar.* (AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1912262 – SP).

Na mesma linha de cognição:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE PROCEDIMENTO RECOMENDADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 83/STJ. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. REVISÃO DO VALOR. IMPOSSIBILIDADE. TESE DO RECURSO ESPECIAL QUE DEMANDA REEXAME DE CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada. 2. O Tribunal de origem, no caso concreto, entendeu pela ocorrência de danos morais, de modo que a tese defendida no recurso especial demanda reexame do contexto fático e probatório dos autos, vedado pela Súmula nº 7/STJ. 3. O contrato de plano de saúde pode limitar as doenças a serem cobertas, não lhe sendo permitido, ao contrário, delimitar os procedimentos, exames e técnicas necessárias ao tratamento da enfermidade constante da cobertura. Precedentes. Súmula nº 83/STJ. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1064329/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 18/09/2018).

Traz-se, ainda, excerto do voto de S. Ex^a, relator no referido julgado, quando da decisão monocrática proferida no RESp em comento:

[...] Assim, ante a expressa indicação médica, com concordância da família do paciente, apesar de dúvidas quanto a eficácia científica dos tratamentos, *a exclusão de cobertura e limitação de sessões entre mostram-se abusivas, uma vez que contrárias ao objeto do próprio contrato, sendo a cláusula limitativa nula, nos termos do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Além disso, em observância aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, não há mesmo que se falar em exclusão ou limitação de cobertura, pois a negativa do procedimento em discussão equivaleria a negar o direito do autor a uma vida com dignidade e desenvolvimento de sua comunicação e de habilidades adaptativas e sociais.*

Ao final, a Corte Especial reconheceu a abusividade das cláusulas contratuais que limitavam o número de tratamento a ser realizado pelo segurado.

Na trilha da fundamentação referida, não se divisa distinção entre a hipótese em comento e o tratamento para o Transtorno de Espectro Autista apta a justificar o reconhecimento da abusividade da limitação de sessão de tratamento para um diagnóstico, em princípio, igualmente permanente, sem notícia de cura, afastando-o, no tocante à internação, para as doenças e transtornos psiquiátricos.

Por outro lado, em nome da transparência e lealdade que devem orientar a atuação nas demandas judiciais, também não se pode ignorar a decisão proferida pela Colenda Quarta Turma da Corte Especial - REsp nº 1.848.372 – SP, na qual se concluiu pela legalidade da contratação de plano de saúde em regime de coparticipação, seja em percentual sobre o custo do tratamento, seja em montante fixo, proibindo expressamente a *coparticipação em percentual sobre o custo do tratamento apenas nos casos de internação, desde que “não tenham relação com a saúde mental, devendo, no lugar, ser os valores prefixados”* (REsp 1566062/RS, relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/6/2016, DJe 1/7/2016).

A decisão em comento, entre outros argumentos, invoca a Resolução Consu n. 8/1998, do Conselho de Saúde Suplementar, na qual, no art. 2º e incisos, se encontra vedado: *“[...] VII - estabelecer co-participação (sic) ou franquia que caracterize financiamento integral do procedimento por parte do usuário, ou fator restritor severo ao acesso aos serviços; VIII - estabelecer em casos de internação, fator moderador em forma de percentual por evento, com exceção das definições específicas em saúde mental.”*

Com o mesmo espírito de transparência, importante mencionar a recente decisão proferida pela Corte Especial, na mesma linha anterior, a qual contém tratamento distinto para as internações em geral em relação àquelas decorrentes de incidentes atrelados à saúde mental:

PLANO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. PREVISÃO DE COPARTICIPAÇÃO, LIMITADA, EM TODAS AS HIPÓTESES, NO

MÁXIMO, A 50% DO VALOR DA CONSULTA OU SESSÃO DE FISIOTERAPIA. POSSIBILIDADE, POR EXPRESSA PREVISÃO LEGAL E REGULAMENTAÇÃO DO CONSU. FATOR RESTRITOR SEVERO AO ACESSO AOS SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA. TESE DE ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. DESCABIMENTO. MECANISMO DE REGULAÇÃO LÍCITO, QUE PROPICIA, EM CONTRAPARTIDA, A REDUÇÃO DA MENSALIDADE A SER PAGA PELO USUÁRIO. PRECEDENTES DA TERCEIRA TURMA DO STJ.

1. Consoante adverte a doutrina especializada, a viabilização da atividade de assistência à saúde envolve custos elevados, os quais terão de ser suportados pelos próprios consumidores, cabendo ao Poder Judiciário um papel fundamental, o de promover uma interpretação justa e equilibrada da legislação pertinente à matéria, sopesando os interesses envolvidos sem sentimentalismos e ideias preconcebidas.

2. A coparticipação é o valor ou percentual pago pelo consumidor à operadora em razão da realização de um procedimento ou evento em saúde. Já a franquia é o valor estabelecido no contrato de plano de saúde, até o qual a operadora não tem responsabilidade de cobertura, quer nos casos de reembolso, quer no pagamento à rede credenciada, referenciada ou cooperada.

3. O art. 16, VIII, da Lei n. 9.656/1998, consagrando o “mecanismo de regulação”, prevê que dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação (sic) do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica. Com efeito, a Resolução Consu n. 8/1998, regulamentando o mencionado dispositivo legal, estabelece, no art. 2º e incisos, que, para adoção de práticas referentes à regulação de demanda da utilização dos serviços de saúde, estão vedados [...]: IV - estabelecer mecanismos de regulação diferenciados, por usuários, faixas etárias, graus de parentesco ou outras estratificações dentro de um mesmo plano; V - utilizar mecanismos de regulação, tais como autorizações prévias, que impeçam ou dificultem o atendimento em situações caracterizadas como de urgência ou emergência; [...] VII - estabelecer co-participação (sic) ou franquia que caracterize financiamento integral do procedimento por parte do usuário, ou fator restritor severo ao acesso aos serviços; VIII - estabelecer em

casos de internação, fator moderador em forma de percentual por evento, com exceção das definições específicas em saúde mental.

4. A coparticipação, na linha da própria causa de pedir da ação, incide apenas para consultas e sessões fisioterápicas que excedam aos respectivos limites de 5 e 10 sessões, não suplantando, em nenhuma hipótese, o percentual de 50% da tabela do plano de saúde; isto é, não caracteriza financiamento integral do procedimento por parte do usuário nem fator restritor severo ao acesso aos serviços vedados pela norma infralegal.

5. A possibilidade de inclusão nos contratos de planos de saúde de mecanismos financeiros de regulação, como forma de estímulo ao uso racional dos serviços de assistência à saúde, é salutar, pois podem beneficiar tanto consumidores, com mensalidades mais módicas, quanto operadoras, no sentido do uso consciente pela participação direta no pagamento dos serviços, a par de colaborar para o equilíbrio econômico-financeiro, reduzindo o desperdício e até a fraude.

6. Não há falar em ilegalidade na contratação de plano de saúde em regime de coparticipação, seja em percentual sobre o custo do tratamento, seja em montante fixo, até mesmo porque percentual de co-participação (sic) do consumidor ou beneficiário (art. 16, VIII, da Lei n. 9.656/1998) é expressão da lei. *A coparticipação em percentual sobre o custo do tratamento é proibida apenas nos casos de internação, e somente para os eventos que não tenham relação com a saúde mental, devendo, no lugar, ser os valores prefixados.* (REsp 1566062/RS, relator Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/6/2016, DJe 1/7/2016).

7. Recurso especial provido.

(REsp 1848372/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 11/03/2021).

Ocorre que, embora a citada Resolução Consu 08/98, em seu art. 2º, inciso VIII, realmente vede o estabelecimento do fator moderador¹² em forma de percentual por evento apenas para as internações em geral, mas permitindo para aquelas decorrentes de saúde mental, também prevê, no mesmo artigo, no inciso antecedente (VII), que *é proibido o estabelecimento de coparticipação que caracterize financiamento integral do procedimento por parte do usuário ou fator restritor severo ao acesso aos serviços.*

¹² A coparticipação é uma das formas de se fixar o fator moderador, também chamado de “regulação financeira”.

Nesse contexto, constata-se que a exigência de coparticipação de 50% das diárias de internação, quando esta ultrapassar o limite de *30 dias, por ano (!)*¹³, seguidos ou não, apenas porque esta decorre de origem psiquiátrica, ainda que admitida pelo Conselho de Saúde Suplementar, parece, *data maxima venia* das respeitadas conclusões em contrário, despida de razoabilidade, configurando interpretação em detrimento da parte mais vulnerável do contrato, inclusive, porque representa severa restrição ao acesso ao serviço em questão, expressamente proibido.

Mas não é só!

A distinção discriminatória no tocante à cobrança de coparticipação por meio de percentual apenas para a internação psiquiátrica, a um só tempo, viola os art. 1º, III, 3º, inciso IV, 5º, *caput* e inciso XLI, §§ 1º e 6º da Constituição de 1988, os quais buscam assegurar o princípio da igualdade em seu duplo aspecto: formal e material, um dos pilares de uma sociedade justa e solidária.

Na esteira do julgado colacionado, a isonomia assegurada nos dispositivos constitucionais enunciados exige tratamento equitativo a todos os contratantes que tenham celebrado igual ajuste, sendo vedada a incidência de regras mais restritivas para as internações oriundas de patologias psiquiátricas, por força da incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com prevalência das regras de igualdade material aos contratos privados de saúde.

Pautado pela mesma diretriz, renovadas as vênias devidas, o tratamento discriminatório da doença mental viola o dever de acesso igualitário à internação por usuários que contribuem com a mesma contrapartida, incluídos na mesma modalidade dos planos comercializados no mercado, importando em inobservância dos art. 51, inciso IV e § 1º, incisos II e III, do Código de Defesa do Consumidor. É dizer, um paciente com patologia incurável que necessite de diversas e longas internações, pelo contrato em exame nestes autos, não está sujeito ao mesmo rigor.

É verdade que a operadora do plano de saúde exerce sua atividade com foco na obtenção de lucro, fato que é inerente ao seu mister, e nisso não reside qualquer ilegalidade ou imoralidade. Não é menos verdade que o ato negocial, no âmbito da saúde suplementar, se pauta pelo equilíbrio econômico-financeiro, orientado pela regra do mutualismo, sendo legalmente prevista a possibilidade de franquia ou percentual de coparticipação do consumidor ou beneficiário, *desde que não seja abusiva* (art. 16, inciso VIII, da Lei 9.656/98) a ponto de desconfigurar a natureza do contrato de saúde e implicar a negativa de tratamento e venha atrelado à *clara informação do percentual desse compartilhamento, nos termos dos arts. 6º, inciso III e 54, §§ 3º e 4º da Lei 8.078/90*.

Assim, eventual sobrecarga nos custos decorrentes das internações psiquiátricas deve ser diluída por todos os usuários do plano que estejam na mesma categoria, de forma a não incorrer em vedada discriminação, descaracterizando o tão propalado

¹³ O consumidor somente tem direito ao custeio integral de 30 dias por ano, seguidos ou não.

mutualismo, assim definido: “*um grupo de pessoas se junta, cotiza-se e gera-se uma receita por meio do pagamento individual da mensalidade, sendo o valor total arrecadado usado para pagar as despesas decorrentes do atendimento à saúde de integrantes desse grupo. Como são várias pessoas, os custos se diluem, o preço do plano se reduz, e elas podem ter acesso a serviços que teriam dificuldade de custear individualmente*”. (CESCHIN, Maurício. *A saúde dos planos de saúde*. São Paulo: Schwarcz, 2014, p. 122).¹⁴

Fica a dúvida sobre a razão do plano de saúde ao escolher a internação psiquiátrica como o “bode expiatório” causador do desequilíbrio financeiro dos contratos, quando há outras patologias igualmente incuráveis que necessitam de tratamento contínuo.

Efetivamente, a coparticipação examinada neste recurso, cujo usuário é pessoa, sem dúvida, hipossuficiente, configura, na prática, verdadeira barreira de utilização do tratamento preconizado pelo médico assistente, cujo diagnóstico não foi contestado, o qual deve prevalecer, na esteira do entendimento pacífico dos tribunais pátrios.

Nesse passo, merece destaque o registro do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor, na qualidade de *amicus curiae*, ao pontuar que “*a legislação prevê a possibilidade de contratos de planos de saúde com cláusula coparticipação, como se depreende da leitura do art. 16, VIII, da Lei n. 2 9.656, de 1998. 33. Ainda assim, a coparticipação não pode onerar excessivamente o consumidor, sob pena de desconfigurar a natureza dos contratos de plano de saúde e implicar negativa de tratamento; tampouco pode constar em contrato sem a devida clareza e destaque, nos termos do art. 54, § 4º, do CDC, por se tratar de limitação de direitos*.”¹⁵

Assim, fundamental que a questão seja novamente levada à Corte Constitucional para exame que se havia iniciado no bojo da ADPF 532/DF, a qual questionava a Resolução Normativa nº 433, de 27 de junho de 2018, que atualizava as regras para a aplicação da coparticipação e franquia em planos de saúde e permitia às operadoras cobrar dos clientes até 40% do valor de cada procedimento realizado e 60% em planos empresariais. Ao analisar o pedido, a Ex.^{ma} Ministra Cármen Lúcia determinou a suspensão do ato normativo, enfatizando que “*saúde não é mercadoria*”, “*vida não é negócio*”, “*dignidade não é lucro*”,¹⁶ e destacando a necessidade de discussão de matérias que envolvam direitos fundamentais, como é o caso da saúde, em esfera legislativa própria, com os devidos debates e transparência, e não por uma norma criada “em espaço administrativo restrito, com parca discussão e clareza”.

A resolução em questão, porém, foi posteriormente revogada e tornada sem efeito, por meio de deliberação proferida na 490ª Reunião Ordinária da ANS, ocorrida em 30/07/2018, ensejando a perda de objeto da ADPF referida, consoante decisão monocrática do Ex.^{mo} Ministro Celso de Mello.

¹⁴ Excerto constante de fl. 50 do voto do Exmº Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO no REsp 1848372/SP, QUARTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 11/03/2021.

¹⁵ Excerto extraído da manifestação lançada no REsp 1848372/SP.

¹⁶ Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 532- DF.

Não obstante as considerações aqui pontuadas, como já anunciado anteriormente, não se desconhece o conteúdo do Tema nº 1.032 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, *“nos contratos de plano de saúde não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente ajustada e informada ao consumidor, à razão máxima de 50% (cinquenta por cento) do valor das despesas, nos casos de internação superior a 30 (trinta) dias por ano, decorrente de transtornos psiquiátricos, preservada a manutenção do equilíbrio financeiro.”*

Igualmente, não se ignora que a decisão prolatada pela Colenda Corte Especial, inclusive com apreciação dos Embargos de Declaração, é fruto de aprofundado debate no curso da tramitação dos recursos após a afetação ao regime repetitivo. No entanto, não obstante os alentados votos proferidos por SS. Ex.^{as}, permanece a dúvida quanto à razão da distinção entre o reconhecimento da legalidade para a coparticipação decorrente da internação proveniente de patologias psiquiátricas e a abusividade em relação à limitação das internações e dos tratamentos para todas as demais doenças, como há muito já pontuado no enunciado da Súmula 302 dessa Egrégia Corte, ao dispor que *“é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”* (Súmula 302, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 425).

Argumenta-se, no voto do eminente Ministro Relator do recurso afetado em sede de repetitivo, que, entre outras razões, *“a imposição de coparticipação tem o efeito pedagógico e moral de influenciar na minimização do uso abusivo ou desnecessário da internação psiquiátrica por período prolongado.”*¹⁷

É verdade que a reforma psiquiátrica preconiza a adoção de política de desinstitucionalização por meio da ênfase aos tratamentos multidisciplinares e ambulatoriais, reservando a internação, como diz a própria Lei 10.216/2001, em seu art. 4º, à hipótese excepcional de insuficiência dos recursos extra-hospitalares. Por força do mencionado ato normativo, a internação psiquiátrica involuntária, diferentemente de qualquer outra, já é submetida a controle rígido, considerando que a sua ocorrência deve ser comunicada, no prazo de 72h, ao Ministério Público, o mesmo ocorrendo no momento da alta (art. 8º, §1º).

A toda evidência, a luta da política antimanicomial nunca se destinou a reasssegurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos pactuados com as operadoras de saúde, embora possa por elas ser legitimamente perseguido dentro do fim lucrativo a que se destinam.

Nesse diapasão, renovadas as vênias devidas, não parece razoável o uso da coparticipação de 50% do valor apenas para as internações psiquiátricas como uma ferramenta para prevenção genérica destinada a sustar possível falha de todo o sistema fiscalizatório, inviabilizando, muitas vezes, a continuidade de tratamento imprescindível à salvaguarda da própria vida do paciente, principalmente porque o objetivo para o

¹⁷ Excerto extraído do voto do Ex.mo Min Relator nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.809.486 - SP (2019/0106488-1).

emprego de tal mecanismo pode ser alcançado por outro caminho sem os riscos que ele pode acarretar. Para eventual hipótese de escape à fiscalização, pode e deve o plano, quando identificar equívoco ou excesso na internação involuntária, comunicar o descabimento aos diversos órgãos de controle, inclusive ao Ministério Público.

É dizer, a excepcionalidade da internação psiquiátrica, por si só, já representa suficiente filtro a inibir indevida e nefasta institucionalização, que vem sendo enfrentada diuturnamente pelo Ministério Público com ações exitosas junto à Administração Pública e ao Poder Judiciário, voltadas à desinstitucionalização de pacientes internados em verdadeiras unidades asilares públicas e privadas.¹⁸ Portanto, diante do especial controle que já recai sobre as internações psiquiátricas, nem mesmo o alegado benefício do risco moral – *Moral Hazard*, invocado pelas operadoras e seguradoras de saúde, guardaria proporcionalidade diante dos riscos à vida do próprio paciente com a interrupção do tratamento diante da impossibilidade de custeio de expressivo valor.

No ponto, fica a pergunta quanto ao instrumento a ser usado como “efeito pedagógico e moral” para se minimizar eventuais excessos na prolongação de internação involuntária quando se der em unidade pública de saúde.

Pois bem, a coparticipação para internações com a cobrança de 50% das diárias que excederem o limite de 30 por ano sobrecarregará, sem dúvida, o sistema público de saúde, para o qual serão direcionados os pacientes hipossuficientes que já esgotaram o limite anual. E, quando inexistir vaga disponível, como ocorre por vezes, será o Poder Judiciário chamado a assegurar um leito em unidade privada, a expensas do Poder Público, mas com alívio para a empresa seguradora.

Até porque, no caso concreto, diante da gravidade do quadro atestado pela médica e da incapacidade financeira do marido da paciente¹⁹ para o custeio do valor correspondente à coparticipação, não há outra saída a não ser a imediata transferência para um leito público, sob pena de colocar-se em risco a própria vida da paciente, que apresenta diversos episódios de tentativa de suicídio e automutilação, como claramente alertado no laudo anexado à fl. 17 do anexo.

E vai além!

Na doença psiquiátrica, pelos próprios comprometimentos a ela inerentes, o sucesso do tratamento pressupõe o estreitamento do vínculo de confiança paciente-profissional de saúde, podendo ser desastrosa a suspensão abrupta, ainda que se obtenha a transferência para uma outra unidade, por óbvio, com diferentes profissionais.

Na linha das ideias aqui esposadas, observada sempre a máxima vênia, a cobrança da coparticipação para internação psiquiátrica que se estende para além

¹⁸ No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, é possível afirmar que grande parte das internações psiquiátricas de longa permanência foram extintas com o encaminhamento dos pacientes para residências terapêuticas ou inseridos no âmbito familiar.

¹⁹ Trata-se de afirmação constante da petição inicial, que veio acompanhada do contracheque (fl. 22 do doc. 16 do anexo 1) do representante da paciente, capaz de, por ora, corroborar a assertiva, considerando o salário como técnico de radiologia.

do 30º dia mostra-se abusiva, sendo nula, nos termos do art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90.

Ultrapassados os argumentos elencados, impõe-se a análise específica da alegação apresentada no agravo interno, ao se pleitear a exclusão da incidência da tese fixada no Tema nº 1.032 do STJ, a qual fundamentou o indeferimento da tutela antecipada recursal pretendendo verdadeiro *distinguishing*.

03 - Da previsão contratual de cláusula de coparticipação em internação psiquiátrica a partir do 31º dia da internação – Tema nº 1.032 do STJ

Sustenta a parte autora que o caso em tela não atrai a incidência da recente tese fixada pela Corte Superior no Tema nº 1.032, uma vez que seu marido e representante apenas teve conhecimento da necessidade de coparticipação quando da cobrança realizada após o 30º dia de internação da agravante.

É dizer, pretende a recorrente fazer a distinção (*distinguishing*), cuja aplicação decorre da observância do comando, *a contrario sensu*, inserto no art. 489, § 1º, VI do Código de Processo Civil.

A autora possui atualmente 44 anos (doc. 000016 do Anexo 1), e, de acordo com o laudo médico inserto no doc. 000016, fl. 24 do Anexo 1, encontra-se internada desde 25/06/2021, na Clínica da Gávea, com o quadro de “humor deprimido, desânimo, angústia, comportamento impulsivo, diversas tentativas de suicídio, uso abusivo de álcool, colocando-se em situação de risco. Durante a internação, mantém comportamento impulsivo com episódios de automutilação, baixa tolerância à frustração e fissura ao álcool. Necessita manter a internação para se manter em segurança e no momento não há previsão de alta”.

Contudo, em que pese a gravidade do quadro clínico da parte autora, ora agravante, não se desconhece que o contrato do plano de saúde coletivo celebrado entre o empregador do marido desta e a operadora, ora agravada, juntado aos autos principais (doc. 0000150 dos autos originários), possui cláusulas que preveem a coparticipação do segurado, nas hipóteses de internação psiquiátrica, a partir do 31º dia de internação, como se observa a seguir:

2.9. Coparticipação

É a participação na despesa assistencial a ser paga pelo Estipulante diretamente à Seguradora, após a realização do procedimento.

Os valores e/ou percentuais serão estipulados no ato da contratação e estarão determinados na Proposta de Seguro e ratificados em Condição Particular, partes integrantes deste contrato.

Caso haja coparticipação em internações, esta será fixada em valor por evento. Para internação não haverá coparticipação em percentual, ressalvados os casos de saúde mental, conforme previsto no subitem 3.1.3.2.

3.1.3 Psiquiatria

3.1.3.1. Fica assegurada a cobertura hospitalar psiquiátrica descrita nas alíneas "a" e "b" adiante, em número ilimitado de dias:

- a) internação em hospital psiquiátrico, em unidade de terapia ou em enfermaria psiquiátrica em hospital geral, para segurado portador de transtornos psiquiátricos; e
- b) internação em hospital geral, para segurado portador de transtornos psiquiátricos que apresente quadro de intoxicação ou abstinência provocada por alcoolismo ou outras formas de dependência química, por isso necessitando de hospitalização.

3.1.3.2. A partir do 31º (trigésimo primeiro) dia de internação, haverá coparticipação do segurado, na forma de percentual, sobre o valor das despesas médicas e hospitalares, dentro de um mesmo período anual de vigência do seguro.

3.1.3.2.1.1. O percentual de coparticipação equivalerá ao máximo admitido por norma editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que estiver vigente à época da contratação do seguro e, na ausência do percentual máximo, a participação será de 50% (cinquenta por cento).

No entanto, com base na leitura da cláusula 2.9, o valor e o percentual referentes à coparticipação deverão ser ratificados em Condição Particular, fato reiterado no item 24 da proposta (fl. 214 do doc. 210 dos autos originais). O contrato colacionado pela empresa ré não veio acompanhado do referido termo, cuja finalidade é exatamente dar prévia ciência aos usuários das exceções que não admitem cobertura e tenham sido expressamente ajustadas de forma completa, e não apenas parcialmente, como no caso em comento.

Trata-se de ciência que é essencial quando a hipótese é de contrato de adesão na modalidade coletiva, celebrado pelo empregador do consumidor, por força do que impõe o § 4º, do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor. Aliás, não é por outra razão que a tese fixada no Tema 1.032 exige que a cláusula de coparticipação seja expressamente ajustada e *informada* ao consumidor, *dever* este cujo cumprimento, *ao menos até o momento*, não se encontra demonstrado pela ré, como alegado pela autora.

2.9. Coparticipação

É a participação na despesa assistencial a ser paga pelo Estipulante diretamente à Seguradora, após a realização do procedimento.

Os valores e/ou percentuais serão estipulados no ato da contratação e estarão determinados na Proposta de Seguro e ratificados em Condição Particular, partes integrantes deste contrato.

Caso haja coparticipação em internações, esta será fixada em valor por evento. Para internação não haverá coparticipação em percentual, ressalvados os casos de saúde mental, conforme previsto no subitem 3.1.3.2.

Os valores ou percentuais referentes à coparticipação estarão de acordo com o normativo editado pela ANS vigente a época da contratação. Os valores em reais serão reajustados na forma e periodicidade previstas nas Cláusulas 15 (Da Apuração do Percentual Único

no Único

Tratando-se a coparticipação de regra restritiva, consoante regra de hermenêutica, sua aplicação deve observar o preenchimento integral dos requisitos previstos no próprio contrato na cláusula 2.9 e na tese fixada no Tema 1.032 do STJ.

O consumidor possui o direito básico à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, nos termos do art. 6º, III do CDC, o que, adaptando-se ao caso em tela, significaria ser informado das restrições severas para as internações psiquiátricas.

Em reforço, a própria Resolução Consu 08/98, mencionada no Acórdão oriundo do julgamento do REsp 1848372/SP, cuja ementa foi anteriormente transcrita, no qual se examinou o instituto da regulação financeira por meio da coparticipação, estabelece o dever de informação prévia e clara, determinando que:

Art. 4º As operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde, quando da utilização de mecanismos de regulação, deverão atender às seguintes exigências:

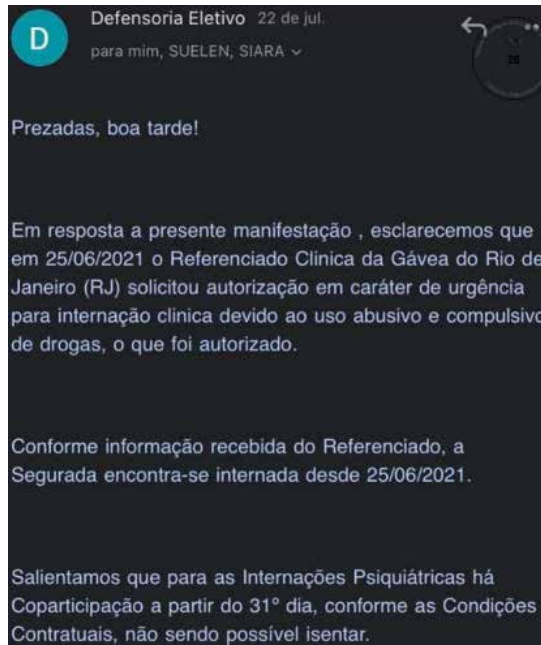
I - informar clara e previamente ao consumidor, no material publicitário do plano ou seguro, no instrumento de contrato e no livro ou indicador de serviços da rede:

a) os mecanismos de regulação adotados, especialmente os relativos a fatores moderadores ou de co-participação (sic) e de todas as condições para sua utilização;

Nesse diapasão, a mensagem relativa à incidência da coparticipação, inserta no doc. 0000017, (fl. 26 dos autos originários), encaminhada durante a vigência do contrato, quando a paciente já se encontrava internada, *não atende às exigências aqui apontadas.*

A paciente foi internada no dia 25/06/2021, e a mensagem invocada pela agravada, como se vê na imagem, foi encaminhada no dia 22/07/2021.

Caberia à ré, ora agravada, trazer aos autos os documentos apontados, capazes de atestar o cumprimento das exigências previstas para a cobrança da coparticipação, o que não se viu até o momento.



Desta forma, em sede de cognição sumária, considerando que o “ponto de partida do CDC” é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor como mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material, e diante da ausência de cumprimento dos requisitos impostos pela regra fixada no próprio instrumento do contrato e no Tema 1.032 do STJ, vislumbra-se a plausibilidade do direito alegado pela agravante, recomendando-se, *por ora*, a concessão da tutela provisória de urgência, consoante a presença dos requisitos previstos no art. 300 do Diploma Processual Civil.

A plausibilidade jurídica dos argumentos apresentados na inicial e nas razões recursais, pautada em fundamentos constitucionais e legais sensíveis à densificação desse direito, recomenda, neste primeiro momento, a concessão da medida vindicada.

Por certo, o indeferimento da tutela provisória, no caso concreto, implicará prejuízo e risco à vida da paciente com fundado comprometimento do resultado útil do processo.

É dizer, na concessão da medida de urgência, os efeitos desta têm como objetivo redistribuir o ônus temporal do processo entre as partes, em razão da demora na prestação da tutela jurisdicional.

Segundo a doutrina de Teori Albino Zavascki:

Todavia, como é fácil de perceber, a prestação da tutela definitiva não é instantânea. Entre o pedido e a entrega efetiva – período durante o qual se exercerão o contraditório e a ampla defesa – decorrerá necessariamente um razoável espaço de tempo, por mais sumário que seja o rito procedimental e por mais eficiente que sejam os serviços judiciários. Ora, essa circunstância, ineliminável da liturgia da tutela ordinária, tem relevantes conseqüências (sic) práticas. Em primeiro lugar, impõe ao autor, que se afirma titular do direito, o inconveniente de não poder dispor desse direito desde logo, já que deve aguardar o lapso temporal em que se desenvolve o processo para sua certificação. Essa espera nem sempre é compatível com a natureza do direito afirmado, mormente quando ele deve ser usufruído imediatamente, sob pena de perecimento ou de dano grave. É o caso, por exemplo, do direito à prestação alimentícia a quem dela necessita. Por outro lado, é possível que, nesse mesmo lapso temporal, ocorram fatos que ponham em risco a execução da futura sentença confirmatória do direito, como ocorre, por exemplo, se, no desenrolar do processo de conhecimento, o réu aliena furtivamente seus bens penhoráveis ou dilapida o bem reivindicado pelo autor. Em casos tais, insuficientes que são os mecanismos ordinários da prestação da tutela, faz-se mister, para que não fique comprometida a eficácia da função jurisdicional monopolizada pelo Estado, a adoção de medidas acautelatórias [...]. (ZAVASCKI, 2007, p. 26).²⁰

Demais disso, não há que se falar em perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão, considerando a possível cobrança dos custos na hipótese de eventual improcedência do pedido.

04 - Da cláusula 2.9 – coparticipação a ser paga após o tratamento à seguradora

Caso venham a ser ultrapassadas todas as questões expostas, admitindo-se a não abusividade da coparticipação, constata-se que é dever do plano de saúde assegurar todo o tratamento e, somente após, pelos meios legais de cobrança previstos no ordenamento jurídico, buscar o recebimento do valor correspondente à coparticipação.

05 - Do prequestionamento

Por derradeiro, para fim de prequestionamento, o Ministério Público ressalta que a manutenção da decisão combatida importa em violação às normas constantes

²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26.

dos arts. 1º, III, 3º, inciso IV, 5º, *caput* e inciso XLI, §§ 1º, 6º e 197, todos da Constituição da República e 6º, III, 47, 51, *caput* e inciso IV, § 1º, incisos II e III; 54, § 4º, estes do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Em face do exposto, *opina o Ministério Público pelo conhecimento e provimento do recurso com a concessão da tutela de urgência para afastar a cobrança da coparticipação*. Ultrapassada a questão, subsidiariamente, manifesta-se pelo deferimento, em parte, da medida, garantindo, assim, a continuidade do tratamento pela autora, na clínica onde se encontra internada, vedando a cobrança da coparticipação antes do encerramento da internação, nos termos da regra prevista na cláusula 2.9 do instrumento contratual.

Rio de Janeiro, 20 de outubro de 2021.

CLAUDIA PERLINGEIRO

Procuradora de Justiça